Sygn. akt: KIO 1737/16

WYROK
z dnia 17 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2016 r. oraz w dniu 13 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16.09.2016 r. przez wykonawcę **Promost Consulting T. S. Spółka jawna, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych pod nazwą „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin – Przeworsk – Grabownica Starzeńska na odcinku od skrzyżowania z droga wojewódzką nr 870 w miejscowości Sieniawa do łącznika drogi wojewódzkiej z węzłem »Przeworsk« w miejscowości Gorliczyna”" – (postępowanie znak PZDW/WZP/3052/243/WFU/WP-1/4/2016)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz

powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania w wysokości **19 609 zł 64 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset dziewięć złotych i sześćdziesiąt cztery grosze) obciąża Zamawiającego - **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Promost Consulting T. S. Spółka jawna, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,
2) zasądza od zamawiającego - **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Boya-**Żeleńskiego **19a, 35-105 Rzeszów** na rzecz wykonawcy - **Promost Consulting T. S. Spółka jawna, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** kwotę w wysokości **19 609 zł 64 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset dziewięć złotych i sześćdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 **Rzeszowie.**

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 17 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1737/16

Zamawiający – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych pod nazwą „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin – Przeworsk – Grabownica Starzeńska na odcinku od skrzyżowania z droga wojewódzką nr 870 w miejscowości Sieniawa do łącznika drogi wojewódzkiej z węzłem »Przeworsk« w miejscowości Gorliczyna"" – (postępowanie znak PZDW/WZP/3052/243/WFU/WP-1/4/2016).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15.04.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 20.04.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 077-137084

W dniu 07.09.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o dorzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 16.09.2016 r. zostało wniesione przez wykonawcę Promost Consulting T. S. Spółka jawna, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów zarzucając Zamawiającemu odwołanie wobec następujących czynności:
- dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez KONCEPT Sp. z o.o.,
- odrzucenia oferty Odwołującego,
o czym Odwołujący dowiedział się z pisma przesłanego emailem dnia 7 września 2016 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, te oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- naruszenie art. 7 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty KONCEPT Sp. z o. o. oraz nierówne traktowanie wykonawców w procesie oceny ofert, w szczególności na etapie oceny wyjaśnień różnych wykonawców;

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
- unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KONCEPT Sp. z o.o.,
- unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia dalej idących wyjaśnień dotyczących wyjaśnień ceny, w tym dowodów, złożonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu odwołania w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego - poprzez odrzucenie jego oferty - możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą" - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz Zamawiającego - spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że pismem z dnia 7 września 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział we wskazanym powyżej postępowaniu o dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez KONCEPT Sp. z o.o. (cena brutto 286 462,08 zł). Jednocześnie Zamawiający powiadomił wykonawców o odrzuceniu wszystkich pozostałych, złożonych w postępowaniu ofert, przy czym oferta Odwołującego (cena brutto 198 438,36 zł) oraz PROKOM Construction Sp. z o.o. (cena brutto 281 438,36 zł) odrzucone zostały na podstawie art. 89 ust. 1 pk4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Jak wskazał Odwołujący z rozstrzygnięciem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie stawia zarzutu, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia są lakoniczne i ogólnikowe, czy też, że Odwołujący wyjaśnień ceny w ogóle nie przedłożył. W tej sytuacji przyjąć należy, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, przyjął, iż dokonana ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji, jak wskazano w uzasadnieniu, mając na uwadze treść informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, przyjąć należy, że Zamawiający nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu i nie uzasadnił dlaczego, jego zdaniem, cena oferty Odwołującego posiada przymiot ceny rażąco niskiej.

Zgodnie z wezwaniem z dnia 23 czerwca 2016 r. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, ponieważ cena oferty wydawała się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania umowy zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. W samym wezwaniu Zamawiający wskazał natomiast, że „Zamawiający pozostawia wezwanemu wykonawcy wybór co do elementów jego oferty, które mają wpływ na wysokość ceny i które w konsekwencji pozwolą na wykazanie Zamawiającemu poprzez wyjaśnienia i dowody do nich się odnoszące, że oferta wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Jak podniósł Odwołujący biorąc pod uwagę treść wezwania należy wskazać, że Zamawiający nie określił jasnych wytycznych co do brzmienia wyjaśnień, mimo że - jak sam stwierdził - zaoferowana przez Odwołującego cena budzi jego wątpliwości. Brak jest jednak wskazania, które konkretnie elementy ceny powodują wątpliwości Zamawiającego.

Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r. (Sygn. akt KIO 2224/14, sygn. akt KIO 2228/14) potwierdza, że „z fundamentalnych zasad ustawy wynika reguła, która można sprowadzić do stwierdzenia „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia". (...) Zamawiający, który odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp na podstawie oczekiwań, których rozsądnie działający wykonawca nie może wywieść z treści wyjaśnień, narusza prawo*'.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia Zamawiający, poza powołaniem się na okoliczności wynikające z treści art. 90 ust. 1 Pzp, nie dał żadnych wskazówek co do tego, które elementy oferty mają być przedmiotem szczegółowych wyjaśnień. Jedyną wskazówką co do sposobu opracowania wyjaśnień było wskazanie przez Zamawiającego przykładowo,

że „ (...) niewystarczające będzie powoływanie się na bliskość siedziby wykonawcy w stosunku do miejsca realizacji przedmiotu umowy bez wskazania, jakie rzędu oszczędności z tego tytułu powstają i jakie ostatecznie koszty w związku z tym Wykonawca przyjął oraz bez poparcia tych twierdzeń stosownymi dowodami. Wykonawca nie może przy tym zakładać, że stosowne wyliczenia i analizy zostaną dokonane przez samego Zamawiającego (...)" Do tych wytycznych Zamawiającego, o czym szerzej poniżej. Odwołujący zastosował sie składając wyjaśnienia ceny.

Jak wskazał Odwołujący oceny samego wezwania do złożenia wyjaśnień nie zmienia fakt, iż Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień ceny Odwołującego z dnia 29 czerwca 2016 r., zwrócił się do Odwołującego z dodatkowym wezwaniem do złożenia wyjaśnień (pismo z 16 sierpnia

2016 r.), zadając Odwołującemu osiem dodatkowych, uszczegółowiających pytań, jeśli treść odpowiedzi Odwołującego na te pytania została przez Zamawiającego przy ocenie wyjaśnień ceny pominięta, względnie „wypaczona".

KIO w wyroku z dnia 7 czerwca 2016 r. (KIO 880/16) stwierdziła, że *postępowanie wyjaśniające wysokość ceny, jako wywołane wezwaniem kierowanym do wykonawcy już po otwarciu oferty, może wymagać podjęcia dodatkowych starań przez wykonawcę w celu pozyskania dowodów odpowiadających oczekiwaniom zamawiającego. Zasadniczo zatem, dopiero na podstawie wezwania wykonawca jest w stanie zidentyfikować, czego oczekuje zamawiający, a tym samym nie można ograniczać możliwości przedstawienia dowodów wyłącznie do tych, które wykonawca mógłby posiadać na moment złożenia oferty. Nakładałoby to bowiem na wykonawców konieczność zabezpieczenia się jeszcze przed złożeniem oferty we wszelkie możliwe dowody, pomimo braku ku temu podstaw.* Odnosząc się do powyższej tezy zawartej w wyroku Izby Odwołujący podniósł, iż biorąc pod uwagę ograniczony charakter wezwania nie był on w stanie zidentyfikować także w zakresie dowodowym, jakie oczekiwania względem wyjaśnień ma Zamawiający.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia odwołania co szczególnie istotne w tym kontekście, mimo braku wiedzy w tym zakresie. Odwołujący nie pozostał bierny w obszarze dowodowym, przedstawiając Zamawiającemu szereg różnorodnych dowodów, w tym kalkulację kosztów - przede wszystkim najbardziej istotnych z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia kosztów osobowych, popartą opisem założeń do kalkulacji i dowodami wskazującymi na prawidłowość danych przyjętych do tej kalkulacji,

Następnie Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r. (Sygn. akt: KIO 1410/15): *„Odnosząc się do powyższego w ocenie Izby przywołany przepis ustawy Pzp (art. 90 ust. 1)*

---

w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r. pozwala na przyjęcie tezy, że dowody składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego mogą mieć różnoraki charakter. Art: 90 ust. 1 ustawy Pzp w nowym brzmieniu stanowi bowiem, że zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w świetle *wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi* środkami *dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako "zewnętrzne " mogą okazać się niezbędne. Powyższe, w ocenie Izby, będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami właściwe "zewnętrzne" dowodowy pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup. W niektórych przypadkach natomiast, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych, zakupów czy tej dokonywania zleceń wykonywania określonych prac podwykonawcom, wyjaśnienia uzasadnione dowodowo mogą sprowadzać sie do przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z*

wytworzeniem określonych przez wykonawcę określonych produktów."

Jak następnie zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia nawet więc względem tych elementów cenotwórczych; których wysokość nie została wykazana „dowodami zewnętrznymi", Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach stosowne kalkulacje szczegółowe.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 kwietnia 2016 r. (KIO 499/16), *przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie zobowiązuje wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów ceny, ale wskazuje na konieczność złożenia wyjaśnień w zakresie tych elementów, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.* Tymczasem Odwołujący w niniejszej sprawie odniósł się w zasadzie do wszystkich elementów cenotwórczych swojej oferty, dochowując tym samym należytej staranności w celu wyjaśnienia Zamawiającemu wysokości zaoferowanej ceny i udźwignął spoczywający na nim ciężar dowodu.

Jak podniósł Odwołujący w związku z powyższym podkreślenia wymaga, że udowodnił on Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie posiada przymiotu rażąco niskiej, a przedstawione wyjaśnienia - na tle prezentowanego stanu faktycznego, w związku z treścią wezwania Zamawiającego - są należycie umotywowane i poparte odpowiednimi dowodami, Jak stanowi Izba w wyroku z dnia 20 maja 2016 r. (KIO 675/16), *wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny, winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze.*

W wyjaśnieniach Odwołującego opisano - jak wskazano powyżej - wszystkie podstawowe elementy, tj. koszty pracownicze (za!. 2 do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2016r. - pkt dot. analizy kosztów usługi z podziałem na okresy jej realizacji wraz z dowodami załączonymi do wyjaśnień), koszty laboratorium (zestawienie kosztów załączone do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2016 r. wraz z dowodem potwierdzającym prawidłowość przyjętego poziomu kosztów), koszty zaplecza (biura, pojazdów, inne – zał. 2 do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2016r. - pkt dot. analizy kosztów usługi z podziałem na okresy jej realizacji zawierający szczegółowa kalkulację tych kosztów).

Odwołujący wskazał także w swoich wyjaśnieniach na oszczędności metody wykonania zamówienia oraz wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, przy czym poza wskazaniem tych okoliczności i warunków, w szczegółowych wyjaśnieniach wykonawca wskazał, w jaki sposób okoliczności te i warunki przekładają się na wysokość zaoferowanej ceny.

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są więc odpowiednie - odnoszą się do wszystkich elementów cenotwórczych, wyjaśniając przyczyny przyjęcia tych elementów na określonym poziomie i wykazując, że poziom ten jest adekwatny do wymogów rynkowych, w jakich działa Odwołujący. Zamawiający, poza przytoczeniem w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego licznego orzecznictwa KIO, wskazał dodatkowo

---

na trzy elementy wyjaśnień Odwołującego, które rzekomo potwierdzają, iż ofertą Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do tych kwestii Odwołujący wskazał, co następuje.

1. Założenia przyjęte przez Odwołującego w ad. 2 wyjaśnień ceny z dnia 22 sierpnia 2016 r. Zdaniem Zamawiającego, w założeniach, o których mowa, (cyt.:) *„brak jest podstaw współpracy (charakter współpracy, czynniki wynagrodzenia) Wykonawcy i osób mających pełnić nadzory branżowe (w tym nadzór* środowiskowy). *Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie wskazują, że nadzory będą pełnione przez wykwalifikowaną kadrę, posiadającą odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, w szczególności, gdy inwestycja, która ma być nadzorowana w przedmiotowym zamówieniu przebiega przez tereny ochrony* środowiskowej *NATURA 2000 i wymaga specjalistycznego i doświadczonego nadzoru dotyczącego ochrony* środowiska".
Odwołujący odnosząc się do stanowiska Zamawiającego w pierwszej kolejności wskazał, że choć obecnie Zamawiający mówi o „wykwalifikowanej kadrze, posiadającej odpowiednie

kwalifikacje i doświadczenie", na etapie sporządzania SIWZ nie postawił żadnych wymogów - czy to w opisie przedmiotu zamówienia, czy to konstruując warunki udziału w postępowaniu - względem osób mających wykonywać nadzory wynikające z zapisów decyzji środowiskowej. W pkt 5.3.3. lit. f SIWZ - IDW Zamawiający wskazał jedynie, że:
,,f) nadzór branżowy: Zamawiający dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie na podstawie oświadczenia o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w tym do pełnienia nadzoru dla projektów i robót branżowych (m. in. energetycznych, teletechnicznych i sanitarnych w tym gazowych), archeologicznych zgodnie z wymaganiami Podkarpackiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków oraz środowiskowego zgodnie z wymaganiami PB i decyzji środowiskowej przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że na dzień złożenia ofert nie były znane zapisy decyzji środowiskowej, bowiem ta - zgodnie z pkt 2.2.1. SIWZ - OPZ - będzie dopiero pozyskana przez wykonawcę robót (w ramach etapu poprzedzającego budowę Inżynier Kontraktu będzie na bieżąco monitorował postęp wykonawcy w zakresie sporządzania dokumentów i opracowań niezbędnych jako załączniki do postępowań o wydanie decyzji środowiskowej). Również wspomniane przez Zamawiającego wymogi „PB" (pozwolenia na budowę) z tych samych względów nie są znane. Warto odnotować, że przepisy prawa również nie określają szczegółowo tych zasad, w tym nie określają wymogów stawianych osobom, które nadzory te miałby wykonywać. Uwagę na brak regulacji prawnych w tym zakresie zwraca m, in. Generalna Dyrekcji Ochrony Środowiska, która inicjuje wprowadzanie do zapisów decyzji

środowiskowych wymogów związanych z prowadzeniem tychże nadzorów. Stąd też praktyką zamawiający, którzy oczekują określonych kwalifikacji i doświadczenia od osób wykonujących nadzory środowiskowe (przyrodnicze) jest określanie tych wymogów w łączących strony umowach, SIWZ itp. Wymogi te przy tym - jeśli chodzi o wykształcenie - zazwyczaj sprowadzają się do wymogu posiadania przez daną osobę wykształcenia wyższego - wyższe biologia lub wyższe w zakresie ochrony środowiska przyrodniczego.

Jak wskazał Odwołujący wobec braku szczegółowych wymogów w SIWZ niniejszego postępowania dotyczących omawianych kwestii, jak również wobec faktu, iż nie jest znany obecnie ostateczny kształt zapisów decyzji środowiskowej, Zamawiający nie może twierdzić, że osoby, którym Odwołujący zamierza powierzyć sprawowanie nadzoru środowiskowego nie mają odpowiednich kwalifikacji i doświadczenia.
Odnosząc się zaś do stwierdzenia, że w wyjaśnieniach Odwołującego „brak jest podstaw współpracy (charakter współpracy, czynniki wynagrodzenia) " wskazać należy, że Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 22 sierpnia 2016 r. na podstawy zatrudnienia osób, o których mowa (załącznik do wyjaśnień objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, pkt ad. 2 - str. 3 i 4) oraz na koszt z tym związane. Jak wskazano w uzasadnieniu Zamawiający zaś nie wyjaśnia, dlaczego założenia przyjęte przez Odwołującego w tym zakresie miałby być nieprawidłowe.
W tym miejscu Odwołujący dodał, że rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego co do sposobu prowadzenia nadzorów środowiskowych było i jest stosowane przez niego także przy innych projektach - jest to więc rozwiązanie sprawdzone w praktyce. Warto także dodać, że rozwiązanie to pozwala na nawiązanie współpracy z osobami, które mają odpowiednie kwalifikacje do wykonywania tego typu usług, co potwierdza fakt, iż w wielu przypadkach współpraca z takimi osobami trwała ostatecznie przez lata.

2. Założenia przyjęte przez Odwołującego w ad, 3 wyjaśnień ceny z dnia 22 sierpnia 2016 r. Zdaniem Zamawiającego, założenia, o których mowa, (cyt,:) *„jednoznacznie wskazują,* że *przyjęty podział na fazę projektową oraz fazę robót budowlanych niosą ze sobą ryzyko,* że *wykonywane roboty budowlane mogły by pozostać bez nadzoru Inżyniera Kontraktu."*

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, że stanowisko Zamawiającego w zakresie pkt ad. 3 wyjaśnień z dnia 22 sierpnia 2016r. jest niezrozumiałe. We wskazanym punkcie Odwołujący zawarł wyjaśnienia dotyczące przyjętych przez siebie kosztów utrzymania biura w fazie projektowej, przy czym nie jest wiadome, z jakich przyczyn wyjaśnienia te zostały przez Zamawiającego odrzucone. Wyjaśnienia dot. utrzymania biura w

okresie realizacji robót budowlanych zostały zawarte w wyjaśnieniach z dnia 29 czerwca

2016 r. i nie są przez Zamawiającego kwestionowane. Wyjaśnienia Odwołującego co do kosztów etapu projektowania są rzeczowe i odpowiadają praktyce rynkowej, w szczególności zaś potwierdzają, że Odwołujący jest w stanie z ceny ofertowej pokryć koszty utrzymania biura w okresie projektowania. Rozwiązanie odnoszące się do sposobu pokrycia przez Odwołującego kosztów utrzymania biura we wskazanym okresie, które z punktu widzenia wykonawcy są kosztami stałymi, akceptuje także orzecznictwo KIO (por. wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 2239/14, 2240/14).

Następnie Odwołujący podniósł, że okoliczność zaś, iż roboty budowlane nie pozostaną bez nadzoru Inżyniera Kontraktu jest potwierdzona stosownym oświadczeniem osoby, która nadzór ten miałaby wykonywać, odnoszącym się do każdego z etapów realizacji umowy. Koszty związane z wykonywaniem wspomnianej usługi ujęte są w cenie ofertowej, co potwierdza zarówno szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej, jak i dowody załączone do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

3. Założenia przyjęte przez Odwołującego w załączniku nr 1 do wyjaśnień ceny z dnia 22 sierpnia 2016 r.
Zdaniem Zamawiającego, założenia, o których mowa, (cyt.;) *jednoznacznie wskazują,* że *dołączony do wyjaśnień dokument został podpisany przez osobę, która nie jest uprawniona do reprezentowania wykonawcy, w związku z czym wskazany dowodnie jest wiarygodny i nie może być uwzględniony przez Zamawiającego.*

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący wyjaśnił, że osoba, która zawarła umowę stanowiącą załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 22. sierpnia 2016 r. posiada stosowne pełnomocnictwo do działania w imieniu Wykonawcy, przy czym jeśli Zamawiający miał w tym zakresie jakiekolwiek wątpliwości, wątpliwości te mogły zostać usunięte poprzez wystosowanie do Odwołującego dodatkowego wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający oceniając moc dowodową wskazanego dokumentu, powinien był wziąć pod uwagę m. in. dyspozycję art. 103 § 1 k.c., zgodnie z którą jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta. Potwierdzenie, o którym mowa, następuje w drodze oświadczenia woli osoby reprezentowanej. Może ono zostać wyrażone zarówno w sposób wyraźny, jak i dorozumiany (art. 60 k.c.). Dorozumiane potwierdzenie może się wyrażać w przystąpieniu przez rzekomego mocodawcę do wykonania umowy, o ile wiedział on o jej zawarciu w jego imieniu przez rzekomego pełnomocnika (por. B. Gawlik (w:) System prawa

cywilnego, 1.1, 1985, s. 764; S, Rudnicki (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz, 2007, s. 432). W niniejszej sprawie, Wykonawca sam przedłożył sporną umowę Zamawiającemu, co pozwala na przyjęcie, że nawet jeśli umowa ta została zawarta przez osobę nie mającą umocowania do działania w imieniu Wykonawcy, Wykonawca czuje się umowa tą związany. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie także w pozostałych elementach złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, które wprost powielają zapisy wskazanej umowy.

W ramach podsumowania Odwołujący wskazał, że - wbrew ocenie dokonanej przez Zamawiającego - wyjaśnienia Odwołującego potwierdzają rynkowy charakter jego ceny.

Zdaniem Odwołującego nawet gdyby jednak przyjąć, że udzielone wyjaśnienia Odwołującego nie są dość wyczerpujące, Zamawiający winien być ewentualnie zobowiązany dó zażądania od Odwołującego dodatkowych wyjaśnień ceny, w których uwzględniłby nurtujące go kwestie i zadał dodatkowe pytania, w szczególności dotyczące umocowania osoby zawierającej umowę z Inżynierem Kontraktu, czy przyjętego przez Odwołującego charakteru stosunku prawnego łączącego go z osobami wykonującymi nadzory środowiskowe. Przepisy Pzp nie przekreślają możliwości ponownego wezwania wykonawcy - tu:' wielokrotnego - do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów mających wpływ na wysokość ceny. Procedura z art. 90

ust. 1 Pzn ma bowiem prowadzić do ustalenia, czy zaoferowana cena jest realna, a w konsekwencji, czy przedmiotowe zamówienie zostanie wykonane należycie.

Jak wskazał Odwołujący Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r., stwierdził, że *„nawet jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalały na rozwianie wątpliwości zamawiającego, to brak było przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do ich złożenia”* (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10). Na podobnym stanowisku stoi również Urząd Zamówień Publicznych, który w jednej z opinii prawnych wskazał, że *„ (...) w celu podjęcia decyzji co do braku bądź istnienia podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie powziął w związku z zaproponowaną przez wykonawcę cena, a także ze złożonymi przez wykonawcę wyjaśnieniami. Celem przepisu nakładającego obowiązek jadania wyjaśnień jest ochrona wykonawcy przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Stąd też, zamawiający mając nadal, po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, wątpliwości co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, może żądać od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź w sytuacji, gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już*

złożonych wyjaśnień” („Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”, Informator UZP nr 11/2013).

Powyższe nabiera szczególnego znaczenia, jeśli uwzględni się jakiego rodzaju zastrzeżenia Zamawiający miał ostatecznie względem wyjaśnień Odwołującego (np. omówiona powyżej kwestia umocowania). Tego typu zastrzeżenia nie powinny skutkować zastosowaniem względem Odwołującego sankcji najdalej idącej - odrzuceni a jego oferty, skoro jak wskazano powyżej mogły być przedmiotem dodatkowego wyjaśnienia ze strony Odwołującego,

W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Zamawiającego ciężar dowodu spoczywa wprawdzie na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. Jednak, za wyrokiem SO w Olsztynie IX Wydz. Cyw. Odwoławczy (wyrok z dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt IX Ca 39/15), *„przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają w myśl art. 90 ust. 3 Pzp ocenie Zamawiającego i jako takie powinny być poddane analizie zmierzającej do. ustalenia, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z powyższego wynika, że obowiązek złożenia wyjaśnień co do zarzutów rażąco niskiej ceny występujący po stronie wykonawcy, jest skorelowany ustawowo z obowiązkiem zamawiającego dokonania wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień”.*

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający zaniechał faktycznego badania wyjaśnień Odwołującego, poprzestając jedynie na formalnym ich przyjęciu i tendencyjnej ocenie, m. in. poprzez pryzmat wymogów, które w SIWZ nie zostały postawione. Świadczy o tym samo uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający ograniczą się w istocie do przytoczenia wyroków KIO oraz wskazania trzech okoliczności, które zdaniem Zamawiającego potwierdzają rażąco niski charakter ceny ofertowej Odwołującego, których bliższa analiza prowadzi do wniosku, że Zamawiający w zasadzie nie kwestionuje sposobu wyliczenia przez

Odwołującego podstawowych elementów cenotwórczych. Uzasadnienie stanowiska Zamawiającego jest przy tym ogólnikowe i częściowo nielogiczne, jak również nie odnosi się do przedłożonych z wyjaśnieniami dowodów.

Mając powyższe na względzie, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Wobec tego wnoszę, jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę. W przypadku zaś uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów zawnioskowane przez Strony w toku postępowania, w tym kalkulacje przedstawione przez Odwołującego , dokument pełnomocnictwa dla pana Z. K., wyciągi z ksiąg rachunkowych, zestawienie projektów realizowanych przez Odwołującego, zestawienie stażystów, umowy w sprawie odbywania stażu przez bezrobotnego (3 egz.), decyzję o pozytywnym rozpoznaniu wniosku o zorganizowanie stażu dla osoby bezrobotnej, dokumenty CV przedłożone przez Odwołującego, umowę najmu nieruchomości.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie Izba, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 198.438,36 złotych brutto i terminem stawienia się Inżyniera Kontraktu w siedzibie Zamawiającego wynoszącym do 3 godzin (stanowiącym kryterium pozacenowe).

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 23.06.2016 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazując, że w związku ze złożeniem przez Państwa oferty w przedmiotowym postępowaniu, która są o ponad 30% niższa od wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej złożonych ofert, Zamawiający - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie - działając na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

. Następnie Izba ustaliła, że w odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z dnia 29.06.2016 r. zawierającym następujące informacje. Po pierwsze Odwołujący wskazał, że:
- cena naszej oferty uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ,
- cena naszej oferty jest ceną realną, uwzględniającą cały zakres przedmiotu zamówienia,

- cena uwzględnia zysk Wykonawcy zakładany na poziomie 2%.
PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J. potwierdza, że podana w ofercie cena w wysokości 198 438,36 zł brutto zgodnie ze złożoną ofertą została skalkulowana prawidłowo, zapewnia oferentowi minimalny zysk, a w związku z tym nie posiada znamion „rażąco niskiej ceny" w rozumieniu art. 90 ustawy prawo zamówień Publicznych.
Cena oferty została skalkulowana w oparciu o następujące elementy mające wpływ na wysokość zaproponowanej ceny:
1. PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J, posiada bardzo duże doświadczenie w usługach polegających na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru / Inżyniera Kontraktu, których zakres obejmuje nadzór inwestorski nad realizowanymi robotami, rozliczenia finansowe i pełny zakres administrowania Kontraktem. Firma posiada doświadczenie w bardzo dużych projektach infrastrukturalnych jak i w podobnych do zakresu przedmiotowego zamówienia, w tym również w systemie „Zaprojektuj i zbuduj". Doświadczenie w pełnieniu usługi Inżyniera Kontraktu / Inspektora Nadzoru zapewnia nam pełną identyfikację rzeczywistych kosztów jej wykonania, co gwarantuje jej prawidłowe wyliczenie.
2. PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J, posiada w swojej strukturze osoby zatrudnione na stanowiskach inżynierów w branżach drogowej, mostowej, konstrukcyjno - budowlanej w skład, których wchodzą również inspektorzy ds. rozliczeń i kosztorysowania oraz osoby o doświadczeniu na stanowiskach Inżynierów Kontraktu / Koordynatorów. Od wielu lat współpracujemy z inżynierami, którzy pełnią funkcję inspektorów nadzoru w branżach: mostowej, drogowej, elektroenergetycznej, teletechnicznej, sanitarnej i innych oraz pełnią funkcję inżyniera kontraktu. Własna kadra jak i stała kadra inżynierska, z którą współpracujemy umożliwia nam złożenie oferty z ceną konkurencyjną i zapewniającą pokrycie wszelkich kosztów pracy pracowników wraz z rozsądnym zyskiem. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie wymagał aby kadra Inżyniera Kontraktu zatrudniona była na podstawie umowy o pracę. Powyższe ma zasadniczy wpływ na koszty świadczonych usług i pozwala uwzględnić te okoliczności w kalkulacji ceny oferty. Zgodnie -J z wyrokiem SO w Opolu z dnia 13.01.2005 r. sygn. akt II Ca 835/04 „jeżeli zamawiający nie zastrzegł w specyfikacji obowiązku zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę, dozwolone są wszelkie zgodne z prawem sposoby naboru kadry - umowy zlecenia, zatrudnienie osób korzystających ze świadczeń emerytalnych".
3. PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J oświadcza, że żadna z zatrudnionych na umowę o pracę w firmie osób nie wykonuje swojej pracy za , wynagrodzenie niższe niż minimalne wynagrodzenie określone w rozporządzeniu v Rady Ministrów z dnia 11.09.2015r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 roku. Wielu specjalistów wykonuje pracę związaną

z nadzorem w oparciu o umowy cywilno - prawne z wynagrodzeniem wynegocjowanym z pracodawcą,
4. Firma PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J posiada w swoich zasobach flotę xy samochodów osobowych, materiały i urządzenia biurowe, urządzenia pomiarowe, urządzenia do wykonywania dokumentacji fotograficznej / video (w tym również dron) niezbędne do należytego wykonania umowy.

5. Cena oferty została wyliczona w oparciu o wycenę indywidualną z uwzględnieniem wszystkich kosztów wynikających z zakresu zamówienia./Zgodnie z wyjaśnieniem do przetargu, Zamawiający dopuścił łączenie obowiązków eksperta na przedmiotowym kontrakcie z obowiązkami na innych kontraktach, realizowanych równolegle przez innych Zamawiających.
W celu wypełnienia obowiązku codziennej wizytacji placu budowy (pkt 2.6.6 OPZ), przez cały okres realizacji robót kontrole .robót będą przeprowadzali zamiennie Inspektor Nadzoru Robót Drogowych, Inspektor Nadzoru Robót Mostowych i Inżynier Kontrakty.
6. W kosztach dniówki każdego z ekspertów zostały zawarte wszelkie koszty związane z realizacją obowiązków wynikających z OPZ i Umowy, Wykonawca na kontrakcie planuje zatrudnienie ha umowę o pracę tylko Specjalisty}ds. rozliczeń. Koszty 1h pracownika obejmują wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności:
- płace zasadnicze,
- premie regulaminowe,
- płace dodatkowe {dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe),
- płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy, inne płatne nieobecności zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe),
- obligatoryjne obciążenia płac,
- odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych,
- koszty wynikające z ubezpieczenia społecznego pracownika.
Koszty pracy i użytkowania samochodu służbowego na terenie budowy, zostały oszacowane w kosztorysie i zapewniają należyte wykonanie zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą oraz wymaganiami SIWZ. Miejscem pracy inspektora nadzoru dla tego zadania jest biuro Odwołującego i ten ostatni nie zapewnia pracownikom transportu do miejsca pracy.
Eksperci będą zatrudnieni na umowy cywilno - prawne. Koszt eksperta nie zatrudnionego na podstawie umowy o pracę u Wykonawcy wynika z ofert otrzymanych przez Wykonawcę na etapie kalkulowania ceny ofertowej.
Obsługa laboratoryjna zlecona będzie firmie współpracującej z firmą Promost Consulting T. S. Sp. J. jednocześnie na kilku zadaniach - co ma duży wpływ na zaoferowaną cenę usługi dot. przedmiotowego postępowania.

Dowodami potwierdzającymi prawidłowość kalkulacji kosztów są kopie ofert współpracy.
Oceniając nasze wyjaśnienia prosimy o wzięcie pod uwagę, że arytmetyczne kryterium zastosowane przez Zamawiającego (wartość szacunkowa zamówienia + VAT i średnia cen innych ofert) może stanowić punkt odniesienia do analizy ceny oferty, ale nie stanowi samo w sobie podstawy do uznania ceny oferty jako rażąco niskiej.
Zgodnie z linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok KiO z dnia 12 sierpnia 2009 r. » sygn. akt KIO/UZP 963/09, KIO z dnia 8.09.2010 r. - KIO/1823/10) przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do -wszczęcia procedury wyjaśniającej, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przepis ten nie określa żadnych warunków, kiedy postępowanie takie może być zasadnie zainicjowane, zatem należy przyjąć, iż pozostaje to w sferze decyzji Zamawiającego, opartej na dokumentacji postępowania oraz znajomości relacji cen rynkowych. Zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone w trybie art. 91 ust. 1 Pzp powinien wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności, argumenty i dowody złożone przez wykonawcę, gdyż niepełna ocena może narazić wykonawcę na stratę poprzez odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Podniósł ponadto, że zgodnie z opinią doktryny rażąco niska cena jest nie tylko pojęciem subiektywnym, ale również relatywnym. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. W przypadku naszej oferty takie zagrożenie nie występuje.

W obecnej sytuacji rynkowej, gdzie mamy do czynienia ze spadkiem wartości zamówień na roboty budowlane, spadkiem cen towarów i usług, co jest bezpośrednim efektem międzynarodowego kryzysu finansowego, kryzysu finansów publicznych i wyższej konkurencji, istnieje w ofercie poniżej możliwość zaoferowania ceny szacunków

zamawiających.

Jak wskazał Odwołujący złożone w nin. piśmie wyjaśnienia i dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśniają powody zaoferowania takiej a nie innej ceny oraz wskazują na stan faktyczny uwzględniający sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy a mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wskazane okoliczności uzasadniają wysokość ceny oferty i różnicę jej wysokości w stosunku do dokonanych przez zamawiającego szacunków oraz średniego poziomu cen ofert pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie

zamówienia, zwłaszcza w kontekście rozmiaru przedmiotu zamówienia oraz terminu realizacji.
Do powyższego pisma został dołączony załącznik, zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawierający szczegółowe wyliczenia oraz dowody na ich poparcie.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 16.08.2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień wskazując, że Zamawiający pismem o sygn. PZDW/WZP/3052/243/WFU/WP-1/4/2016 z dnia 23.06.2016 r. zwrócił się do Państwa o przedstawienie wyjaśnień dotyczących uzasadnienia wysokości oferowanej ceny i intencją Zamawiającego było aby Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, wyjaśnił jakie czynniki mają na nią bezpośredni wpływ.
Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień, w związku z tym Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) wezwał o wyjaśnienie treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ wymienione poniżej elementy przedłożonych wyjaśnień wymagają dodatkowego uzasadnienia. Tym samym Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z następującymi pytaniami i zagadnieniami:
1. Oferent winien potwierdzić/udowodnić, iż w złożonej Ofercie uwzględniono koszty związane z realizacją usługi w okresie 72 miesięcy gwarancji - zgodnie z zapisami SIWZ (Rozdział III SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt. 1.4.2).
2. Oferent winien wykazać, iż w cenie ofertowej zostały uwzględnione koszty prowadzenia nadzorów wynikających z zapisów decyzji środowiskowej - zgodnie z SIWZ (Rozdział V, załącznik nr 1 do Projektu Umowy, str.4).
3. Należy wykazać, iż koszty związane z utrzymania biur zostały przewidziane zarówno w fazie projektowej jak i w fazie realizacji robót, a także w okresie gwarancji (obsługa gwarancyjna jest obowiązkiem Wykonawcy (Rozdział III SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt. 1.4.2).
4. Należy potwierdzić/udowodnić, iż koszty pracownika biurowego przewidziano zarówno w fazie projektowej jak i fazie realizacji robót.
5. Dlaczego w punkcie 6 wyjaśnień (część wyjaśnień nie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa) podano, iż „Wykonawca na kontrakcie planuje zatrudnienie na umowę o pracę tylko Specjalisty ds. rozliczeń". Natomiast w załączniku nr 3 do Oferty (str. 27-38) wpisano, iż 4 osoby będą zatrudnione na podstawie umowy o pracfytj.: Weryfikator dla projektów drogowych, Weryfikator dla projektów mostowych, Inspektor Nadzoru Robót Mostowych, Specjalista ds. rozliczeń?

6. Oferent winien potwierdzić, iż usługa będzie pełniona przez 2 weryfikatorów - oddzielnie dla branży drogowej i dla branży mostowej (zgodnie z załączniku nr 3 do Oferty, str.31).
7. Należy potwierdzić, iż usługa będzie pełniona przez osoby wskazane w załączniku nr 3 do Oferty (str. 27-38) tj. funkcję (stanowiska) m.in.; Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru Robót Drogowych, Inspektora Nadzoru Robót Mostowych zostaną przypisane innym osobom.
8. Oferent winien udowodnić, iż zaangażowanie czasu pracy Personelu Inżyniera Kontraktu jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ (Rozdział V SIWZ, Załącznik nr 2 do Projektu Umowy, artykuł 4, pkt.l), iż Personel Inżyniera Kontraktu ma obowiązek przebywania na przedmiotowej inwestycji w godz, 7.00 - 15.00) dodatkowo IK

zobowiązany jest do „prowadzenie codziennych inspekcji na terenie budowy (Rozdziałem III SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt. 2.6.6)". Z kolei nieobecność osoby z personelu Inżyniera Kontraktu uprawnia Zamawiającego do naliczania kar umownych (Rozdział V SIWZ, Załącznik nr 2 do Projektu Umowy, artykuł 4, pkt.8). Inżynier Kontraktu zobowiązany jest także do pełnienia swojej funkcji w systemie 2~wu zmianowym (w przypadku konieczności i polecenia przez Zamawiającego wprowadzenia w/w trybu pracy) oraz do wyrażania zgody i wnioskowania na wykonywanie robót budowlanych poza normalnymi godzinami pracy; w tym w nocy i dni wolne od pracy (Rozdział III SIWZ-Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt. 2.3.1.34-2.3,1.35).
W wyjaśnieniach do treści SIWZ (pytanie nr 1) Zamawiający poinformował, iż „Wykonawca realizujący niniejsze zamówienie jest zobowiązany wykonywać wszystkie obowiązki wynikające z umowy, w tym m.in. wyszczególnione w Rozdziale III SIWZ ~ Opis Przedmiotu Zamówienia (...) Zamawiający informuje, ii będzie bardzo skrupulatnie rozliczał IK z nałożonych przedmiotową umową obowiązków (w tym w szczególności z obecności IK łub członka personelu IK na miejscu realizacji zadania).

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z dnia 22.08.2016 r. udzielił odpowiedzi na powyższe pytania zastrzegając je oraz dołączone do wyjaśnień załączniki jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Następnie Zamawiający pismem dnia 07.09.2016 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.
Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Koncept Spółka z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z cena ofertową wynoszącą 286.462,08 złotych brutto. W ramach uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP.

W opinii Zamawiającego oferta Wykonawcy wydawała się zawierać rażąco niską cenę. Zatem przeprowadzona została procedura, której celem było wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych z poziomem cenowym tej oferty.
Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP przewiduje sankcję odrzucenia oferty w przypadku, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponieważ decyzja podejmowana przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty powinna być poprzedzona żądaniem od Wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 90 ust. I ustawy PZP, odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP może nastąpić tylko po uzyskaniu wyjaśnień od Wykonawcy i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy PZP). Zamawiający powinien zatem mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP pełni wiedzy umożliwiającej mu podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.
W tym celu Zamawiający pismami o sygn. PZDW/WZP/3052/243/WFU/WP-1/4/2016 z dnia 24.06.2016 r. oraz z dnia 16.08.2016 r. zwrócił się do Wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień dotyczących uzasadnienia poziomu zaoferowanej ceny.
Jak wskazał Zamawiający jego intencją było aby Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, wyjaśnił, jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona.
Stanowisko Zamawiającego opiera się w szczególności na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „(...) oferta Wykonawcy który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, ze cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień"(ICIO 730/10), a także: „Wykonawca wezwany do złożenia oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień wyjaśnień w zakresie swojej szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska.(...) Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie: rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 PZP" (KIO

2031/2014).
W ocenie Zamawiającego przyjęte przez Wykonawcę założenia wskazane w Ad. 2 wyjaśnień, przesłanych pismem L.dz. MF/01/DW/108/16 z dnia 22.08.2016 r. i zastrzeżonych jednocześnie jako „tajemnica przedsiębiorstwa" -jednoznacznie wskazują, że brak jest podstaw współpracy (charakter współpracy, czynniki wynagrodzenia), Wykonawcy i osób mających pełnić nadzory i branżowe (w tym nadzór środowiskowy). Wyjaśnienia złożone

przez Wykonawcę nie wskazują, że nadzory będą pełnione przez wykwalifikowaną kadrę, posiadającą odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, w szczególności gdy inwestycja, która ma być nadzorowana w przedmiotowym i zamówieniu przebiega przez tereny ochrony środowiskowej NATURA 2000 i wymaga specjalistycznego i doświadczonego nadzoru dotyczącego ochrony środowiska.

W ocenie Zamawiającego przyjęte przez Wykonawcę założenia wskazane w Ad.3. wyjaśnień, przesłanych pismem L.dz. Ml701/DW/108/16 z dnia 22.08.2016 r. i zastrzeżonych jednocześnie jako „tajemnica przedsiębiorstwa" -~ jednoznacznie wskazują, że przyjęty podział na fazę projektową oraz fazę realizacji robót budowlanych niosą ze sobą ryzyko, że wykonywane roboty budowlane mogłyby pozostać bez nadzoru Inżyniera Kontraktu.
"W ocenie Zamawiającego przyjęte przez Wykonawcę założenia wskazane w załączniku nr 1 wyjaśnień, przesłanych pismem L.dz. MF/01/DW/108/16 z dnia 22.08.2016 r. i zastrzeżonych jednocześnie jako „tajemnica przedsiębiorstwa" - jednoznacznie wskazują, że dołączony do wyjaśnień dokument został podpisany przez osobę, która nie jest uprawniona clo reprezentowania Wykonawcy, w związku z czym wskazany dowód nie jest wiarygodny i nie może być uwzględniony przez Zamawiającego.
Zamawiający podejmując decyzje o odrzuceniu oferty Wykonawcy PROMOST CONSULTING T. S. Spółka Jawna, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów, oparł się również na wyroku KIO z dnia 5 maja 2015 roku (KIO 806/15) w którym jednoznacznie wskazano, że: „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu uzasadniające obniżenie ceny w okoliczności stosunku do przedmiotu zamówienia łub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, iż samego wezwania wystosowanego przez Zamawiający oceniając czy może wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. ceną, „niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie mieć do czynienia z rażąco niską jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku, szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisania czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały. Zamawiający, po otrzymaniu odpowiedzi na swoje wezwanie kierowane do Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 PZP, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 PZP. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia musza spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 PZP i muszą

pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 PZP. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołał orzeczenie KIO ż dnia 12 października-2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09). W konsekwencji wyjaśnienia Wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 PZP Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, metod wpływających na obniżenie czasu pracy czynnika ludzkiego, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia, proponowanego sposobu wykonywania zamówienia oraz realnego kosztu czynności do

zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia."

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępnie Izba wskazuje, iż w ramach składanych przez Odwołującego wyjaśnień na wezwanie oparte o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący zastrzegł najistotniejsze informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa. Analogicznym zastrzeżeniem zostały przez Odwołującego objęte dowody przedkładane w ramach powyższych wyjaśnień oraz na rozprawie – co Izba była zmuszona uwzględnić prezentując uzasadnienie prawnej oraz faktyczne podjętego rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do meritum sporu w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż przedmiot zamówienia obejmuje usługę Inżyniera Kontraktu związaną z realizacja robót budowlanych obejmujących przebudowę drogi wojewódzkiej. Tym samym, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia z tzw. usługami miękkimi, tj. z usługami których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Koszty materiałowe, koszty stałe oraz koszty zewnętrzne dla świadczącego tego typu usługę oscylują w okolicach kilkunastu procent (niezwykle rzadko przekraczają 20%) ceny całkowitej. Powyższe oznacza, że

wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny „zweryfikować" i poddać analizie – poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę, który to aspekt nie stanowił jednak podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tle na ile wycenia ja osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca którą ma świadczyć – Państwo zaś w tym zakresie poza jej minimalna wartością nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów.

Usługi obejmujące nadzory inwestorskie lub ich specyficzną formę jaką jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu cechują się specyfiką właściwą dla wszystkich usług opartych na pracy intelektualnej wykwalifikowanej kadry – trudnością w przyjęciu szacunkowej wartości takich usług. Powyższe wynika bowiem z faktu, iż o cenie decydują w dużej mierze czynniki niezależne całkowicie od okoliczności związanych z przedmiotem zamówienia - mogących obejmować takie elementy jak: dogodne dla wykonawcy i osób świadczących usługę miejsce realizacji świadczenia, zaangażowanie osób realizujących w usługę w inne projekty, w tym projekty położone na zbliżonym obszarze, dodatkowe dochody uzyskiwane przez osoby przewidziane do świadczenia tego typu usług (zatrudnienie w ramach innych stosunków, świadczenia emerytalne, rentowe itp.), znajomość miejsca świadczenia usług oraz znajomość innych uczestników procesu budowlanego, w tym znajomość potrzeb i specyficznych oczekiwań podmiotu zamawiającego oraz potencjał wykonawczy podmiotu, który będzie realizował roboty budowlane i prace projektowe. Czynniki te powodują bowiem znaczne trudności z oszacowaniu, oraz w późniejszy etapie procesu ubiegania się o zamówienie publiczne, w weryfikacji ceny zaoferowanej przez poszczególnych wykonawców.

Przechodząc od ogólnych rozważań do oceny dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazać należy na dokonaną przez tego pierwszego ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Otóż poddając analizie ocenę tych wyjaśnień wskazać należy, iż nie zawiera ona merytorycznej oceny złożonych wyjaśnień pod kątem wysokości zaoferowanego wynagrodzenia lecz skupia się na zdolności realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia (cyt: *brak jest podstaw współpracy (charakter współpracy, czynniki wynagrodzenia) Wykonawcy i osób mających pełnić nadzory branżowe*

(w tym nadzór środowiskowy). *Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie wskazują,* że *nadzory będą pełnione przez wykwalifikowaną kadrę, posiadającą odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, w szczególności, gdy inwestycja, która ma być nadzorowana w przedmiotowym zamówieniu przebiega przez tereny ochrony* środowiskowej *NATURA 2000 i wymaga specjalistycznego i doświadczonego nadzoru dotyczącego ochrony* środowiska),

przewidywanym sposobie realizacji usługi (cyt.: *(…) jednoznacznie wskazują,* że *przyjęty podział na fazę projektową oraz fazę robót budowlanych niosą ze sobą ryzyko,* że *wykonywane roboty budowlane mogły by pozostać bez nadzoru Inżyniera Kontraktu)* oraz formalnej ocenie dowodów złożonych przez wykonawcę (uznanie, że dokument złożony wraz z wyjaśnieniami został podpisany przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy).

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, iż w ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie obejmuje merytorycznej oceny istotnych punktu widzenia treści art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp elementów, tj. przyjętych przez Odwołującego założeń kosztowych, jego kosztów stałych wpływających na brak konieczności ponoszenia wydatków bezpośrednio związanych z obsługą inwestycji objętej niniejszym postępowaniem (koszty utrzymania biura, koszty mediów, koszty utrzymania środków) trwałych), jak również kosztów personelu, formy jego zatrudnienia oraz faktu wykorzystania stażystów, których praca jego finansowana przez Urząd Pracy. Zamawiający bowiem nie poddał analizie tych wyjaśnień, w tym nie uzasadnił w należyty sposób dokonanej czynności pod kątem przesłanek, jakie powinny zostać uwzględnione w związku z czynnością badania ceny rażąco niskiej. Brak jest bowiem odniesienia się Zamawiającego do poziomu zaoferowanego wynagrodzenia, jego minimalnego poziomu umożliwiającego realizację przedmiotu zamówienia, brak jest oceny czynników cenotwórczych, nie dokonano również porównania ceny zaoferowanej przez Odwołującego z cenami innych wykonawców, w tym szacunkowa wartością określoną dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie dokonano również merytorycznej analizy metod, które zdaniem wykonawcy wpływają na takie ukształtowanie wynagrodzenia, w tym dowodów przedłożonych przez Odwołującego.

W zakresie poczynienia przez Odwołującego pewnych założeń (dotyczących czasu trwania poszczególnych etapów, obsługi okresu gwarancji) Izba wskazuje, że założenia te mieszczą się w dopuszczalnym obszarze ryzyka, jakie wykonawca może zakładać przystępując do wyceny świadczenia obejmującego usługi związane z zamierzeniem inwestycyjnym. Wszakże niektóre z czynników wpływających na przebieg procesu inwestycyjnego są nierzadko niemożliwe do przewidzenia z dużym wyprzedzeniem, co w szczególności dotyczy obsługi okresu gwarancyjnego, gdzie poza stałymi i określonymi przez inwestora przeglądami gwarancyjnymi, jest w całości zależne od jakości z jaką zostaną zrealizowane roboty budowlane. Dodatkowo, jak słusznie wskazał Odwołujący, okoliczności związane z wydaniem decyzji środowiskowej nastąpiły po terminie składania ofert – a więc były one Odwołującemu nie znane na etapie konstruowania oferty.

Tym samym, jak wynika z uzasadnienia podjętej przez Zamawiającego czynności o odrzuceniu oferty Odwołującego, za podstawę tej czynności należy uznać trzy elementy, tj. niewłaściwe oszacowanie i założenie odnoszące się do czasu trwania poszczególnych etapów inwestycji (czasu trwania fazy projektowania i czasu trwania fazy realizacji), brak zapewnienia właściwego nadzoru środowiskowego przez wykwalifikowaną kadrę oraz zakwestionowanie umocowania osoby, która podpisała umowę przedwstępna w dostawcą usług obejmujących funkcję Inżyniera kontraktu.

W zakresie podziału inwestycji na poszczególne fazy Zamawiający wskazywał na przyjęcie przez Odwołującego błędnego założenia w tym zakresie. W tym miejscu Izba wskazuje, za argumentacją Odwołującego, na podpisane przez niego umowy z poszczególnymi ekspertami dotyczącymi całej inwestycji, gdzie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe – co w ocenie Izby ma niebagatelne znaczenie w kontekście przedmiotu niniejszego sporu. Powyższe wynika z faktu, iż nawet gdyby założyć, iż Odwołujący dokonał

błędnego założenia, to nie ma ono wpływu na sposób kalkulacji wynagrodzenia, gdyż interes Odwołującego, i tym samym w następstwie interes Zamawiającego, został zabezpieczony przez zawarcie stosownych umów, co dodatkowo w ocenie Izby mieście się w granicach dopuszczalnego ryzyka i jest typowe dla tego typu usług. Wszakże to wyłączną domeną wykonawcy jest kalkulacja wynagrodzenia, uwzględniająca czynniki zewnętrzne, w tym ryzyko prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Istotą prowadzenia działalności gospodarczej w otoczeniu, w ramach którego występuje konkurencja między przedsiębiorcami, jest zdobywanie przewagi konkurencyjnej przez czynienie pewnych założeń, w tym nawet takich które mogą wiązać się dla wykonawcy ze stratami w ramach prowadzonej działalności – pod warunkiem, że założenia te nie są irracjonalne i nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji. Odmówienie wykonawcom (przedsiębiorcom) prawa do czynienia tego rodzaju założeń powodowałoby zaprzepaszczenie dobrodziejstw jakie niesie ze sobą swoboda prowadzenia działalności gospodarczej oraz istniejąca w ramach tej swobody zasada, iż każde działalnie w ramach prowadzenia konkurencyjnej działalności, które nie jest zabronione przez prawo, jest prawnie dozwolone. Biorąc powyższe pod uwagę, nawet przyjęcie przez Odwołującego niewłaściwych założeń, co do trwania poszczególnych faz inwestycji, nie ma wpływu na zabezpieczenie interesu Zamawiającego oraz na założenia, które legły u podstaw wyliczenia wynagrodzenia na takim poziomie jaki został wyliczony w ofercie Odwołującego – co powoduje, iż w ocenie Izby nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie nadzoru środowiskowego, poza niefortunnym użyciem przez Odwołującego zamiennie ze stażem określenia „wolontariusz", złożone przez Odwołującego

wyjaśnienia o wykorzystaniu stażystów o odpowiednim wykształceniu, kwalifikacjach oraz doświadczeniu znajdują swoje potwierdzenie w rzeczywistości. Odwołujący oświadczył bowiem na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że będzie korzystał z takich osób, wskazując na łączący go z nimi stosunek (staż z wykorzystaniem programu z Urzędu Pracy), wskazał na ich wysokie kwalifikacje oraz posiadane doświadczenie. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia nie dał wiary ich treści negując możliwość zaangażowania takich osób również w toku rozprawy, jak wskazał ze względu na „niskie prawdopodobieństwo aby osoby z takim wykształceniem, tj. pożądanym na rynku, pozostawały bez zatrudnienia". Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż Polska jest na terenie Unii Europejskiej jednym z państw, w których występuje najwyższe bezrobocie wśród osób młodych i to osób z wykształceniem wyższym. Powyższa okoliczność jest faktem powszechnie znanym i nie wymaga dowodu. Jednakże na powyższą okoliczność Odwołujący przedstawił dowody, które Izba dopuściła i poddała ocenie – choć w tym zakresie Zamawiający sformułował wniosek aby Izba oceniła jedynie dowody prezentowane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba w niniejszym składzie podziela, co do zasady pogląd, iż w ramach zarzutu odnoszącego się do ceny rażąco niskiej winny być brane pod uwagę jedynie wyjaśnienia i dowody prezentowane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż przedmiotem oceny w ramach środków ochrony prawnej są czynności podmiotu zamawiającego dokonane w ramach ww. postępowania. Jednakże Izba dopuszczając powyższe dowody uznała, iż stanowią one potwierdzenie oświadczeń Odwołującego złożonych w toku postępowania, które Zamawiający zanegował jako mało prawdopodobne. Odwołujący przedłożonymi dowodami potwierdził prawdziwość swoich oświadczeń złożonych Zamawiającemu w ramach wyjaśnień. Jak wynika z przedłożonych dowodów (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) Odwołujący ma podpisane 3 umowy, których przedmiotem jest staż osób posiadających wyższe wykształcenie, w tym dwóch osób na stanowisko asystent do spraw ochrony środowiska. Ponadto jak wynika z przedłożonych dowodów w zakresie jednej osoby Odwołujący uzyskał pozytywną decyzję dotyczącą rozpoczęcia takiego stażu, jedna ze wskazanych osób (na podstawie złożonego CV) posiada roczne doświadczenia zdobyte w ramach pracy w wydziale środowiska jednostki samorządu terytorialnego,

Analogiczna sytuacja dowodowa miała miejsce w odniesieniu do podważenia przez Zamawiającego prawa p. Z. K. – dyrektora zarządzającego do zaciągania w imieniu Odwołującego wiążących zobowiązań. Tym samym Izba w tym zakresie dopuściła na

rozprawie dowód obejmujący pełnomocnictwo z dnia 30.03.2016 r., które swoim zakresem uprawnia ww. osobę do reprezentowania Odwołującego. Dodatkowo, odnosząc się do

uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Izba wskazuje, iż ten element miał jedynie charakter formalny i mógł być wyjaśniony przez Zamawiającego przez skierowanie do Odwołującego kolejnego wezwania jeszcze na etapie ubiegania się o zamówienie. Jak wskazał Odwołujący, który to argument należy brać pod uwagę w kontekście poczynionego przez Zamawiającego zarzutu, Zamawiającemu znana jest osoba p. Z. K., gdyż w ramach wieloletniej współpracy dokonywał on już wielu czynności prawnych w imieniu Odwołującego, w tym podpisywał umowy.

Jednocześnie odnosząc się do sytuacji istniejącej w ramach niniejszego postępowania, w tym działań Zamawiającego oraz jego stanowiska zaprezentowanego na pierwszej rozprawie wskazać należy, iż istniejące okoliczności mogą wskazywać, że Zamawiający nie poddał właściwej i rzetelnej ocenie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w ramach przedmiotowego postępowania. Załączniki do wyjaśnień dołączone do przekazanej Izbie dokumentacji dotyczyły innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dodatkowo były one przedmiotem polemiki Zamawiającego podjętej w toku rozprawy i przedmiotem przeprowadzonego przez Izbę dowodu z okazania, którego przeprowadzenie było wynikiem stanowiska Zamawiającego sugerującego, że Odwołujący złożył niewłaściwe załączniki do obu postępowań, tj. obejmujących „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych pod nazwą: „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin-Przeworsk – Grabownica Starzeńska na odcinku od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 870 w miejscowości Sieniawa do łącznika drogi wojewódzkiej z węzłem „Przeworsk” w miejscowości Gorliczyna” oraz postępowania „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji pn.: „Wykonanie w systemie ”zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin-Przeworsk Grabownica Starzeńska na odcinku od węzła „Przeworsk” do DK 94 (Gwizdaj)”.

Odnosząc się do powyższej sytuacji Izba wskazuje, iż okoliczności sprawy oraz dowód z okazania oryginałów przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnień wskazują, iż niezależnie od tego, jak zostały przyporządkowane przez Odwołującego koperty w dniu składania pism z dnia 22 sierpnia 2016 r. zarejestrowanych w tym samym dniu u Zamawiającego pod nr 10173 oraz 10174 (wraz z załącznikami do tych wyjaśnień obejmującymi tajemnica przedsiębiorstwa), okoliczność ta nie powinna mieć żadnego wpływu na merytoryczną ocenę złożonych w obu postępowaniach wyjaśnień. Zamawiający winien dokonać samodzielnego przyporządkowania złożonych załączników – a nie wyciągać wobec

wykonawcy negatywnych konsekwencji, opartych na nielogicznych i niezgodnych z faktami założeniach.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku

postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

……