

WYROK
z dnia 06 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **06 września 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 sierpnia 2016 r.** przez wykonawcę **MBJ Corporation Sp. z o.o., ul. Sabły 60, 02-174 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Dozoru Technicznego, ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża MBJ Corporation Sp. z o.o., ul. Sabły 60, 02-174 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MBJ Corporation Sp. z o.o., ul. Sabły 60, 02-174 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Pełnienie funkcji inwestora zastępczego przy realizacji inwestycji polegającej na budowie nowej siedziby Oddziału terenowego Urzędu Dozoru Technicznego w Katowicach przy ulicy Żelaznej”* - nr postępowania ZP-AN-82/15, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 95101 - 2016, data zamieszczenia 21.06.2016 r., przez Urząd Dozoru Technicznego, ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 22.08.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Sweco Consulting Sp. z o.o. Nadto, poinformowano o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*, oferty: MBJ Corporation Sp. z o.o., ul. Sabły 60, 02-174 Warszawa zwanej dalej: *„MBJ Corporation Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”*.

W dniu 26.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MJB Corporation Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 22.08.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 26.08.2016 r. (e-mailem). Czynności Zamawiającego zarzucił:

- a) nieuzasadnionym uznaniu, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
- b) nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania;
- c) przeprowadzeniu badania i oceny ofert w sposób sprzeczny z Pzp;
- d) dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad prowadzenia postępowania. Zamawiający naruszył:

■ art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

■ art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez błędne ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia i nieuzasadnione uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia dokonania czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji: .

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Sweco Consulting Sp. z o.o.
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego oraz

3

zawarcia z nim umowy o zamówienie publiczne.

W dniu 22.08.2016 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie zawierające informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informację o odrzuceniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że biorąc pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego w przedmiocie „*rażąco niskiej ceny*” uznał je za niesatysfakcjonujące dla uznania, że cena złożonej przez Odwołującego oferty nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że Odwołujący nie kwestionował ani wartości przedmiotu zamówienia (znanej mu z wezwania do wyjaśnień ceny za usługę), ustalonej przez zamawiającego (kosztów wykonania usługi) ani też wartości robót budowlanych, których usługa ma dotyczyć (wartość ta była ujawniona w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ dla przedmiotowej usługi). Podniósł też, że Odwołujący nie kwestionował również treści samego wezwania do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w szczególności nie kwestionował poziomu szczegółowości wezwania i ewentualnego braku precyzji oczekiwań Zamawiającego. Treść wezwania do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, przekazanego do Odwołującego w dniu 11.07.2016 r. została skierowana w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał na % różnicę - przekraczającą 30% względem ustalonej wartości zamówienia i podkreślił, że ta sytuacja obliguje go do zbadania, czy cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i daje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Dlatego zwrócił 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 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Wskazał przy tym, że w celu potwierdzenia realności oferty należy przedstawić dowody potwierdzające realność zaoferowanej ceny. Termin na złożenie wyjaśnień wyznaczono na 14.07.2016 r. - tj. 3 dni. Treść wezwania Zamawiającego w istocie sprowadziła się do przekopiowania brzmienia art. 90 ust. 1 Pzp. Na tej też podstawie Zamawiający, jak twierdzi w uzasadnieniu odrzucenia oferty z 22.08.2016 r. oczekiwał, aby Odwołujący podał dokładny rozkład kosztów na osoby w okresie realizacji zamówienia. Przypomnienia Zamawiającemu wymaga, że aby osiągnąć konieczne do zbadania ceny oferty informacje należy treść wezwania opracować starannie: „*W tym celu zalecane jest by zamawiający zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienia wskazał na konieczność*

4

przedłożenia przez wykonawcę szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych. przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwia zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny.” (Pismo UZP z 22.08.2013 r., nr UZP/DP/JBE/0/026/814/13).

Podobnie ten temat jest podnoszony w orzecznictwie. Jako reprezentatywny w tym zakresie można wskazać wyrok z 06.11.2014 r., gdzie Izba oceniła, jako nieprawidłowy sposób przyjęty przez zamawiającego, przy użyciu którego dokonał wyjaśnienia cen złożonych ofert i przedstawiła rekomendacje w tym zakresie: „Z fundamentalnych zasad ustawy wynika reguła, którą można sprowadzić do stwierdzenia „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia”. Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji stoją na straży gwarancji braku ryzyka faworyzowania jednego z wykonawców kosztem innych i arbitralnego traktowania wykonawców przez zamawiającego. Kolejno, zasady jawności i pisemności postępowania, składające się na obowiązek przejrzystości działań zamawiającego, domagają się, aby ocena oświadczeń wykonawców oparta była na jasnych i jednoznacznych wymaganiach. Zatem zakres oczekiwań zamawiającego co do wyjaśnień powinien być określony w wezwaniu w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, tak aby pozwolić wszystkim wykonawcom wykazującym staranność oczekiwaną od uczestnika rynku zamówień publicznych na zrozumienie zakresu wymagań zamawiającego. W ocenie Izby, 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.” (wyrok KIO z 06.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2224/14, KIO 2228/14).

Podobnie na obowiązek żądania podania szczegółów oferty wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok TS UE z 29.03.2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.):

„27 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 55 dyrektywy 2004/18, jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty wydają się rażąco niskie względem świadczenia, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert „zwraca się na piśmie o podanie szczegółów, dotyczących składowych, elementów ofert, które uważa za istotne.

28. Z powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne./.)”

W powyższym orzeczeniu wskazano także na potrzebę zaistnienia, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontrydiktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest

5

poważna. Co do samego mechanizmu wyjaśnień, warto przywołać także wnioski z orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, na które wskazał dr Janusz Dolecki w artykule „Cena rażąco niska” (J. Dolecki, *Cena rażąco niska*, Zamówienia publiczne. Doradca, nr 11/2013). Podniósł w nim, iż w treści wezwania zamawiający powinien wskazać, co najmniej:

- a) okoliczności, jakie stanowią faktyczną podstawę do skierowania wezwania;
- b) elementy, w odniesieniu do których oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji;
- c) wskazanie okoliczności przewidzianych w art. 90 ust. 2 Pzp, które zamawiający jest obowiązany badać w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny;
- d) możliwość dostarczenia przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami dowodów umożliwiających dokonanie poprawnej oceny wskazanej w ofercie ceny - art. 90 ust. 3 Pzp,
- e) termin, do którego wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia. A także wskazał, iż zawsze wezwanie powinno być: - konkretne, - precyzyjne, - szczegółowe, - zawierać podstawę prawną wezwania, - uwzględniać fakt, że ocena udzielonych wyjaśnień zawsze następuje w granicach określonych treścią wezwania (wyrok SO w Krakowie z 13.03.2012 r., sygn. akt: XII Ga 73/12). Podobne stanowisko zajął SO w Olsztynie w wyroku z 09.12.2010 r., sygn. akt: V Ga 122/10: „Pytanie do wykonawcy powinno więc wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Rzeczą wykonawcy w takiej sytuacji jest udzielić wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny. Postępowanie z art. 90 ust. 1 ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy i ma na celu utwierdzić zamawiającego, że

dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jednakże aby te wątpliwości rozwiązać musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść wyjaśnienia". Sąd wskazał przy tym, że ogólnikowa treść wezwania daje olbrzymie możliwości wykorzystania przeciwko oferentom. Zamawiający nie wskazuje jakich konkretnie domaga się wyjaśnień i do jakich kwestii wykonawca ma się ustosunkować. Podnosi jedynie, że oferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej i będzie brał pod uwagę obiektywne przesłanki, powołując się wprost na treść przepisu. Tym samym zamawiający nie miał podstawy do domagania się, aby wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia. Podkreślił, że w zaistniałym stanie faktycznym, Odwołujący ustosunkował się do wezwania. Być może - jak twierdzi Zamawiający - pismo zawiera ogólne stwierdzenia, ale podkreślić należy, że stanowi odpowiedź na poruszone w wezwaniu zagadnienia. Zdaniem Odwołującego jednak treść złożonych wyjaśnień jest obszerna, w szczególności w stosunku do treści wezwania, i wykazuje realność realizacji zamówienia za oferowaną kwotę.

Nadto, Odwołujący wyjaśnił, że usługa, będąca przedmiotem zamówienia jest usługą o charakterze w znacznym stopniu niewymiernym, polegającą na udostępnieniu Zamawiającemu ludzkiej wiedzy i doświadczenia - jest w istocie usługą o charakterze

6

intelektualnym. Podkreślił, że wycena kosztów została przeprowadzona w sposób rzetelny, po wcześniejszych ustaleniach/ negocjacjach z poszczególnymi osobami oddelegowanymi do realizacji niniejszego zadania inwestycyjnego z zastosowaniem stawek rynkowych oraz wszelkich kosztów związanych z wykonaniem zamówienia. Kalkulacja kosztów zakłada uzyskanie zysku, a więc nie może mieć zastosowania twierdzenie, iż jest to cena za którą nie można wykonać należycie przedmiotowego zamówienia, czy że realizacja zamówienia będzie przebiegała poniżej kosztów wytworzenia usługi. Przedstawił ogólną kalkulację kosztów, wskazał czynniki o charakterze obiektywnym, które uzasadniają wyliczenie ceny, wskazał na świadczone usługi o podobnym charakterze, które realizowane były należycie na podobnym poziomie cenowym. Oświadczył przy tym ponownie, iż zaproponowana cena obejmuje całościowe (kompleksowe) nadzorowanie (kontrolę) i rozliczenie Inwestycji w imieniu Zamawiającego, w tym zastępowanie i doradzanie Zamawiającemu w całym procesie inwestycyjnym. W tym miejscu Odwołujący ponownie oświadcza, że oferowana cena obejmuje wykonanie całego przedmiotu zamówienia, opisanego przez Zamawiającego. Fakt niewyszczególnienia w ogólnej kalkulacji kosztów niektórych pozycji nie świadczy jeszcze o tym, że nie zostały one ujęte w ofercie.

Podkreślenia wymaga, jak sam wskazuje w piśmie z 22.08.2016 r. Zamawiający, że wartość tego typu usługi, zgodnie z uproszczoną metodą kalkulacji tego typu usług powinna stanowić 1,5 - 2,5% wartości obsługiwanego inwestycji (szacowanej na 14 907 600,00 zł. brutto). Odwołujący przytacza więc poniżej wyliczenie matematyczne: 14 907 600,00 zł. brutto x 1,5 % = 223 614,00 zł. brutto Oferta Odwołującego = 236 160,00 zł. brutto, tj. 1,58 %

Zamawiający przeczy więc sam sobie, kwestionując możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną kwotę. W tym też aspekcie niezrozumiałym jest argument Zamawiającego, że Odwołujący nie kwestionował ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający ustalili ją na poziomie 2,89% wartości obsługiwanego inwestycji, i trudno wymagać, aby Odwołujący ją podważał. Przypomnieć Zamawiającemu należy w jakim celu ustalana jest wartość szacunkowa zamówienia - w celu ustalenia w jakiej procedurze winien On przeprowadzić postępowanie (w procedurze zaostrożonej / unijnej czy też uproszczonej / krajowej). Dla Odwołującego zrozumiałe jest, że Zamawiający nieco zawyżył wartość kalkulacji - przekracza 2,5% wartości obsługiwanego inwestycji, bowiem zapewne nie chciał narazić się na ewentualne zarzuty niedoszacowania wysuwane ze strony organów kontrolnych. Nie sposób jednak uznać za uzasadniony tok rozumowania Zamawiającego. Jaki bowiem byłby cel podważania wyliczenia Zamawiającego, skoro Odwołujący mieścił się w „widełkach” procentowych przyjętych dla realizacji tego typu usług. Ponadto w opinii Odwołującego co najmniej nierozsądnym jest twierdzenie, że Odwołujący nie kwestionował treści samego wezwania do udzielenia wyjaśnień. Po pierwsze z logicznego punktu widzenia niezrozumiałe jest w jakim celu miałyby to robić, a po drugie nie pozostawiono mu na to

7

czasu. W wyznaczonym 3 dniowym terminie Odwołujący skupił się bowiem na udzieleniu Zamawiającemu wyjaśnień i przedstawieniu uzasadnienia dla wyliczenia zaoferowanej ceny.

Skoro udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia nie satysfakcjonowały Zamawiającego miał możliwość zwrócić się o ich doprecyzowanie, zgodnie zresztą z tym, na co wskazuje w piśmie z 22.08.2016 r. Odwołujący nie zgadza się z Zamawiającym, aby wezwanie miało charakter jednokrotny. Przeczy temu stosowana praktyka, ugruntowana linia orzecnicza oraz stanowisko UZP wyrażone w pismach z 02.04.2015 r. nr UZP/DP/O/026/202/15/AG oraz z 22.08.2013 r. nr UZP/DP/JBE/0/026/814/13.

Przepisy Pzp oraz prawa unijnego nie zawierają regulacji stanowiącej wprost, iż zamawiający nie może wystąpić o wyjaśnienia więcej niż jeden raz. Można z tego *a contrario* wnioskować, że wystąpienie o ponowne wyjaśnienia konkretyzujące jest możliwe, a nawet konieczne w świetle prawa. W piśmiennictwie przyjmuje się, że jeżeli wyjaśnienia są wyczerpujące, ale należałoby je doprecyzować, to należy kontynuować procedurę przedstawiania wyjaśnień i dowodów, a kiedy one nie wystarczą, należy poprosić wykonawcę o wyjaśnienie wątpliwości. (A. Packo, „Procedura wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Dwumiesięcznik Zamawiający, Zamówienia publiczne w praktyce nr 8, listopad- grudzień 2014). Należy więc uznać, iż istnieje możliwość wystąpienia o dodatkowe lub uzupełniające wyjaśnienia w stosunku tych wyjaśnień, które choć zostały wskazane przez wykonawcę, ale wymagają dookreślenia.

Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, została przykładowo potwierdzona przez wyżej przywołany SO w Olsztynie, gdzie jednoznacznie wskazał, iż „*brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”* (wyrok SO w Olsztynie z 09.12.2010 r., sygn. akt: V Ga 122/10). A także w wyrokach KIO, przykładowo wyrok z 06.11.2014 r., gdzie Izba potwierdziła, że: „*Jeśli zamawiający powziął wątpliwości, co do prawidłowości obliczenia zysku, to zamiast odrzucać ofertę odwołującego, mógł i powinien był wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia. Izba w tym składzie orzekającym wyraża pogląd, że jest dopuszczalne uzyskanie przez zamawiającego dodatkowych informacji w granicach określonych wyjaśnieniami udzielonymi w wyniku wezwania.*” (wyrok KIO z 06.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2224/14, KIO 2228/14). Analogicznie w wyroku KIO z 29.01.2015 r. (wyrok KIO z 29.01.2015 r., sygn. akt: KIO 105/15): „*Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zwrócenie się zamawiającego (...) o wyjaśnienie rozbieżności, które pojawiły się w złożonych w dniu 30 grudnia 2014 r. wyjaśnieniach. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ma charakter jednokrotny. Powyższe nie wyklucza jednak dopuszczalności żądania doprecyzowania treści złożonych wyjaśnień. W stanie faktycznym przedmiotowej*

8

sprawy zwrócenie się do wykonawcy o doprecyzowanie, wyjaśnienie zaistniałych nieścisłości nie stanowiło ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Izba nie zgodziła się również z odwołującym, iż konieczność wyjaśnienia rozbieżności powinna prowadzić do uznania wyjaśnień za niewystarczające i do odrzucenia oferty (...). Zarówno fakt złożenia wyjaśnień w zakresie powstałych nieścisłości, jak też zakres tych wyjaśnień w żaden sposób nie wpływają na pozytywną ocenę pierwotnych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.” Orzecznictwo KIO również wskazuje na kryterium szczególności wezwania Zamawiającego, jako decydującego o dopuszczalności kolejnego wezwania: „*Jednak w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niejasne lub miało charakter ogólny, skutkiem czego wyjaśnienia wykonawcy nie są dostateczne, zamawiający może zadać dodatkowe pytanie*” (wyrok KIO z 07.04.2014 r., sygn. akt: KIO 572/14).

Tożsame stanowisko zajął Prezes UZP w piśmie z 22.08.2013 r. odwołując się w tym zakresie do przepisów dyrektyw. Wskazał, że dokonując wykładni powyższych przepisów należy wziąć również pod uwagę art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody. Uwzględniając normę z art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, w szczególności użyty w niej zwrot „*konsultacje*”, uznać należy, iż działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „*rażąco niskiej ceny*” nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. Podobnie na gruncie polskich regulacji wypowiedział się SO w Warszawie w wyroku z 05.07.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06, w którym stwierdził, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego

postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym z literalnej wykładni powyższych przepisów wynika, iż zamawiający dla rzeczywistej weryfikacji oferty wykonawcy w kontekście zaproponowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie może poprzestać na jednokrotnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo już złożonych wyjaśnień." (Pismo UZP z 22.08.2013 r., nr UZP/DP/JBE/0/026/814/13.). Zatem już od kilku lat przepis art. 90 ust. 1 Pzp należy interpretować, jako niesprzeciwiający się wielokrotnemu wzywaniu czy konsultacjom z wykonawcami.

Stwierdził, że uprawnienie do wezwania do kolejnych wyjaśnień nie przysługuje wykonawcy, który wyjaśnień w ogóle nie złożył. Taka sytuacja w zaistniałym stanie faktycznym jednak nie miała miejsca, bowiem Odwołujący wyjaśnień udzielił. Jeżeli w ocenie Zamawiającego wymagały one doprecyzowania winien zwrócić się do Odwołującego o ich

9

doszczegółowienie, w konkretnym wskazanym zakresie. Podkreślenia wymaga również, że Zamawiający miał uprawnienie do przeprowadzenia z Odwołującym konsultacji. Warto wskazać, iż Dyrektywa 2014/24/UE podobnie jak poprzednia dyrektywa oprócz wezwania do wyjaśnień dopuszcza także konsultacje z wykonawcami w celu wyjaśnienia aspektów oferty mających wpływ na cenę oferty. Wprost wskazuje na potrzebę wyjaśniania otrzymanych informacji w drodze konsultacji z oferentem. Dokonując prounijnej wykładni art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uwzględniając treść przepisu art. 69 ust. 3 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, a w szczególności użyty w nim zwrot „konsultacje”, uznać należy, iż działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” mogą przybrać formę „konsultacji”, podczas których zamawiający będzie mógł zweryfikować składowe elementy oferty, których dotyczyło żądanie zamawiającego. Zamawiający w trakcie konsultacji z wykonawcą może zatem zweryfikować składowe elementy oferty, których dotyczyło żądanie zamawiającego. Podkreślić należy, iż zarówno na gruncie dyrektyw jak i przepisów Pzp, brak jest ograniczeń co do formy, w której mają być przeprowadzone konsultacje. Zamawiający może zatem działać elastycznie. W konsekwencji, uznać należy, że zamawiający ma możliwość przeprowadzenia konsultacji dotyczących zbyt niskiej ceny zaproponowanej w ofercie wykonawcy zarówno w formie pisemnej, jak i bezpośrednich rozmów przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy. Nie ma przy tym podstaw do ograniczania liczby spotkań konsultacyjnych, ponieważ w trakcie konsultacji mogą wyłonić się nowe okoliczności, które będą wymagały przedłożenia nowych dowodów lub zorganizowania kolejnego spotkania. Konsultacje powinny, co do zasady, obejmować tylko te elementy, które po dokonanej przez zamawiającego ocenie, nadal budzą jego wątpliwości odnośnie realności zaproponowanej ceny. W tym samym duchu stanowisko wyraził Prezes UZP w 2015 r. (Pismo UZP z 02.04.2015 r., nr UZP/DP/0/026/202/15/AG.). *Podkreślenia wymaga, że literalna interpretacja przepisu art. 90 ustawy Pzp każe twierdzić, że nie ma żadnych przeszkód, aby zamawiający ponowił wezwanie do wyjaśnień, jeśli wcześniejsze wyjaśnienia nie były satysfakcjonujące. Stanowisko to już w 2013 r. zyskało poparcie w oficjalnej wykładni Urzędu Zamówień Publicznych (...). Jednakże przede wszystkim podkreślenia wymaga fakt, iż obecnie obowiązujące brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych pozwala zamawiającemu na wielokrotne zwracanie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, co więcej zamawiający jest obowiązany do kontynuowania wyjaśnień aż do momentu usunięcia wszelkich wątpliwości albo potwierdzenia istnienia rażąco niskiej ceny (...)* (Stanowisko Rządu wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych druk nr 4451/13).

Odwołujący jest świadomy, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w procedurze krajowej / uproszczonej. Jednak nie sposób uznać, że skoro do postępowania o większej wartości ustawodawca unijny dopuszcza prowadzenie konsultacji, tożsama

10

zasada obowiązywać powinna w postępowaniach o wartości niższej. Postępowanie zostało wszczęte 21.06.2016 r., a więc już po wejściu w życie regulacji nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych 2014/24/UE oraz 2014/25/UE (wejście w życie 18.04.2016 r.). Ponadto takie rozumienie regulacji pozostaje w zgodzie z przytoczonymi powyżej

stanowiskami. Na marginesie podkreślił, że Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy Sweco Consulting Sp. z o.o., z ceną oferowaną 279 456,00 zł. brutto, a więc droższą jedynie o 43 296,00 zł. brutto. Wartość wybranej oferty w stosunku do wartości obsługiwanej inwestycji wynosi 1,87%, a w skali miesięcznej (uwzględniając przewidywany, szacowany przez Odwołującego okres realizacji usługi ok. 24 miesiące, w tym ok. 6 miesięcy procedura wyboru wykonawcy, ok. 18 miesięcy realizacja inwestycji) wynosi ledwie 1804 zł. brutto. Powyższe także wskazuje na fakt, że cena oferty odwołującego jest realna i rzeczywista, jak również uwzględnia wszelkie koszty niezbędne do realizacji usługi oraz rozsądny zysk.

Reasumując - uwzględniając powyższą argumentację nie sposób uznać, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania z uwagi na rażąco niską cenę. W świetle przytoczonych wyżej argumentów nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, uznać należy je za nieuprawnione, a działania podjęte przez Zamawiającego doprowadzone powinny zostać bezsprzecznie do zgodności z prawem. Gdyby nie uchybienia Zamawiającego Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Uwzględniając punktację przyznaną wybranej ofercie - Sweco Consulting Sp. z o.o. - w kryterium „*Metodologia wykonania zamówienia*” - 12,50 pkt. Odwołujący, nawet przy założeniu, że uzyskałby 0 pkt w tym kryterium zdobyłby zamówienie. Hipotetyczny ranking ofert przedstawiałby się następująco: MBJ Corporation Sp. z o.o. - 85 pkt. Sweco Consulting Sp. z o.o. - 84,33 pkt. Natomiast w piśmie z 22.08.2016 r. Zamawiający wskazuje, że w kryterium „*Metodologia wykonania zamówienia*” Odwołujący uzyskałby 7 pkt. W konsekwencji ranking ofert przedstawiałby się jak niżej:
MBJ Corporation Sp. z o.o. - 92 pkt.
Sweco Consulting Sp. z o.o. - 84,33 pkt. A oferta Odwołującego uplasowałaby się na najwyższej pozycji w rankingu. Argumentacja przedstawiona w treści uzasadnienia potwierdza zasadność przytoczonych zarzutów i konieczność wniesienia przez Odwołującego niniejszego odwołania. Gdyby Zamawiający prowadził niniejsze postępowanie zgodnie z przepisami u Pzp i nie wykonywał czynności w postępowaniu niezgodnie z przepisami Pzp, oferta Odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą.

11

Zamawiający w dniu 26.08.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.08.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań zwanego dalej: „*Sweco Consulting Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 06.09.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddalił odwołanie w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Zamawiający jako jednostka ściśle związana z sektorem przemysłowym, budowlanym, nadzorami i inspekcjami przykłada szczególną uwagę do spraw związanych z prawidłową realizacją inwestycji budowlanych. Zamawiający realizując cel inwestycyjny polegający na budowie obiektu o tak szczególnych funkcjach i parametrach, nie posiadając pełnego zespołu specjalistów ds. budowlanych, potrzebuje szerokiego wsparcia podczas przygotowania i realizacji inwestycji ze strony niezależnych inspektorów i specjalistów. Wsparcie niezbędne jest także podczas okresu gwarancji na wybudowany obiekt. Budynek Zamawiającego ma spełniać wysoko postawione parametry dotyczące efektywności energetycznej budynków o „*niemal zerowym zużyciu energii*”, zastosowany w nim będzie zintegrowany system zarządzania budynkiem BMS (z pogodowym), będzie system fasad wbudowanym systemem zamontowany z automatycznie sterowanymi żaluzjami, zintegrowany z systemem kontroli natężenia oświetlenia w pomieszczeniach. Budynek będzie wyposażony w wysokosprawny system odzysku ciepła z wentylacji (rekuperacja), instalację fotowoltaiczną (panele słoneczne) oraz instalacje wspomagające oszczędne gospodarowanie wodą. Efektywność energetyczna została ustalona jak dla budynku użyteczności publicznej dla wymagań obowiązujących

dopiero od dnia 1 stycznia 2021 r., czyli za 5 lat. (Wytyczne do opracowania projektu koncepcyjnego budowy nowego budynku biurowego przy ul. Żelaznej na potrzeby Oddziału Urzędu Dozoru Technicznego w Katowicach - dział I – Zał. nr 7 do Regulaminu Konkursu, który stanowi Zał. nr 9 do SIWZ)

Odnosnie wartość zamówienia ustalonej z należytą starannością a wartości oferty.

Zamawiający mając na uwadze charakter budynku oraz zakres obowiązków inwestora zastępczego ustalony we wzorze umowy, dokonał oszacowania wartości

12

zamówienia z uwzględnieniem tych okoliczności w trybie art. 32 Pzp z należytą starannością. Do ustalenia wartości zamówienia sporządzonej przez personel inżynierski Zamawiającego wykorzystano:

- informacje o kształtujących się cenach wolnorynkowych nadzoru budów, branżowe cenniki i normy dla nadzoru robót budowlanych np. firmy SEKOCENBUD, szacunek planowanego kosztu nadzoru inwestycji na podstawie analizy własnej, realizacji kilku inwestycji przeprowadzonych przez UDT w latach 2009-2015, - Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18.05.2004 r. (Dz.U.04.130.1389). Notatka wyjaśniająca ustalenia wartości szacunkowej stanowi załącznik nr 1 do niniejszego pisma. Mając na uwadze powyższe ustalenia, które były dokonane z szczególnym uwzględnieniem rozszerzonego zakresu umowy oraz ponadprzeciętnych standardów (parametrów i technologii) budynku Zamawiający ma uzasadnione obawy, że wybór oferty z tak niskim wynagrodzeniem stwarza ogromne ryzyko nieprawidłowości (stanowi realne zagrożenie niewykonania zamówienia) podczas realizacji kontraktu. Niska wartość rozszerzonego nadzoru inwestorskiego rodzi zbyt duże ryzyko niewłaściwego nadzoru nad prowadzonymi pracami, co może skutkować konsekwencjami (karami umownymi), które mogą wpłynąć na stabilność finansową Wykonawcy, a co najważniejsze zagraża realizacji inwestycji budowlanej, która będzie nienależycie nadzorowana.

Odnosnie rozszerzonego zakresu kontraktu. Nadzór inwestorski to nie tylko fizyczny nadzór realizowanych robót budowlanych, ale wszelkiego typu inne prace towarzyszące właściwemu wypełnianiu nałożonych umową obowiązków, na które składa się m. in. dysponowanie zasobami ludzkimi:

- specjalistą ds. zamówień publicznych (postępowanie przetargowe, a następnie nadzór nad realizacją inwestycji - w obszarze SIWZ z uwzględnieniem dodatkowej trudności jaką bez wątpienia będzie prowadzenie postępowania na wykonawstwo robót z uwzględnieniem nowelizacji Pzp Dz.U.1020, która weszła w życie z dniem 28.07.2016 r.),
- kosztorysantem - sprawy rozliczeniowe,
- prawnikiem - opiniowanie spornych kwestii, które pojawiają się na etapie realizacji zawartej umowy, opiniowanie umów z podwykonawcami,
- innymi ekspertami - w przypadku niewłaściwego realizowania robót budowlanych konieczność sporządzenia stosownych badań/pomiarów/ekspertyz/itd., egzekwowania od Wykonawcy należnych kar umownych i odszkodowań za nienależyte lub nieterminowe wykonywanie zobowiązań umownych, nadzorowanie serwisowania urządzeń.

Dodatkowy koszt realizacji umowy stanowi również zawarcie stosownej polisy ubezpieczeniowej OC w zakresie wskazanym w SIWZ.

Wzór umowy przewiduje także wykonywanie przez inwestora zastępczego całokształtu czynności związanych z wykonywaniem usługi w okresie rękojmi i gwarancji

13

m.in. organizowanie i przeprowadzanie okresowych przeglądów gwarancyjnych, nadzór nad realizacją i odbiór usuniętych usterek/wad budowlanych. Porównując ten zakres prac wynikających z umowy, z wyjaśnieniami w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny widzimy jednoznacznie, że część z tych elementów zostało lakonicznie wspomniane jako „uwzględnione” w wycenie (choć nie wiadomo w jakich wartościach), a część została całkowicie pominięta.

Odwolując się nie uwzględnił w wyjaśnieniach różnego czasu zaangażowania podczas robót budowlanych poszczególnych inspektorów, różnego poziomu wynagrodzeń dla różnych specjalności, nie uwzględnił wynagrodzenia specjalisty ds. zamówień publicznych, który ma wspierać proces wyboru wykonawcy, a także ma czuwać nad realizacją etapu robót

budowlanych (zmiany umowy itp.).

Wyjaśnienia nie uwzględniają kosztów pracy inspektów w okresie gwarancji a jedynie w okresie robót (wynika to wprost z zestawienia tabelarycznego). Wyliczenia nie uwzględniają kosztów polisy, które zgodnie z informacją od brokera UDT kształtują się w granicach 12.000 - 15.000 PLN co stanowi ponad połowę kwoty, którą Wykonawca założył na ewentualne ryzyko. (Dowód - notatka brokera - załącznik nr 2).

Wartość oferty założona na ryzyko jest niewspółmiernie mała w porównaniu z wartością inwestycji. Kwota ok. 24 tys. PLN brutto może okazać się symboliczna i niewystarczająca w przypadku, gdy trzeba będzie powtórzyć przetarg na wybór wykonawcy, ulegnie znacznemu przedłużeniu termin realizacji robót budowlanych, dokumentacja techniczna okaże się niedoskonała, wykonawca robót budowlanych będzie niesolidny albo wręcz zejdzie z placu budowy itp.

Kwota ta także może okazać się zbyt niska przy założonych karach umownych. Zwłoka w wykonaniu czynności przez inwestora zastępczego - dla większości czynności został określony czas na ich wykonanie, powoduje automatyczne naliczanie kar. Biorąc pod uwagę wieloletni kontrakt (analiza dokumentacji technicznej, przetarg na wybór wykonawcy robót budowlanych, roboty budowlane i co najmniej 5 letni okres gwarancji) kilkukrotne zwłoki w prawidłowym wykonaniu czynności mogą pomniejszyć wynagrodzenie w zakresie, kwot przyjętych na tzw. ryzyko.

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jak i pierwotnym wykazie osób wskazano, że czynności specjalisty ds. zamówień publicznych będzie wykonywać Pani A.K. -Prokurent. Jednak Pani A.K. nie wykazała się odbyciem szkolenia z zamówień publicznych z zakresem robót budowlanych, a na wezwanie do uzupełnienia wykazu osób, specjalność ta została wzmocniona kolejną osobą Pani A.H.-L., co może powodować kolejne dodatkowe koszty po stronie Odwołującego.

Odnosnie ponownego wezwania. do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Głównym zarzutem jaki wynika z treści odwołania jest

14

zaniechanie Zamawiającego, które polega na braku ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Temat ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest znany Zamawiającemu. W tym zakresie Zamawiający oparł się na najnowszych publikacjach KIO zawartych w „Informacji rocznej o działalności Izby za rok 2015”. Stanowisko zawarte w tej publikacji jest jednoznaczne: „Zastrzega się jednak, że żądanie złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej nie może być prowadzone wielokrotnie, aż do przedstawienia przez wykonawcę dostatecznych argumentów uzasadniających wysokość ceny oferty”. „Taki sposób procedowania prowadziłby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Jeśli jednak wykonawca składając wyjaśnienia dołożył należytej staranności, udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są rzetelne, ale wymagają doprecyzowania, zamawiający jest uprawniony do uzyskania wyjaśnień bardziej szczegółowych i zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień uzupełniających.”. Jednakże, powyższa sytuacja nie ma zastosowania do wyjaśnień, które przedstawił Wykonawca.

Odnosnie wyjaśnień o charakterze ogólnikowym i nie odnoszącym się do zaoferowanej ceny. Wykonawca w formie tabelarycznej zestawia różne usługi inwestora zastępczego i nadzoru inwestorskiego oraz koszty ich realizacji. Są to zamówienia realizowane przez innych zamawiających, w których Odwołujący nie złożył najkorzystniejszej oferty. Zestawienie nie porównuje zakresu usług wymienionych w poszczególnych pozycjach z zamówieniem Zamawiającego, które charakteryzuje się złożonym zakresem i specyfiką budynku. Brak w przedmiotowym zestawieniu powiązania wskazanych tam kwot z ofertą Odwołującego w bieżącym postępowaniu. Ponadto nie wiadomo, czy wskazane w wyjaśnieniach kontrakty były/są realizowane należycie przy wskazanych tam miesięcznych wartościach nadzoru.

Za wyrokiem KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: 912/16, KIO 915/16: „Zasadnie podnosił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że nieistotnym z punktu widzenia oceny charakteru ceny w tym konkretnym postępowaniu było odwoływanie się przez B. we wniesionym przez niego odwołaniu do cen oferowanych w innych postępowaniach na inne roboty budowlane, czy usługi nadzoru inwestorskiego”. Zarówno proces badania rzetelności i opłacalności kalkulacji jest dokonywany w realiach określonego opisu przedmiotu

zamówienia, czasu w jakim zamówienie jest udzielane, miejsca i sposobu jego wykonania.

Odwołujący podkreśla w wyjaśnieniach, że realizował/realizuje wiele kontraktów „zblizonych zakresem do obowiązków wymaganych”. Zestawienie tych kontraktów świadczy o doświadczeniu Odwołującego (a to Zamawiający badał na podstawie wykazu usług i nie miał do tego zastrzeżeń). Brak w tym zakresie powiązania wskazanych kwot z oferta wykonawcy w bieżącym postępowaniu. Obowiązkiem Wykonawcy było wyjaśnienie

15

kalkulacji ceny w tym konkretnym postępowaniu i udowodnienie jej rzetelności, czego jednak skutecznie nie dokonał.

Odwołujący w wyjaśnieniach pisze o charakterze współpracy spółki z inspektorami nadzoru, o zawieraniu umów cywilnoprawnych, o indywidualnych negocjacjach cen, o kilkuletniej stałej współpracy. Odwołujący wyjaśnia, że ma duże doświadczenie, że się rozwija, że zdobywa nowe rynki, ma ugruntowaną pozycję na rynku, współpracuje z ekspertami - wyjaśnień tych jednak nie wiąże z ceną oferty.

Celem wyjaśnień nie było zapewnienie Zamawiającego, że Odwołujący jest prężnie działającą spółką, ale wykazanie, że przedstawiona oferta jest rzetelna, mająca podstawy w cenach rynkowych i zawartych kontraktach.

Tym samym wyjaśnienia Odwołującego sprowadzają się do pewnej charakterystyki rynku, opisu działalności przedsiębiorstwa (know-how), a w żadnym z elementów nie odnoszą się do zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający powziął informacje, że Odwołujący posiada doświadczenie, jednakże nie uzyskał informacji, jak Odwołujący skalkulował cenę, albo czy wziął pod uwagę wszystkie elementy kontraktu.

Tabeli z podziałem procentowym kosztów na 5 pozycji, także nie sposób uznać za jakąkolwiek formę kalkulacji dokonanej przez podmiot profesjonalny. Wskazane kwoty globalne (na miesiąc trwania budowy), w żaden sposób nie odnoszą się do zakresu przedmiotu zamówienia i szacowanego okresu zaangażowania w realizację zamówienia poszczególnych osób z personelu kluczowego wykonawcy. Wykonawca przedstawiając kalkulację ceny w wyjaśnieniach ograniczył się do prostego podania kwot globalnych, których nie da się posumować do wartości oferty, jednocześnie w żaden sposób nie wskazując podstaw do ich ustalenia. Można tytułem przykładu wskazać na osobę inspektora w branży drogowej którego zaangażowanie czasowe zamawiający ocenia na maksymalnie 4 miesiące w okresie realizacji umowy podczas, gdy kwota z wyjaśnień to rozłożenie tej usługi w całym czasie wykonywania zamówienia przez Wykonawcę. Proste wskazanie ryczałtowych wynagrodzeń personelu kluczowego nadal nie odpowiada na pytanie w jaki sposób kalkulacja ceny (w tym jej komponentów) została dokonana, a to jest istotą wyjaśnień dla takich usług. Wyjaśnienia i dowody w trybie art. 90 ust 1 Pzp nie mogą sprowadzać się do prostego zsumowania komponentów. To dopiero ustalenie podstaw do kalkulacji wyceny komponentów pozwoli na ustalenie poprawności kalkulacji ceny ofertowej. Dodatkowo wskazuje za wyrokiem KIO z 05.08.2015 r., sygn. akt: KIO 1538/15; KIO 1548/15; KIO 1549/15: „Samo wyspecyfikowanie w treści wyjaśnień rodzaju kosztów nie stanowi wiarygodnego źródła weryfikacji realności zaproponowanej ceny. Wykonawca winien wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, przedstawić szczegółową analizę w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika.”

16

Z wyjaśnień można wyczytać jedynie, że cenę Odwołujący wyliczył na podstawie porównania z innymi kontraktami na rynku, w oparciu o dotychczasową współpracę na innych inwestycjach, a nie na podstawie faktycznego zakresu czynności oraz realnego wynagrodzenia personelu lub kosztów, które będzie musiał ponieść. Kalkulacja taka nie pozostawia złudzeń co do jej należytego wykonania i rzetelności. Zgodnie z wnioskiem KIO Zamawiający zwraca się ponownie do wykonawcy jeśli wyjaśnienia wymagają doprecyzowania, uszczegółowienia. Przedstawionego przez Wykonawcę uzasadnienia nie da się doprecyzować, gdyż brak w nim informacji o kalkulacji ceny, a zawiera ogólnikowe informacje o doświadczeniu Odwołującego i jego zasadach biznesowych. Zgodnie z wspomnianym powyżej stanowiskiem Izby: „Nowelizacja potwierdziła ukształtowany w orzecznictwie pogląd, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W treści znowelizowanego art. 90 ust. 1 Pzp zostało wskazane,

że zamawiający zwraca się do wykonawców o złożenie dowodów, zaś art. 90 ust. 2 Pzp w nowym brzmieniu wprost wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. To wykonawca ma za zadanie przekonać zamawiającego o rzetelności kalkulacji pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Służyć temu mają wyjaśnienia, ale także dowody, jeżeli można je powołać. Obowiązek złożenia dowodów wskazany w art. 90 ust. 1 Pzp dotyczy sytuacji, w których takie dowody istnieją, tj. mogą być obiektywnie pozyskane. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę dowodów, przedmiotem oceny pozostają wyjaśnienia samego wykonawcy, które powinny być kompletne i spójne, wskazywać na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość ceny oferty. Stanowisko takie Izba zajęła m.in. w wyrokach wydanych: 5 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 132/15, 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 189/15, 26 marca 2015 r. sygn. akt KIO 499/15, 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 547/15, 21 października 2015 r. sygn. akt KIO 2180/15, 10 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2595/15..

Zwrócił także uwagę, że Odwołujący nie załączył żadnego dowodu do wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący nie podjął jakiegokolwiek próby dowodowej. Przedstawił w odpowiedzi na wezwanie szereg twierdzeń, nie popartych żadnymi materialnymi dowodami. Zgodnie z wyrokiem KIO z 25.07.2016 r. sygn. akt: KIO 1237/16 oraz sygn. akt: KIO 1269/16 „Niewątpliwie obowiązkiem wykonawcy składającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiocie ceny ofertowej jest udowodnienie, że kalkulując cenę dokonał tego na rentownym poziomie przed złożeniem oferty, a nie w dostosowaniu do wezwania zamawiającego. (...) Wykonawcy jako profesjonalści uczestniczący w obrocie, zobowiązani są w rzetelnym, kompleksowym wykazaniu zamawiającemu, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty, których poniesienie będzie niezbędne w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia”.

17

Zamawiający podkreślił, że sam fakt zakwalifikowania usług do intelektualnych nie oznacza że ich wartość rynkowa nie istnieje i jest przedmiotem dowolności czy też pełnej uznaniowości. Zamawiający wskazuje, że mamy do czynienia ze zdefiniowaną co do swojego zakresu rzeczowego usługą inżynierską, której szczegółowy zakres jest opisany we wzorze umowy. Z kolei jak dowodzi metoda ustalenia wartości zamówienia jaką posłużył się w postępowaniu Zamawiający, dla tego typu usług i przedmiotu zamówienia, istnieją obiektywne i wiarygodne metody ustalania ich wartości powszechnie przyjmowane w branży. Treść samego odwołania świadczy nadal, że cena oferty została wyliczona na podstawie porównania z innymi kontraktami na rynku i na podstawie dotychczasowej współpracy na innych inwestycjach, a nie na podstawie faktycznego zakresu czynności oraz realnego wynagrodzenia personelu i kosztów, które będzie musiał ponieść. Zgodnie z art. art. 190 ust. 1a Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Odwołujący nie przytoczył w swoim odwołaniu żadnych argumentów merytorycznych, czy dowodów mogących świadczyć o tym, że jego oferta została skalkulowana prawidłowo i zostały wycenione wszystkie elementy kontraktu. Rzetelność, szczegółowość i wiarygodność wyjaśnień czy argumentów, które Wykonawca mógł dodatkowo podnieść w odwołaniu świadczą o tym, czyjego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu, iż termin na złożenie wyjaśnień był zbyt krótki (3 dni robocze), należy zwrócić uwagę, że Odwołujący nie zasygnalizował Zamawiającemu zbyt krótkiego terminu na wniesienie wyjaśnień. Argumentując taki wniosek potrzebą właściwego przygotowania oraz czasu niezbędnego na zgromadzenie dowodów, Odwołujący niewątpliwie taką zgodę by uzyskał.

Poza tym żaden z Wykonawców, którzy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie kwestionował niniejszego terminu i wszyscy wezwani, w tym Odwołujący, złożyli wymagane wyjaśnienia w terminie. Także zarzuty dotyczące lakoniczności wezwania nie znajdują uzasadnienia w świetle ostatnich wyroków KIO. Przytacza w wyrok KIO z 11.05.2015 r., sygn. akt: KIO 852/15; „Fakt wystosowania przez zamawiającego ogólnego wezwania *które elementy oferty wykonawcy wymagają wyjaśnień* nie zwalnia (brak wskazania, wykonawcy z obowiązku szczegółowego opisanie czynników, które zadecydowały o wysokości ceny.”. Analogicznie - wyrok KIO z 05.05.2015 r., sygn. akt: KIO 806/15.

Podsumowując, usługa inwestora zastępczego, jest usługą opartą o pełne zaufanie w stosunku do podmiotu, któremu Zamawiający ją zleca. Inwestor zastępczy jako pełnomocnik Zamawiającego na budowie ma być gwarantem prawidłowości prowadzonego procesu inwestycyjnego. Właściwe wykonanie usługi jest uzależnione od zaangażowania

18

zespołu ludzi i jego doświadczenia. Wykwalifikowany zespół ludzi musi być odpowiednio opłacany. Do prawidłowej realizacji umowy niezbędne są także środki finansowe na dodatkowe ekspertyzy, badania, opinie prawne. Prawidłowa realizacja to także odpowiedni bufor finansowy na ryzyko. Przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w żaden sposób nie potwierdzają, że Wykonawca prawidłowo skalkulował ofertę, uwzględnił w niej pełen zakres czynności, a wycenę oparł o ceny, których potwierdzenie uzyskał na rynku. Treść odwołania także nie zawiera żadnych dodatkowych argumentów na poparcie tezy o prawidłowej wycenie oferty.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił 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 postanowień SIWZ, decyzji o wyznaczenie składu Komisji Przetargowej z 21.06.2016 r. wraz z regulaminem jego pracy, kopii oferty Odwołującego, wezwania do wyjaśnień z 11.07.2016 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnienia Odwołującego z 14.07.2016 r. (pierwotnie stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa – odtajnione przez Zamawiającego – pismo z 10.08.2016 r.), pisemne prośby Z-cy przewodniczącego Komisji Przetargowej skierowane do członka Komisji Przetargowej – obie z 14.07.2016 r., odpowiedź członka Komisji Przetargowej na oba pisma z 15.07.2016 r., notatka służbowa z 22.07.2016 r., prośba Z-cy przewodniczącego Komisji Przetargowej skierowane do członka Komisji Przetargowej – z 28.07.2016 r., notatka służbowa członka Komisji Przetargowej z 28.07.2016 r. oraz informacji z 22.08.2016 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez Odwołującego na rozprawie – objętej tajemnicą przedsiębiorstwa (zawierała

19

uzasadnienie zasadności zastrzeżenia). Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W tym zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Przedłożone materiały to de facto kalkulacja, którą nie przedłożono pierwotnie na wezwanie. Jej uznanie wypaczyłoby zaistniały stan faktyczny, który był podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje treść oferty Odwołującego, wezwania z 11.07.2016 r., wyjaśnień Odwołującego z 14.07.2016 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z 22.08.2016 r. (tak wezwanie, jak i wyjaśnienie oraz informacja były załączone do odwołania). Uznając, że spór nie dotyczy sytuacji faktycznych, ale oceny prawnej opisanych czynności Zamawiającego oraz uzyskanych w wyniku wezwań, odpowiedzi oraz dokumentów, jak ich oceny przez Zamawiającego. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu 1 i 2 naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez błędne ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia i nieuzasadnione uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Izba oddaliła zarzut, uznając zasadność odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

20

W pierwszej kolejności, Izba stwierdza, że wezwanie wynikało niewątpliwie z obowiązku zawartego w przepisie – art. 90 ust. 1 Pzp. Kwestia ta, tj. wielkości procentowej warunkującej obowiązek była przedmiotem wieloletnich sporów doktrynalnych, zaś orzecznictwo Izby wskazywało nawet na absurdalność takich wielkości, i ostatecznie została przyjęta dla jasności progu od którego wezwanie jest obligatoryjne.

Z kolei konieczne jest podniesienie, że błędem jest ze strony Wykonawców uznawanie wyjaśnień udzielonych z tego tytułu, jako czystej formalności, Izba w tym zakresie, bazując na wieloletnim doświadczeniu orzeczniczym nie rozumie, ciągle powtarzającego się bagatelizowania tej procedury przez Wykonawców, która ma charakter kluczowy dla „*być albo nie być*” oferty danego Wykonawcy w postępowaniu.

Należy zauważyć, że okoliczność, że dany Wykonawca ma doświadczenie zdobyte w ramach wieloletniego realizowania podobnych zamówień na rzecz Zamawiającego jest informacją cenną i Izba wzięła to pod uwagę. Jednakże oczekiwałyby, w tym zakresie jednoznaczności w wyjaśnieniach od Wykonawcy. Przełożenie bowiem tego faktu na zaoferowaną cenę nie zostało w żaden sposób jasno wykazane.

W dalszej kolejności, Izba rozumiejąc obiektywne trudności w wykazywaniu dowodami swoich wyjaśnień, po raz kolejny podnosi, że aktualnie brzmienie przywołanego powyżej przepisu, jest wynikiem wieloletnich sporów i jednoznacznie (w odróżnieniu od poprzedniego) tą kwestie reguluje. Dowody są konieczne, co istotne wprost zostały wskazane w samym wezwaniu z 11.08.2016 r. W tym miejscu, Izba przypomina, że jeśli Wykonawca uznaje niecelowość wezwania w całości albo w jakiejś części lub brak możliwości dowodowych, to winien powyższe zakwestionować na odpowiednim etapie postępowania przetargowego, a nie aktualnie, w ten czy inny sposób starać się o poczytywanie tej okoliczności na swoją korzyść, przywracając sobie w ten sposób termin w tym zakresie. Jeżeli termin na udzielenie wyjaśnień był zbyt krótki dla Odwołującego należało co najmniej złożyć wniosek o jego przedłużenie albo wnieść odwołanie na czynność wezwania.

Brak jest jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie tego, iż wszelkie koszty do prawidłowego wykonania zamówienia zostały ujęte przez wykonawcę. Podnosi również, że brak jest w jakiś sposób uwiarygodnienia wskazywanych kosztów związanych z wynagrodzeniem pracowników i obciążeniem podatkowym. Informacja w tym zakresie podana w wyjaśnieniach ma charakter śladowy (podano ogólnie wartość 6 tys. bez dalszych konkretnych), niepozwalać nawet na przyporządkowanie na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego. Brak przedstawienia optymalizacji kosztów związanego z wieloletnim doświadczeniem tego wykonawcy w jego cenie. Brak jest wskazania standardowej stawki jaką przewiduje wykonawca w ramach swojej działalności. Wykonawca

21

nie przedstawił w jaki sposób jego doświadczenie w realizacji podobnego zamówienia w okresie wcześniejszym wpływa na obniżenie kosztów.

Tzw. struktura kosztów przywołana w wyjaśnianych w żaden sposób nie pozwala na odniesienie jej w sposób pewny do niniejszego postępowania przetargowego, brak jest wskazania określonych kwot, sposobu ich wydzielenia w taki czy inny sposób, brak jest informacji, jakie elementy ewentualnie są w niej zawarte. Brak jest realnego przełożenia na zaoferowaną cenę, ma ona charakter nie tyle ogólny, co hasłowy. Inaczej mówiąc nie tylko brak jest realnej struktury kosztów, ale brak jest także ewentualnego przełożenie tych wyliczeń (których nie ma – bo hasłowe podanie wielkości procentowej w formie przedstawionej przez Odwołującego można przyporządkować we wszystkim i niczym zarazem) i informacji na sytuacji tego podmiotu, czyli czynników które pozwalały zaoferować korzystną cenę.

Nie przedstawiono dowodów np. kopii umów o pracę lub zlecenie, choćby potwierdzających stałą współpracę z odwołującym na podobnych kontraktach, brak jest stanowiska ubezpieczyciela co do kosztów polisy na potrzeby przedmiotowego postępowania, co było czynnikiem cenotwórczym który należało ująć w kosztach.

Izba podnosi również, że nie jest jej rolą doszukiwanie się potwierdzeń w argumentacji Odwołującego – winno to wynikać jasno z wyjaśnień i dowodów, a nie własnej analizy Izby.

Dowody z rozprawy z kolei winny mieścić się w ramach udzielonych wcześniej wyjaśnień, a nie ich przekraczać. Z tej przyczyny, tak istotna rola wyjaśnień i dowodów. Izba naturalnie pamięta o możliwości wieloetapowego wezwania do wyjaśnień (dopytywania), ale także w granicach pierwszych wyjaśnień, a nie ponad je. Izba wskazuje, że można wnosić o dowody dodatkowe, a nie dowody których nie było, gdyż jest to przejaw (brak ich załączenia do wyjaśnień) – braku współpracy ze strony Wykonawcy. W przedmiotowym stanie faktycznym Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia – tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to co zostało faktycznie złożone przez Odwołującego. Brak wiarygodnych wyjaśnień i dowodów – brak ich załączenia do wyjaśnień – to brak współpracy ze strony Wykonawcy. Izba oparła swoje stanowisko w dużej mierze na wyroku KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: KIO 962/16, choć wyjaśnienia były o wiele bardziej rzetelne niż w przedmiotowym stanie faktycznym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

22

Wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 Pzp, Izba uznała również że nie został również potwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 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:

.....

23