

WYROK
z dnia 18 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2016 r. przez wykonawcę **PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów,**

przy udziale **wykonawcy KONCEPT Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1802/16 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzuceniu oferty Odwołującego, a następnie nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, połączone wraz powtórным wezwaniem Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania, w złożonej przez niego ofercie, rażąco niskiej ceny,
2. kosztami postępowania obciąża **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę

1

PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Zamawiającego - **Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów** na rzecz wykonawcy **PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji: „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: Budowa obwodnicy m. Kolbuszowa i Werynia w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 875 Mielec – Leżajsk”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 077-137323 w dniu 20 kwietnia 2016 r.

W dniu 21 września 2016 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawcę PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów (dalej: „Odwołujący” lub „Promost Consulting”), o jego wyniku, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy KONCEPT Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów (dalej: „Przystępujący” lub „Koncept”).

W dniu 26 września 2016 r. Promost Consulting wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegających na dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Koncept oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący złożył

3

wyjaśnienia, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 7 Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Koncept oraz nierówne traktowanie wykonawców w procesie oceny ofert, w szczególności na etapie oceny wyjaśnień różnych wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Koncept,
- unieważnienia czynności, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Odwołującego, ewentualnie
- wezwanie Odwołującego do złożenia dalej idących wyjaśnień dotyczących wyjaśnień ceny, w tym dowodów, złożonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Promost Consulting wyjaśniał:

Pismem z dnia 21 września 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział we wskazanym powyżej postępowaniu o dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Koncept (cena brutto 367 179,60 zł). Jednocześnie Zamawiający powiadomił wykonawców o odrzuceniu wszystkich pozostałych, złożonych w postępowaniu ofert, przy czym oferta Odwołującego (cena brutto 277 999,68 zł), oraz PROKOM Construction Sp. z o.o. (cena brutto 467 000,00 zł) odrzucone zostały na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, Zdaniem Odwołującego z takim rozstrzygnięciem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie postawił zarzutu, że złożone przez

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

Odwołujący podnosił, że zgodnie z wezwaniem z dnia 21 lipca 2016 r. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, ponieważ cena oferty wydawała się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania umowy zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”). W samym wezwaniu Zamawiający wskazał natomiast, że Zamawiający pozostawia wezwanemu wykonawcy wybór co do elementów jego oferty, które mają wpływ na wysokość ceny i które w konsekwencji pozwolą na wykazanie Zamawiającemu, poprzez wyjaśnienia i dowody do nich się odnoszące, że oferta wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej.

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

Odwołujący podnosił, że Zamawiający, poza powołaniem się na okoliczności wynikające z treści art. 90 ust. 1 Pzp, nie dał żadnych wskazówek co do tego, które elementy oferty mają być przedmiotem szczegółowych wyjaśnień. Jedyną wskazówką co do sposobu opracowania wyjaśnień było wskazanie przez Zamawiającego przykładowo, że „(...) niewystarczające będzie powoływanie się na bliskość siedziby wykonawcy w stosunku do miejsca realizacji przedmiotu umowy bez wskazania, jakie rzędu oszczędności z tego tytułu powstają i jakie ostatecznie koszty w związku z tym Wykonawca przyjął oraz bez poparcia tych twierdzeń

stosownymi dowodami”. Wykonawca nie może przy tym zakładać, że stosowne wyliczenia i analizy zostaną dokonane przez samego Zamawiającego. Do tych wytycznych Zamawiającego, Odwołujący zastosował się, składając wyjaśnienia ceny.

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

Odwołujący zwracał uwagę, że mimo braku wiedzy w tym zakresie, nie pozostał bierny w obszarze dowodowym, przedstawiając Zamawiającemu szereg różnorodnych dowodów, w tym kalkulację kosztów - przede wszystkim najbardziej istotnych z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia kosztów osobowych, popartą opisem założeń do kalkulacji i dowodami wskazującymi na prawidłowość

danych przyjętych do tej kalkulacji.

Zdaniem odwołującego w tym miejscu przypomnieć należy wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r. (Sygn. akt: KIO 1410/15): „Odnosząc się do powyższego, w ocenie Izby przywołany przepis ustawy Pzp (art. 90 ust. 1) w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., pozwala na przyjęcie tezy, że dowody składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego mogą mieć różnoraki charakter. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w nowym brzmieniu stanowi bowiem, że zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis

6

wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w świetle wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako "zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe, w ocenie Izby, będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami właściwe "zewnętrzne" dowodowe pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup. W niektórych przypadkach natomiast jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych, zakupów czy też dokonywania zleceń wykonywania określonych prac podwykonawcom, wyjaśnienia uzasadnione dowodowo mogą sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wytworzeniem określonych przez wykonawcę określonych produktów”.

Nawet więc względem tych elementów cenotwórczych, których wysokość nie została wykazana „dowodami zewnętrznymi”, Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach stosowne kalkulacje szczegółowe.

Z kolei zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 kwietnia 2016 r. (KIO 499/16), przepis art. 90 ust 1 Pzp nie zobowiązuje wykonawcy do złożenia wyjaśnień

7

dotyczących wszystkich elementów ceny ale wskazuje na konieczność złożenia wyjaśnień w zakresie tych elementów, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny”. Tymczasem Odwołujący w niniejszej sprawie odniósł się do wszystkich elementów cenotwórczych swojej oferty, dochowując tym samym należytej staranności w celu wyjaśnienia Zamawiającemu wysokości zaoferowanej ceny i udźwignął spoczywający na nim ciężar dowodu.

W związku z powyższym zdaniem Odwołującego podkreślenia wymaga, że Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie posiada przymiotu

rażąco niskiej, a przedstawione wyjaśnienia - na tle prezentowanego stanu faktycznego, w związku z treścią wezwania Zamawiającego - są należycie umotywowane i poparte odpowiednimi dowodami. Jak stanowi Izba w wyroku z dnia 20 maja 2016 r. (KIO 675/16), „wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny, winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze

W wyjaśnieniach Odwołującego opisano - jak wskazano powyżej - wszystkie podstawowe elementy, tj. koszty pracownicze (zał. 2 do wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2016 r. - pkt dot. analizy kosztów usługi z podziałem na okresy jej realizacji wraz z dowodami załączonymi do wyjaśnień), koszty laboratorium (zestawienie kosztów załączone do wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2016 r. wraz z dowodem potwierdzającym prawidłowość przyjętego poziomu kosztów), koszty zaplecza (biura, pojazdów, inne – zał., 2 do wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2016 r. - pkt dot. analizy kosztów usługi z podziałem na okresy jej realizacji zawierający szczegółową kalkulację tych kosztów).

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

Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są więc odpowiednie - odnoszą się do wszystkich elementów cenotwórczych, wyjaśniając przyczyny przyjęcia tych elementów na określonym poziomie i wykazując, że poziom ten jest adekwatny do wymogów rynkowych, w jakich działa Odwołujący.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający, poza przytoczeniem w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wybiórczych zapisów siwz określających obowiązki

8

Inżyniera Kontraktu oraz powołania przepisów Pzp, wskazał dodatkowo na elementy wyjaśnień Odwołującego, które rzekomo potwierdzają, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do tych kwestii wskazać należy, co następuje:

1) Zdaniem Zamawiającego, „ (...) Wykonawca nie wyjaśnił w sposób przekonywujący i wiarygodny kwoty zawartej w poz. 2 formularza cenowego (tj. usługi nadzoru - przyp. K. Cz.). Złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji i dowodów na potwierdzenie uwzględnienia kosztów zatrudnienia wymaganego nadzoru przyrodniczego i geologicznego. Zwłaszcza zapewnienie nadzoru przyrodniczego ma szczególne znaczenie z uwagi na realizację inwestycji w obszarze objętym Naturą 2000. (...) Zamawiający oceniając ofertę w związku ze złożonymi wyjaśnieniami, wskazuje, że

Wykonawca nie wyjaśnił ceny oferty w zakresie nadzorów dotyczących poz. 4 do 9

W ramach przywołanych pozycji, zgodnie z zapisami SIWZ, Inżynier Kontraktu zobowiązuje się do zapewnienia:

— nadzoru specjalistycznego, jaki będzie wynikał i zostanie określony w decyzji środowiskowej,

— nadzoru entomologicznego,

— nadzoru geologicznego, geotechnicznego,

— w razie konieczności, nadzoru ornitologicznego m, in. ze względu na ochronę lęgów ptaków podczas usuwania drzew,

— w razie konieczności, nadzoru dendrologicznego,

— w razie konieczności, nadzoru chiropterologicznego.

Zamawiający wylicza przy tym obowiązki Inżyniera Kontraktu w 12 punktach (m.in. jak wyżej opisane), tymczasem zakres działań Inżyniera Kontraktu jest bardzo szeroki. Zamawiający opisał go w OPZ w pkt. 2. na niemal 20 str. dokumentu liczącego 31 stron. Na pełen zakres działań Inżyniera składają się:

— obowiązki ogólne, wśród nich m.in.: kierowanie realizacją kontraktu, sporządzanie i przechowywanie dokumentacji kontraktowej, pełnienie funkcji nadzoru jaki zostanie nałożony w decyzji środowiskowej i wykonywanie innych czynności, o których mowa w Rozdziale III i V SIWZ, sporządzanie na bieżąco dokumentacji

świadczonych usług w formie i zakresie wymaganym przez Zamawiającego, stosowanie się do poleceń wydanych przez Kierownika Projektu,

— obowiązki poprzedzające budowę, wśród nich m. in.: monitorowanie i czynny udział w prowadzonych postępowaniach administracyjnych o wydanie decyzji, sporządzanie Raportów ze sprawdzenia przekazywanej części dokumentacji projektowej a po zakończeniu sporządzenie dla zamawiającego rekomendacji do jej zatwierdzenia, sporządzanie miesięcznych Raportów z postępów w przygotowaniach dokumentacji projektowej, bieżące monitorowanie postępu prac Wykonawcy Kontraktu w zakresie sporządzania przez niego opracowań projektowych, czynny udział w przekazaniu Wykonawcy placu budowy w tym w okazaniu pasa drogowego w zakresie wynikającym z PrBud i w okazaniu zatwierdzonego Projektu Organizacji Ruchu na czas budowy,

— obowiązki na etapie budowy, wśród nich m. in. prowadzenie na bieżąco rozliczenia i analizy finansowej kontraktu oraz opracowania wskaźników rzeczowych i finansowych służących Zamawiającemu do poznawania postępu projektowania i realizacji robót, udzielanie Wykonawcy Robót wszelkich dostępnych informacji i wyjaśnień dotyczących Kontraktu, udzielanie w porozumieniu z Zamawiającym wszelkich informacji związanych z realizacją Kontraktu, uprawnionym osobom i instytucjom, egzekwowanie jakości robót i materiałów zgodnie ze Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi, przeprowadzanie badań kontrolnych, weryfikowanie i zatwierdzanie rysunków wykonawczych i powykonawczych sporządzanych przez Wykonawcę Kontraktu, dokonywanie i weryfikacja obmiaru wykonanych robót, przygotowanie do odbioru częściowego i końcowego robót, sprawdzenia kompletności i prawidłowości przedłożonych przez Wykonawcę Robót dokumentów wymaganych do odbioru w tym dokumentacji niezbędnej do uzyskania decyzji na użytkowanie zgodnie z PrBud oraz uczestnictwo w odbiorze robót, pełnego monitorowania kontraktu w tym zdefiniowania, realizacji i rozliczenia wskaźników rzeczowych i finansowych służących do monitorowania postępu realizacji projektu zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i wytycznymi Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego dotyczącymi realizacji projektu, decydowanie o dopuszczeniu do robót materiałów, prefabrykatów i wszystkich elementów i urządzeń przewidzianych do wbudowania i wykorzystania przy realizacji robót w tym sprawdzeń świadectw dopuszczeń i znakowania eurokodów,

— obowiązki po zakończeniu robót, wśród nich m. in. sprawdzanie wszystkich dokumentów związanych z wystawieniem Świadectwa Przejęcia oraz zgłoszenia Zamawiającemu gotowości do Przejęcia całości robót,

— obowiązki w okresie zgłaszania wad, wśród nich m. in. pełna obsługa okresu gwarancyjnego, dokonywanie comiesięcznych przeglądów i przedkładanie Zamawiającemu protokołów, odbiór wykonanych robót w związku z usunięciem wad.

Powyższe obowiązki (z pkt 4-9 i 12 pisma informującego o odrzuceniu oferty Odwołującego) stanowią więc wąski wycinek obowiązków Inżyniera Kontraktu przewidziany w SIWZ. Trudno jest uznać, aby obowiązki wynikające z poz. 4 do 9, o których pisze Zamawiający, stanowiły więc istotny element ceny oferty. Tym samym nie sposób przyjąć, aby brak szczegółowych wyjaśnień odnośnie tych właśnie elementów świadczenia wykonawcy, mógł spowodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Jak wskazano powyżej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący wyczerpująco wykazał koszty pracy ludzi przez cały okres realizacji Umowy, w tym założenie zatrudnienia personelu wykonującego m.in. opisane wyżej czynności na korzystnych warunkach (vide pkt 5 tiret drugie Załącznika nr 1 do wyjaśnień ceny - tajemnica przedsiębiorstwa). Brak podstaw do przyjęcia, że przedstawiona przez Odwołującego w wyjaśnieniach ceny analiza kosztów usługi nie obejmuje nadzoru przyrodniczego i geologicznego. Wszystkie dowody złożone przez Odwołującego na potwierdzenie kosztów pracy personelu potwierdzają wykonanie umowy na każdym

etapie - oferty złożone zostały dla określonej umowy (zadania") pn. Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: Budowa obwodnicy m. Kolbuszowa i Werynia w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 875 Mielec - Leżajsk”. Oferty te nie ograniczają się zatem, co zdaje się sugerować Zamawiający, do etapu projektowania i robót budowlanych, bez okresu gwarancyjnego.

Odwołujący wskazywał, że koszty prowadzenia ww. nadzorów zostały ujęte w cenie ofertowej, jednak ze względu na relatywnie niski koszt tych usług (wynikający ze stosowanych przez Odwołującego rozwiązań), nie został on wprost i odrębnie zaprezentowany w wyjaśnieniach ceny. Zresztą na etapie wezwania do wyjaśnień ceny Zamawiający nie żądał, aby w wyjaśnieniach ceny szczególnie potraktować

11

nadzór przyrodniczy i geologiczny, w szczególności, że owe nadzory w samym OPZ nie zostały przez Zamawiającego szczególnie wyodrębnione, tj. w sposób prezentowany w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego. Co istotne, Odwołujący zapewnił przyjęcie przez Inżyniera Kontraktu pełnienia funkcji nadzoru specjalistycznego, jaki będzie wynikał z decyzji środowiskowej. Ten zakres zadań został objęty ofertą Inżyniera Kontraktu, bowiem, co wymaga szczególnego podkreślenia, oferta ta została złożona dla całego Zadania (jak wynika jej treści) za wynagrodzeniem ryczałtowym obejmującym cały okres realizacji Umowy (vide oferta, Załącznik nr 3 do wyjaśnień ceny - tajemnica przedsiębiorstwa).

Zamawiający nie wezwał przy tym Odwołującego do szczegółowego, także do dodatkowego wyjaśnienia budzących wątpliwości elementów ceny. Zachowanie Zamawiającego dziwi tym bardziej, że w równolegle prowadzonym przez niego postępowaniu na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych pod nazwą: „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin - Przeworsk - Grabownicą Starzeńską na odcinku od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 870 w miejscowości Sieniawa do łącznika drogi wojewódzkiej z węzłem „Przeworsk” w miejscowości Gorliczyzna””, wezwał on do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień, w których Odwołujący wykazał stosowane przez siebie rozwiązania optymalizacyjne i ich wpływ na cenę oferty (stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego i jako takie zostały zastrzeżone w procedurze wyjaśnień dla przywołanego postępowania). Zamawiający posiada więc stosowne informacje w tym zakresie, które znajdują również przełożenie na brak wymogu zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę. Ewentualne wątpliwości w tym zakresie Zamawiający powinien był jednak wyjaśnić poprzez dodatkowe wezwanie Odwołującego.

2) Zdaniem Zamawiającego, „brak jest również dowodów na potwierdzenie ujęcia w oferowanej cenie pełnej obsługi okresu gwarancyjnego

W ocenie Odwołującego dowody załączone do wyjaśnień potwierdzają, że umówione wynagrodzenie personelu obejmuje cały okres realizacji Umowy (oferty dotyczą zadania, a nie poszczególnych faz realizacji tego zadania, z wyłączeniem okresu gwarancyjnego). Dodatkowo opis na tabela - Załącznik nr 3 do wyjaśnień (tajemnica przedsiębiorstwa) wprost mówi o okresie gwarancyjnym. W ocenie Odwołującego Zamawiający wybiórczo czyta i analizuje poszczególne fragmenty

12

wyjaśnień ceny i przyjętą tam nomenklaturę, gdy tymczasem wyjaśnienia, w tym Załączniki nr 1-3 wraz z dowodami, które przez Zamawiającego nie zostały zakwestionowane, stanowią kompletną, spójną całość i jako takie winny być przez Zamawiającego ocenione.

Odwołujący wskazywał, że w ramach złożonej oferty zobowiązał się do świadczenia na rzecz Zamawiającego usług Inżyniera Kontraktu. Inżynier Kontraktu jest instytucją charakterystyczną dla kontraktów budowlanych opartych na procedurach FIDIC. Zgodnie jednak z wymogami pkt. 4.3. OPZ, „Inżynier Kontraktu w

terminie 14 dni od podpisania umowy opracuje i przedstawi do akceptacji Kierownika Projektu, schemat organizacyjny zespołu wraz ze szczegółowym zakresem uprawnień i obowiązków jakie zamierza powierzyć poszczególnym członkom zespołu w tym wyznaczy osobę do koordynacji pracy Inspektorów Nadzoru - Koordynatora. Koordynator będzie odpowiedzialny za pracę całego zespołu Inspektorów Nadzoru wobec Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego. Sporządzi i przekaze w tym samym czasie wykaz telefonów kontaktowych do wszystkich członków zespołu". Oznacza to, że w ramach zespołu Inżyniera Kontraktu funkcjonuje również nadzór inwestorski, którego obowiązki nie wynikają jedynie z postanowień umowy łączącej Zamawiającego i przyszłego wykonawcę, lecz przede wszystkim z przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 290 z późn. zm.; dalej jako: „PrBud”). I tak, zgodnie z art. 25 pkt 4 PrBud, do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy. Trudno więc wyjść z założenia, że Odwołujący nie uwzględniłby w swej ofercie ustawowych obowiązków, związanych z pełnioną przez niego funkcją.

Co jednak kluczowe, potwierdzenie, że roboty budowlane nie pozostaną bez nadzoru Inżyniera Kontraktu jest potwierdzone stosownym oświadczeniem osoby, która nadzór ten miałaby wykonywać, odnoszącym się do każdego z etapów realizacji umowy (dowód załączony do wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2016 r.). Okres budowy obejmuje bowiem również okres zgłaszania wad.

Koszty związane z wykonywaniem wspomnianej usługi są więc już ujęte w cenie ofertowej, co potwierdza zarówno szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej, jak i dowody załączone do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Jeśli jednak Zamawiający miał w tym zakresie jakieś wątpliwości, w tym w zakresie związanym z

13

wpływem doświadczenia Odwołującego na wysokość oferowanej ceny, powinien był swe wątpliwości rozwiać i go dopytać.

Reasumując tą część rozważań, wskazać należy, że nawet gdyby przyjąć, jak chce tego Zamawiający, że udzielone wyjaśnienia Odwołującego nie są dość wyczerpujące, Zamawiający winien być ewentualnie zobowiązany do zażądania od Odwołującego dodatkowych wyjaśnień ceny, w których uwzględniłby nurtujące go kwestie i zadał dodatkowe pytania (co, jak zostało to już wskazane, czynił w równoległe prowadzonych postępowaniach). Przepisy Pzp nie przekreślają bowiem możliwości ponownego wezwania wykonawcy - tu: wielokrotnego - do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów mających wpływ na wysokość ceny. Procedura z art. 90 ust. 1 Pzp ma bowiem prowadzić do ustalenia, czy zaoferowana cena jest realna, a w konsekwencji, czy przedmiotowe zamówienie zostanie wykonane należyście.

Z kolei Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r., stwierdził, że „nawet jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalały na rozwianie wątpliwości zamawiającego, to brak było przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do ich złożenia” (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10). Na podobnym stanowisku stoi również Urząd Zamówień Publicznych, który w jednej z opinii prawnych wskazał, że „(...) w celu podjęcia decyzji co do braku bądź istnienia podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie powziął w związku z zaproponowaną przez wykonawcę ceną, a także ze złożonymi przez wykonawcę wyjaśnieniami. Celem przepisu nakładającego obowiązek żądania wyjaśnień jest ochrona wykonawcy przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez zamawiającego, Stąd też, zamawiający mając nadal, po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, wątpliwości co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, może żądać od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź w sytuacji, gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień” („Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”, Informator UZP nr 11/2013; na

Powyższe nabiera szczególnego znaczenia, jeśli uwzględni się, jakiego rodzaju zastrzeżenia Zamawiający miał ostatecznie względem wyjaśnień Odwołującego (np. omówiona powyżej kwestia nadzoru w okresie zgłaszania wad). Tego typu zastrzeżenia nie powinny skutkować zastosowaniem względem Odwołującego sankcji najdalej idącej - odrzucenia jego oferty, skoro, jak wskazano powyżej, mogły być przedmiotem dodatkowego wyjaśnienia ze strony Odwołującego w odniesieniu do dokumentów już uprzednio złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego.

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

Zdaniem Odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający zaniechał faktycznego badania wyjaśnień Odwołującego, poprzestając jedynie na formalnym ich przyjęciu i tendencyjnej ocenie. Świadczy o tym samo uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający ogranicza się w istocie do przytoczenia przepisów Pzp, postanowień siwz oraz wskazania w zasadzie dwóch okoliczności, które zdaniem Zamawiającego potwierdzają rażąco niski charakter ceny ofertowej Odwołującego. Ich bliższa analiza prowadzi jednak do wniosku, że Zamawiający w zasadzie nie kwestionuje sposobu wyliczenia przez Odwołującego podstawowych elementów cenotwórczych. Uzasadnienie stanowiska Zamawiającego jest przy tym ogólnikowe i częściowo nielogiczne, jak również nie odnosi się do przedłożonych z wyjaśnieniami dowodów.

Po raz kolejny, w ocenie Odwołującego należy podkreślić, że Promost Consulting wykazał, przedstawiając stosowne dowody, że rzetelnie wycenił ofertę. Sposób prezentacji wyceny (kalkulacji kosztów) niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, uzewnętrznionymi dopiero na etapie rozstrzygnięcia przetargu, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty po myśli art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z

art. 90 ust. 3 Pzp. Wyjaśnienia zostały złożone (bezsporne), zaś prawidłowo dokonana ocena wyjaśnień nie może potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

30 września 2016 r. do Izby, ze strony wykonawcy Koncept, wpłynęło pismo zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie oraz i stron a uczestnika stanowiska oświadczenia także postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W toku rozprawy do Izby wpłynęły następujące dowody:

1. Umowa przedwstępna do umowy zlecenia z dnia 25.05.2016 r., dotycząca pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach rozpoznawanego postępowania.
2. Umowa przedwstępna do umowy zlecenia z dnia 25.05.2016 r., dotycząca świadczenia kompleksowej usługi laboratoryjnej przy wykonywaniu badań i pomiarów kontrolnych na potrzeby rozpoznawanego postępowania.
3. Zestawienie osób – z zakresu Ochrony Środowiska wraz ze stosownymi

umowami.

4. Pismo PUP w Rzeszowie z dnia 6 maja 2016 r. w zakresie otrzymania zgody na realizację stażu dla 1 bezrobotnego na okres 6 miesięcy wraz z 7 egz. Curriculum Vita potencjalnych stażystów.
5. Wyjaśnienia treści oferty z dnia 18 sierpnia 2016 r. złożone przez Odwołującego w ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji: „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: Budowa obwodnicy m. Lubaczów w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 866 Dachnów – Lubaczów-Granica Państwa”.

16

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp i po dokonaniu analizy całokształtu materiału dowodowego w sprawie stwierdziła, że zgłoszone zarzuty należy uznać za zasadne.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, dotyczącego ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ustawy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
 - 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

17

-
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
 2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
 3. 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.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia proponuje cenę bardzo niską, która nie będzie

gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Podkreślić jednak należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona wszczęciem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie Zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy, do ich przedstawienia. Dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, Zamawiający może zdecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uprzednie zastosowanie procedury wyjaśniającej cenę, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulacją jego ceny, jest w tym przypadku obligatoryjne i

18

nie może zostać pominięte, na co wskazuje zarówno redakcja przepisu krajowego (art. 90 ust. 1 Pzp), jak też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (vide: wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88).

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznała, iż treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego może budzić uzasadnione wątpliwości, które Zamawiający może rozstrzygnąć dopiero po otrzymaniu uzupełniających wyjaśnień ze strony Odwołującego.

Izba ustaliła, że Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował za wykonanie zamówienia kwotę 277.999,68 zł brutto podczas, gdy szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 804.761,37 zł brutto (bez robót uzupełniających). Średnia arytmetyczna, wynikająca ze złożonych ofert wyniosła 507.023,72 zł brutto.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, zasadnym był powstanie po stronie Zamawiającego wątpliwości co do tego czy cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niska. Zatem za prawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego, który w tym przypadku, pismem z dnia 21 lipca 2016 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w siwz, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Z ustaleń Izby wynika, że w wymaganym terminie Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia (pismo z dnia 1 sierpnia 2016 r.), załączając do pisma następujące załączniki (które zostały objęte przez Odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”):

- załącznik nr 1 opis przyjętych założeń;
- załącznik nr 2 opis sposobu obliczenia ceny ofertowej;

19

- załącznik nr 3 kalkulacja, do której dołączono oferty poszczególnych osób, które będą pełniły funkcje w ramach usługi oraz ofertę cenową laboratorium, a także ofertę, dotyczącą wynajęcia lokalu.

Zamawiający dokonał badania i oceny tych wyjaśnień. W toku rozprawy Zamawiający odnosił się do treści wyjaśnień, twierdząc, że: „ *pomiędzy załącznikiem nr 2 a załącznikiem nr 3 istnieje sprzeczność, ponieważ Inżynier Kontraktu w ramach realizowania usługi powinien wykonywać swoje prace nie tylko w okresie projektowania oraz realizacji robót ale także na etapie gwarancyjnym, tj. przez okres 72 miesięcy (6 lat). W załączniku nr 2 na str. 3 przyjęto koszty, dotyczące Inżyniera Kontraktu przez okres realizacji robót oraz projektowania brak jest podania kosztów w okresie gwarancyjnym. Zamawiający wywodzi to przede wszystkim z nazw poszczególnych etapów, które wykonawca podał na str. 3. Brak jest w analizie przedstawionej przez Odwołującego etapu gwarancyjnego. Ponadto zwraca uwagę, że oferta przedstawiona w zakresie funkcji Inżyniera Kontraktu zawiera jedynie okresy projektowania i budowy. Brak jest w niej okresu gwarancyjnego, natomiast w załączniku nr 3 Odwołujący podał dla usługi również okres gwarancyjny tj. 6 lat w związku z tym, Odwołujący wywodzi, że pomiędzy tymi dokumentami zawartymi w wyjaśnieniach występuje sprzeczność. Natomiast w zakresie Inspektora nadzoru robót mostowych Zamawiający wskazuje, że na str. 3 Odwołujący podał, iż uwzględnił koszty pracy Inspektora w okresie 18 miesięcy co znajduje odzwierciedlenie w załączniku nr 3 w punkcie 1.4., co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, który wskazywał, że Inspektor powinien również świadczyć usługi w okresie gwarancyjnym. Podkreśla, że w tytule kalkulacji podano okres 27 miesięcy, podczas gdy w kolumnie kalkulacji dotyczącej ilości jednostek, wskazano 18 miesięcy, co stanowi wzajemną sprzeczność. Kolejno Zamawiający wskazuje, że w tabeli w załączniku nr 3 wykonawca przewidział koszty samochodów w pełnym okresie tj. wraz z okresem realizacji, natomiast w załączniku nr 2 zawarł jedynie kalkulacje dotyczącą okresu budowy. Zamawiający zwraca uwagę również na niewystarczające koszty utrzymania biura, opisane w załączniku nr 2 w pkt 2a, podkreślając, że wykonawca każdorazowo powinien utrzymywać biuro również w okresie robót zamiennych, bądź też w okresie gwarancyjnym. Natomiast z informacji zawartych w załączniku nr 2 wynika, że koszty biura zostały przyjęte jedynie w*

20

okresie realizacji. Zamawiający zwraca uwagę, że należałoby albo utrzymywać biuro w tym okresie, a jeżeli nie powinny być zwiększone koszty dojazdu, co nie znajduje odzwierciedlenia w złożonych wyjaśnieniach. Zamawiający zwraca również uwagę, że w ofercie Odwołującego nie uwzględniono kosztów związanych z ekspertami związanymi z programem NATURA 2000, podczas gdy w specyfikacji Zamawiający wyjaśniał, że z takim programem wykonawca będzie miał do czynienia. Zamawiający podnosi, że wymaga to zatrudnienia ekspertów takich jak: biolog, bądź też ornitolog, oraz pozyskania odpowiednich decyzji środowiskowych, co nie znajduje odzwierciedlenia w kosztach zawartych w ofercie Odwołującego i złożonych wyjaśnieniach. Zwraca również uwagę, że Odwołujący na str. 3 przewidział pracę weryfikatorów dokumentacji projektową, jednakże okres ten jest zbyt krótki w ocenie Zamawiającego, co na pewno ma przełożenie na wartość oferty i może być ściśle związana z występowaniem rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. W zakresie kosztów transportu, zwraca uwagę na wyjaśnienia Odwołującego zawarte w załączniku nr 2 i 3, gdzie w pkt. 3.2 Odwołujący przewidział koszty samochodów dla pełnego okresu realizacji, natomiast w załączniku nr 2 przewidział koszty jedynie w okresie realizacji. Po za tym, Zamawiający kwestionuje przedstawione przez Odwołującego koszty pracownika biurowego, zwracając uwagę, że każdy pracodawca nawet w sytuacji opisanej w wyjaśnieniach, musi ponosić koszty związane z wykonaniem badań lekarskich, kosztami odzieży, czy też wykonania pracy. Zamawiający wyjaśnia, że dokonywał szczegółowej weryfikacji złożonych

wyjaśnień i mógł ustalić czy cena jest rażąco niska, gdyż wykonawca złożył wyjaśnienia a zatem Zamawiający uznał, że wynika z nich, że cena Odwołującego jest niedoszacowana”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy dopuszczalnym, a nawet koniecznym, było wystosowanie do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp kolejnego wezwania, dotyczącego uzyskania uzupełniających wyjaśnień w kontekście możliwości wystąpienia w jego ofercie ceny rażąco niskiej.

Izba zwraca uwagę, że wezwanie wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny, co do reguły jest wezwanie

21

jednokrotnym. Jednak zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jest dopuszczalne w sytuacji, w której wykonawca złożył już wyjaśnienia odpowiadające wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1 Pzp, jednakże w dalszym ciągu pozostają jeszcze jakieś kwestie wymagające bardziej szczegółowego wyjaśnienia. Właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie.

Należy zwrócić uwagę, że wezwanie Zamawiającego z dnia 21 lipca 2016 r. miało charakter ogólny i praktycznie ograniczało się do powielenia treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. W jego treści Zamawiający nie wskazał, jakie były powody i okoliczności, które wzbudziły jego wątpliwości co realności zaoferowanej przez Odwołującego ceny a wyjaśnił jedynie, że cena oferty Odwołującego jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia. Zatem z treści tak skonstruowanego wezwania nie sposób z całą pewnością wywieść, który z elementów ceny i dlaczego - czy też cena jako całość - budził wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby fakt zawarcia, przez Zamawiającego w treści wezwania, stwierdzenia „zakres przedłożonych wyjaśnień i dowodów nie powinien rodzić po stronie Zamawiającego konieczności dokonywania kolejnych wezwań o doprecyzowanie i dodatkowe uzasadnienie złożonych wyjaśnień”, nie zwalania Zamawiającego z konieczności kierowania do wykonawcy ponownych wezwań, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, jeśli takie są konieczne. Izba zwraca uwagę, że posłużenie się tego rodzaju zapisem, bez szczegółowych wytycznych co do sposobu, czy też elementów na które wykonawca ma zwrócić szczególną uwagę sporządzając wyjaśnienia, należy potraktować jedynie jako zapis mający naturę „ostrożnościową”. Jednakże, opierając się jedynie na jego treści nie sposób twierdzić, że Zamawiający, w okolicznościach omawianej sprawy nie był zobowiązany do wyjaśnienia kwestii, budzących wątpliwości. Wręcz przeciwnie. Izba stanęła na stanowisku, że w okolicznościach omawianej sprawy dla uzyskania pełnego obrazu w zakresie występowania w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej, koniecznym było wystosowanie przez Zamawiającego kolejnego wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, w którym Zamawiający, w kontekście wcześniejszych wyjaśnień Odwołującego, wskazałby na pewne braki, niejasności, a także jak twierdził Zamawiający, na wewnętrzną sprzeczność tych wyjaśnień.

22

Wobec tego nie dziwi fakt, że w odpowiedzi na takie wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w piśmie z dnia 1 sierpnia 2016 r. skonstruował wyjaśnienia w sposób, który wydawał się jemu najbardziej odpowiedni, przedstawiając Zamawiającemu poszczególne, kluczowe grupy kosztów, które wchodziły w skład ogólnej kwoty złożonej oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w treści wezwania nie wskazał wprost, że wykonawca ma złożyć wyjaśnienia, w których szczególnie nacisk należy położyć na wyjaśnienie konkretnej grupy kosztów, np. kosztów związanych z programem NATURA 2000. Wręcz przeciwnie. Zamawiający w treści wezwania wskazał, że pozostawia wezwanemu wykonawcy wybór, co do elementów jego oferty, które mają wpływ na wysokość ceny

i które w konsekwencji pozwolą na wykazanie Zamawiającemu, poprzez wyjaśnienia i dowody do nich się odnoszące, że oferta wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wobec tego na obecnym etapie nie sposób czynić zarzutu Odwołującemu, że złożone przez niego wyjaśnienia nie zawierają szczegółowego wyspecyfikowania grupy kosztów, związanych z programem NATURA 2000, czy też innych, które Zamawiający uważa obecnie za istotne, co znalazło odzwierciedlenie w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 21 września 2016 r.

Jednak dokonując analizy stawianych zarzutów Izba za kluczowe uznała przytoczone powyżej wyjaśnienie Zamawiającego, który w toku rozprawy przed Izbą stanowczo twierdził, że treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego jest wzajemnie sprzeczna z powodów opisanych powyżej. Również analiza treści dowodów, złożonych w toku rozprawy, prowadzi do wniosku, że pewne kwestii w zakresie określonych składników ceny, zawartej w ofercie Odwołującego, wymagają szczegółowego wyjaśnienia. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że koniecznym jest ponowne wezwanie Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia nie tylko wyjaśnień, mających na celu usunięcie wszelkich wątpliwości Zamawiającego w zakresie występowania w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko Izby stwierdzić należy, że przedwczesnym byłoby przesądzanie o występowaniu w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej, bowiem dopiero, gdy Zamawiający będzie posiadał wszystkie

23

niezbędne informacje na temat ukształtowania poszczególnych składników cenowych, składających się na cenę całkowitą zawartą w ofercie Odwołującego możliwa będzie prawidłowa ocena tej ceny pod kątem tego, czy jest ona ceną rażąco niską.

Podsumowując, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, w konsekwencji uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzuceniu oferty Odwołującego, a następnie nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert, połączone wraz powtórным wezwaniem Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania, w złożonej przez niego ofercie, rażąco niskiej ceny.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 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).

.....

24