Sygn. akt: KIO 1680/14

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
„Bud-Invent" Sp. z o.o. ul. Odkryta 36A, 03-140 Warszawa i
Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych „Trakt" w Szczecinie Sp. z o.o.
ul. Energetyków 9, 70-656 Szczecin
w postępowaniu prowadzonym przez
Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź

przy udziale wykonawcy **Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j.**
ul. Wodna 47, 90-046 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

---

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Bud-Invent" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych „Trakt" w Szczecinie Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Miasta Łódź – Zarząd Dróg i Transportu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Bud-Invent" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych „Trakt" w Szczecinie Sp. z o.o. kwotę 18 598 zł 98 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 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 Łodzi.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 1680/14

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania: Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód – Zachód (Retkinia – Olechów)

wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem – odcinki 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „Bud-Invent” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych „Trakt” w Szczecinie Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. wykluczenia z postępowania wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
3. odrzucenia oferty złożonej przez Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j.,
4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
5. dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.
Odwołujący wskazał, że w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1427/14, zamawiający powtórzył czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i badania i oceny ofert, w ramach którego wezwał Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie inspektora nadzoru robót drogowych, inspektora nadzoru sieci trakcyjnej, inspektora nadzoru robót elektrycznych, inspektora nadzoru robót teletechnicznych oraz do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny brutto, wskazując jednocześnie na konieczność przedstawienia obiektywnych czynników takich jak w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które wpłynęły za zaoferowanie ceny za wykonanie zamówienia o 55,91% niższej niż kwota środków finansowych przewidzianych przez zamawiającego na jego sfinansowanie oraz niższej o 35,63% od ceny kolejnej oferty. Zamawiający stwierdził, że powyższe wyjaśnienia są niezbędne dla prawidłowej oceny złożonej oferty oraz ustalenia, czy zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą należyte wykonanie usług.
W odpowiedzi Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. złożyło wyjaśnienia, których nie sposób uznać za wystarczające do przeprowadzenia dowodu, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.
W wyjaśnieniach zostało podniesione, że wykonawca posiada doświadczenie w realizowaniu (m. in. na terenie województwa łódzkiego) usług podobnych do przedmiotu zamówienia, posiada również wykwalifikowaną i rozbudowaną kadrę specjalistów. Jednak okoliczności te odnoszą się do cech podmiotowych wykonawcy, nie zaś do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie posiadanie niesprecyzowanego bliżej doświadczenia czy niesprecyzowanej bliżej kadry to okoliczności, które nie muszą mieć wpływu na realizację przedmiotowego, konkretnego zamówienia, nie zostało zaś wykazane, iż taki wpływ rzeczywiście będzie miał miejsce i na czym miałby polegać.
Wykonawca wskazał też na dysponowanie stałym, w pełni wyposażonym biurem w Łodzi, zlokalizowanym w niewielkiej odległości od miejsca realizacji inwestycji, posiadanie środków transportu dla pracowników i współpracowników. Jednak wykonawca nie podnosi, iż przy realizacji tego zamówienia będzie z tego biura korzystać, nie wiadomo także, czy biuro to nadaje się do wykorzystania przy realizacji przedmiotowego zamówienia, np. jaka jest jego powierzchnia, ile osób obecnie w nim pracuje i czy zwiększenie ilości osób lub

wykonywanych przez nie czynności nie będzie kolidowało z możliwością wykonania zamówienia. Zbyt mała powierzchnia biurowa przypadająca na jedną osobę czy zbyt mała ilość sprzętu biurowego może prowadzić do zmniejszenia efektywności realizacji zamówienia poniżej poziomu gwarantującego jego należyte wykonanie.
Wykonawca wskazał, że większość członków personelu przypisanego do realizacji zamówienia pochodzi z terenu, na którym będzie prowadzona inwestycja objęta nadzorem, co powoduje, iż koszty ich wynagrodzenia nie będą zawierały kosztów zakwaterowania, dojazdów, diet, a więc dodatkowych składników wynagrodzenia. Tym niemniej, nie ma

podstaw do twierdzenia, że wysokość wynagrodzenia za pracę (świadczeń pracodawcy na rzecz pracownika z tytułu stosunku pracy) winna być uzależniona od miejsca zamieszkania bądź miejsca pobytu pracownika. Ponadto w przypadku ponoszenia przez wykonawcę dodatkowych kosztów związanych z przemieszczaniem się członków personelu od miejsca ich pobytu do miejsca realizacji inwestycji nie ma przeszkód, aby koszty te zostały uwzględnione przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia za pracę czy świadczenie usługi i skutkowały ustaleniem tego wynagrodzenia na odpowiednio niższym poziomie. Zatem, wpływ przedmiotowego czynnika na możliwość zaoferowania niższej ceny nie został udowodniony.
Wykonawca wskazał też, że od stycznia 2014 r. prowadzi nadzór nad inwestycją w zakresie „rozbudowy i modernizacji trasy tramwaju w relacji Wschód – Zachód (Retkinia – Olechów)" w zakresie odcinka nr 3 oraz nadzoru nad projektowaniem, co powoduje, iż posiada wiedzę i doświadczenie o problemach związanych z inwestycją oraz nie będzie musiał organizować biura oraz personelu „od początku". Tym niemniej nie jest zasadne powoływanie się na zasoby używane do wykonywania innego zamówienia i dokonywanie łącznej kalkulacji cen za wykonanie dwóch lub większej liczby zamówień; W przypadku więcej niż jednego zamówienia, każde z nich powinno być bowiem traktowane odrębnie i odrębnie powinna być dokonywana kalkulacja ceny oferowanej za każde z nich.
Zdaniem wykonawcy należy uwzględnić porównanie zaoferowanej ceny z ceną zaoferowaną w poprzednim przetargu na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania „rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód – Zachód (Retkinia – Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem" oraz wyniki innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ogłaszanych na przestrzeni ostatnich kilku lat, w których złożył on najkorzystniejszą ofertę. Tym niemniej za oczywiste należy uznać, że zarówno zaoferowana cena, jak i badanie prawidłowości sposobu jej kalkulacji powinno odnosić się przede wszystkim do przedmiotu konkretnego zamówienia, nie zaś do przedmiotów zamówienia w innych postępowaniach. Ponadto ten fragment wyjaśnień wskazuje, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, gdyż zostało w nim stwierdzone, iż za nadzór nad odcinkiem nr 3 zaoferowano kwotę 1.734.300 zł, gdy za nadzór nad odcinkami: 1, 2, 4-8 zaoferowano cenę 867.000 zł.
Wskazuje to też, że kalkulacja ceny zaoferowanej w przedmiotowym zamówieniu została dokonana łącznie z kalkulacją cen innych świadczeń, co nie jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, z których jasno wynika, że cena ma dotyczyć danego, konkretnego świadczenia, które stanowi przedmiot danego zamówienia.
Należy też zwrócić uwagę, że w wyroku KIO 1427/14 wskazano, że odwoływanie się do innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych dotyczących podobnego przedmiotu zamówienia, zwłaszcza jeżeli stopień tego podobieństwa pozostaje nieustalony, może mieć

znaczenie jedynie pomocnicze, a zamawiający musi brać pod uwagę, że realizacja pierwotnie udzielonego całościowo zamówienia na kwotę 2.402.190,00 zł zakończyła się fiaskiem. Nieuprawnione jest sumowanie cen z dwóch postępowań dotyczących części przedmiotu zamówienia z ceną z postępowania na całość przedmiotu zamówienia – tolerowanie sytuacji, w której co prawda, realizacja obu zamówień rozpatrywanych łącznie jest dla wzmiankowanego wykonawcy rentowna, jednakże wyłącznie przez to, że zysk wypracowany na pierwszym z nich umożliwia pokrycie straty osiąganej na drugim, sprzeciwiałoby się przestrzeganiu zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.
Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma

obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei, zgodnie z przepisami art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Jak wynika z artykułu 15 wzoru umowy, roboty budowlane mogą być prowadzone w systemie dwuzmianowym lub trzyzmianowym, gdy narzuca to technologia, a w razie potrzeb technologicznych, organizacyjnych i w sytuacjach, gdy mogą nie zostać dotrzymane terminy harmonogramu sporządzonego przez wykonawcę robót budowlanych w dodatkowo wydłużonym czasie pracy i w dni wolne od pracy.
Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. w złożonych wyjaśnieniach nie odniosło się do tej kwestii, nie załączyło również żadnych dowodów czy kalkulacji ceny, które by potwierdzały, iż wymóg potencjalnego świadczenia usługi w systemie dwuzmianowym lub trzyzmianowym, został uwzględniony przy kalkulacji ceny. Zatem należy uznać, iż przedmiotowy wymóg został pominięty, tym bardziej, iż zapewnienie pracy wysoko wykwalifikowanego personelu w systemie trzy- czy nawet dwuzmianowym podniosłoby w sposób istotny koszty, uniemożliwiając wypracowanie zysku przy cenie, jaka została zaoferowana.
Ponadto wykonawca wskazuje, iż przedmiot zamówienia byłby realizowany na bazie personelu zaangażowanego do obsługi odcinka nr 3, a więc w przypadku zastosowania trzy- albo dwuzmianowego systemu prowadzenia robót budowlanych, powstałaby sytuacja, w której dochodziłoby do kolizji obowiązków dotyczących poszczególnych odcinków i w której istniałoby poważne ryzyko, iż wzmiankowany wykonawca oraz jego personel

dążyliby do dostosowania zakresu prac realizowanych na obu zadaniach do swoich potrzeb, nie zaś do interesów i potrzeb zamawiającego czy dobra realizowanej inwestycji.
Z artykułu 12 ust. 12.5 wzoru umowy wynika, że, w zależności od potrzeb zamawiającego, wykonawca zapewni transport samochodowy osób reprezentujących zamawiającego z siedziby zamawiającego na teren budowy i do siedziby wykonawcy.
Zamawiający i wykonawca nie wskazali żadnych konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani innych dowodów, które potwierdzałyby ich twierdzenia o sporadyczności występowania pracy w zwiększonym wymiarze; dodatek do wynagrodzenia z tego tytułu został co prawda założony, lecz niewystarczająco.
Na równi z przypadkiem niezłożenia w ogóle wyjaśnień, doktryna i orzecznictwo traktuje wyjaśnienia niewystarczające i ogólnikowe, bowiem obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ciąży na wykonawcy. Nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny.
U podstaw wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów cenotwórczych leżała dysproporcja cen, a w aktualnym stadium postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ocenie podlega treść tych wyjaśnień.
W wyroku KIO 1427/14 nakazano zamawiającemu powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wezwania Biura Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie: inspektor nadzoru robót drogowych, inspektor nadzoru sieci trakcyjnej, inspektor nadzoru robót elektrycznych, inspektor nadzoru robót teletechnicznym. Zamawiający z pewnością wystosował wezwanie w przedmiotowym zakresie, jednakże na skutek zastrzeżenia przez wykonawcę informacji zawartych w odpowiedzi jako tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący nie mógł dokonać weryfikacji tego uzupełnienia, dlatego z ostrożności podnosi zarzut, że spełnienie warunku nie zostało wykazane.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania według

norm przepisanych.
Zamawiający nie podzielił oceny odwołującego co do rażąco niskiej ceny w ofercie Biura Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. oraz nieprawidłowości złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Zdaniem zamawiającego wykonawca rzeczowo uzasadnił przyczyny, dla których cena jego oferty odbiega od cen ofertowych pozostałych wykonawców oraz kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację przedmiotowego zadania.

7

Wykonawca wyjaśnił, iż: posiada wieloletnie doświadczenie w działaniu na rynku lokalnym; dysponuje stałym, w pełni wyposażonym biurem w Łodzi, zlokalizowanym w odległości kilkudziesięciu metrów od miejsca inwestycji; większość członków personelu mających realizować zamówienie pochodzi z terenu, na którym ma być ono realizowane, co powoduje, iż wykonawca nie będzie musiał ponosić kosztów ich zakwaterowania, dojazdów, diet; aktualnie realizuje nadzór nad pozostałymi odcinkami tej samej inwestycji w zakresie prac projektowych i w zakresie robót budowlanych, co powoduje, iż na potrzeby przedmiotowego zamówienia nie będzie musiał organizować od początku biura, zaplecza i personelu; nadzorując pozostałe odcinki inwestycji zgromadził wiedzę odnośnie realiów przedmiotowej inwestycji i stosowne doświadczenia pozwalające precyzyjnie oszacować koszty i ryzyka związane z wykonaniem zamówienia; w cenie oferty uwzględniony jest „godziwy zysk".
Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia jednoznacznie wskazują, iż relatywnie niska cena jego oferty wynika ze szczególnie sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych akurat dla tego konkretnego wykonawcy, zamawiający zaś zobowiązany jest uwzględnić tego rodzaju obiektywny czynnik wpływający na cenę oferty.
Różnica między ceną wybranej oferty a ceną oferty drugiego wykonawcy nie jest rażąco wysoka, jakkolwiek uzasadniająca istnienie wątpliwości w tym zakresie. Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług o charakterze intelektualnym, których wartość nie jest w takim samym stopniu wymierna jak wartość materiałów budowlanych czy pracy pracowników wykonujących proste czynności fizyczne. W postępowaniach o takim charakterze różnice w cenach zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców zawsze są większe i nie świadczą o rażącej dysproporcji. Wysokość wynagrodzenia pracowników stanowiąca jeden z najbardziej istotnych czynników cenotwórczych uzależniona jest w dużym stopniu od cech konkretnego wykonawcy, terenu, na którym działa, dobrej znajomości lokalnego rynku pracy dobrej i możliwości zatrudniania najlepszych specjalistów pracujących na danym terenie, organizacji czasu pracowników, maksymalnie efektywnego wykorzystania zasobów, konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów rzeczowych i czasowych związanych z transportem i zakwaterowaniem.
Wykonawca w wyjaśnieniach powołał się na czynniki obniżające wysokość kosztów pracy specjalistów i wskazał okoliczności mające zastosowanie w jego konkretnej, indywidualnej sytuacji: dobra znajomość rynku lokalnego, wieloletnia współpraca ze specjalistami z terenu inwestycji, usytuowanie biura. Wykonawca podkreślił, iż znaczenie ma fakt nadzorowania realizacji tej samej inwestycji od stycznia 2014 na podstawie odrębnie zawartej umowy. Oznacza to, że specjaliści wykonawcy już otrzymują wynagrodzenie i będą otrzymywali tylko dodatkowe kwoty z tytułu zwiększenia zakresu ich obowiązków. Niewątpliwie jest to okoliczność umożliwiająca maksymalnie efektywne wykorzystywanie zasobów ludzkich, niedostępna dla innych wykonawców.

8

Nie można zgodzić się w odwołującym, iż wyjaśnienia wykonawcy są ogólne i nie wskazują obiektywnych okoliczności niedostępnych w sposób standardowy innym wykonawcom. Odwołujący podnosi, iż w wyjaśnieniach brak jest konkretnych informacji o powierzchni biura, ilości pracującego w nim personelu. Przepisy prawa nie wskazują, co ma być zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy, istotne jest tylko, aby przytoczył okoliczności, które odnoszą się tylko do jego osoby i wpływają na obniżenie ceny.
Nie sposób się też zgodzić z argumentacją odwołującego, iż w przypadku większych kosztów transportu może on z tego tytułu obniżyć wynagrodzenie pracowników. Takie działanie jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym (z zasady powoduje to, iż wynagrodzenie pracowników ulega zwiększeniu) i zasadami współżycia społecznego (przerzucanie pozapłacowych kosztów realizacji umowy na pracowników).

Kwestionować należy też trafność stwierdzenia, iż przystępujący nie może się powoływać na wykonywanie umowy na odcinek nr 3. Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, iż jest to okoliczność dostępna wyłącznie przystępującemu, dzięki której mógł zaoferować konkurencyjną cenę oferty, a jedynie stwierdzając, iż wobec braku wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny nieznana pozostaje skala oszczędności wynikająca z jednoczesnego wykonywania tych zamówień i konieczne jest wskazanie choćby rodzaju tych oszczędności. W przedłożonych wyjaśnieniach wykonawca przywołał żądane rodzaje oszczędności, jak konieczność organizacji zaplecza i personelu. Przystępujący ponadto powołuje się na wiedzę i doświadczenie, które nabył realizując umowę na odcinek nr 3 i wskazuje, iż dysponuje specjalistycznymi, niedostępnymi dla innych wykonawców informacjami o możliwych problemach związanych z inwestycją.
Cena zaoferowana przez przystępującego w ramach zamówienia mu udzielonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest wyższa niż wynikająca z szacunków zamawiającego. Z tego faktu nie można jednak wysnuwać wniosku, iż również w przedmiotowym postępowaniu cena oferty wykonawcy powinna być zbliżona do ceny wynikającej z oszacowania, bowiem zazwyczaj ceny zamówień udzielanych w postępowaniach niekonkurencyjnych są wyższe niż ceny wynikające z oszacowania, a w trybach konkurencyjnych ceny ofertowe wykonawców są dużo niższe niż wartość szacunkowa zamówienia.
Oferta z rażąco niską ceną to oferta z ceną nierealną, nie pozwalającą na wykonanie zamówienia z należytą starannością, wskazująca zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na uzyskanie przez wykonawcę zysku. Odwołujący nie wykazał, iż żądane wynagrodzenie jest wynagrodzeniem nierealnym, zatem nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż wykonawca zaoferował realizację zamówienia za rażąco niską cenę lub nie wykazał istnienia okoliczności, które wpływają na jej obniżenie w stosunku do cen zawartych w innych ofertach.

Co do zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu należy wskazać, iż zarzut ten nie ma żadnego uzasadnienia faktycznego. Zatem nie powinien być rozpatrywany przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zamawiający dokładnie przeanalizował złożone przez przystępującego wskutek wezwania dokumenty i nie stwierdził żadnych podstaw od wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.
Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Z okoliczności faktycznych wynika, iż zamawiający, wobec stwierdzenia przez Izbę w wyroku o sygn. akt KIO 1427/14 takiej konieczności, wezwał wykonawcę – Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j., którego ofertę uznał za najkorzystniejszą, do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W wezwaniu tym zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny brutto. Zamawiający poprosił o przedstawienie obiektywnych czynników, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów lub innych obiektywnych czynników, które wpłynęły za zaoferowanie ceny za wykonanie zamówienia o 55,91% niższej niż kwota środków finansowych przewidzianych przez zamawiającego na jego sfinansowanie oraz niższej o 35,63% od ceny kolejnej oferty. Zamawiający wskazał, że powyższe wyjaśnienia są niezbędne dla prawidłowej oceny złożonej oferty oraz ustalenia, czy zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą należyte wykonanie usług. Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień do 31 lipca 2014 r.

W złożonych we wskazanym terminie wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że skalkulował cenę brutto swojej oferty na kwotę 867.000 zł. Kwota ta, jego zdaniem, nie może zostać uznana za zawierającą rażąco niską cenę. Wykonawca świadczy usługi w zakresie nadzoru

nad inwestycjami, przede wszystkim liniowymi inwestycjami drogowymi na terenie województwa łódzkiego, oraz na terenie całego kraju od 2004 roku. Posiada wieloletnie doświadczenie, wykwalifikowaną i rozbudowaną kadrę specjalistów. Dysponuje stałym, w pełni wyposażonym biurem w Łodzi, zlokalizowanym w odległości kilkudziesięciu metrów od miejsca, w którym realizowana jest inwestycja objęta nadzorem. Posiada również środki transportu dla swoich pracowników i współpracowników. Zaplecze organizacyjne wykonawcy jest jego atutem, który wpływa na obniżenie kosztów funkcjonowania. Personel wykonawcy współpracuje z nim od długiego czasu, co ma wpływ na wysokość wynagrodzenia tych osób. Większość członków personelu przypisanego do realizacji niniejszego zamówienia pochodzi z terenu, na którym będzie prowadzona inwestycja objęta nadzorem. Powoduje to, że koszty ich wynagrodzenia nie będą zawierały kosztów zakwaterowania, dojazdów, przejazdów, diet, a więc dodatkowych składników wynagrodzenia, które mogą je znacznie zwiększać, podczas gdy ceny ofert większości pozostałych wykonawców mających siedziby w innych miastach zapewne uwzględniają powyższe składniki cenotwórcze, jak również dodatkowe koszty związane z organizacją zaplecza w postaci kosztów stworzenia biura, zorganizowania środków transportu itp.
Atutem wykonawcy jest też, iż od stycznia 2014 r. prowadzi nadzór nad inwestycją w zakresie odcinka nr 3 oraz nadzoru na projektowaniem, co powoduje, że zebrał już znaczne doświadczenie i wiedzę o możliwych problemach związanych z inwestycją, a podjęcie zadań w zakresie nadzoru nad pozostałymi odcinkami inwestycji nie będzie związane z koniecznością organizacji biura, zaplecza oraz personelu od początku. Czynniki te należy ocenić jako wyjątkowo sprzyjające dla wykonywania niniejszego zamówienia, które wpływają na obniżenie ceny oferty wykonawcy.
Z punktu widzenia oceny oferty wykonawcy ważną kwestią jest również fakt, iż składał on ofertę w poprzednim przetargu. Wówczas złożona przez niego oferta na całość zadania inwestycyjnego opiewała na kwotę brutto 2.530.110 zł. Wartość brutto oferty złożona w obecnym postępowaniu w zestawieniu z wartością umowy realizowanej dla odcinka nr 3 wraz z nadzorem na projektowaniem, tj. kwotą 1.734.300 zł, daje wartość wyższą, niż pierwotnie zaproponowana, pomimo iż wykonawca występował w konsorcjum oraz uległ znacznemu skróceniu czas realizacji zadania.
Zamawiający zauważył, że cena oferty wykonawcy jest o 55,91% niższa od wartości, jaką przewidział na realizację zamówienia oraz niższa o 35,63% od ceny kolejnej oferty. Jednak wyniki innych, podobnych postępowań ogłaszanych na przestrzeni kilku ostatnich lat, w których wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę to 34,72%, 34,05% czy 36,91% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia.
Jak wynika z orzecznictwa dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego

z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny rażąco niskiej, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejś z ofert. Oferta wykonawcy nie może być zatem uznana za rażąco zaniżoną w oparciu o kryterium arytmetyczne, dla którego punktem odniesienia jest ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT oraz ceny ofert innych wykonawców.
Oferta zawiera cenę rzetelnie ustaloną, acz konkurencyjną w stosunku do cen innych wykonawców. Zaproponowana w ofercie cena jest ceną realną, uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, została skalkulowana w sposób prawidłowy i odpowiedzialny, obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia i umożliwia należyte jego wykonanie, a wykonawca w oparciu o tę cenę będzie zdolny do wykonania zamówienia. Cena zawiera również godziwy zysk

wykonawcy.

Jak więc wynika z powyżej zacytowanych wyjaśnień, przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał kilka okoliczności, które według niego wpłynęły na możliwość złożenia wyjątkowo korzystnej cenowo oferty, jednak nie podał żadnych konkretnych informacji ani o ponoszonych przez siebie kosztach, ani nawet kwot oszczędności, które uzyskał dzięki wskazanym przez siebie sprzyjającym okolicznościom. Jedyną kwotą, którą podał, była globalna wartość oferty, która akurat była zamawiającemu znana i nie stanowiła dla niego żadnej pożądanej informacji. Zatem teoretycznie zamawiającemu zostały udzielone dość obszerne, czterostronicowe wyjaśnienia, ale w taki sposób, jakby nie zostały one złożone w ogóle, ponieważ nic z nich nie wynika i nie zawierają żadnych informacji przydatnych dla oceny ceny oferty, której zamawiający miał dokonać.
Rzeczywiście, jak wskazał odwołujący, w takiej sytuacji orzecznictwo uznaje, że złożenie wyjaśnień (w znaczeniu „pisma"), z których jednak nie wynikają żadne konkretne wyjaśnienia (w znaczeniu treści merytorycznej) uznawane jest za niezłożenie wyjaśnień w ogóle, gdyż – jak wskazano powyżej – formalnie one są, ale brak ich merytorycznie. Ewentualnie takie wyjaśnienia są oceniane negatywnie (w zależności od tego, czy zamawiający zdecyduje o odrzuceniu takiej oferty, czy też nie).

Izba nie wie, na jakiej podstawie zamawiający dokonał oceny ceny oferty, która miałaby cokolwiek wspólnego z rzetelnością. Z zaistniałej sytuacji ewidentnie widać, że zamawiający dokonał wezwania, ponieważ został do niego zobowiązany przez Izbę i potraktował całą procedurę jedynie jako czynność *pro forma* – zamawiający skierował wezwanie, wykonawca

coś mu odpowiedział i obowiązek został wypełniony. Jednak nie taki jest cel procedury opisanej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Wbrew temu, co twierdził odwołujący, nie istnieje domniemanie prawne ani faktyczne istnienia rażąco niskiej ceny wynikające tylko z tego powodu, że zamawiający poprosił o wyjaśnienia w tym zakresie. Jednak wykonawca może powziąć „domniemanie", że zamawiający rozważa odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i to odrzucenie nastąpi, jeśli zamawiający nie uzyska go a wykonawca wykazać satysfakcjonujących wyjaśnień, musi poprawność zaproponowanej ceny.

Co do treści samego wezwania i udzielonych wyjaśnień należy zwrócić uwagę, że zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny brutto. Zatem przede wszystkim wykonawca powinien wskazać na ponoszone przez siebie w związku z realizacją zamówienia i ujęte w ofercie koszty. Jest to główny i niezbędny element wyjaśnień. Wykonawca nie może mieć bowiem samych „oszczędności" – i konsekwentnie, owe oszczędności są odejmowane od owych kosztów. Podczas rozprawy przystępujący przedstawił tabelę zawierającą zestawienie czynników cenotwórczych takich jak wynagrodzenie personelu do obsługi kontraktu: inżyniera kontraktu, dwóch inżynierów rezydentów i 15 inspektorów nadzoru, utrzymanie biura, koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gwarancji, ubezpieczenia, transportu, badań, utrzymania pojazdów, rezerwę. Podobne czynniki cenotwórcze – tyko w innych wysokościach – wskazywał też odwołujący w swoim zestawieniu.
Jednak tabela taka powinna zostać przedłożona zamawiającemu w owych wyjaśnieniach, a nie dopiero Izbie na etapie postępowania odwoławczego. W takiej sytuacji nie ma podstaw do przywrócenia wykonawcy terminu na złożenie wyjaśnień i przeprowadzenie ich podczas rozprawy, jak też nie ma potrzeby oceniania, czy przedstawione przez przystępującego w tabeli ceny są poprawne.

Co zaś do samych wyjaśnień należy wskazać też, że niezależnie od powyższego, budzą one także inne wątpliwości – o ile bowiem posiadanie własnych pomieszczeń biurowych

w bliskiej odległości od terenu budowy i siedziby zamawiającego oraz lokalnie zamieszkałych pracowników rzeczywiście obniża koszty wykonawcy o koszt czynszu najmu, zakupu lub

13

---

transportu sprzętu biurowego, czy też czas i koszty dojazdów i delegacji inżynierów i inspektorów, to już mniej zrozumiałe i wymiernie przeliczalne jest np. doświadczenie pracowników, doświadczenie na rynku lokalnym, czy przy realizacji innego odcinka właśnie tej inwestycji. Z zasady bowiem pracownicy doświadczeni, właśnie ze względu na swoją wiedzę i doświadczenie, oczekują wyższego wynagrodzenia niż początkujący. Poza tym bezproblemowy przebieg inwestycji mogący obniżyć koszty zależy jednak w największej mierze od wiedzy i doświadczenia oraz kompetencji wykonawców robót budowlanych i kierowników budowy, a nie inspektorów nadzoru. Z informacji przedstawionych przez zamawiającego wynika też, że różne odcinki będą realizowane przez różnych wykonawców robót budowlanych i będą się różniły zakresem robót od odcinka nr 3, zatem na każdym odcinku mogą powstać różne problemy.
Z tych powodów tym bardziej należałoby przedstawić konkretne informacje o oczekiwanych oszczędnościach.

Co do drugiego z zarzutów, Izba stwierdziła, że nie został on sprecyzowany na tyle, aby możliwe było orzeczenie w tym zakresie. Jak wynika z uzasadnienia odwołania, wykonawca postawił taki zarzut „na wszelki wypadek", gdyby zamawiający źle ocenił przedstawione mu dokumenty, aby Izba skontrolowała czynność zamawiającego. Jednak Izba nie prowadzi ogólnej kontroli postępowania, lecz rozstrzyga konkretne spory, zatem wykonawca musi wskazać konkretne uchybienia zamawiającego. Natomiast odwołujący ani nie wskazał podstaw do wykluczenia przystępującego, ani nie postawił zarzutu zaniechania ujawnienia treści zastrzeżonego przez przystępującego wykazu osób czy towarzyszących mu dokumentów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

14

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..……

15