

WYROK

z dnia 21 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 października 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2015 roku przez wykonawcę Wojskowe Biuro Projektów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie przy udziale wykonawcy T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ProBud Firma Produkcyjno – Budowlana T. G. z siedzibą w Szczecinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1893/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia na *Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót dla zadania inwestycyjnego: „Budowa budynku magazynowo- warsztatowego, budynku garażowego oraz przebudowa budynku nr 31 w kompleksie wojskowym przy ul. Nieświeskiej 56 w Warszawie”.*

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót dla zadania inwestycyjnego: „Budowa budynku magazynowo- warsztatowego, budynku garażowego oraz przebudowa budynku nr 31 w kompleksie wojskowym przy ul. Nieświeskiej 56 w Warszawie”* oferty wykonawcy T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ProBud Firma Produkcyjno – Budowlana T. G. z siedzibą w Szczecinie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na *Opracowanie*

1

dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót dla zadania inwestycyjnego: „Budowa budynku magazynowo- warsztatowego, budynku garażowego oraz przebudowa budynku nr 31 w kompleksie wojskowym przy ul. Nieświeskiej 56 w Warszawie” dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno – Budowlana T. G. ProBud z siedzibą w Szczecinie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ProBud Firma Produkcyjno – Budowlana T. G. z siedzibą w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ProBud Firma Produkcyjno – Budowlana T. G. z siedzibą w Szczecinie na rzecz wykonawcy Wojskowe Biuro Projektów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 1893/16

UZASADNIENIE

Zamawiający Stołeczny Zarząd Infrastruktury prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na *Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót dla zadania inwestycyjnego: „Budowa budynku magazynowo- warsztatowego, budynku garażowego oraz przebudowa budynku nr 31 w kompleksie wojskowym przy ul. Nieświeskiej 56 w Warszawie”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2016 roku pod numerem 2016/S 061-104786.

7 października 2016 roku Odwołujący działając w trybie art. 179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego:

- zaniechanie odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, oferty wykonawcy działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G., pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności tj. brak złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, z ostrożności procesowej zaniechanie odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, w zw. z art. 90 ustawy, oferty wykonawcy działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G., pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności tj. złożenie niewystarczających wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny, potwierdzających, że zaoferowana cena jest rażąco niska; zaniechanie odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ustawy, oferty wykonawcy działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G., pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności - tj. zaoferowanie przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny,
- zaniechanie odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, oferty wykonawcy działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G., pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności tj. oferta wspomnianego wyżej wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji,
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G. ,» pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą

3

ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G., mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej oceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny; z ostrożności procesowej - art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G., mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień wystarczających, potwierdzających, że jego oferta nie jest rażąco niska; art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, wykonawcy, działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G., pomimo iż oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-

Budowlana T. G., pomimo, iż oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji,
- art. 91 ustawy przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty wykonawcy, działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G., która to oferta winna zostać odrzucona,
- art. 7 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G., nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenie pozostałych zawioskowanych dowodów, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, bowiem w przypadku jego uwzględnienia, istnieje możliwość uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (podobną wykładnię interesu prawnego przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1338/10). Odrzucenie oferty wykonawcy, działającego pod firmą ProBud Firma Projektowo-Budowlana T. G. (dalej jako: ProBud lub Wykonawca) spowodowałoby bowiem, że oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. Tymczasem w wyniku podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych, Odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. Jak podkreśla się w doktrynie prawa, interes prawny winien być rozumiany szeroko, obejmując zarówno interes majątkowy jak i niemajątkowy. Nie jest konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym, a wystarczy jego samo zagrożenie. W ocenie Odwołującego przez

4

bezprawne działanie Zamawiającego jego interes został naruszony, co skutkuje brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zarzuty naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy

Odwołujący wskazała, że oferta ProBud winna zostać odrzucona na podstawie art. 90 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Oznacza to, że odrzucenie winno nastąpić nie tylko w związku z faktem, że cena jest rażąco niska. Odrzucenie powinno nastąpić także ze względu na brak złożenia wyjaśnień przez ProBud (ewentualnie złożenie niewystarczających wyjaśnień). Nie sposób bowiem uznać pisma ProBud z za wyjaśnienie kalkulacji ceny. Jest to wyłącznie pismo potwierdzające poprawność kalkulacji ceny, które w żadnej mierze nie obrazuje procesu, na podstawie, którego ProBud obliczył cenę za wykonanie zamówienia. Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że nawet gdyby uznać, iż wyjaśnienia w sprawie kalkulacji zostały jednakże złożone przez ProBud w zakreślonym terminie, to nie sposób uznać ich za wystarczające. Nie potwierdzają one bowiem, iż cena ProBud nie jest rażąco niska. Stanowi to podstawę do odrzucenia oferty ProBud.

Wezwanie do wyjaśnienia kalkulacji ceny wystosowane do ProBud, argumentował Odwołujący, spowodowało powstanie wzruszalnego domniemania, że cena ProBud jest rażąco niska. Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa i doktryny wskazać należy, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej (zob. wyrok KIO z dnia 14.05.2013 r.. w sprawie o sygn. akt KIO 960/13). Domniemanie to ma charakter wzruszalny i przenosi na wykonawcę (w niniejszym wypadku na ProBud) ciężar udowodnienia okoliczności wskazujących na brak zaoferowania rażąco niskiej ceny. Potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 02.08.2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1568/11; w wyroku z dnia 29.05.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1159/13; w wyroku z dnia 29.01.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 127/13. Jedynie na marginesie wskazać wypada na wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 101/13), w którym Izba skonstatowała, że: „Zamawiający nie ma obowiązku określać, co do jakich elementów cenotwórczych ma wątpliwości w procedurze przewidzianej w art. 90 p.z.p., wystarczające jest powzięcie wątpliwości, co do wysokości ceny zaoferowanej, niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i wezwanie wykonawcy do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość cen”.

Zarówno brak wyjaśnień, jak i niedostateczne wyjaśnienia w sprawie kalkulacji ceny wywołują tożsamy skutek - brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. W tym zakresie powołać trzeba wyrok KIO z dnia 15.02.2011 r., KIO 207/11, w którym możemy przeczytać, iż: „**Oferta wykonawcy który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające,**

5

podlega odrzuceniu nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień”.

Analizując sekwencję zdarzeń w przedmiotowym postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, Odwołujący argumentował, z całą stanowczością podkreślić trzeba, że Zamawiający był uprawniony, a wręcz zobowiązany do wystosowania tegoż wezwania na podstawie art. 90 ustawy. Cena ProBud była niższa o 49,32 % (a zatem blisko o połowę) od wartości szacunkowej kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jak również była niższa o 40,74 % od średniej wartości netto cen 4 złożonych łącznie ofert, dlatego też Zamawiający słusznie zmierzał do ustalenia, czy wartość zamówienia została oszacowana prawidłowo (por. zob. Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. W. Dzierżanowskiego, LEX El. 2010). Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie ukształtował się pogląd mówiący o tym, iż Zamawiający powinien zareagować, w sytuacji gdy cena oferty odbiega od szacunkowej wartości zamówienia i gdy zarazem różni się znacząco od oferty konkurentów (zob. wyrok KIO z dnia 24.02.2012 r., KIO 274/12). Taka sytuacja zachodziła w niniejszej sprawie. Warto także dodać, że tryb z art. 90 ust. 1 ustawy jest trybem obligatoryjnym, bowiem w przepisie tym nie znajdują się żadne sformułowania pozwalające na przyjęcie odmiennej opcji interpretacyjnej, takie jak chociażby: „może”, czy jest uprawniony do”. Zatem brak zastosowania wspomnianej instytucji pozwalałby wykonawcom na artykułowanie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy.

W wezwaniu z dnia 20 lipca 2016 r., wystosowanym na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, Zamawiający zażądał przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz z dowodami. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że oceniając złożone wyjaśnienia, będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności w zakresie oszczędności (gdzie, na jakim etapie te oszczędności zaistnieją i w jakiej wysokości); wybranych rozwiązań technicznych; wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia (określenie w czym tkwi ich wyjątkowość, na czym polega i jakie efekty ekonomiczne przynosi); oryginalność projektu wykonawcy; kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę; pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający zażądał również potwierdzenia, że przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ oraz potwierdzenia, że zaproponowana w ofercie cena jest realna. Zgodnie z wezwaniem, w celu udowodnienia, że cena zaoferowana przez Wykonawcę ProBud jest realna, Zamawiający zwrócił się o szczegółową wycenę wszystkich elementów, które miały zostać wykorzystane przy realizacji zamówienia, z zastrzeżeniem, że przedstawione wyjaśnienia mają być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma

6

zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Wyjaśnienia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. W wyroku KIO z dnia 20.02.2012 r. KIO 109/12, KIO stwierdziło, że: „*Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 p.z.p., w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami*”. Złożenie wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie Zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień. Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że cena

nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy (zob. wyrok KIO z dnia 19.06.2012 r., KIO1166/12).

Konfruntując złożone przez ProBud wyjaśnienia z powyższymi wytycznymi nie sposób uznać ich za konkretne i przekonujące wskazał Odwołujący. Co więcej, ProBud wraz z nimi nie przedłożył dowodów, potwierdzających, że oferowana cena przewyższa koszty wytworzenia usługi. W ocenie Odwołującego, na podstawie złożonych przez ProBud wyjaśnień, nie doszło do obalenia domniemania, o którym mowa powyżej, albowiem ProBud nie wykazał w sposób odpowiedni, że zaoferowana cena jest realna.

Oceniając poszczególne punkty pisma wyjaśniającego ProBud z dnia 25 lipca 2016 r., należy podnieść, co następuje:

A/ W pierwszej kolejności, Odwołujący zarzucił, że wyjaśnienia ProBud w znacznej części obejmują informacje ogólnikowe, w żaden sposób nie uzasadniające wysokości zaproponowanej ceny. Przede wszystkim, ProBud wskazując, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zastrzega, że ceny netto i brutto dla wyszczególnionych w ofercie pozycji są cenami rynkowymi i realnymi do wykonania przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, ProBud podkreśla, że różnica między wartością złożonej oferty a szacunkową wartością zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, nie może automatycznie oznaczać, że w postępowaniu mamy do czynienia z rażąco niską ceną. ProBud zdaje się nie zauważać, że zgodnie z przyjętym w orzecznictwie poglądem wszczęcie przez Zamawiającego procedury (niezakwestionowane w terminie przez wyjaśniającą odwołującego się) ustanawia domniemanie zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej". (por. wyrok KIO z dnia 20 lutego 2012 r., KIO 109/12, KIO 125/12). Oznacza to, że właśnie na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że

7

zaoferowana cena nie jest rażąco niska. ProBud nie zakwestionował w trybie odwołania wezwania do wyjaśnienia kalkulacji ceny, zatem na chwilę obecną nie może kwestionować zasadności oraz prawidłowości wezwania. Czynność Zamawiającego, polegająca na wezwaniu do wyjaśnienia kalkulacji ceny jest zatem prawomocna.

B/ Dodatkowo, ProBud na wezwanie Zamawiającego potwierdził, że zakres usług, objętych przedmiotem postępowania zostanie wykonany w całości, z uwzględnieniem wszystkich wymagań wskazanych w SIWZ tj. w zaproponowanej w ofercie cenie oraz terminie, dodając, że przy ustalaniu ceny zamówienia kierował się przede wszystkim kryterium zachowania należytej staranności i jakości wykonywanych prac, przy jednoczesnym przedstawieniu możliwie konkurencyjnej oferty. Odwołujący wskazuje, że sformułowania powyższe są zbyt mało konkretne, powszechnie stosowane przez wykonawców i faktycznie można je odnieść do każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą.

C/ Ponadto, ProBud wyjaśnił, że na wysokość zaoferowanej ceny wpływa fakt, iż potencjał osobowy, którym dysponuje, umożliwia sprawne zrealizowanie przedmiotu zamówienia pozwalające na maksymalną optymalizację jego kosztów. ProBud w żaden sposób nie uzasadnił jednak, na czym optymalizacja ta miałaby polegać. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 19.04.2016 r. (KIO 478/16) procedura składania wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, nie może polegać na powtarzaniu nic niewnoszących do sprawy oczywistości i truizmów. Mogą one, co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. W niniejszej sprawie, ProBud nie tylko złożył w znacznym zakresie wyjaśnienia ogólnikowe, to również pozostałe jego wyjaśnienia nasuwają szereg wątpliwości, o czym będzie mowa poniżej.

D/ Odwołujący podniósł, że zatrudnieni przez ProBud pracownicy, którzy zdaniem Wykonawcy mają w sposób wydajny wspierać projektantów poszczególnych branż, z którymi podpisane zostały stałe umowy (co sugerowałoby, że są to pracownicy o odpowiednich kwalifikacjach), zatrudnieni są na podstawie umów o pracę z wynagrodzeniem minimalnym, co poddaje w wątpliwość posiadanie pożądaných w branży projektowej umiejętności.

Dodatkowo należy zauważyć, że p. E. S. zgodnie z deklaracją Wykonawcy miała wykonywać czynności, polegające na drukowaniu, kopiowaniu, skanowaniu i składaniu dokumentacji, a p. P. Z. miał być odpowiedzialny za koordynowanie prac projektowych i kontakty z Zamawiającym. Wobec tego niewątpliwym jest, że w.w. pracownicy pełnią jedynie rolę pomocniczą w stosunku do faktycznie realizujących zamówienie projektantów, architektów oraz specjalistów, a ich wynagrodzenie stanowi jedynie niewielką część kosztów wykonania zamówienia. W świetle terminu realizacji zamówienia (5 miesięcy - 150 dni), ogólna refundacja kosztów pracy powyższych osób będzie wynosiła 18.500 zł (5 x 2 x 1.850,00 zł).

Jest to kwota marginalna z punktu widzenia całego zamówienia. Refundacja nie wpływa zatem w istotny sposób na kalkulację ceny.

8

Na marginesie Odwołujący zarzuca, że ProBud nie załączył do wyjaśnień umowy o pracę p. M. T., w związku z tym nie jest jasne, czy w.w. osoba rzeczywiście została zatrudniona przez Wykonawcę, na jakim stanowisku oraz jaki zakres obowiązków będzie przez nią wykonywany. Zauważyć należy również, że nazwa stanowiska, na którym zatrudniony został p. P. Z.- „Dyrektor” sugeruje, iż pełni on rolę osoby kierującej pracą instytucji lub przedsiębiorstwa, co nie znajduje jednak odzwierciedlenia w wysokości przysługującego mu wynagrodzenia (otrzymuje wynagrodzenie minimalne). Obiekcje oraz uzasadnione wątpliwości wywołało zrównanie pozycji dyrektora firmy z pozycją szeregowego pracownika (p. E. S.) przez ustanowienie ich wynagrodzenia na poziomie minimalnym. O ile wysokość takiego wynagrodzenia można jeszcze uzasadnić w odniesieniu do szeregowego pracownika, o tyle osoba na stanowisku kierowniczym powinna - mimo wszystko - otrzymywać wyższe wynagrodzenie. Ukształtowanie wynagrodzenia na minimalnym dopuszczalnym poziomie nie tyle sugeruje fikcyjność zatrudnienia, co wskazuje na to, że obowiązki i odpowiedzialność p. P. Z. są niewielkie. Zgodnie z przepisem art. 78 § 2 KP, wynagrodzenie za pracę powinno być tak ustalone, aby odpowiadało w szczególności rodzajowi wykonywanej pracy i kwalifikacjom wymaganych przy jej wykonywaniu, a także uwzględniało ilość i jakość świadczonej pracy. Oznacza to, że jego rola w wykonaniu zamówienia, podobnie jak rola p. E. . jest marginalna. ProBud w złożonych wyjaśnieniach zdaje się nadmierną wagę przywiązywać do kwestii otrzymanych refundacji kosztów wyposażenia stanowisk osób niepełnosprawnych, pomijając kwestię ich wynagrodzeń, podczas gdy zgodnie z przedłożoną przez Wykonawcę kalkulacją koszt sprzętu stanowi jedynie 3% ogólnej wysokości ceny, zaś koszt robocizny jako wynoszący 53% wartości zamówienia, a zatem najwyższy z elementów składających się na cenę końcową, nie został szczegółowo uzasadniony. Dodatkowo, ProBud wskazuje wykaz sprzętu, zakupionego z otrzymanych refundacji za łączną kwotę 94.520,66 zł, a zarazem w załączonej do wyjaśnień kalkulacji elementów składowych ceny uwzględnia koszt sprzętu w wysokości 23.505,30 zł, co stanowi jedynie 3% ceny. Niejasnym jest, dlaczego Wykonawca w swych wyjaśnieniach wskazuje na fakt, że bez sprzętu zakupionego z otrzymanego dofinansowania nie mógłby realizować zadań oznaczonych klauzulą „poufne”, „zastrzeżone 1” i „jawne”. Kwestia możliwości złożenia oferty w postępowaniu nie ma bowiem znaczenia dla wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny.

E/ Odwołujący wskazał, że na najwyższą pozycję cenową oferty Wykonawcy, obejmującą koszty robocizny, składa się przede wszystkim wynagrodzenie 10 profesjonalnych podmiotów- projektantów różnych branż, specjalistów w zakresie zabezpieczenia technicznego, pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych oraz kierownika kancelarii niejawnej. Użyte przez Wykonawcę sformułowanie, zgodnie z którym „zatrudnia” on ww. osoby sugeruje, iż mamy do czynienia z pracownikami w rozumieniu art. 22 KP, ProBud nie

9

przedstawił jednak ani umów o pracę, ani umów cywilnoprawnych zawartych z ww. osobami, nie wykazał również w inny sposób podstawy dysponowania zasobami ludzkimi, z których ma zamiar korzystać w trakcie realizacji zamówienia, nie wynika ona również z załączonych do wyjaśnień oświadczeń specjalistów. Odwołujący podkreślił również, że twierdzenie Wykonawcy, jakoby miał z projektantami podpisane stałe umowy, nie zostało w żaden sposób udowodnione, w szczególności umowy nie zostały załączone do pisma z dnia 25 lipca 2016 r. Oświadczenia te nie zawierają czytelnych podpisów, jak również nie można z nich wywnioskować, czy uzgodnione wynagrodzenie dotyczy całości prac objętych umową, czy też jest wynagrodzeniem miesięcznym. Z oświadczeń nie wynika doświadczenie tych osób, ani ich kompetencje, w szczególności, czy są zdolni do wykonania zamówień. Złożenie takich oświadczeń nie jest obciążone jakimkolwiek ryzykiem lub odpowiedzialnością. Projektanci mogą przecież odmówić podpisania umowy mimo, że zgodzili się na określoną kwotę. Ustalenie samego wynagrodzenia nie jest wystarczającą podstawą do powstania obowiązku zawarcia umowy. ProBud nie przedstawił także umów przedwstępnych, z których mógłby taki obowiązek wynikać. Należy podkreślić, że zgodnie ze złożoną ofertą Wykonawca zadeklarował wykonanie przedmiotu zamówienia w okresie 150 dni, w związku

z tym wysokość wynagrodzenia przysługującego jego współpracownikom powinna być skorelowana z czasem realizacji prac- w każdym miesiącu powinni oni otrzymywać co najmniej wynagrodzenie minimalne. Odwołujący zauważa, że ustawodawca zobowiązuje Zamawiających do odrzucania ofert wykonawców, którzy nie respektują zasad wynagradzania za pracę ustalonych w przepisach powszechnie obowiązujących. Przepis nie ingeruje w podstawy zatrudniania osób przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nakazuje jedynie respektowanie poziomu wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej przy kalkulacji kosztorysów w ofertach. Oznacza to, że nawet przy zatrudnianiu osób na podstawie umowy cywilnoprawnej dla obliczenia ceny oferty przyjęte być muszą kwoty wynagrodzeń minimalnych. Stwierdzić należy, że Wykonawca zobowiązany był przynajmniej do wskazania podstawy, w ramach której odbywać się będzie realizacja zamówienia przez specjalistów. Sprecyzowanie, czy zatrudnienie odbywa się na podstawie umowy o pracę, czy umowy cywilnoprawnej, ma istotne znaczenie dla ustalenia, jakie kwoty składają się na wskazane w oświadczeniach specjalistów kwoty wynagrodzenia brutto (tj. czy obejmują one zaliczki na podatek dochodowy, składki na ubezpieczenia społeczne itd.) W sytuacji, gdy Wykonawca tego nie uczynił, nie jest możliwa ocena, czy kalkulacja kosztów robocizny została sporządzona prawidłowo. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29.04. 2016 r. (KIO 596/16) koszty pracy to ogół wydatków, jakie ponosi przedsiębiorca w związku z pozyskaniem, utrzymaniem, przekwalifikowaniem i doskonaleniem pracowników. Wchodzą w to również koszty z tytułu obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne. Koszty pracy składają się z dwóch części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zaliczamy

10

wszystkie składki oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. Z kolei druga grupa to koszty płacowe, w których skład wchodzi wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz ustalić, jakie faktycznie koszty pracy ponosi Wykonawca w związku z realizacją zamówienia. Wykonawca stwierdza, że wynagrodzenie ww. osób ujęte zostało ryczałtowo w wycenie załączonej do oferty, nie precyzując, na jakich zasadach przedmiotowy ryczałt miałby być wyliczony.

F/ Głosowne jest twierdzenie Wykonawcy, jakoby realizował zadanie projektowe na terenach zamkniętych obszaru oddziaływania SZI Warszawa (nie przedstawił bowiem na tę okoliczność żadnych dowodów), a nawet gdyby przyjąć, że rzeczywiście realizuje on ww. usługi na tym samym terenie, nie świadczy to jeszcze o prawidłowości skalkulowania ceny, już z tego względu, iż zakres i rodzaj zadań realizowanych na rzecz wspomnianego wyżej podmiotu gospodarczego mógł przecież zasadniczo różnić od przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, zwłaszcza że zadanie w postaci przygotowania dokumentacji projektowej sporządzane jest każdorazowo z uwzględnieniem specyfiki konkretnego budynku. W szczególności PROBUD nie przedłożył jakichkolwiek dokumentów, mogących odzwierciedlać postawione stwierdzenia, w szczególności potwierdzających związek pomiędzy wykonywaniem zadań na tym samym obszarze, a wysokością zaoferowanej ceny. Jak można przeczytać w wyroku KIO z dnia 10.01.2013 r., KIO 2797/12: *„Nie jest wystarczające powołanie się na ceny usług z innych postępowań przetargowych w związku z doświadczeniem wykonawcy w zakresie realizowanych dotychczas przedsięwzięć. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny odnosić się przede wszystkim do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, nie zaś opierać się wyłącznie na zdobytym doświadczeniu - które co do zasady odnosi się do podmiotowych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”*.

G/ Fakt posiadania przez ProBud doświadczenia w realizacji zadań projektowych zgodnie z wypracowanymi gotowymi rozwiązaniami technicznymi i według opracowanych algorytmów postępowań nie jest wystarczającą przesłanką, uzasadniającą zaoferowaną cenę, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej {zob. wyrok KIO z dnia 14.05.2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 960/13: *Dla uznania, że wyjaśnienia są wystarczające, konieczne jest wykazanie wpływu czynników wskazanych przez wykonawcę na zaoferowaną cenę - takimi czynnikami nie są okoliczności dostępne dla wszystkich wykonawców spełniających warunek udziału w postępowaniu, jak np. doświadczenie, funkcjonowanie w ramach grupy kapitałowej czy wypracowanie technologii i procedur*”). Niezależnie od powyższego, oceniając twierdzenia Wykonawcy w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia w zakresie realizacji podobnych usług, Odwołujący kwestionuje zdolność Wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia, w świetle wyjaśnień Zamawiającego, zawartych w piśmie z dnia 5 października 2016 r. (w

załączeniu). Zgodnie z treścią pisma, ProBud realizował już na rzecz Zamawiającego umowy dotyczące usług w zakresie przygotowania dokumentacji projektowej:

- a) opracowania programu inwestycji i dokumentacji projektowo-kosztorysowej (zadanie nr 01195 „Budowa nowego budynku hangaru” w K-6077 Warszawa Okęcie). Zadanie to zostało przez Wykonawcę zrealizowane bez zachowania należytej staranności- z uwagi na opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy oraz usuwaniu stwierdzonych wad dokumentacji naliczona została przez Zamawiającego kara umowna w łącznej wysokości 87.187,32 zł.
- b) opracowanie programu inwestycji oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania 01504 „Modernizacja oraz adaptacja budynku nr 59 na budynek wielofunkcyjny w kompleksie wojskowym przy ul. Marsa 80 w Warszawie”. Z uwagi na znaczne opóźnienie w opracowaniu zadania, nie gwarantujące zakończenia całości przedmiotu umowy w ustalonym terminie umownym (termin realizacji upłynął w dniu 6 sierpnia 2016 r.), Zamawiający złożył, w pismach datowanych na 19 sierpnia 2016 r. oświadczenia o odstąpieniu od w,w. umów.

W ocenie Odwołującego, powyższe potwierdza fakt, że ProBud nie jest w stanie wykonać również prac projektowych objętych niniejszym postępowaniem, ani w zadeklarowanym terminie, ani za cenę wskazaną w złożonej ofercie. Zdaniem Odwołującego kalkulacja ceny na poziomie przedstawionym przez ProBud nieuchronnie będzie prowadzić do nienależytego wykonania zamówienia, co nie leży ani w interesie Zamawiającego, ani w szeroko pojętym interesie publicznym.

W załączeniu Odwołujący przedstawia wspomnianą korespondencję z Zamawiającym.

Dowód: 1) pismo Zamawiającego- znak 8010/16, 2) protokół z dnia 14.08.2012 r. wraz z pismem w sprawie naliczenia kar umownych, 3) pismo 6849/16 oraz 6850/16 w sprawie odstąpienia od umowy z ProBud.

H/ Niewiarygodne pozostają również wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie kosztów dojazdów samochodami służbowymi. Nie można tracić z pola widzenia okoliczności, że siedziba Wykonawcy znajduje się w Szczecinie tj. w odległości ponad 560 km od siedziby Zamawiającego. Czas dojazdu ze Szczecina do Warszawy samochodem osobowym wynosi - z uwzględnieniem ruchu drogowego - około 6 godzin (dane według maps.google.com). Analogiczny czas przejazdu w przypadku podróży pociągiem - a w niektórych wypadkach wręcz krótszy - 5 godzin (dane według rozkład-pkp.pl). Deklarowany przez ProBud czas dojazdu w czasie 5 h jest niewiarygodny, a ponadto pozostaje w sprzeczności z podstawową normą czasu pracy, przewidzianą dla pracowników, wynoszącą 8 godzin dziennie. Tym samym, w przypadku dojazdów do siedziby Zamawiającego i z powrotem, realizowanych w trakcie tego samego dnia roboczego, niezbędna będzie konieczność wypłaty wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych, co nie zostało wskazane w kalkulacji kosztów. Alternatywnie ProBud musiałby zapewnić nocleg, co także zwiększałoby, a nie

zmniejszałoby, zaproponowaną cenę. Zauważyć należy dodatkowo, że samochód jest stosunkowo kosztownym środkiem transportu, dojazdy autobusem lub koleją są znacznie tańsze, twierdzenia Wykonawcy w tym zakresie nie mogą zatem zostać uznane za uzasadniające wyjątkowo niską cenę oferty. Okolicznością mogącą sprzyjać obniżeniu ceny byłaby niewielka odległość od siedziby Zamawiającego (np. na terenie miasta stołecznego Warszawy).

Zamawiający nie powinien był bezkrytycznie zaakceptować złożonych wyjaśnień, zwłaszcza tak ogólnych, iż można by je przypisać do każdego wezwania, a ponadto nie zawierających kalkulacji cenowej, której oczekiwał Zamawiający. Wywody ProBud były niewiarygodne, nie miały żadnego poparcia w dokumentach, a ich stopień ogólności nie pozwalał na jakąkolwiek weryfikację. Najistotniejsze jest jednak to, że ProBud nie wskazał, w jaki sposób powołane przez niego czynniki realnie wpływają na zaoferowaną cenę. ProBud podaje jedynie daną okoliczność bez szerszego odniesienia, czy uzasadnienia. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd mówiący o tym, że konieczne jest wykazanie realnego wpływu podanych czynników na cenę (*por. wyrok KIO z dnia 14.05.2013 r.. w sprawie o sygn. akt KIO 960/13*).

Ogólne uzasadnienie zaoferowanej przez ProBud ceny należy traktować na równi z brakiem złożenia wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ustawy. Zamawiający winien zatem odrzucić ofertę wspomnianego wyżej wykonawcy. Z ostrożności odwołujący podnosi, że w

razie uznania, że ProBud złożył jednak wyjaśnienia, należy je poczytywać jako niewystarczające. Stanowisko Odwołującego potwierdza wyrok KIO z dnia 20.05.2016 r. (KIO 675/16), zgodnie z którym wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, np. koszt osób wykonujących zamówienie, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Odwołującego taki właśnie charakter miały wyjaśnienia złożone przez firmę ProBud.

ProBud nie może przy tym składać kolejnych wyjaśnień i powoływać nowych dowodów na etapie postępowania odwoławczego przed KIO (**w** wyroku KIO z dnia 21.09.2009 r, w sprawie o sygn. akt KIO/UŻP 1126/09, znajduje się następująca konkluzja: „Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli w wyniku badania ofert zamawiający uzna, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w ogóle nie zostały złożone. W takim przypadku obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty na

13

podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust 3 Pzp, Późniejsze, ^{DO} upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej bądź na etapie postępowania przed Sądem Okręgowym (tak wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 04.06.2008 r., w sprawie o sygn. akt X Ga 127/08: Przedstawienie w skardze" wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności (braku rażąco niskiej ceny - doo. Odwołujący) w postaci zeznań świadków i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego przedłużenia I. Polska spółce z o.o. terminu udzielonemu do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłaby do naruszenia art. 90 ust. 3 p.z.p., z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez I. Polska spółkę z o.o. na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji").

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia. Pismo ProBud nie potwierdza zatem, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska (kalkulacja wskazuje na oferowanie usługi za cenę poniżej kosztów jej wytworzenia).

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Definicji brak również w dyrektywach: klasycznej i sektorowej. W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Powyższe rozumowanie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 06.09.2002 r., w sprawie o sygn. akt V Ca 1020/02). W orzecnictwie Zespołu Arbitrów oraz orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej obowiązuje założenie, iż rozbieżności między ceną badaną, a wartością szacunkową zamówienia, powiększoną o VAT na poziomie od 40 % do 20 %, mogą uzasadniać zakwalifikowanie ceny jako rażąco niskiej (por. np. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19.06.2007 r., w sprawie o sygn. akt: UZP/0-696/07). Zaoferowana przez ProBud cena była o 49,32 % niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także o około 46,83 % niższa od ceny drugiego wykonawcy - Odwołującego. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1.10.2013 r. (KIO 2250/13) obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy

14

materializuje się nie tylko w sytuacji, gdy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, ale i wówczas, gdy wykonawca nie potrafił wykazać, iż zaoferowana cena nie pozostaje rażąco niską. W kontekście ceny zaproponowanej przez ProBud, a także orzecznictwa KIO skonstatować wypada, że jest to cena rażąco niska, z powodu której Zamawiający winien odrzucić ofertę w/w wykonawcy. Poniżej uzasadnienie również potwierdza, że cena ProBud jest rażąco niska.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy

Odwołujący podniósł, niezależnie od powyżej wskazanej argumentacji, że oferta wykonawcy ProBud stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, dlatego, że jest sprzeczna z dobrymi obyczajami (art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Po drugie dlatego, że zaoferowana cena powoduje, że zamówienie zostałoby wykonane poniżej kosztów własnych (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

A/ Przygotowana przez ProBud wycena została sporządzona w sposób nienależyty i niestaranny, bez zachowania standardów wynikających ze Środowiskowych Zasad Wycen Prac Projektowych. Oferowanie i przyjęcie wykonania prac projektowych w sposób niezgodny z w/w zasadami, nosi ryzyko nienależytego wykonania dokumentacji, a zarazem stanowi naruszenie zasad etyki zawodowej przez projektantów. Zdaniem odwołującego skutkiem takiego postępowania jest deprecjacja zawodu projektanta. W środowisku zawodowym obowiązuje rzetelność, lojalność wobec kolegów i środowiska projektantów, w tym w szczególności stosowanie Zasad Etyki Zawodowej oraz przestrzeganie norm obyczajowych, które nie wynikają z powszechnie obowiązujących przepisów. Brak reakcji na takie postępowanie mogłoby doprowadzić do zaistnienia w powszechnej świadomości potencjalnych Zamawiających przy przetargach, że nie muszą oni rezerwować na te opracowania projektowe kwoty określającej ich faktyczną wartość i nakład pracy, gdy z pewnością zostaną złożone oferty ze znacznie niższymi stawkami. Nie wyciągnięcie konsekwencji w rzeczywistości przyzwoleniem na takie postępowanie, co podważałoby zasadność przyjętych przez samorząd zawodowy zasad i ram funkcjonowania członków w tym samorządzie. Świadome obniżanie nakładu pracy za opracowania projektowe stawia firmy projektowe startujące w przetargach i stosujące rzetelne zasady wyceny przyjęte przez korporacje (Izbę Architektów i Inżynierów Budownictwa) w trudnej sytuacji, podważając równocześnie zasadę wzajemnego funkcjonowania członków w samorządzie zawodowym. W sposób nieuprawniony powoduje uprzywilejowanie firm niestosujących zasad deontologicznych kosztem firm rzetelnych, które dostosowują się do obowiązujących norm obyczajowych.

B/ Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że nie jest możliwe zaoferowanie wykonania usług, których żąda Zamawiający za cenę podaną przez tego wykonawcę, która

15

to cena będzie co najmniej równa lub wyższa kosztom wytworzenia tej usługi. Dla stwierdzenia tej okoliczności, Odwołujący wskazuje, jak poniżej.

Załączona do wyjaśnień Wykonawcy kalkulacja szczegółowa oparta na wycenie roboczogodzin obrazuje fakt, że w deklarowanym wymiarze roboczogodzin nie ma fizycznej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Podstawą obliczania czasu i kosztów prac projektowych jest Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Wycena usług projektowych zwyczajowo następuje na podstawie Środowiskowych Zasad Wycen Prac Projektowych, które pozwalają na określenie obiektywnego poziomu cen za prace projektowe, ale również na ustalenie prawidłowego zakresu dokumentacji projektowej we wszystkich stadiach i branżach. Metoda ta polega na obliczeniu jednostek nakładu pracy tzw. j.n.p." j przemnożeniu jej przez stawkę, określaną corocznie przez Zarząd Rady Koordynacyjnej Biur Projektów w zależności od wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, określanego w komunikacie Prezesa GUS i publikowanego w „Monitorze Polskim”. Zarząd Rady Koordynacyjnej Biur Projektów na posiedzeniu w dniu 16 listopada 2015 r. ustalił wysokość stawki za umowną jednostkę nakładu pracy (j.n.p.), przy wycenach dokonywanych w roku 2016 na podstawie Środowiskowych Zasad Wyceny Prac Projektowych, na S = 19,80 zł.

W oparciu o środowiskowe Zasady Wyceny ustalić należy, iż liczba jednostek nakładu pracy,

wymagana dla sporządzenia dokumentacji projektowej dla branż: architektoniczno-budowlanej, technologiczno- sanitarniej, elektrycznej i teletechnicznej wynosić powinna 71.042. Wykonawca przyjął natomiast łączną liczbę jednostek godzinowych wynoszącą 10.050,9, podczas gdy pojęcie jednostek godzinowych nie może być utożsamiane z pojęciem jednostek nakładu pracy. Dla porównania, w załączeniu Odwołujący przedstawił zbiorcze zestawienie jednostek nakładu pracy wraz z kalkulacją szczegółową. Wskazane w oświadczeniach specjalistów kwoty wynagrodzeń, w łącznej wysokości 355.500,00 zł, niemal w całości wyczerpują zadeklarowaną przez ProBud kwotę przeznaczoną na robociznę w wysokości 415.260,30 zł (kolumna R-53%, zawarta w Szczegółowej wycenie dokumentacji projektowej, załączonej do wyjaśnień z dnia 25.07.2016 r.). W konsekwencji, mając również na uwadze fakt niedoszacowania liczby roboczogodzin, brak jest możliwości zaangażowania dodatkowych osób. W załączeniu Odwołujący przedstawił w formie tabel analizy kosztów sporządzenia przez ProBud dokumentacji projektowej objętej umową: a) zestawienie zadeklarowanych roboczogodzin w rozbiciu na branże. Wskazane w oświadczeniach projektantów kwoty wynagrodzeń stanowią podstawę wyliczenia procentowego udziału godzin, niezbędnych dla

16

wykonania prac projektowych z danej branży, b) podział godzin ze względu na terminy wykonania w poszczególnych branżach (z uwzględnieniem deklaracji Wykonawcy, zgodnie z którą przedmiot umowy zostanie wykonany w ciągu 150 dni kalendarzowych, w tym 90 dni na projekt budowlany), zestawienie liczby godzin na dobę, które powinny zostać przeznaczone na wykonanie projektu w trakcie prac trwających 60 dni oraz 90 dni. W celu dotrzymania terminu, wynoszącego 60 dni dobowy czas niezbędny na wykonanie zakresu prac projektowych w branżach odpowiednio: sanitarniej, elektrycznej oraz konstrukcyjno-budowlanej powinien wynosić 28,25, 35,02 oraz 29,42 godzin na dobę, co jest fizycznie niemożliwe i nie dające się pogodzić z zasadami logicznego rozumowania.

ProBud dokonał wyboru najkrótszego wariantu terminu wykonania prac, co powinno przekładać się na konieczność zaangażowania większych zasobów ludzkich i sprzętowych, co jednak nie miało miejsca. Tymczasem ProBud nie tylko nie zwiększył swojej ceny, co wręcz dodatkowo ją obniżył.

Dodatkowo, w załączeniu Odwołujący przedstawił porównanie wyceny wartościowej wg Pro-Bud w porównaniu do wyceny metodą podstawową wg. ŚZWPP, obrazujące rozbieżność cen, za które realnie możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia oraz cen zaoferowanych przez ProBud. Metoda podstawowa opiera się na wyliczeniu zgodnie z cennikiem JNP oraz wysokości stawki za 1 JNP na podstawie komunikatu Prezesa GUS.

Dowód: 1) tabela 1- zestawienie zadeklarowanych roboczogodzin w rozbiciu na branże, 2) tabela 2- podział godzin ze względu na terminy wykonania w poszczególnych branżach, 3) tabela 3 - zestawienie liczby godzin na dobę, które powinny zostać przeznaczone na wykonanie projektu w trakcie prac trwających 60 dni oraz 90 dni, 4) porównanie wyceny wartościowej wg Pro-Bud w porównaniu do wyceny metodą podstawową wg. ŚZWPP.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30.05. 2016 r.(KIO 817/16): „*Nie jest prawdą, iż wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia, składając ofertę ma pełną swobodę w kreowaniu cen, w szczególności ma możliwość oferowania cen towarów i usług poniżej cen ich zakupu, gdyż sytuacja taka może prowadzić do zarzutu oferowania cen dumpingowych, w konsekwencji do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji.*

Zarzut naruszenia art. 91 ustawy

Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez niego szczegółowo określonych (por. wyrok KIO z dnia 29.08.2011 r., KIO 1771/11). Jeśli Zamawiający dokonuje wyboru oferty korzystniejszej, nie mając pewności, że wybrana oferta nie podlega odrzuceniu, narusza zasadę równego

17

traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji (tak np. KIO w wyroku z dnia 18.04.2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 733/11). W przedmiotowym postępowaniu,

Zamawiający dokonał wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu, z uwagi na spełnienie się przesłanki, przewidzianej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Bez znaczenia przy tym jest to, czy brak odrzucenia oferty ProBud, względnie wykluczenia tegoż wykonawcy był efektem niedopatrzenia czy brakiem pewności Zamawiającego, bo w każdej z tych sytuacji, Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art 7. ustawy

W konsekwencji powyższego, Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się zwłaszcza poprzez brak odrzucenia oferty ProBud. Prawo nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany, a Zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim oferentom bez jakichkolwiek preferencji. Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 października 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

18

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego tj. wykonawcę T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ProBud Firma Produkcyjno – Budowlana T. G. z siedzibą w Szczecinie. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 10 października 2016 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 12 października 2016 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszone przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego:
(dowód nr 1) – pismo z 18 października 2016 roku od M. C. prowadzącego Biuro projektowe San-Klim

Izba dopuściła dowody złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego:
(dowód nr 2) – umowa nr 16/003/2015/01450/NA,
(dowód nr 3) – umowa nr 453/003/2015/01419,
(dowód nr 4) – umowa nr 41/003/2016/01529/NA,
(dowód nr 5) – umowa nr 74/004/2016/01572/PI,

19

(dowód nr 6) – umowa z dnia 4 października 2016 roku (brak numeru),
(dowód nr 7) – protokół obioru projektu wykonawczego z 26 października 2010
(dowód nr 8) – pismo z dnia 13 stycznia 2016 roku zawierające oświadczenie o należyтым wykonaniu zamówienia przez firmę ProBud,
(dowód nr 9) - protokół odbioru końcowego z 23 sierpnia 2016 roku,
(dowód nr 10) – pismo z dnia 23 sierpnia 2016 roku oraz 2 pisma z 25 sierpnia 2016 roku, pismo z 5 października 2016 roku.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości.

Uczestnik postępowania wniósł sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania w całości.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W art. 90 ustawy czytamy:

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

20

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);

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.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy stanowi – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w ustępie 3 tego przepisu – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 7 ust. 3 ustawy – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 natomiast w art. 89 ust. 1 pkt 3 czytamy: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.) w art. 3 ust. 1 - Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 – Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

21

II.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Ponadto, co rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

III.

Zamawiający wezwał wykonawcę T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ProBud Firma Produkcyjno – Budowlana T. G. z siedzibą w Szczecinie (dalej: ProBud) do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny oferty pismem z dnia 20 lipca 2016 roku. Zaznaczyć należy, że wezwanie to było bardzo precyzyjne. Izba wskazuje, że Zamawiający podał, że cena oferty ProBud była niższa o 40.74% od średniej wartości złożonych ofert oraz w odniesieniu do wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego

22

z należytą starannością tj. 1 256 650 zł netto jest niższa o 49,31%. Zamawiający zwrócił się o udzielnie wyczerpujących wyjaśnień, w tym Zamawiający zwrócił się o przedstawienie szczegółowej wyceny elementów, które wykonawca planuje wykorzystać do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał między innymi, że będzie brał pod uwagę koszty pracy, które nie mogą być mniejsze od minimalnych.

Wykonawca ProBud pismem z dnia 25 lipca 2016 roku złożył wyjaśnienia wraz z załączoną tabelą „Szczegółowa wycena dokumentacji projektowej”.

Wartość oferty ProBud to (637 000,00 zł netto) 783 510,00 zł brutto oraz 150 dni termin realizacji. Wartość oferty Odwołującego to 1 473 540, 00 zł brutto oraz 180 dni termin realizacji. Zamawiający podał kwotę jaką przeznaczył na realizację zamówienia: 1 545 700,00 zł brutto.

W tym miejscu należy wskazać, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podkreśla, że Izba ocenia na tym etapie ocenia czy wyjaśnienia wykonawcy złożone na wezwanie Zamawiającego były wystarczające i czy ocena tych wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa. Wskazać należy w tym miejscu, że w wyroku Sądu

23

Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14) podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. Zgodnie z art. 90 ust. 2, to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Tym samym, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w postępowaniu o udzielnie zamówienia na wezwanie wykonawcy

powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, a co najważniejsze powinny odnosić się do wszystkich elementów cenotwórczych, które zostały uwzględnione przez wykonawcę.

Wyjaśnienia jakie poczynił Odwołujący w złożonych na wezwanie Zamawiającego pismach nie zawierają wszystkich elementów cenotwórczych oferty. Zaznaczyć bowiem należy, że zgodnie ze złożonymi oświadczeniami załączonymi do wyjaśnień koszt robocizny projektantów wynosi 389.184,30 zł i stanowi on kwotę wskazaną w załączniku nr 7 do wyjaśnień „Szczegółowa wycena dokumentacji projektowej” pomniejszoną o koszt nadzorów autorskich tj. 26 076,00 zł, co w sumie stanowiło kwotę 415 260,30 zł, która była również wskazana w treści złożonych wyjaśnień (str.4) jako robocizna. Odwołujący wskazał również, że w ww. kwocie (389.184,30 zł) uwzględnione zostały koszty trzech wymienionych w treści wyjaśnień osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia i wynoszą one 33.684,30 zł (pozycja inne z tabeli nr 1 złożonej wraz z odwołaniem).

Odwołujący w przedstawionej wraz z odwołaniem tabeli (tabela nr1) wskazał – uwzględniając zaoferowany przez ProBud termin realizacji zamówienia 150 dni w rozłożeniu na 90 dni przeznaczono na projekt budowlany i 60 dni przeznaczono na projekt wykonawczy – sumę godzin pracy projektantów niezbędną dla realizacji tego zamówienia, która wynosi 10.010,90 godzin pracy, co jest zgodne z tabelą przedstawioną przez ProBud (załącznikiem nr 7) do wyjaśnień w kolumnie JNP (H) z wyłączeniem nadzorów autorskich; odpowiednio na potrzeby projektu wykonawczego 6 205,30 godzin a na potrzeby projektu budowlanego 3 805,60 godzin. Z przedstawionych przez Odwołującego wyliczeń opartych na informacjach pochodzących z załączonej przez ProBud do wyjaśnień tabeli wynika, że uwzględniając podział godzin dla każdej z branż projektowych z uwzględnieniem zaoferowanego terminu realizacji przez ProBud w przełożeniu na czas pracy powoduje, że projektanci dla czterech branż z musieliby pracować na dobę w ilości godzin przekraczających ilość godzin w dobie

24

(przekraczają 24 godziny), i tak przy wykonaniu projektu wykonawczego w czasie 60 dni projektant w branży architektonicznej musiałby pracować uwzględniając tylko dni robocze 30,95 / godziny na dobę a dni roboczych i świąt 21,67 godziny / na dobę; w branży sanitarnej musiałby pracować uwzględniając tylko dni robocze 28,25 / godziny na dobę, a dni roboczych i świąt 19,78 godziny / na dobę; w branży elektrycznej musiałby pracować uwzględniając tylko dni robocze 35,02 / godziny na dobę a dni roboczych i świąt 24,51 godziny / na dobę; oraz w branży konstrukcyjno – budowlanej musiałby pracować uwzględniając tylko dni robocze 29,42 / godziny na dobę a dni roboczych i świąt 20,59 godziny / na dobę. Podkreślenia wymaga, że suma godzin dla projektantów zgodna jest z określonymi przez ProBud ilościami w załączniku nr 7 do wyjaśnień.

Na rozprawie pełnomocnik uczestnika postępowania odwoławczego wskazał, że zgodnie z oświadczeniami poszczególnych projektantów branżystów załączonymi do wyjaśnień koszt ich wynagrodzeń to 355.500 zł brutto. Zgodnie z załącznikiem nr 7 do złożonych wyjaśnień koszty pracy to 415.260,30 zł, przy czym Izba zaznacza, że ta kwota obejmuje również koszt pełnienia nadzorów autorskich. Z uwagi na ilość godzin pracy poszczególnych czterech projektantów pełnomocnik uczestnika postępowania odwoławczego oświadczył, że projektanci będą posiadać asystentów projektów branżowych oraz oświadczył, że w przedstawionych przez Odwołującego tabelach *nie zostały tam uwzględnione koszty asystentów projektantów branżowych, po za tym do czego odniósł się, Przystępujący w pozycji Inne*. Podkreślić należy w tym miejscu, że Odwołujący w pozycji Inne uwzględnił koszty zatrudnienia osób, które zostały wymienione w wyjaśnieniach przez ProBud, natomiast w pozycji Inne tabeli nr 1 Odwołujący uwzględnił koszty zatrudnienia tych osób. Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił również, że koszty asystentów projektantów zostaną przez niego pokryte w następujący sposób przez odjęcie od 415.260,30 tj. kosztów robocizny kwoty 355.500,00 tj. kosztów projektantów branżowych oraz kwoty 52.000.00, która stanowiła wynagrodzenie projektanta w branży konstrukcyjno – budowlanej Pana T. G. (przedsiębiorcy) co daje w efekcie kwotę 111.760,30 zł i w tej kwocie mieszczą się koszty asystentów projektantów. ProBud zaznaczył jednocześnie, że koszty uwzględnienia asystentów projektantów w cenie oferty są niezbędne z uwagi na to, że przy pomocy tych osób projektanci branżowi będą w stanie zrealizować zamówienie i nie będą zobligowani do pracy w ilości godzin jakie wskazał Odwołujący w swoich wyliczeniach, bowiem będą te zadania wykonywać projektanci i asystenci projektantów. W ocenie Izby wynikają z tego dwie bardzo istotne dla rozpoznania sprawy informacje, po pierwsze to, że ProBud w sposób

jednoznaczny przyznał, że wyliczenia w zakresie godzin pracy jakich dokonał Odwołujący w załączonych do odwołania tabelach są prawidłowe, a co najmniej ProBud się z nimi zgadza; po drugie, rzeczą bardzo istotną jest, że ProBud na rozprawie zmienił treść złożonych Zamawiającemu wyjaśnień w sprawie elementów ceny, bowiem wprowadził

25

dotychczas nieistniejące elementy tej wyceny w postaci kosztów związanych z asystentami projektantów. Dodatkowo Izba wskazuje, że argumentacja w zakresie uzyskania odpowiednich środków finansowych na pokrycie kosztów asystentów projektanta również jest niespójna, bowiem zaznaczyć należy, że z wyjaśnień nie wynika gdzie umiejscowił ProBud koszty zatrudnienia trzech osób wskazanych w wyjaśnieniach, zaszczyć należy również, że nie wynika z wyjaśnień jaki zwrot wynagrodzenia z tytułu zatrudnienia osoby niepełnosprawnej otrzymuje ProBud. Potwierdzenia zrealizowania danego przelewu nie wskazują z jakiego tytułu środki zostały przebrane, natomiast podanie numeru referencyjnego programu pomocowego niczego nie wyjaśnia. Podkreślenia wymaga również, że sam ProBud w trakcie rozprawy wskazał, że asystenci projektanta *to są inne osoby niż te, o których była mowa w treści wyjaśnień i innymi niż mówił o nich Odwołujący*, jednocześnie zaznaczając *trzy osoby które są wskazane w wyjaśnieniach też będą pełnić obowiązki asystenta projektanta*. W trakcie rozprawy ProBud wyjaśnił również, że asystent projektanta architekta, asystent projektanta branży instalacji sanitarnej, asystent projektanta branży instalacji elektrycznej, jak również asystent projektanta branży konstrukcyjno- budowlanej musi mieć wykształcenie wyższe co najmniej inżynierskie. Niespójność jak również niezgodność z treścią wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, a więc kolejny nieznany do rozprawy Zamawiającemu elementów wyjaśnień dotyczył kwoty 52.000.00, która stanowiła wynagrodzenie projektanta w branży konstrukcyjno – budowlanej Pana T. G. (przedsiębiorcy), którą ProBud w trakcie rozprawy przeznaczył na wynagrodzenia dla asystentów projektantów. Słusznie w ocenie Izby zauważył Odwołujący, że w wyjaśnieniach wynagrodzenia Pana T. G. traktowane jest jako koszty, który został uwzględniony w kalkulacji elementów ceny oferty a następnie, w ocenie Izby na potrzeby argumentacji przedstawionej na rozprawie, stara się wykazać kwotę tą jako zysk, który ma służyć pokryciu kosztów pracy asystentów projektantów.

Pozostała treść złożonych wyjaśnień jest ogólna i „blankietowa” w zasadzie nie wskazująca na żadne konkretne koszty wpływające na realizację zamówienia, bowiem samo odniesienie się do posiadania samochodów służbowych i związany z tym dojazd do Warszawy ze Szczecina nie odnoszą się do żadnej kalkulacji kosztów. Jak również niższe koszty pracownicze z uwagi na zawarcie umów o zwrot kosztów wyposażenia stanowisk pracy osób niepełnosprawnych, które zostały wskazane, jednakże w ocenie Izby nie jest jednoznaczne co też ProBud chciał wykazać za ich pomocą, bo jak słusznie zauważył Odwołujący koszty jakie zostały wykazane przez ProBud odnośnie wyposażenia są dużo niższe niż koszt refundacji stanowisk pracy. Jednocześnie nie podał w wyjaśnieniach Odwołujący o ile uwzględnił pomniejszenie kosztów pracowniczych z uwagi na refundację kosztów zatrudnienia osób niepełnosprawnych wskazanych w wyjaśnieniach, które w rzeczywistości powinno przekładać się na konkretną kwotę, tymczasem brak jest takiej informacji

26

z jedynym odniesieniem, że zostało to uwzględnione w globalnej kwocie kosztów pośrednich. Izba podkreśla, że zadaniem Izby rozpoznając sprawę jest ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz dokonania czynności będących efektem ww. czynności. Jednocześnie należy mieć na względzie, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym samym w trakcie postępowania odwoławczego strona / uczestnik postępowania odwoławczego w tym wypadku nie dość, że jest uprawniony do dowodzenia swoich twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach to ustawodawca nałożył na niego ciężar dowiedzenia, że oferta, którą wykonawca złożył w danym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny. W rozpoznawanej sprawie uczestnik postępowania odwoławczego potwierdził to, że nie złożył wyjaśnień zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, potwierdził, że w złożonych wyjaśnieniach nie ujął, nie pokazał Zamawiającemu wszystkich elementów składowych zaoferowanej ceny, co w sposób niebudzący wątpliwości wykazał w czasie rozprawy sam oświadczając, że nie wskazał w

wyjaśnieniach kosztów dla asystentów projektanta. W obliczu powyższego Izba uznała, że doszło do naruszenia przepisów ustawy art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 i na tej właśnie podstawie prawnej nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty ProBud. W zakresie złożonych przez Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego dowodów Izba wskazuje, że dowody te potwierdzają informacje w nich przedstawione, trudno natomiast odnosić je bezpośrednio do rozpoznawanej sprawy, bowiem dotyczą one zupełnie innych zobowiązań wykonawcy ProBud. Dla oceny poprawności działania Zamawiającego odnośnie oceny elementów ceny oferty w postępowaniu złożone dowody w ocenie Izby nie kształtują informacji jakie mają wpływ na elementy cenotwórcze oferty, które wynikają z charakteru tego zamówienia. Dlatego też Izba w zakresie oceny zarzutów w postępowaniu nie przypisała im mocy dowodowej.

IV.

Odwołujący wskazał również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Izba wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że *Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy* (wyrok Sądu

27

Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26).

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący powołał się na art. 3 ust. 1 ustawy oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.). Jednakże Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby celowe działania uczestnika postępowania odwoławczego ProBud w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie. Odwołujący wskazywał na uchybienia w wycenie oferty ProBud, które niewątpliwie przełożyły się na wykazanie naruszenia przepisów ustawy art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, gdzie dowiódł Odwołujący, że nie wykazał ProBud kalkulacji wszystkich kosztów w zaoferowanej cenie za realizację zamówienia, niemniej nie wykazał Odwołujący, że taka właśnie prezentacja elementów ceny oferty miała prowadzić do uniemożliwienia uzyskania zamówienia innym wykonawcom. Odwołujący nie wykazał, że działania uczestnika postępowania odwoławczego miały na celu eliminację Odwołującego.

V.

W zakresie podnoszonego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy (który został wskazany w uzasadnieniu), Izba wskazuje, że przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek wykonania wyboru oferty w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

VI.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

Odwołujący wykazał, że Zamawiający nie dokonał oceny wyjaśnień Zamawiającego w sposób prawidłowy, czego efektem było samo oświadczenie wykonawcy na rozprawie, że nie wskazał w wyjaśnieniach asystentów projektantów, jak również wykazał Odwołujący, że

28

pozostała część wyjaśnień jest nieprecyzyjna, ogólnikowa w znacznym stopniu nie wskazująca na elementy ceny oferty.

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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 ze zmianami).

Przewodniczący:

29