Sygn. akt: KIO 1695/22

WYROK

z dnia 20 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Ascalor Sp. z o.o. z siedzibą w Wiązownicy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Cisna
przy udziale wykonawcy G. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GLOBAL Projekt G. R. w Ostrowcu Świętokrzyskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1695/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy G. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GLOBAL Projekt G. R. w Ostrowcu Świętokrzyskim na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie:

siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 636 zł 87 gr (słownie: jedenaście tysięcy sześćset trzydzieści sześć złotych osiemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz dojazdu na rozprawę.

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 z późń. 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: .....

Sygn. akt: KIO 1695/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Cisna [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp

na kompleksowy nadzór inwestorski dla zadania: Budowa infrastruktury przydomowych oczyszczalni ścieków bytowych w Gminie Cisna (znak postępowania: GGiB.IV.27).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

w dniu 31 maja 2022 r. pod numerem nr 2022/BZP 00187548/01.

W dniu 25 czerwca 2022 r. wykonawca Ascalor Sp. z o.o. z siedzibą w Wiązownicy [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Global Project G. R. w sytuacji, gdy:

- Global Project G. R. złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny;

- Global Project G. R. nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on wstanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów (w tym pracowniczych, kosztów transportu, kosztów pośrednich i administracyjno-biurowych) związanych nadzorem nad etapem projektowym, udziałem w przeglądach gwarancyjnych w okresie 5 lat po oddaniu inwestycji do użytkowania, jak też kosztów związanych z ryzkiem budowlanym;

- Global Project G. R. złożył ofertę nie uwzględniającą zysku wykonawcy, co wynika z przedłożonych wyjaśnień;

- oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Global Project G. R. nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2. art. 224, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożone przez Global Project G. R. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny za wystarczające i nie budzące wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawiera rażąco niską cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty, a Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 ust. 3 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Global Project G. R., mimo iż Global Project G. R. nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

c) wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty Global Project G. R.,

d) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do KIO zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy, jak również uzasadnienie prawne podniesionych zarzutów.

Uzasadniał, że wykonawca Global Projekt nie wykazał, aby zaoferowana cena była adekwatna do przedmiotu zamówienia, a na poparcie swych twierdzeń nie zaoferował żadnych dowodów. Zamawiający jednakże uznał tak złożone wyjaśnienia za kompletne i nie budzące wątpliwości, czego skutkiem było uznanie oferty Global Project G. R. za najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego proponowane przez firmę Global Project G. R. warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia oraz złożone w tym zakresie wyjaśnienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Podkreślenia wymaga fakt, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek weryfikacji oferty zarówno pod kątem formalnym, jak również merytorycznym. Tymczasem brak właściwej kontroli doprowadził do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych, tj. zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Dopuszczenie do postępowania oferty zawierającej rażąco niską cenę uniemożliwia bowiem pozostałym Uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez Global Project G. R. warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jest niewykonalne w świetle aktualnych warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego.

Odnosząc się bezpośrednio do kwestii rażąco niskiej ceny przedstawionej w ofercie firmy Global Project G. R. Odwołujący wskazał, iż firma ta została wezwana do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Złożone na skutek wezwania przez firmę Global Project G. R. wyjaśnienia, w zakresie rażąco niskiej ceny, są jednak ogólnikowe i lakoniczne, a tym samym nie pozwalają na jakąkolwiek weryfikację poprawności kalkulacji dokonanej przez Wykonawcę, pomimo tego, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Global Project G. R. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył bowiem jednostronicowe pismo, nie zawierające jakichkolwiek dowodów, w którym podał, iż: 1) firma zatrudnia doświadczonych pracowników, których wynagrodzenie przewyższa minimalne wynagrodzenie ustalone na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. z 2021 r., poz. 1690),

2) firma stosuje ekologiczne środki transportu,

3) Zamawiający zawyżył wartość zamówienia,

przy czym Wykonawca odmówił dalszych wyjaśnień zasłaniając się tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego tak sformułowane wyjaśnienia nie można uznać za wystarczające. Przede wszystkim wyjaśnienia te nie zostały poparte żadnymi dowodami, co jest obligatoryjne w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że przedmiot zamówienia obejmuje usługę pełnienia wielobranżowego nadzoru nad realizacją robót budowlanych. W zakresie badania rażąco niskiej ceny jest to istotne, gdyż są to tzw. usługi miękkie, tzn. takie, których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikację, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Oznacza to, iż Wykonawca kalkulując cenę tego typu usługi bierze pod uwagę po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które to koszty podlegają weryfikacji. Tymczasem twierdzenia Wykonawcy w zakresie kosztów pracy, można uznać co najwyżej za ogólne stwierdzenia, bowiem nie zostały one poparte żadnymi konkretnymi kwotami i dowodami. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przyznała to również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1253/18.

Odwołujący podkreślał, że Wykonawca powołując się na uwarunkowania związane z wynagrodzeniem wykwalifikowanej kadry z pomocą której zamierza realizować zamówienie zobowiązany jest wykazać Zamawiającemu, że okoliczności, na które się powołuje,

rzeczywiście są mu dostępne. W przypadku przyjęcia przez Wykonawcę w kalkulacji ceny wynagrodzenia wykwalifikowanych pracowników na poziomie przewyższającym płacę minimalną winien on przedłożyć odpowiednie dowody na wykazanie takiej okoliczności, np. w postaci umów o pracę, umów zlecenia czy umów o dzieło.

Kolejno, Global Project G. R. w kontekście ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu posługuje się tezą, jakoby dysponował ekologicznymi

i ekonomicznymi pojazdami - tymczasem nie wskazuje, jakimi konkretnie pojazdami dysponuje i w jakim stopniu użycie konkretnego środka transportu wpływa na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Wykonawca bez wątpienia nie przedstawił wyliczenia oszczędności z tytułu opłat za paliwo jakie przynoszą mu pojazdy i wpływu tych elementów na cenę. Brak wyliczenia natomiast uniemożliwia obiektywne uznanie, że taki wpływ w ogóle

istnieje.

Firma Global Project G. R. kolejno podnosi, iż kontroferta zawiera zbyt wysoką cenę,

wynikającą z chęci uzyskania wysokich dochodów przez Odwołującego,

a przedstawiona przez niego cena ofertowa zawiera wszystkie koszty realizacji umowy

i pozwoli na wypełnienie wszystkich obowiązków wynikających z SWZ oraz umowy. Na potwierdzenie powyższego, firma Global Project G. R. przedstawiła kalkulację kosztów związanych z realizacją umowy, wskazując że na całość kosztów składa się kwota 9.000 zł tytułem 100 noclegów, kwota 75.000 zł tytułem stu dni roboczych nadzoru oraz kwota 25.000 zł tytułem 100 dojazdów.

Już samo powyższe zestawienie potwierdza, że oferta Wykonawcy została rażąco zaniżona. Wskazać bowiem należy, iż obowiązkowym elementem oferty musi być zysk Wykonawcy, który zgodnie z przedstawionymi wyjaśnieniami nie został w ogóle wkalkulowany w ofertę. Zysk stanowi obowiązkowy element kalkulacyjny ceny - brak uwzględnienia zysku musi skutkować uznaniem, że oferta została złożona przez Wykonawcę wyłącznie w celu wyeliminowania konkurencji. Jak bowiem stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku o sygn. akt: 1042/20: Zaniżanie cen ofertowych w celu zdystansowania konkurentów w postępowaniu powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, który skutkuje odrzuceniem oferty. Zamawiający nie mogą tolerować takiego zjawiska. Oferowana cena powinna w szczególności realnie uwzględniać koszty wykonania zamówienia. Wykluczone jest kalkulowanie „zysków" na ujemnym poziomie albo upatrywanie ich w źródłach zewnętrznych wobec realizacji danego zamówienia.

Odwołujący uzasadniał, że przedłożona kalkulacja kosztów nie uwzględnia również żadnych kosztów pośrednich związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej tj.

wynajem i obsługa biura, koszty mediów, kupno bądź leasing pojazdów, materiały biurowe itp., nie wskazując przy tym równocześnie, że z jakiś określonych przyczyn Wykonawca nie ponosi takich kosztów.

Powyższe ma znaczenie także w kontekście kosztów ponoszonych tytułem noclegu, gdzie również pominięto szczegółowe kalkulacje. Koszty określone w tym zakresie przez

Wykonawcę - 90,00 zł brutto za jeden nocleg, wydają się być niewiarygodne biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia noclegu dla trzech osób, a także obecnie panujące realia

ekonomiczne i rynkowe.

Trudno również zgodzić się z twierdzeniem Wykonawcy jakoby to Zamawiający dokonał błędnego szacunku kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, bowiem wartość: 280,440,00 złotych pozostaje adekwatna do cen rynkowych oraz nakładów ponoszonych przez Wykonawców w obecnych realiach gospodarczych. W tym miejscu wskazać należy na szeroki zakres zadań wchodzących w skład obowiązków przypisanych nadzorowi inwestorskiemu a które zasadniczo podzielić można na dwa etapy. W ramach I) etapu weryfikacji dokumentacji projektowej, w skład obowiązków Nadzoru wchodzi m.in. (za wzorem umowy i PFU) weryfikacja i zatwierdzenie indywidualnych koncepcji dla każdej z 112 oczyszczalni, w skład której wchodzi co najmniej: Dokumentacja Techniczno Ruchowa, instrukcje montażu i eksploatacji dla wszystkich projektowanych urządzeń wchodzących w skład biologicznej, przydomowej oczyszczalni ścieków, jak też weryfikacja 112 gotowych projektów architektonicznych pod kątem zgodności z powszechnie obowiązującymi przepisami. Jednocześnie wedle wymagań stawianych przez Zamawiającego, na etapie

projektowania Wykonawca zobligowany jest do odbywania narad w siedzibie Gminy,

z częstotliwością min. 1 raz w miesiącu.

Firma Global Project G. R. w złożonych przez siebie wyjaśnieniach twierdzi, iż na etapie projektowania udział inspektora nadzoru jest ograniczony i realnie zadania inspektora nadzoru ograniczają się do nadzoru już po rozpoczęciu prac budowlanych. Tymczasem, jak widać na podstawie powyższych wymogów SWZ i umowy, już sam etap projektowania może wymagać wielu dni roboczych pracy wszystkich inspektorów. Zakładając bowiem ostrożny szacunek polegający na przyjęciu, iż na weryfikację każdej indywidualnej koncepcji inspektor branży sanitarnej poświęci 1 godzinę,

a inspektorzy z branży konstrukcyjno - budowlanej oraz elektrycznej po pół godziny, to na samą weryfikację koncepcji potrzeba 224 godziny pracy (2h x 112). Przyjmując taką samą ilość pracy poszczególnych inspektorów na weryfikację indywidualnych projektów (czyli 224 godziny) to widać, że samo uzgodnienie dokumentacji wymaga około 450 godzin pracy. Doliczając obowiązek uczestnictwa w obowiązkowych naradach na etapie projektowania i inne możliwe czynności (np. doradztwo) oznacza, że na realizację umowy na etapie samego projektowania potrzeba przynajmniej około 500 godzin pracy - czyli około 62 dni roboczych.

W ocenie Odwołującego, stwierdzenie zawarte w złożonych wyjaśnieniach firmy Global Project G. R. odnośnie niewielkiego nakładu pracy na etapie projektowania i braku kosztów na tym etapie realizacji umowy, pomimo tak złożonego zakresu obowiązków wynikających z SWZ, jasno potwierdza, iż Wykonawca (celowo bądź na skutek zaniechania zapoznania się z wymaganiami przetargowymi), kosztów tych nie wkalkulował w cenę.

Przechodząc do drugiego etapu realizacji umowy, na etapie tym (tj. realizacji robót) Wykonawca zobligowany jest do uczestniczenia w czynnościach przekazaniu terenu robót 112 oczyszczalni, a następnie do dokonywania czynności odbiorowych w podziale na roboty zanikające i ulegające zakryciu, odbiory częściowe oraz odbiór końcowy związany z weryfikacją całości dokumentacji wykonawczej (tj. protokołów z rozruchów, częściowych POŚ, pomiarów urządzeń i instalacji elektrycznych, list obecności ze szkoleń użytkowników POŚ, wymaganych prawem oświadczenia kierownika budowy, wyników badań ścieków oczyszczonych). Biorąc pod uwagę, iż zamówienie obejmuje 112 obiektów, należy liczyć, że przekazanie terenu zajmie 112h (po 1h na każde miejsce budowy) czyli około 14 dni pracy. Odbiory robót zanikających dla każdej z oczyszczalni będą wymagały co najmniej 2 godzin pracy na każdą oczyszczalnię (1h pracy inspektora nadzoru z branży sanitarnej i 0,5h pracy pozostałych inspektorów), podobnie odbiory częściowe. Łącznie daje to około 450h pracy na same odbiory częściowe i prac zanikających - czyli około 56 dni roboczych. Odbiory końcowe, biorąc pod uwagę konieczność weryfikacji dokumentacji dla każdej z oczyszczalni oraz przeprowadzenia czynności odbioru również będą wymagać około 2h pracy (1h pracy inspektora z branży sanitarnej oraz po 0,5 pracy pozostałych inspektorów), czyli 224 godziny tj. 28 dni pracy. Zaznaczyć należy, że przedmiotowy czas pracy nie obejmuje również czasów dojazdu do poszczególnych oczyszczalni (pamiętajmy, że mowa tu o 112 placach budowy!).

Odwołujący wskazał, że już same powyższe czynności (na etapie projektowania oraz wykonawstwa) obejmują około 160 roboczodni wykwalifikowanego zespołu inspektorów, co jest ilością o 60% większą od tej przyjętej w swoich wyjaśnieniach przez firmę Global Project G. R.. Zaznaczyć przy tym należy, że jest to ilość minimalna na obu etapach realizacji umowy, która może jeszcze wzrosnąć (np. z uwagi na konieczność dokonywania kilkukrotnych odbiorów, bądź poprawek do dokumentacji projektowej, czy też przedłużenia się wykonywania robót).

Jednocześnie nie może ujść uwadze, że Zamawiający wymaga obecności Wykonawcy w przeglądach gwarancyjnych w okresie 5 lat od dnia przekazania inwestycji do użytkowania. Wyjaśnienia ceny przedstawione przez Wykonawcę całkowicie pomijają obowiązek uczestnictwa w ww. przeglądach, co pozwala domniemywać, że nie zostały ona w ogóle wkalkulowane w koszty realizacji umowy.

Odwołujący wskazał, iż jak wynika z wyjaśnień firmy Global Project G. R. założył on (w oderwaniu od realiów umowy i zapisów SWZ), że obowiązki inspektorów nadzoru będą się sprowadzać do 3 wizyt w tygodniu po 4 godziny pracy w okresie realizacji umowy. Firma ta nie dostrzega jednak, że wykonawca po prostu w tym czasie musi być obecny na budowie, nawet jeżeli nie są zaplanowane odbiory czy inne czynności. Umowa wyraźnie wskazuje przy tym, iż jest to ilość minimalna, a wykonawca musi uwzględnić w wynagrodzeniu wszystkie czynności objęte umową. Sama zaś ilość czynności objętych umową wymaga znacznie większej ilości pracy, niż tylko 3 wizyty po 4h na budowie.

Zdaniem Odwołującego w kalkulacji pominięto również fakt istnienia ryzyk budowlanych, co oznacza, że Wykonawca przyjął z góry, że inwestycja zostanie terminowo ukończona, nie będzie żadnych opóźnień, wad wykonania czy innych problemów z wykonawstwem oczyszczalni. Działanie takie jest niedopuszczalne, ponieważ Zamawiający

wymagał wkalkulowania ww. ryzyk w cenę (§ 5 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ).

W opinii Odwołującego się, zaoferowane przez Wykonawcę ogólne wyliczenie w zakresie kosztów pracy, dojazdów i noclegów, w tym brak zaoferowania wyjaśnień co do pozostałych, istotnych kwestii dobitnie potwierdza fakt, że przedmiotowa oferta winna zostać odrzucona, bowiem jej cena została skalkulowana na nierealnym poziomie. Podkreślał, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie stwierdza się, że wyjaśnienia, składane w trybie art. 90 ust. 1 pzp (obecnie art. 224 ust. 1) muszą być szczegółowe i wyczerpujące. Jeżeli są ogólnikowe i lakoniczne - wówczas przyjmuje się, że w ogóle nie zostały złożone (tak m.in. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2018 r. KIO 13/18).

Wyjaśnienia w takim kształcie, jak zostały złożone, nie pozwalają na rozwianie wątpliwości, że określona w ofercie Wykonawcy cena nie jest rażąco zaniżona. Wręcz przeciwnie, przedłożone przez firmę Global Project G. R. wyjaśnienia wyraźnie potwierdzają, że przedłożona oferta cenowa nie uwzględniła kosztów związanych z nadzorem nad etapem projektowania, zaniżyła koszty na etapie wykonawstwa oczyszczalni, nie uwzględniła jakiegokolwiek ryzyka związanego z prowadzeniem prac, jak też nie uwzględniła kosztów na etapie przeglądów gwarancyjnych, nie mówiąc już o kosztach pośrednich działalności gospodarczej, czy też biurowo - administracyjnych.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. W toku rozprawy wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 29 czerwca 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę G. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GLOBAL Projekt G. R. w Ostrowcu

Świętokrzyskim [dalej „Przystępujący" lub „Global Projekt"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 1 lipca 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 lipca 2022 r., w tym pismo procesowe Odwołującego z dnia 14 lipca 2022 r. wraz z trzema załącznikami.

Izba ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożone zostały dwie

oferty, tj. Odwołującego z ceną 239 850 zł oraz Przystępującego z ceną 109 000 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT stanowiła 280 440 zł. Z kolei średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosiła 174 425 zł.

Z powyższego wynika, iż cena oferty wykonawcy G. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GLOBAL Projekt G. R. w Ostrowcu Świętokrzyskim stanowiła ok. 63% średniej cen złożonych oferty oraz ok. 39% wartości części powiększonej o VAT.

Pismem z dnia 8 czerwca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Global Projekt do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny/kosztu/istotnych części składowych oferty. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy oferta Wykonawcy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie czy cena łączna oferty 109 000 zł brutto uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Pismem z dnia 11 czerwca 2022 r. wykonawca Global Projekt przedstawił wyjaśnienia ceny oferty wskazując, że zaoferowana cena została skalkulowana w sposób prawidłowy, nie przewiduje uproszczeń oraz oszczędności metody wykonania zamówienia.

Wykonawca wskazał, iż dysponuje odpowiedni potencjałem technicznym i kadrowym do prowadzenia nadzorów na terenie całego kraju jednocześnie w kilku miejscach na raz. Wykorzystuje ekologiczne i ekonomiczne pojazdy pozwalające znacząco ograniczyć koszty dojazdu. Wynagrodzenie każdego pracownika przyjęte do wyceny robót przewyższa to ustalone na podstawie art. 2 ust. 3 - 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o min. wynagrodzeniu o pracę i jest adekwatnie wysokie do wykonywanego zakresu, wiedzy, doświadczenia i obowiązków. Forma rozliczenia podatkowego przedsiębiorstwa nie powoduje naliczenia dodatkowej stawki VAT, co znacząco ogranicza wysokość oferty i wpływa korzystnie na jej konkurencyjność.

Wykonawca zauważył, że oferta firmy konkurencyjnej zawyża średnią arytmetyczną złożonych ofert, a jej wartość wynika z błędu kalkulacyjnego lub chęci uzyskania wysokich zysków. Również kwota jaką zamawiający zabezpieczył na realizację zadania jest bardzo wysoka. Skalkulowana przez Wykonawcę oferta uwzględnia wszystkie wymagania ujęte w SWZ. Zauważył, że większą część zadania powierzonego do nadzoru pochłoną prace projektowe oraz procedury administracyjne, na które nadzór inwestorski nie ma żadnego wpływu, a tym samym, koszty są znacznie ograniczone. Realny czas realizacji zadania i wzmożonej kontroli został oszacowany na okres ok. 100 roboczo dni, ponieważ w takim czasie Wykonawca osiągnie gotowość do wykonania robót budowlanych uzyskując

stosowne uzgodnienia i zgody. Oferta kompleksowego nadzoru obejmuje minimum 3 wizyty

tygodniowo. Według prostego przeliczenia łatwo zauważyć, że oferta jest bardzo korzystna i wystarczająca by zrealizować kontrakt należycie oraz z zadowalającym zyskiem. Szczegółowa kalkulacja robót jest zbędna do wykazania powyższych racji, co więcej stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Kwoty poniżej przedstawione uwzględniają koszty nadzoru fazy projektowej, wykonawczej, zysk oraz ryzyko przedsiębiorstwa oraz wszystkie wymagane przez Inwestora elementy, niezbędne do wykonania zadania zgodnie z PFU.

Dla uproszczenia obliczeń przyjęto 100 roboczo dni co znacznie przewyższa założenia ofertowe (minimum 3 wizyty tygodniowo). Nocleg - 9 000 zł brutto (90 zł x 100

dni), Nadzór - 75 000 zł brutto (750 zł x 100 dni), Dojazd - 25 000 zł (250 zł x 100 dni).

Do ww. wyjaśnień Przystępujący nie załączył dowodów.

Pismem z dnia 20 czerwca 2022 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Przystępującego. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1, art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226

ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp dotyczące nieprawidłowego wyboru oferty wykonawcy Global Projekt z uwagi na brak wykazania, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

W myśl art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana 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.

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, 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.

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.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Zgodnie z utrwalonym - pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - w orzecznictwie Izby poglądem, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny

być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Tym samym efektem złożonych wyjaśnień winno być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie w zakresie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione. Jednocześnie wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Ponadto Izba wskazuje, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy, gdyż przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego. Tym samym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych przez Global Projekt wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Global Projekt w przedmiocie ceny oferty była nieprawidłowa. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i rzetelny, nie czyniły zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 8 czerwca 2022 r., w szczególności w zakresie przedstawienia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień ceny, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności. Co więcej, powyższe przyznał pośrednio sam Przystępujący, który w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż „Szczegółowa kalkulacja robót jest zbędna do wykazania powyższych racji, co więcej stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa". W tym miejscu podkreślić należy, że okoliczność, iż w ramach procedury wyjaśnień ceny oferty mogą zostać przedstawione zamawiającemu informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w żadnej mierze nie zwalnia wykonawcy z obowiązku przedstawienia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień cenowych. Izba wskazuje, iż ustawa Pzp w art. 18 reguluje mechanizmy umożliwiające wykonawcom ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile zostanie ona skutecznie wykazana.

Dalej podkreślić należy, iż złożone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny oferty opierały się w dużej mierze na nic nie wnoszących do sprawy ogólnikach, gołosłownych deklaracjach wykonawcy często formułowanych w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny zapewniających o złożeniu oferty korzystnej cenowo, umożliwiającej realizację kontraktu należycie i z zadowalającym zyskiem, jak również pozostających bez znaczenia uwagach Przystępującego kierowanych do Zamawiającego dotyczących zawyżenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia czy też zawyżenia średniej arytmetycznej cen złożonych ofert przez ofertę Konkurenta, której wartość wynika z błędu kalkulacyjnego lub chęci uzyskania wysokich zysków. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty nie podał dostatecznych argumentów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny oferty, poprzestając na gołosłownych zapewnieniach dotyczących stosowania ekologicznych i ekonomicznych środków transportu pozwalających znacząco ograniczyć koszty dojazdu, dysponowania doświadczoną kadrą otrzymującą adekwatnie wysokie wynagrodzenie oraz wyceną pełnego zakresu zamówienia.

Zauważyć należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego są usługi nadzoru inwestorskiego stanowiące tzw. usługi miękkie, a zatem zasadniczy element kosztotwórczy stanowić będzie praca osób dedykowanych do realizacji zamówienia uwzględniająca m.in. ich kwalifikacje i wykształcenie. Tymczasem w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty Przystępujący poza twierdzeniem, iż Wykonawca zatrudnia doświadczonych pracowników, których wynagrodzenie przewyższa minimalne wynagrodzenie określone przepisami prawa pracy, nie przedstawił szczegółów i założeń kalkulacyjnych dotyczących podstawowego kosztu. Z wyjaśnień Przystępującego nie wynika również wprost podnoszona w toku rozprawy okoliczność, iż do kalkulacji ceny oferty przyjęto 400 roboczogodzin (100 dni x 4 h zgodnie z założeniem ofertowym). Dopiero podczas rozprawy Przystępujący wyjaśnił, że zadeklarował w ofercie obecność inspektora nadzoru na budowie min. 3 razy w tygodniu po cztery godziny, podczas gdy w wyjaśnieniach ceny wskazano jedynie ilość dni (100) oraz min. 3 wizyty tygodniowo. Powyższe w ocenie Izby potwierdza jedynie niedoskonałość złożonych wyjaśnień i przyjęcie przez Wykonawcę uproszczonego sposobu obliczeń. Co więcej, z powyższego stanowiska Przystępującego wynika dalsza niespójność dotycząca sposobu kalkulacji ceny oferty. Zauważyć należy, iż obliczona przez Przystępującego liczba 400 roboczogodzin (100 dni x 4 h zgodnie z deklaracją w ofercie) dotyczyła pobytu inspektora nadzoru na budowie, co wynika

wprost z oświadczenia zawartego w punkcie 3.1) Kryterium częstotliwość pobytu na budowie inspektora nadzoru, a nie wszystkich czynności należących do obowiązków inspektora nadzoru, podczas gdy w toku rozprawy Przystępujący stwierdził, że „w ramach tych 400 godzin wykonawca będzie stawiał się na placu budowy, zweryfikuje dokumentację projektową oraz założył konieczność świadczenia dodatkowych usług na etapie przeglądów gwarancyjnych". W złożonych wyjaśnieniach cenowych nie można również odszukać stanowiska prezentowanego przez Przystępującego w toku rozprawy, iż „realny okres realizacji zamówienia to 192 godziny - cztery miesiące po trzy pobyty w tygodniu przez cztery godziny".

W równie lakoniczny sposób Przystępujący odniósł się do kwestii dysponowania ekologicznymi i ekonomicznymi pojazdami nie wskazując przy tym jakimi pojazdami dysponuje Wykonawca oraz w jaki sposób powyższe przekłada się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Przystępujący nie wykazał również, że przyjęty koszt noclegu w kwocie 90 zł brutto za jeden nocleg jest realny w świetle realiów rynkowych.

Co więcej, za szczególnie istotną okoliczność Izba uznała, iż wykonawca Global Projekt złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty nie poparł żadnym dowodem, mimo jednoznacznego wezwania Zamawiającego i obowiązku wynikającego z art. 224 ustawy Pzp. Powyższe uchybienie Przystępującego skutkuje brakiem możliwości weryfikacji i tak szczątkowej kalkulacji ceny oferty przedstawionej przez Wykonawcę, przekładając się tym samym na negatywną ocenę złożonych wyjaśnień. Negatywnie należy ocenić również stanowisko Przystępującego prezentowane w toku rozprawy, który podnosił, iż koszty noclegów są powszechnie znane i można je sprawdzić np. na Booking'u, co miałoby uzasadniać brak złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji. Analogicznie Przystępujący argumentował w przypadku kosztów dojazdu pojazdów, które są niskoemisyjne.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy należy podkreślić, że wyjaśnienia złożone przez Global Projekt były na tyle lakoniczne, iż nie przedstawiono w nich nawet zakładanego przez Wykonawcę zysku z tytułu realizacji niniejszego zamówienia, poza ogólną deklaracją, iż ten został uwzględniony w wycenie. Z treści wyjaśnień ceny nie wynika także na jakim poziomie wykonawca Global Projekt przyjął w kalkulacji cenowej rezerwę na ryzyka związane z realizacją kontraktu, deklarując jedynie, iż została ona uwzględniona w kalkulacji ceny. Powyższych oświadczeń Przystępującego nie można zweryfikować z uwagi na to, że kalkulacja ceny oferty składa się z trzech punktów obejmujących kosztów nadzoru, dojazdu oraz noclegów. Z treści złożonej przez Przystępującego kalkulacji nie wynika również, by Wykonawca przewidział określoną kwotę na tzw. koszty ogólne czy pośrednie, zwykle towarzyszące realizacji zamówienia publicznego.

Konkludując powyższe stwierdzić należy, iż wyjaśnienia ceny oferty złożone przez Global Projekt pismem z dnia 8 czerwca 2022 r. były ogólnikowe, nie wyjaśniały sposobu zbudowania ceny ofertowej oraz nie zostały poparte żadnymi dowodami. Tym samym wykonawca Global Projekt nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny oferty, przez co nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Oferta ww. wykonawcy podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W końcu Izba dodaje, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie oznacza automatycznie, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i podlega odrzuceniu w świetle art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Z kolei w zakresie złożonego przez Odwołującego pisma procesowego z dnia 14 lipca 2022 r. zawierającego dodatkowe okoliczności wskazujące, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, które Odwołujący powziął po złożeniu odwołania wskazać należy, iż okoliczności w nim zawarte nie mogły być przedmiotem oceny Izby jako wykraczające poza zarzuty odwołania (arg. z art. 555 ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a, b oraz d w zw. § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....