

Sygn. akt: 1574/17

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki Protokolant: Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 18 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **APA ARCHES Sp. z o.o. Sp. k., ul. Jawornicka 8/lok. 229, 60-161 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Poznań Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Chwiałkowskiego 34, 61-553 Poznań**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **APA ARCHES Sp. z o.o. Sp. k. siedzibą w Poznaniu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **APA ARCHES Sp. z o.o. Sp. k. siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **APA ARCHES Sp. z o.o. Sp. k. siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego **Miasto Poznań Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji Samorządowy Zakład Budżetowy w Poznaniu** kwotę **881 zł 40 gr** (słownie: osiemset osiemdziesiąt jeden złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów noclegu (500 zł) oraz przejazdu (381,40 zł) pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: 1574/17

Uzasadnienie

Zamawiający: **Miasto Poznań Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji Samorządowy Zakład Budżetowy w Poznaniu** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. na opracowanie pełnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej w ramach zadania „Modernizacja pływalni letniej wraz z zagospodarowaniem terenu kompleksu Chwiałka”, przy ul. Chwiałkowskiego 34 w Poznaniu, działki nr 3/2, 4/17, 4/20, 4/19, 4/13, 14/3, 17/1, 12/1, 12/3 ark. nr 09, obręb 061 Wilda. Ogłoszenie o zamówieniu: Nr 545599-N-2017 z dnia 2017-07-06 r.

Odwołujący: **APA ARCHES spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa w Poznaniu** wniósł odwołanie w postępowaniu od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, tj.:

- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Pracownia Projektowa PION A. K.” z siedzibą w Łodzi;
- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - „Pracownia Projektowa PION A. K.”, która to zawiera rażąco niską cenę;
- zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego. Powyższym czynnością i zaniechaniom zamawiającego zarzuca naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę jw. podlegającej odrzuceniu, bowiem zawiera ona rażąco niską cenę;

2) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego, która jest jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, spełniającą wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz nieprzekraczającej kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

3) Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez podejmowanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez uznanie, że wyjaśnienia wykonawcy „Pracowni Projektowej PION A. K.” potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym wnosi o:

- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Pracownię Projektową PION A. K., która zawiera rażąco niską cenę;

-nakazanie zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podnosi, że wskazane w odwołaniu czynności zamawiającego doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, która winna zostać „wyeliminowana” z postępowania.

Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej przesyłając informację w dniu 26 lipca 2017 roku (pismo to zostało przesłane w formie elektronicznej - email). Odwołujący wiadomość odczytał w dniu, tj. 27.07.2017 r. Termin do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został zatem przez Odwołującego dochowany.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj.:

- oferta A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Pracownia Projektowa PION A. K.” z siedzibą w Łodzi,

- oferta APA ARCHES spółka z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Poznaniu.

Według informacji zamieszczonej przez zamawiającego na stronie internetowej oferta A. K. jest ofertą najkorzystniejszą.

W trakcie badania i oceny ofert zamawiający wezwał ww. wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na okoliczność, iż cena oferty tego wykonawcy spełniała przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Cena całkowita oferty Pracownia Projektowa PION A. K. jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jak również średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Podkreślić tu należy iż cena całkowita oferty Pracowni Projektowej PION A. K. wynosi jedynie 33,17% prawidłowo oszacowanej przez Zamawiającego kwoty zamówienia.

Wykonawca - Pracownia Projektowa PION A. K. pismem z dnia 24 lipca 2017 r. udzielił wyjaśnień co do kalkulacji ceny złożonej przez siebie oferty.

Dowód:4. Wyjaśnienia z dnia 24.07.2017 r. - w aktach przetargowych zamawiającego.

Analiza ww. wyjaśnień wskazuje, że wykonawca ten uchylił się od przedstawienia jakichkolwiek informacji dotyczących ceny swojej oferty. Wyjaśnienia te nie wskazują żadnego elementu cenotwórczego. Brak jest wskazania jakie koszty zostały ujęte, ile osób wykonawca przeznaczył do realizacji tego zamówienia, ich zaangażowania oraz informacji o sposobie zatrudnienia, czy też poziomie zakładanego wynagrodzenia tych osób. Wykonawca nie wskazuje jakichkolwiek innych kosztów, które są niezbędne do wykonania

przedmiotowego zamówienia (m.in. dokumentacja geotechniczna, ekspertyzy techniczne itp.). Wreszcie nie powołano jakichkolwiek dowodów w celu wykazania, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z wyrokiem Izby KIO 2374/16 brak wyjaśnień rażąco niskiej ceny skutkuje odrzuceniem oferty. Oświadczenie wykonawcy, że zaoferowana przez niego cena jest ceną ryczałtową i uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia - nie stanowi żadnych wyjaśnień. Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności: w przypadku wyjaśnień odnośnie ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny - przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie - załączenie dowodów. Samo oświadczenie wykonawcy, że cenę obliczono prawidłowo, nie można uznać za tożsame ze złożeniem wyjaśnień.

Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych wycen, kalkulacji, cech i uwarunkowań... etc., dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do: przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie - co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty - a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny. (KIO 2115/16; KIO 2116/16. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, 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 wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. 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. 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie dostarczył wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby uzasadnić zastosowaną przez niego cenę odbiegającą od innych ofert w postępowaniu, uzasadniona jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu odwołującego z postępowania, (zob. Wyrok KIO 1479/15).

W tym miejscu należy wskazać, że przedstawianie dowodów pominiętych przez wykonawcę na etapie postępowania w sprawie wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny jest niedopuszczalne i w świetle orzecznictwa Izby dowody takie należy uznać za spóźnione, z uwagi na art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który nakłada na wykonawcę obowiązek udowodnienia, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia - w postępowaniu przed zamawiającym (wyrok KIO 1905/16). Dlatego też Odwołujący nie może teraz - na etapie postępowania przed Izbą - przedstawiać dowodów, których nie załączył do wyjaśnień albo dowodów zmieniających te, które nie potwierdziły kalkulacji wskazanej w wyjaśnieniach. Na tym etapie Izba ocenia pod kątem przepisów prawa poprawność działań Zamawiającego i powinna brać pod uwagę stan faktyczny sprawy, z którym miał okazję zapoznać się (ustalić) Zamawiający, szczególnie w przypadku wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, kiedy to cała inicjatywa dowodowa spoczywa na wzywanym wykonawcy. Jak wskazała Izba w wyroku KIO 547/15 postępowanie przed Izbą nie zastępuje zatem działania zamawiającego, a tym samym proces dowodowy, jakkolwiek przewidziany w ustawie ograniczony jest do funkcji postępowania odwoławczego, a zatem zbadania objętej zarzutami aktywności zamawiającego. Nie może więc być tak, że dopiero w toku postępowania odwoławczego ujawniają się okoliczności, które od początku były poza zakresem czynności zamawiającego i jego oceny i które mogły i powinny być zbadane przez zamawiającego.

Dodatkowo należy podkreślić, że treść wezwania do udzielenia wyjaśnień nie musi zawierać precyzyjnych i konkretnych pytań co do zakresu kalkulacji ceny oferty. Przede wszystkim taki obowiązek nie wynika z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również z przyczyn obiektywnych jest w istocie niemożliwy do zrealizowania. To wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę zawierającą określoną cenę, a więc tylko wykonawca jest w stanie precyzyjnie określić jakie czynniki, koszty i inne elementy stanowiły podstawę wyceny oferty. Tezę tą potwierdza wyrok KIO 1153/16, gdzie wskazano, że „treść wezwania w

trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. nie musi być szczegółowa. Zamawiający, zwłaszcza przy cenie ryczałtowej oferty, nie ma obowiązku ani nawet możliwości zadania szczegółowych pytań odnośnie sposobu kalkulacji ceny”.

Ponadto należy zaznaczyć, że Zamawiający nie ma - w świetle omawianych przepisów- obowiązku wzywać wykonawcy do skutku tj. aż przedstawi on wszelkie wyjaśnienia i dowody uzasadniające brak podstaw do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy a zamawiający nie musi wielokrotnie wzywać do wyjaśnień wykonawcy, który od początku składa wyjaśnienia ogólnikowe, wymijające i nieprzekonywujące - powinien on wysłuchać wykonawcy, który składa wyjaśnienia sumiennie, (zob. KIO 725/14; 785/14).

Generalnie bowiem należy podkreślić, że w orzecznictwie KIO oraz Sądów Okręgowych w nawiązaniu do zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ukształtował się pogląd, iż wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę ma charakter jednokrotny (por. wyrok SO w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r., X Ga 127/08, Wyrok SO Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r., 1299/09), a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu. Kierowanie ponownego wezwania w takiej sytuacji nie tylko godziłoby w prawa innych wykonawców, ale również prowadziłoby do przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niejasne lub miało charakter ogólny, skutkiem czego wyjaśnienia wykonawcy nie są dostateczne, zamawiający może zadać dodatkowe pytanie. W podobnym tonie wypowiedział się także SO w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10).

Dopuszczalne jest zatem wyłącznie dodatkowe badanie poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie uzupełnianie wyjaśnień (zob. KIO 572/14). Nie udzielenie wyjaśnień według wezwania zamawiającego powinno powodować odrzucenie oferty a nie dalsze wzywanie do wyjaśnień, (KIO 1508/14). Odwołujący podkreśla, że analiza ceny oferty ww. wykonawcy prowadzi do podstawowego wniosku, iż w wycenie prac projektowych wykonawca PION A. K. nie

uwzględnił całego zakresu przedmiotu zamówienia. Wykonawca pominął i nie zostały uwzględnione, m.in.:

-ekspertyz technicznych oraz pełnego zakresu opracowań geotechnicznych wymaganych ze względu na złożone warunki gruntowe występujące w tej części Poznania,

-zakres prac projektowych dotyczących projektu rozbiórki starej siedziby POSiR związanych z lokalizacją rozbieranego budynku w bezpośrednim sąsiedztwie nowej siedziby POSiR i innych budynków kubaturowych na terenie pływalni Chwiałka,

-nie doszacowane/ nie wycenione projekty obiektów zagospodarowania terenu, w tym między innymi obiekty potrzebujące specjalistycznej wiedzy w zakresie projektowania torów rowerowych typu PumpTrack.

Nie zostały wycenione prace związane z pozostałymi pracami projektowymi około projektowymi takimi jak między innymi

-szczegółowy projekt rozbiórki starej siedziby budynku POSiR, budynków magazynowych,

-projekty parkingów, dróg, placu i chodników parkingu z systemem bezobsługowym, oświetlenia terenu, siłowni zewnętrznej, placu zabaw, projektu terenów zielonych i rekreacyjnych, toru pumptrack,

-zabudowy wolnej przestrzeni pod trybunami,

-oceny stanu technicznego oraz ekspertyzy dla potrzeb modernizacji niecek basenowych ewentualnego projektu wzmocnienia posadowienia basenów ze względu na złożony sposób fundamentowania i położenie basenów na gruncie nienośnym.

Dodatkowo koszt prac projektowych determinuje koszt nadzoru autorskiego nad przedmiotowym zamówieniem i biorąc pod uwagę złożoność obiektów, a także trzyletni termin realizacji prac budowlanych, jak również odległość wykonawców od realizowanych obiektów można przyjąć, iż wartość ewentualnej przyszłej umowy byłaby poniżej kosztów wytworzenia:

172 500 zł + VAT - Oferta wykonawcy

15% = 25 875,00 zł (Wnsz) - wartość nadzoru szacowanego Tn: Czas nadzoru 3 lata=36 mieś.,

Imw - ilość mieś. wizyt lw: ilość wizyt:

$$lw = Tn * Imw = 36 * 4 = 144$$

Koszt nadzoru szacowanego (Knsz) z oferty wykonawcy: $Knsz = Wnsz / lw$

Knsz= 179,69 zł

Wylczenie rzeczywistych kosztów:

L - odległość wykonawcy od placu budowy $L = 210 \text{ km} \times 2 = 420 \text{ km}$ Czas przejazdu: 2,5 godz. $\times 2 = 5 \text{ godz.}$

Koszt autostrady (Ka): ok 48 zł.

ST- Stawka za 1 km dojazdu, przyjmowana zgodnie z obowiązującymi przepisami: 0,8358, Kds- koszt dojazdu samochodem $Kds = 0,8358 \times 420 = 351,04 \text{ zł.}$

Razem koszty dojazdu:

$$Kd = Kds + Ka \quad Kd = 351,04 + 48$$

Kd= 399,04 zł — sam koszt dojazdu samochodem

Zatem koszt nadzoru (Kn) wynosi: $Kn = Kd + Kpp$

Gdzie Kpp - koszt pracy projektanta nieokreślona w ofercie wykonawcy Kpp - wg

środowiskowych zasad wyceny prac projektowych wynosi: S: Stawka za jnp na 2017

r $S = 19,60 \text{ zł} + \text{VAT}$,

Co daje:

$$Kpp = 48 \text{ jnp} \times 1,9 \times S \text{ zł} \quad Kpp = 48 * 1,9 * 19,6 = 1787,52 \text{ zł}$$

Zatem:

$$Kn = 399,04 + 1787,52 = \mathbf{2\ 186,56 \text{ zł}}$$

Zatem wykonawca nie doszacował zarówno projektu jak i późniejszego nadzoru. $Knsz < Kn$

$$179,69 \text{ zł} < 2186,56 \text{ zł}$$

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przekazanej dnia 4 sierpnia 2017 r. wniósł o oddalenie odwołania jako nie zasługującego na uwzględnienie.

Wskazał na treść art. 90 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym ofertę, w której podejrzewa się wystąpienie „rażąco niskiej ceny” odrzuca się, jeżeli:

1/ wykonawca nie udzielił wyjaśnień (na wezwanie zamawiającego) lub

2/ jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

„W jednym i drugim przypadku odrzucenie oferty następuje wówczas, gdy jej cena lub koszt są rażąco niskie (nieadekwatne, nierealne, za które nie można wykonać zamówienia) w odniesieniu do przedmiotu zamówienia” (KIO 431/17).

Wymieniony w art. 90 ust. 3 pzp pierwszy przypadek nakazujący odrzucenie oferty po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego nie zachodzi w sprawie, co nie budzi wątpliwości. Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył bowiem wyjaśnienia (pismo wykonawcy z dnia 24.07.2017 r.), czego nie kwestionuje również sam odwołujący. Powyższe nakazuje rozważenie zaistnienia drugiej z przesłanek przewidzianych w art. 90 ust. 3 pzp. Wyłącznie negatywna ocena wyjaśnień, a więc taka, która „potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia” uprawnia i jednocześnie obliguje do odrzucenia oferty. Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 jako przepisy

restrykcyjne winny być interpretowane ściśle, nie dają one podstaw do tworzenia nowej przesłanki odrzucenia oferty w sytuacjach, kiedy ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę nie potwierdza rażąco niskiej ceny oferty.

Ocena wyjaśnień złożonych przez właściciela Pracowni Projektowej PION, dokonana przez zamawiającego nie potwierdziła, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pzp. Badaniu w tym zakresie przez zamawiającego podlega cena zaoferowana przez wykonawcę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie jego wartości powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert – art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp lub zaktualizowanej wartości zamówienia (uwzględniającej okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania) powiększonej o należny podatek od towarów i usług – art. 90 ust. 1a pkt 2 pzp. Powyższe zauważa KIO wskazując, że „w trybie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie jest istotne odnoszenie się do ofert innych podmiotów, które prowadzą własną politykę cenową, kalkulując własne koszty i zakładany zysk, prezentują również indywidualną, subiektywną kalkulację ceny ofertowej. Fakt zatem zaoferowania wyższych cen przez konkurentów, nie jest jeszcze dowodem na złożenie ceny rażąco niskiej w najtańszej, spośród złożonych ofert (KIO 460/17). Do powyższego należy odnieść argumentację odwołującego, który jako wykonawca złożył ofertę z o wiele wyższą ceną i na tym zdaje się opierać argumentację o wystąpieniu w ofercie konkurenta rażąco niskiej ceny.” W KIO 545/17 wskazano, że Izba rozstrzygając sprawę w kontekście rażąco niskiej ceny bada nie tyle samą cenę, co czynność zamawiającego polegająca na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia lub zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

„O tym, czy cena jest rażąco niska, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia” (KIO 422/17). Na konieczność indywidualnego podejścia przy badaniu ceny wskazuje wyrok KIO 354/17 i 379/17, gdzie wskazano, że „zamawiający każdorazowo ocenia wyjaśnienia ceny każdego wykonawcy indywidualnie, Zależnie od konkretnej argumentacji zamawiający może uznać ofertę droższą za zawierającą rażąco niską cenę.”

Zamawiający poddał badaniu wyjaśnienie wykonawcy zgodnie z ustawowymi wymaganiami. Przedstawione przez wykonawcę informacje oraz dowody przekonały zamawiającego o niezaktualizowaniu się w stosunku do wykonawcy przesłanki odrzucenia jego oferty. Weryfikacja nastąpiła z wymaganą skrupulatnością, gdyż w interesie zamawiającego nie jest udzielanie zamówienia podmiotowi nierzetelnemu oferującemu

realizację zamówienia po rażąco niskiej cenie. W ramach oceny wyjaśnień zamawiający poddał weryfikacji argumenty przedstawione przez wykonawcę w piśmie, w tym: dokumenty potwierdzające rzetelne wykonanie projektów podobnych obiektów basenowych, za ceny zbliżone do zaoferowanych w niniejszym postępowaniu, co potwierdza, że są to ceny rynkowe, a tym samym realne.

Powyższe przekonało zamawiającego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w rezultacie czego odrzucenie oferty byłoby niezgodne z pzp, a zarazem powodowało wydatkowanie na realizację zamówienia znacznie większej kwoty środków publicznych.

Ponadto odwołujący zarzuca, iż w cenie ofertowej wykonawca PIO A. K. nie uwzględnił szeregu prac projektowych i innych wymaganych w niniejszym postępowaniu. Twierdzenie takie nie znajduje potwierdzenia w złożonej ofercie. Obowiązująca w niniejszym postępowaniu cena jest ceną ryczałtową i została podana w Formularzu ofertowym w jednej kwocie. Zamawiający nie wymagał podania cen częściowych za realizację poszczególnych elementów składowych zamówieni. Wykonawca oświadczył, iż w cenie oferty uwzględnił cały zakres zamówienia opisany w dokumentacji postępowania.

Dodatkowo odwołujący przedstawia zarzut, że w cenie oferty wybranej nie doszacowano kosztów nadzoru autorskiego, przedstawiając w tym zakresie własne wyliczenia. Zarzut ten, w ocenie zamawiającego, jest zupełnie

niezasadny. Zgodnie z zapisami w dokumentacji postępowania przetargowego nadzór autorski nie jest przedmiotem niniejszego postępowania, został przewidziany jako odrębne zamówienie, które może zostać udzielone zgodnie z przepisami art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp i to na podstawie odrębnych umów.

W świetle powyższego zarzut niezgodnego z przepisami pzp wyboru oferty, która wg odwołującego winna podlegać odrzuceniu, nie znajduje oparcia w stanie faktycznym sprawy.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie z zawartą w nim argumentacją.

Stwierdził, że kwestionuje czynność oceny przez Zamawiającego otrzymanych od wykonawcy wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny. Przypomniat, że cena ta stanowi ok. 1/3 szacunkowej wartości zamówienia i ceny ofertowej Odwołującego. Zauważył przy tym, że wartość szacunkowa zamówienia wyliczona przez Zamawiającego nie jest w sprawie kwestionowana. Oceniał, że w istocie wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego nie zostały złożone. Wskazał na treść wyjaśnień z 24.07. i zauważył, że podane przykłady innych realizacji są nieporównywalne do przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że stanowisko Zamawiającego zawarte odpowiedzi na odwołanie również nie jest uzasadnione. Zauważył, że z uwagi na przedmiot zamówienia podstawowym czynnikiem cenotwórczym, jest praca zespołu osób i ich wynagrodzenie, a w tym zakresie wykonawca wezwany nie złożył żadnych wyjaśnień, nie odniósł się również do kosztów prac wymagających skorzystania z podmiotów zewnętrznych, np. w zakresie gruntów i ekspertyz wewnętrznych. Przypomina zakres prac wskazany w OPZ, o których brak jest informacji w wyjaśnieniach. Wskazał na ciężar dowodu co do realności zaoferowanej ceny leżący po stronie wykonawcy, a obecnie w toku postępowania odwoławczego na Zamawiającym. Złożył do akt jako dowód wycenę prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia z kwotą wyliczoną na 753.447,32 zł, która jest zbliżona do wartości szacunkowej zamówienia. Dodatkowo zauważył w związku ze stanowiskiem Zamawiającego, że przyszłe wynagrodzenie za nadzór autorski jak niemogące przekroczyć 15% ceny oferty, jest znacząco nierealne i w rzeczywistości nie może pokryć nawet kosztów dojazdu projektanta na miejsce realizacji. Wskazuje na brak dowodu ze strony Zamawiającego, z zatem z uchybieniem art. 190 ust. 1a pkt 2. Zauważył, że Zamawiający wbrew art. 90 ustawy wskazuje tylko na znaczne różnice cenowe na rynku usług projektowych. Stwierdził, że jedynym dowodem ze strony Zamawiającego są przedstawione przez wykonawcę referencje, których cel jest w rzeczywistości odmienny. Zauważył, że w orzeczeniu przywołanym przez Zamawiającego wezwany wykonawca szczegółowo wymienił składniki cenotwórcze. Przypomniat treść punktu 1.2 specyfikacji, dot. nadzoru autorskiego. Wskazał na ryzyko wynikające z bezkrytycznego wyboru oferty z najniższą ceną, nie popartą przekonującymi wyjaśnieniami ani dowodami. Wskazał na orzeczenie KIO 1382/17 dot. ceny usług informatycznych, których pomimo złożenia wyjaśnień oferta została odrzucona wobec braków dowodów. Zauważa, że wyrok KIO 547/17 zapadł w poprzednim stanie prawnym.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z argumentacją zawartą w złożonej pisemnej odpowiedzi.

Stwierdził, że treść wyjaśnień wykonawcy zawiera także elementy cenotwórcze, np.: 15% marża. Zauważył, że orzeczenie KIO 2374/16 (str. 5 odwołania) zapadło w odmiennym stanie faktycznym, gdyż wykonawca rzeczywiście nie złożył wyjaśnień. Stwierdził, że wezwany wykonawca w niniejszej sprawie wykazał realność zaoferowanej ceny z pomocą przedstawionych dowodów – wymienionych prac preferencyjnych. Zauważa, że wybór sposobu wyjaśnienia ceny należy do wykonawcy i podkreśla, że otrzymane wyjaśnienia nie potwierdzały, że cena jest rażąco niska, co skutkowałoby odrzuceniem oferty. Stwierdził, że Odwołujący nie wykazał, iż cena wybranego wykonawcy nie zawiera szeregu elementów. Wykonawca wyraźnie oświadczył, że uwzględnił całość wymaganych w OPZ prac. Przypomniat o braku ustawowej definicji ceny rażąco niskiej jak i domniemania takiej ceny. Uznał, że wyjaśnienie, które otrzymał potwierdziło wiarygodność zaoferowanej ceny, jako

mającej również charakter rynkowy. Wskazał na rodzaj i zakres prac referencyjnych wskazanych w wyjaśnieniach, jako porównywalnych z przedmiotem zamówienia, jak również prac przedstawionych w samej ofercie. Wskazał na charakter prac projektowych jako usług intelektualnych, których ceny na rynku charakteryzują się znaczną rozbieżnością, a na tę okoliczność posiada własne doświadczenie, zarówno co do różnic pomiędzy cenami ofertowymi jak i ich relacją do oszacowanego przedmiotu zamówienia. Zauważył także, że różnice w wycenie mogą wynikać z przyjętych różnych metod wyceny.

Przypomniat, że nadzór autorski nie był objęty przedmiotem zamówienia. Wskazał na OPZ w punktach 1.1 A i B, z których wynika, że wykonawca jest w stanie sporządzić dokumentację w oparciu o własne zasoby, jakkolwiek nie ma pewności, iż każdy z wykonawców dysponuje takimi możliwościami.

Przypomniat, że do wykonawcy należy wybór dowodów na poparcie twierdzeń o realności zaoferowanej ceny. Wskazał na doświadczenie wybranego wykonawcy. Podkreślił potrzebę indywidualnej oceny oferty w konkretnym stanie faktycznym. Stwierdził, że nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty kwestionowanej przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony

materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wybranego wykonawcy, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił skutecznie zasadności podniesionych zarzutów, tym samym twierdzenia że oferta wybranego wykonawcy zawierała cenę rażąco niską.

Niesporne jest, że w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu zaistniały w stosunku do oferty złożonej przez wykonawcę „PION” A. K. przesłanki przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ustawy pzp z uwagi na relację wysokości

zaoferowanej ceny do wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez zamawiającego.

Bez znaczenia przy tym pozostaje fakt, że cena w postępowaniu została przewidziana jako ryczałtowa.

Skład orzekający stwierdza, że w sprawie podstawowe znaczenie ma treść udzielonych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Należy zauważyć, że po stronie wykonawcy leży ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska, a wobec braku szczególnych żądań ze strony zamawiającego co do sposobu przeprowadzenia dowodu na taką okoliczność, wybór metody należy do wykonawcy. W sprawie ocenianej wykonawca nie przedstawił klasycznej kalkulacji cenowej w oparciu o składniki cenotwórcze, w tym nie posłużył jedną z metod kalkulacyjnych np. opartych na jednostkowych nakładach pracy, wskaźnikach lub metodzie wartościowej. W istocie, w tym zakresie wskazał jedynie na zastosowanie 15 % wskaźnika zysku. W pozostałym zakresie powołał się na własne doświadczenie w branży ugruntowane wieloletnim działaniem na rynku specjalizacją w obiektach basenowych, kąpieliskach i pływalniach, dysponowanie wyspecjalizowaną kadrą projektantów w poszczególnych branżach. Zauważył przy tym, że w obecnych realiach rynku usług projektowych ich wartość jest wyłącznie własną oceną indywidualną poszczególnych wykonawców, a w chwili obecnej nie obowiązują żadne wskaźniki obliczania cen za prace projektowe i średnie ceny projektów kształtują się dużo niżej niż podają publikacje organizacji architektów i projektantów. Na potwierdzenie realności ceny zaoferowanej przedstawił informacje o zrealizowanych pracach dotyczących podobnych obiektów basenowych.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, który ocenił wyjaśnienia wykonawcy jako wiarygodne i potwierdzające realność zaoferowanej ceny. Wiedza o znacznych różnicach w cenach usług projektowych jako usług intelektualnych oferowanych przez wykonawców w postępowaniach na prace projektowe jest przy tym znana Izbie z urzędu. Skład orzekający uznaje za dopuszczalne, a w realiach sprawy rozpatrywanej skuteczne, wskazanie jako dowód na rynkowy charakter zaoferowanej ceny i jej realność, a tym samym brak cech ceny rażąco niskiej, przedstawienie rzeczywiście wykonanych realizacji prac podobnych o cenach porównywalnych, w innych postępowaniach, potwierdzonych dokumentami wskazującymi na prawidłowe wykonanie usług za cenę zaoferowaną. Podobieństwo co do zakresu prac, jak i ich wartości, nie zostało w sprawie skutecznie zakwestionowane.

W ocenie Izby oferta kwestionowana nie podlegała odrzuceniu i zasadnie została wybrana jako najkorzystniejsza.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....