

**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 3 marca 2020 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach X Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący Sędzia Małgorzata Korfanty (spr.)

Sędziowie: Sędzia Łukasz Malinowski

Sędzia del. Agata Żuradzka - Stuglik

Protokolant Agnieszka Demucha

po rozpoznaniu w dniu 28 lutego 2020 r. w Gliwicach

na rozprawie

sprawy ze skargi zamawiającego [REDACTED]

z udziałem odwołującego: Konsorcjum [REDACTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością  
we [REDACTED] oraz [REDACTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDACTED]

i przystępującego [REDACTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w  
[REDACTED]

na skutek skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 23 października 2019r. sygn. akt KIO 2039/19

- 1) oddala skargę;
- 2) znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania wywołane skargą.

Sędzia Łukasz Malinowski Sędzia Małgorzata Korfanty Sędzia del. Agata Żuradzka - Stuglik



Na oryginale właściwe podpisy  
z up. Kierownika sekretariatu  
zgodność z oryginałem stwierdza

Sekretarz sądowy  
Agnieszka Demucha



Zamawiający [REDACTED] wniósł skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2019 roku, sygn. akt KIO 2039/19, w części co do punktu 2 i 3 wyroku, w których Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Konsorcjum w składzie: [REDACTED] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDACTED] (Lider) oraz [REDACTED] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDACTED] (konsorcjant) i nakazała zamawiającemu - [REDACTED] odrzucenie oferty wykonawcy [REDACTED] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] a nadto kosztami postępowania obciążyła [REDACTED] w [REDACTED] zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Pełnomocnik zamawiającego zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie:

- art. 90 ust. 1, 2 PZP i art. 190 ust. 1a p. 1) PZP poprzez ich błędną wykładnię, a art. 190 ust. 1a p. 1) PZP, co polegało na tym, że Izba nieprawidłowo uznała, że cena zaoferowana przez wykonawcę [REDACTED] Sp. z o.o. jest rażąco niska, a wykonawca [REDACTED] Sp. z o.o. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

-art. 90 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na tym, że Izba nieprawidłowo uznała, że zamawiający nierzetelnie [REDACTED] i niezgodnie z art. 90 ust. 1 PZP przeprowadził postępowanie w sprawie rażąco niskiej ceny [REDACTED] i nieprawidłowo uznał, że wykonawca [REDACTED] Sp. z o.o. wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zatem, że oferta [REDACTED] Sp. z o.o. podlega odrzuceniu;

- art. 6 kc w zw. z art. 14 PZP poprzez ich nie zastosowanie i brak uwzględnienia, że to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu, że przystępujący nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę, i skoro podnosił, że złożone wykonawcą wyjaśnienia, dla zamawiającego przekonujące, nie zawierają wszystkich niezbędnych kosztów to winien przedstawić ich wysokość i wpływ na brak możliwości wykonania zamówienia,

-w efekcie powyższych naruszeń ,ostatecznie naruszenie art. 192 ust. 2 PZP poprzez stwierdzenie przez Izbę naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i uwzględnienie odwołania-

w przypadku,

w którym takie naruszenie nie występowało i uwzględnienie

odwołania, które podlegało oddaleniu;

-oraz naruszenie § 3 ust. 2 b) 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- w ten sposób, że w poczet kosztów postępowania Izba nie zaliczyła kosztów reprezentacji zamawiającego przez radcę prawnego na rozprawie odwoławczej- pomimo złożenia wniosku i przedłożenia rachunku.

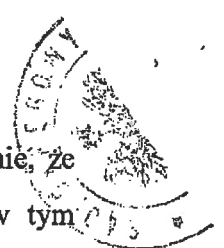
Zamawiający wniósł o zmianę przez [REDAKTOWANO] wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2019r. w zaskarżonej części, i:

-orzeczenie co do meritum sprawy, poprzez oddalenie odwołania w zaskarżonej części, tj. co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty [REDAKTOWANO] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANO] oraz


- o orzeczenie, że koszty postępowania odwoławczego i skargowego ponosi Odwołujący, i w tym zakresie o uwzględnienie kosztów reprezentacji zamawiającego w postępowaniu odwoławczym jako kosztu postępowania odwoławczego i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym i skargowym wg norm przepisanych, a także orzeczenie, że poniesione przez Odwołującego koszty wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł zostają zaliczone na poczet kosztów postępowania odwoławczego oraz że Odwołujący ponosi koszty opłaty sądowej od skargi w wysokości 75 000 zł, od której wniesienia zamawiający jest zwolniony.

W uzasadnieniu skargi pełnomocnik skarżącego- zamawiającego wskazał, iż Izba ustaliła niezasadnie, że zamawiający nieprawidłowo uznał, że przystępujący przekonująco wyjaśnił, że zaoferowana przez niego cena realizacji zamówienia w postępowaniu o świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pod nazwą „[REDAKTOWANO] i [REDAKTOWANO]”

[REDAKTOWANO] nie jest ceną rażąco niską, i, uwzględniając odwołanie, nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego. Zamawiający podał, iż oferta odwołującego wynosiła 959.400 zł a oferta przystępującego za 366 909 zł. Szacunkowa wartość zamówienia, określona na podstawie art. 32 PZP wynosiła 964 312,62 zł, a średnia cena ofert 1.255.192,36 zł, co spowodowało, że zgodnie z art. 90 ust. 1a p.1) PZP, zamawiający pismem z dnia 9 września 2019 zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie wątpliwości w zakresie



rażąco niskiej ceny. Pismo, skierowane do przystępującego, zawierało sformułowanie, że zamawiający zwraca się do wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość proponowanej ceny oferty. Zamawiający zwrócił uwagę na wartości zamówienia i średnią cenę z ofert, wskazując, że cena z oferty wykonawcy wynosi 366 909 zł brutto i jest znacząco niższa od wysokości przyjętego szacunku, jak również od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert, złożonych w tym postępowaniu. Zamawiający wskazał na swoje wątpliwości, co do możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, za cenę oferowaną przez wykonawcę, i wniósł o dokonanie ponownej kalkulacji ceny oferty oraz sprawdzenie, czy przedstawiona cena jest ceną realną i gwarantującą właściwą jakość usługi nadzoru inwestorskiego w pełnym zakresie. Zamawiający oczekiwał udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w odniesieniu do wykazania oszczędności metody wykonania zamówienia, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10. 10. 2002r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, pomocy publicznej udzielanej na podstawie odrębnych przepisów, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, które dostępne są dla wykonawcy, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcę, z wnioskiem o przedłożenie dowodów, które w ocenie wykonawcy uzasadniają przyjętą wycenę. Wskazał przy tym, że wymienione w art. 90 ust. 1 p. 1 Ustawy PZP czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości, dostępnej dla danego wykonawcy, co oznacza, że wykonawca podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Nadto wskazał, że przy udzielaniu wyjaśnień należy uwzględniać istniejące przepisy, w tym politykę społeczną państwa, a taką cechą mają właśnie wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy, gdzie ustawodawca wyraźnie określił, że koszty przyjęte do ustalenia ceny nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalna stawka godzinowa, które są ustalone na podstawie odrębnych przepisów. Wyjaśnienia miały zostać złożone w terminie do 17 września 2019 roku. Zamawiający pouczył przystępującego o możliwości odrzucenia oferty w przypadku nie udzielenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.



W odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 13 września 2019 roku przystępujący udzielił wyjaśnień i wskazał, że cena nie jest rażąco niska, do wyceny przyjęto szacunkową ilość pracy zespołu w wymiarze średnio 40 godzin tygodniowo w okresie 155 tygodni plus do 160 roboczogodzin specjalisty w zakresie ochrony przeciwpożarowej, za wynagrodzenie 30 zł za godzinę i przedstawił w tym zakresie kalkulację (w treści pisma). Z kalkulacji tej wynikało, że wykonawca planuje przeznaczyć na realizację zadania do 6360 roboczogodzin, co przystępujący poparł wyliczeniami pracochłonności pracy poszczególnych osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, i łączną wartość ich pracy przyjął na 190800 zł. Wobec powyższego zysk osiągnięty na zamówieniu to 107500 zł. Przystępujący wyjaśnił, że w kalkulacji wziął pod uwagę średnią częstotliwość inspekcji, a rozbieżność między poszczególnymi branżami również stanowi uproszczenie stosowane w kalkulacji, gdyż intensyfikacja pracy inspektorów zależeć będzie od zaawansowania i faktycznych potrzeb na budowie. Zgodnie z zapisami SIWZ nie wyłączone zostało połączenie branża a w przypadku akceptacji tego przez zamawiającego wykonawca będzie mógł dokonać dalszej oszczędności, polegających na połączeniu funkcji inspektora nadzoru branży elektrycznej wraz z branżą teletechniczną. Przystępujący wskazał, że zespół składa się z fachowców z wieloletnim doświadczeniem w kraju i za granicą, przy czym koncentracja zasobów firmy zlokalizowana jest w rejonie zamawiającego, a biuro mieści się kilkaset metrów od planowanej inwestycji. Tę okoliczność przystępujący wskazał, jako wyjątkowo sprzyjające warunki zamówienia, dalej wskazując na zaangażowanie w pozostających w bliskim sąsiedztwie projektach na terenie [REDAKTOWANE], w [REDAKTOWANE] i in. - generalnie w rejonie [REDAKTOWANE]. Wskazał dodatkowo, że zaproponowana cena stanowi około 0,64% wartości inwestycji, gdzie ceny za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w regionie kształtują się pomiędzy 0,5%-2,5% wartości inwestycji, na dowód czego załączył do wyjaśnień rozstrzygnięcie przetargu na nadzór inwestorski z ostatniego okresu, gdzie cena wynosiła 0,52% wartości inwestycji. Oświadczył, że nie korzysta z pomocy publicznej w zakresie realizacji niniejszego zamówienia.

Zamawiający przyjął powyższe wyjaśnienia, uznał je za złożone w terminie, przekonujące i wykazujące możliwość realizacji zamówienia na warunkach zapewniających jego realizację. Zamawiający uznał, że przystępujący korzysta z uprzywilejowanej pozycji, gdyż jego siedziba znajduje się w tej samej miejscowości, co miejsce budowy. Ze względu na rodzaj usług, objętych zamówieniem, ich koszt sprowadza się do wynagrodzenia osób, które je realizują ze strony wykonawcy. Podana stawka 30 zł za roboczogodzinę to ponad



przeprowadzenie postępowania w sprawie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy [REDAKTOWANE]  
sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy z powodu złożenia wyjaśnień  
niewyczerpujących przesłanek ww. art. 90 ust. 1 ustawy P.Z.P

Na tej podstawie odwołujący domagał się :

- unieważnienia czynności wyboru oferty [REDAKTOWANE] spółka z o.o. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym,
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wykluczenie wykonawcy [REDAKTOWANE] sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania przetargowego i odrzucenie złożonej przez niego oferty.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w zarzutach przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych interes prawny odwołującego doznał oczywistego i bezpośredniego uszczerbku, gdyż jego oferta, w wypadku dokonania przez zamawiającego wymaganych przez prawo czynności wykluczenia wykonawcy [REDAKTOWANE] sp. z o.o. i odrzucenia złożonej przez niego oferty została uznana za ofertę najkorzystniejszą. Wskutek bezprawnego zaniechania zamawiającego interes prawny odwołującego doznał uszczerbku z uwagi na nieuzyskanie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że w treści opracowanej przez zamawiającego SIWZ zażądano (pkt 5, ppkt. 5.1.3 lit.b), aby wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku dysponowania zdolnością techniczną i zawodową (w zakresie doświadczenia) zapewniającą wykonanie zamówienia, polegające na dysponowaniu osobą z uprawnieniami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im równoważne uprawnienia w tej specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; a także co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowo polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy w ww. specjalności przy co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na wybudowaniu kompletnego budynku użyteczności publicznej lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, wraz z instalacjami o powierzchni netto nie mniejszej niż 4.000 m<sup>2</sup> każda (osoba ta pełnić będzie funkcję Kierownika zespołu inspektorów nadzoru - inspektora nadzoru robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej), osobą z uprawnieniami w specjalności instalacyjnej, posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji

technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im równoważne uprawnienia w tej specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; a także co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy w ww. specjalności przy co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na wybudowaniu kompletnego budynku użyteczności publicznej lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, wraz z instalacjami o powierzchni netto nie mniejszej niż 3.000 m<sup>2</sup> każda. Osoba ta pełnić będzie funkcję inspektora nadzoru robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, osobą z uprawnieniami w specjalności instalacyjnej, posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im równoważne uprawnienia w tej specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; a także co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy w ww. specjalności przy co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na wybudowaniu kompletnego budynku użyteczności publicznej lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, wraz z instalacjami o powierzchni netto nie mniejszej niż 3.000 m<sup>2</sup> każda i osobą z uprawnieniami w specjalności instalacyjnej, posiadającą wykształcenie wyższe uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im równoważne uprawnienia w tej specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; a także co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy w ww. specjalności przy co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na wybudowaniu kompletnego budynku użyteczności publicznej lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, wraz z instalacjami o powierzchni netto nie mniejszej niż 3.000 m<sup>2</sup> każda.

Odwołujący wskazał, że w treści złożonej przez wykonawcę - firmę [REDAKTED] Sp. z o.o. oferty zawarte zostało dwukrotnie oświadczenie (pkt 6 oferty oraz część II sekcja „D” JEDZ), że zamówienie zostanie zrealizowane bez udziału podwykonawców. Jednocześnie, w toku postępowania wyjaśniającego, wykonawca potwierdził, iż zamierza wykazać spełnienie warunku dysponowania odpowiednią zdolnością techniczną i zawodową (w zakresie doświadczenia) poprzez poleganie na zdolnościach (doświadczeniu) innego podmiotu na podstawie „użyczenia referencji”. Z



przepisu art. 22a ust. 2 ustawy P.z.p. wynika, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Tymczasem przesłane przez wykonawcę dokumenty zatytułowane są „Użyczenie referencji” i sformułowanie to powtórzone jest w treści dokumentu, gdzie w części „zakres wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego” wskazano wyłącznie „udostępnienie referencji”, a więc z pewnością nie jest to wiarygodnym w jakimkolwiek zakresie zobowiązaniem do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów (jest wyłącznie wydaniem formalnego dokumentu na potrzeby przetargu). Dalsza treść ww. dokumentów także nie wskazuje, jakie zasoby i w jaki sposób zostaną udostępnione, ograniczając się do wskazania podstawy udostępnienia jako „spółki powiązane osobowo”, co w kontekście faktu udostępniania referencji pomiędzy spółkami kapitałowymi, gdzie byt prawny wspólników jest oderwany od bytu prawnego spółki, nie oznacza nic. Taka redakcja dokumentu (niejasna formalnie) wskazuje, w ocenie odwołującego, na podjęcie próby wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że z charakteru udostępnianej zdolności - udostępniane miało by być bowiem doświadczenie - wynika, że byłoby możliwe takie udostępnienie i tym samym poleganie na niej przez wykonawcę w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu pod warunkiem, że zostałyby wykazane na etapie składania oferty, że podmiot ten wykona usługi, do wykonania których to doświadczenie jest wymagane. To dawałoby zamawiającemu rękojmię tego, że wykonawca w sposób należyty wykona usługę. Istotne jest zatem posiadanie odpowiedniego doświadczenia dającego gwarancję tego, że zamówienie zostanie wykonane prawidłowo, tj. zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Zatem warunek stawiany jest nie bez powodu. Dlatego też w sytuacji, w której wykonawca sam nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie pewnego rodzaju czynności i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu to naturalną konsekwencją powyższego jest konieczność zapewnienia udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, w tej części, w której wykonawca składający ofertę doświadczenia nie ma. Tymczasem ustawa P.Z.P. w art. 22a ust. 4 stanowi wprost: skoro wykonawca powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, ma zapewnić, aby podmiot ten zrealizował zamówienie, do którego wykonania wymagane jest doświadczenie określone przez zamawiającego. Zatem w świetle złożonego przez wykonawcę - firmę [REDAKCYJNA] Sp. z o.o. w treści oferty oświadczenia o samodzielnej realizacji zamówienia, bez udziału podwykonawców, oraz treści art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p., niedopuszczalne było w tym konkretnym przypadku na gruncie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi nadzoru budowlanego inwestorskiego wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, poprzez poleganie na zdolnościach innego podmiotu, który nie będzie realizował zamówienia. Oznacza to, że składająca ofertę firma [REDAKCYJNA] Sp. z o.o. winna wykazać, poprzez złożenie odpowiednich

dokumentów, spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia samodzielnie, bez polegania na zdolnościach innego podmiotu. W sytuacji zatem, w której wykonawca deklaruje samodzielną realizację usługi, bez udziału podwykonawców, wykluczając tym samym możliwość powołania się na zasoby innego podmiotu w zakresie posiadanego doświadczenia, zamawiający winien wezwać wykonawcę do usunięcia takiego stanu, umożliwiając mu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o własne zasoby (tutaj: doświadczenie). Ze względu na obligatoryjny charakter czynności zamawiającego żądanie takie powinno poprzedzać ewentualne wykluczenie z udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał dokonania ww. działań.

Odwołujący dodał także, że dokumenty osób przedstawionych przez wykonawcę na żądanie zamawiającego nie potwierdzają w żaden sposób spełnienia wymogów SIWZ nie wykazują bowiem stażu zawodowego tych osób w kontekście wymogów SIWZ. Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu tak osobiście, jak i nie wykazał, że w sposób wiarygodny udostępnione zostaną mu zasoby podmiotów trzecich. Uzasadniona jest więc teza, że wykonawca [REDAKTOR] Sp. z o.o. nie posiada doświadczenia w realizacji usług nadzoru budowlanego / kierowania robotami w odniesieniu do robót w zakresie zagospodarowania terenu, tym samym nie spełnia warunków udziału w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a co więcej wprowadza zamawiającego w błąd, przedstawiając nieprecyzyjnie sformułowane dokumenty udostępnienia) w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia, co jest prawnie niedopuszczalne i obarczone sankcją wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, w myśl art. 90 ust. 1 ustawy P.Z.P zwrócił się do wykonawcy [REDAKTOR] Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Przepis wymaga, aby wykonawca złożył w danym zakresie wyjaśnienia pełne, których minimalna treść (użycie zwrotu „w szczególności” dotyczyć ma 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650); pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Tymczasem w ofercie [REDAKTOR] Sp. z o.o. nie uwzględniono kosztów obsługi inwestycji w okresie gwarancji. Podany termin przyjęty do wyceny - około 155 tygodni - to są wyłącznie 3 lata, w jakich ma trwać tylko bezpośrednia realizacja inwestycji. W ofercie nie uwzględniono kosztów obsługi biura, a podano tylko zysk i koszt pracy inspektorów nadzoru, na których powołuje się wykonawca, przy czym stawka 30 zł za roboczogodzinę nie została w żaden

spółka potwierdzona przez wykonawcę, choćby kopiami umów lub innego rodzaju zobowiązaniami do podjęcia przez inspektorów czynności zawodowych w wypadku wygrania przetargu przez [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą obowiązek przedstawienia dowodów w zakresie zaprzeczenia rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi (tak wyrok KIO z 17.12.2018 r. w sprawie KIO 2520/18). Brak także, zarówno w ofercie, jak i wyjaśnieniach, wykazania kosztów ogólnych prowadzenia firmy, a jak sam wykonawca podaje - posiada biuro, co prawda niedaleko inwestycji, ale i tak generuje ono jakieś skonkretyzowane koszty. W ocenie odwołującego, pozbawione wiarygodności z uwagi na gołosłowność są także tezy wyjaśnień wykonawcy odnośnie uśrednionych wynagrodzeń procentowych za nadzory inwestorskie. Wiedzą wręcz notoryjną jest, że wynagrodzenia tego typu w poszczególnych przetargach organizowanych na terenie kraju są rozbieżne nierzadko nawet o kilkaset procent i uzależnione są od wymagań zamawiającego, najczęściej dotyczących ilości wizyt i czasu pobytu na budowie. Wszystkie te uwagi prowadzą do konkluzji, że zamawiający nieprawnie uznaj za wiarygodne wyjaśnienia wykonawcy w zakresie uzasadnienia ceny oferty, gdyż nie zawierały one szczegółowych wyjaśnień choćby w zakresie minimalnym, wskazanym w treści art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., ale przede wszystkim, z uwagi na ich gołosłowność (brak jakichkolwiek dowodów). Odwołujący uważa, że w takim przypadku zamawiający powinien bądź zażądać od wykonawcy szczegółowych wyjaśnień, bądź odrzucić ofertę wykonawcy z uwagi na jej rażąco niską cenę.

Zamawiający na rozprawie w dniu 23 października 2019 roku złożył zawiadomienie o unieważnieniu czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 października 2019 roku i oświadczył, że zawiadomienie to przekazał stronom i przystępującemu. Oświadczył, że jeżeli chodzi o zarzuty dotyczące powołania się przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego oraz wykazu osób, odwołujący miał rację, niemniej jednak należy najpierw przystępującego wezwać na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. i wezwanie to musi mieć miejsce przed wyborem oferty.

W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że w dniu 9 września 2019 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień. Złożone w dniu 13 września wyjaśnienia były wystarczające. Przystępujący korzysta z tego przywileju, że jego siedziba znajduje się w tej samej miejscowości zamawiającego. W ocenie zamawiającego koszty sprowadzają się do wynagrodzenia. Podana stawka 30 zł za roboczogodziny to dwukrotność minimalnego wynagrodzenia za pracę. Nie ma wymogu uwzględnienia okresu gwarancji. Przystępujący przewidział zysk w wysokości 107 500,00 zł. Zamawiający po analizie złożonych dokumentów i wyjaśnień uznał je za wiarygodne. Jeżeli chodzi zaś o koszty biura to zwraca uwagę, że reprezentacja wykonawcy będzie miała miejsce głównie na budowie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przedstawił swojego stanowiska.

Rozpoznając odwołanie wyrokiem z dnia 23 października 2019r. KIO umorzyła odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) a w pozostałym zakresie uwzględniła odwołanie i nakazało zamawiającemu - [REDAKTION] - [REDAKTION] - odrzucenie oferty wykonawcy [REDAKTION] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTION] a nadto, kosztami postępowania KIO obciążyła [REDAKTION] w [REDAKTION] i jednocześnie zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTION] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDAKTION] [REDAKTION] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDAKTION] tytułem wpisu od odwołania. Nadto zasądzono od [REDAKTION] w [REDAKTION] na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTION] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDAKTION] [REDAKTION] z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDAKTION] kwotę 15 000 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Izba podała, co niesporne, że zamawiający - [REDAKTION] - [REDAKTION] w [REDAKTION] [REDAKTION] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn. przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb [REDAKTION] w [REDAKTION] przy [REDAKTION]. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.ZP

W postępowaniu na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn. przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb [REDAKTION] w [REDAKTION] przy [REDAKTION] prowadzonym przez [REDAKTION] - [REDAKTION] wpłynęło 5 ofert:

- 1) oferta odwołującego - 959 400.00 PLN
- 2) oferta przystępującego - 366 909. 00 PLN
- 3) oferta [REDAKTION] spółka z o.o. w [REDAKTION] - 983 877,00 PLN brutto
- 4) oferta [REDAKTION] Sp. z o.o. w [REDAKTION] - 2 922 735,84 PLN
- 5) [REDAKTION] Sp. z o.o. w [REDAKTION] - 1 043 040,00 PLN

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 964.312,62 zł

W treści złożonej przez przystępującego oferty zawarte zostało dwukrotnie oświadczenie (pkt 6 oferty oraz część II sekcja „D” JEDZ), że zamówienie zostanie zrealizowane bez udziału podwykonawców. Jednocześnie, w toku postępowania wyjaśniającego, wykonawca potwierdził, iż zamierza wykazać spełnienie warunku dysponowania odpowiednią zdolnością techniczną i

zawodową (w zakresie doświadczenia) poprzez poleganie na zdolnościach (doświadczeniu) innego podmiotu na podstawie „użyczenia referencji”.

Dokumenty osób przedstawionych przez wykonawcę na żądanie zamawiającego nie wykazują stażu zawodowego tych osób w kontekście wymogów SIWZ.

Pismem z dnia 9 września 2019 roku zamawiający wystosował do przystępującego pismo następującej treści:

„Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zmianami), zwanej dalej “ustawą Pzp”, wzywa do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny:

Niniejszym, po myśli art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm. - dalej Ustawa PZP) Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta Wykonawcy złożona w postępowaniu nr 1.212/003/2019 na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn.: Przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb [REDAKTOWANE] przy [REDAKTOWANE] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do Wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość proponowanej ceny oferty.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż określona z należytą starannością wartość szacunkowa usługi nadzoru inwestorskiego w ramach w/w zadania wynosi 964.312,62 zł brutto, z kolei cena oferty Wykonawcy wynosi 366.909 zł brutto i jest znacząco niższa od wysokości przyjętego szacunku jak również od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu, która wynosi 1.255.192,36 zł brutto. Mając na uwadze taki stan faktyczny Zamawiający ma wątpliwości co do możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę i wnosi o dokonanie ponownej kalkulacji ceny oferty oraz sprawdzenie, czy przedstawiona cena jest ceną realną i gwarantującą właściwą jakość usługi nadzoru inwestorskiego w pełnym jej zakresie. Jednocześnie Zamawiający oczekuje udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w odniesieniu do:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, które dostępne są dla Wykonawcy;
- 4) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien też przedłożyć dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, bowiem zgodnie z art. 90 ust. 2 Ustawy PZP to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Podobnie, jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 5 stycznia 2007 r. (V Ca 2214/06) „nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.” Zaoferowanie niskiej ceny lub kosztu usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, ale muszą mieć one charakter obiektywny. Nie może to być więc polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP czynniki muszą zatem charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy, co oznacza, że wykonawca, podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Nadto przy udzielaniu wyjaśnień należy uwzględniać istniejące przepisy, w tym politykę społeczną państwa, a taką cechą mają właśnie wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy, gdzie ustawodawca wyraźnie określił, że koszty przyjęte do ustalenia ceny nie mogą być niższe, niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalna stawka godzinowa, które są ustalone na podstawie odrębnych przepisów. W tym stanie rzeczy żądanie przedłożenia wspomnianych wyjaśnień jest w pełni uzasadnione i konieczne. Mając na uwadze bieg postępowania wyjaśnienia należy złożyć przy użyciu portalu [REDAKTOWANE] w nieprzekraczalnym terminie do dnia 17 września 2019 r. Realizując dyspozycję art. 90 ust. 3 Ustawy PZP Zamawiający poucza, iż odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Pismem z dnia 13 września 2019 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

„W odpowiedzi na pismo z dnia 9 września 2019 r. nr dokumentu S/3487/19 sygnatura sprawy: 1.212/003/2019 postępowanie przetargowe Świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] uprzejmie informujemy, że cena nie jest rażąco niska. Do wyceny przyjęto szacunkową ilość pracy zespołu w wymiarze średnio 40 godzin tygodniowo w okresie 155 tygodni plus do 160 roboczogodzin specjalisty w zakresie ochrony przeciwpożarowej, co oznacza, iż Wykonawca planuje przeznaczyć na realizację zadania do 6360 roboczogodzin.

Tygodniowo 40h x 30 zł/h = 1200 zł

Ochrona przeciwpożarowa: 160h x 30 zł/h = 4800 zł

Łącznie 155 tygodni x 1200 zł/tydzień + 4800 zł = 190 800

Zysk: 107 500 zł

Zgodnie ze złożoną ofertą, do zadania skierowani zostaną:

- 1) Kierownik zespołu inspektorów nadzoru - inspektor nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej:

Tygodniowo 20h x 155 tygodni = 3100h

- 2) Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

Tygodniowo 8 h x 155 tygodnie = 1240 h;

- 3) Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych

Tygodniowo 4 h x 155 tygodnie = 620 h.

- 4) Inspektor nadzoru - specjalista w zakresie ochrony przeciwpożarowej;

- 5) Ochrona przeciwpożarowa = 160 h

Pragnę podkreślić, iż w kalkulacji wzięliśmy pod uwagę średnią częstotliwość inspekcji. Rozbicie na poszczególne branże również stanowi uproszczenie stosowane w kalkulacji, gdyż intensyfikacja pracy inspektorów zależy będzie od zaawansowania i faktycznych potrzeb na budowie. Co więcej, zgodnie z zapisami SIWZ nie wyłączone zostały możliwości łączenia branż. W przypadku akceptacji przez Zamawiającego, Wykonawca będzie mógł dokonać dalszych oszczędności polegających na połączeniu funkcji inspektora nadzoru w branży elektrycznej wraz z branżą teletechniczną.

Nasz zespół składa się z fachowców z wieloletnim doświadczeniem zarówno w kraju jak i zagranicą, nadzorujących największe inwestycje infrastrukturalne takie jak budowa autostrad, ulic, dróg, szkół, szpitali, biurowców, osiedli mieszkalnych, galerii i obiektów użyteczności publicznej. Jednakże koncentracja zasobów naszej firmy zlokalizowana jest w Państwa rejonie. Nasze biuro mieści się zaledwie kilkaset metrów od planowanej Inwestycji, co stanowi dla nas wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia.

Ponadto jesteśmy zaangażowani w pozostających w bliskim sąsiedztwie projekty m.in.:

-Roboty budowlane w zakresie modernizacji, przebudowy i adaptacji budynku przy [REDACTED] Rewitalizacja Starówki kwartał B) - II i III etap - w odległości 0,2 km;

-Wykonanie drenażu opaskowego oraz izolacji pionowej budynku [REDACTED] - w odległości 1 km;

-dostosowanie [REDACTED] do aktualnych przepisów sanitarnych i przeciwpożarowych” - w odległości 5,7 km;

-Budowa budynku biurowo - magazynowego wraz z infrastrukturą zewnętrzną na działce nr 1594/2 oraz wewnętrznej drogi dojazdowej do inwestycji przy [REDACTED] - w odległości 15,7 km;

-Kilka projektów dla gminy [REDACTED] Przebudowa boisk wielofunkcyjnych oraz budowa i przebudowa urządzeń sportowych wraz z budową odwodnienia i oświetlenia przy ZSP nr 4 w [REDACTED] (SP1), Przebudowa boisk wielofunkcyjnych oraz budowa i przebudowa urządzeń sportowych wraz z budową odwodnienia i oświetlenia przy [REDACTED] Przebudowa boisk wielofunkcyjnych oraz budowa i przebudowa urządzeń sportowych wraz z budową odwodnienia i oświetlenia przy [REDACTED] Przebudowa boisk wielofunkcyjnych oraz budowa i przebudowa urządzeń sportowych wraz z budową odwodnienia i oświetlenia przy [REDACTED] - w odległości od 19,9 do 23,4 km.

- [REDACTED] - w odległości 22,3 km;

-Prace konserwatorskie i roboty budowlane wraz z prowadzeniem badań archeologicznych przy robotach ziemnych południowej ściany rozbieralni oraz prace konserwatorskie w obrębie wnętrza rozbieralni, komory gazowej i hali pieców krematorium III na terenie [REDACTED] - w odległości 29,7 km;

-Adaptacja obiektu w [REDACTED] na potrzeby domu opieki społecznej - w odległości - 31,3 km;

-Budowa budynku sekcji kajakarskiej MOSM z infrastrukturą techniczną i urządzeniami wodnymi w ramach realizacji I etapu zadania pn.: "Przystań Sportów wodnych przy [REDACTED] - w odległości 35,8 km oraz wiele innych.

Pragniemy podkreślić, iż powyższa cena stanowi ok. 0,64 % wartości przedmiotowej inwestycji. Ceny za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w regionie kształtują się pomiędzy 0,5 % - 2,5 % wartości inwestycji. W załączeniu przesyłam przykładowe rozstrzygnięcie przetargu na Nadzór Inwestorski (cena 0,52% wartości Inwestycji) z poprzedniego miesiąca. Pragnę podkreślić, iż również w tym przypadku Zamawiający oszacował koszty nadzoru inwestorskiego wyższe niż trzy złożone oferty.

Jednocześnie informujemy, iż nie korzystamy z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów w zakresie realizacji niniejszego zamówienia”.



Pismem z dnia 1 października 2019 roku zamawiający poinformował o wyborze - jako najkorzystniejszej - oferty przystępującego, która otrzymała 100 punktów po dokonanej ocenie. Oferta przystępującego uplasowała się na miejscu drugim z liczbą punktów: 62,95.

Kolejnym pismem z dnia 18 października 2019 roku zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wskazał, że po zapoznaniu się z treścią odwołania złożonego w dniu 11 października 2019 r. przez Konsorcjum w składzie: [redacted] sp. z o.o. z/s ul. [redacted] (Lider konsorcjum), [redacted] oraz [redacted] sp. z o.o. z/s [redacted] (Konsorcjant), Zamawiający [redacted] zawiadomił o unieważnieniu dokonanej w dniu 1 października 2019r. czynności wyboru oferty [redacted] Sp. z o.o. z/s [redacted] jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. W zawiadomieniu wskazano, iż samodzielne unieważnienie poprzednio podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej stanowią uprawnienie Zamawiającego, które może być skutecznie zastosowane w każdym czasie do momentu podpisania umowy o udzielenie zamówienia publicznego, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Na poparcie powyższego wskazano bieżące orzecznictwo.

Analizując wskazany stan faktyczny Izba uznała, iż odwołanie podlegało umorzeniu w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) a w pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy P.z.p.

Co do zarzutów podlegających umorzeniu Izba podała, że w jej ocenie zamawiający uwzględnił podniesione zarzuty pomimo braku oficjalnego oświadczenia w tej kwestii.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie przed KIO stwierdził, iż uznał za zasadne zarzuty odwołania dotyczące złożonego przez przystępującego oświadczenia o treści „użyczenie referencji” jako dowód na posłużenie się przy wykonywaniu zamówienia zasobami podmiotu trzeciego oraz braku danych dotyczących stażu zawodowego osób przedstawionych przez przystępującego na żądanie zamawiającego. Stwierdził, także, że nie może uczynić zadość żądaniom odwołania i wykluczyć przystępującego bez uprzedniego wezwania go w trybie art. 22a ust. 6 ustawy P.Z.P.

Ponadto z treści pisma z dnia 18 września br. stwierdził, że unieważnia czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty po zapoznaniu się z treścią odwołania.

W uzasadnieniu Izba wskazała, iż zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy PZP., w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zgodnie z ust. 4a, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Pomimo braku stosownej dyspozycji, art. 186 ust. 4a ustawy PZP. ma również zastosowanie w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca, który nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania.

Odnosząc się do wątpliwości zamawiającego w zakresie uczynienia zadość żądaniom odwołania w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba wskazała, że w przypadku umorzenia zarzutów odwołania z powodu uwzględnienia ich przez zamawiającego, wskazane przepisy ustawy PZP nakładają na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Obowiązek wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy żądania zawarte w odwołaniu nie pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy PZP. Jeżeli tak nie jest, zamawiający nie powinien wykonywać literalnie żądań w zakresie uwzględnionych przez siebie zarzutów odwołania. Powinien natomiast wykonać i powtórzyć czynności, których zarzuty dotyczyły, przede wszystkim zgodnie z prawem. Na czynność nową lub powtórną, wykonaną inaczej niż w uwzględnionym odwołaniu wykonawcom przysługiwało będzie nowe odwołanie, w terminach liczonych od tej czynności.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP poprzez nierzetelne, niezgodne z ww. przepisem przeprowadzenie postępowania w sprawie rażąco niskiej ceny oferty przystępującego i zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy z powodu złożenia wyjaśnień niewyczerpujących przesłanek ww. art. 90 ust. 1 ustawy PZP. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy PZP jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie:
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy

W myśl ust. 1a, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Ponieważ cena oferty przystępującego stanowi około 38% wartości szacunkowej zamówienia i nie zaszyły przesłanki wyłączone zastosowanie przez zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy PZP o których mowa in finito wskazanego przepisu, czynność zamawiającego dotycząca wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną.

Izba podała, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W prowadzonym przed KIO postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, w ocenie Izby, ciężarowi temu nie sprostał. Wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy PZP. Izba w postępowaniu odwoławczym oceniała zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Izba, po analizie wyjaśnień złożonych przez przystępującego stwierdziła, iż wyjaśnienia złożone przez przystępującego są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Przystępujący wskazał jedynie przyjętą stawkę wynagrodzenia w wysokości 30 zł za roboczogodzinę oraz okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. możliwość połączenia funkcji inspektorów, posiadanie biura blisko planowanej inwestycji, wykonywanie innych usług niedaleko planowanej inwestycji.

W ocenie Izby przystępujący w żaden sposób nie wykazał wysokości zarobków inspektorów zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe, a w sytuacji, gdy inspektorzy dopiero mają być zatrudnieni - złożone oferty. Przystępujący nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. Wszystkie pozostałe, wskazane w wyjaśnieniach okoliczności, są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi żadnymi konkretnymi kwotami. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przyznała to również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1253/18.

W ocenie Izby, przystępujący nie wykazał, iż wskazane okoliczności są wyjątkowe i nie innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu. Ponadto przystępujący nie wskazał, w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na jego cenę, tzn. w szczególności - o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty. Przystępujący nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego, który prosił między innymi o wskazanie, w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny oraz w jaki sposób podane okoliczności wpływają na obniżenie ceny oferty.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie przed Izbą wskazywał, że wyjaśnienia przystępującego są dla niego jasne i nie budzą wątpliwości co do tego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Argumentacja zamawiającego jest o tyle nieprzekonująca, iż wyjaśnienia nie zawierają elementów, o które zamawiający prosił w wystosowanym wezwaniu. W wyjaśnieniach przystępujący ograniczył się jedynie do wskazywania okoliczności, które mają wpływ na obniżenie ceny oferty. Wyjaśnienia te nie zostały poparte żadnymi kwotami ani szczegółowymi kalkulacjami pozwalającymi na uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny.

Izba uznała, że przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy PZP.

Zamawiający w opisanej na wstępie skardze wskazał, iż KIO, w sposób całkowicie nieuprawniony, za zasadny zarzut naruszenia art 90 ustę 1 i ustę 3 ustawy PZP poprzez- w ocenie Izby- nierzetelne, niezgodne z wyżej wymienionym przepisem przeprowadzenie postępowania w sprawie rażąco niskiej ceny oferty przystępującego. Zdaniem Izby zamawiający błędnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, co powinien był zrobić z powodu złożenia wyjaśnień niewyczerpujących przesłanek wyżej wymienionego artykuł 90 ustę 1 ustawy PZP.

Izba uznała, że zgodnie z artykułem 90 ustę 2 ustawy PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, co zdaniem Izby powoduje, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który ciężarowi temu nie sprostał. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że przystępujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Izba uznała, że przystępujący wskazał jedynie przyjętą stawkę wynagrodzenia w wysokości 30 zł za roboczogodzinę oraz okoliczności, które w

jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, to jest możliwość połączenia funkcji inspektorów, posiadanie biura blisko planowanej inwestycji, wykonywanie innych usług niedaleko planowanej inwestycji. W ocenie Izby przystępujący w żaden sposób nie wykazał wysokości zarobków inspektorów, zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności, które mogą stanowić na przykład zawarte umowy dokumenty płacowe a w sytuacji, gdy inspektorzy dopiero mają być zatrudnieni, złożone oferty. Brak tych dowodów, zdaniem Izby, dyskwalifikował wyjaśnienia przystępującego i czynił je gołosłownymi, podczas gdy, w ocenie Izby wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych sobie. W ocenie Izby, przystępujący nie wykazał, że wskazane okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu. Ponadto przystępujący nie wskazał w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na jego cenę, to jest szczególności, o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty, a co za tym idzie w ocenie Izby, przystępujący nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego, który prosił między innymi o wskazanie w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny oraz w jaki sposób podane okoliczności wpływają na jej obniżenie.

Ocena Izby jest błędna. Po pierwsze, to do wykonawcy należy wybór, w jaki sposób wykazuje, że cena nie jest rażąco niska. Wskazane w przepisie art. 90 ust. 1 i wezwaniu zamawiającego sposoby argumentacji są wyłącznie przykładowe, o czym świadczą sformułowania „w tym”, „w szczególności”. Nie trzeba więc wyczerpać całego katalogu możliwości, o ile argumentacja jest dla zamawiającego przekonująca.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia przystępującego i zawarte tam dane, przyjęte do kalkulacji ceny pozwalają mu na stwierdzenie, że za zaoferowane wynagrodzenie wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie. Zamawiający miał więc prawo przyjąć wyjaśnienia przystępującego i dokonać wyboru jego oferty, a jeśli odwołujący twierdził, że za zaoferowane wynagrodzenie zamówienia nie da się wykonać w tej cenie, gdyż przystępujący nie ujął w wyliczeniu określonych kosztów, to po jego stronie leżało wykazanie tego. Odwrócony ciężar dowodowy miałby miejsce, gdyby odwołujący zarzucił naruszenie art. 90 ust. 1 a PZP, a nie art. 90 ust. 1 PZP.

Biorąc pod uwagę specyfikę zamawianych w postępowaniu usług, które stanowi nadzór inwestorski, uregulowany co do przedmiotu w ustawie prawo budowlane, która w art. 25 i 26 określa kompetencje i obowiązki inspektora nadzoru, prowadzające się do

nadzorowania wykonywanych robót budowlanych i reprezentowania inwestora na budowie, realizacja usług będzie związana z zapewnieniem na budowie odpowiednich osób, odpowiedzialnych za nadzorowanie robót budowlanych.



Osoby te, posiadające określone uprawnienia, będą działać na budowie w [REDACTED]. Żaden z innych wykonawców, zgłaszających ofertę, poza przystępującym, nie ma siedziby w [REDACTED]. Tymczasem przekłada się to konkretnie na preferencyjne warunki wykonania zamówienia, gdyż powoduje zniesienie dodatkowych kosztów, związanych z delegowaniem osób, wykonujących zamówienie, koniecznych do poniesienia przez wykonawców spoza miejsca budowy, takich jak koszt delegacji, transportu, noclegu, żywienia, zapłaty za dodatkowy czas pracowników. Biorąc pod uwagę, że w przypadku usług nadzoru nie są wymagane żadne dodatkowe materiały ani urządzenia do świadczenia usług, brak odległości od miejsca budowy stanowił wystarczające uzasadnienie do przyjęcia przez wykonawcę, że jedynym kosztem realizacji zamówienia jest koszt wynagrodzenia osób uprawnionych, który w wyjaśnieniach został skalkulowany, pozostawiając znaczny zysk. Przedstawione przez przystępującego do wyjaśnień dokumenty, wskazujące na rynkowość wynagrodzenia za pełnienie nadzoru w porównaniu z inną inwestycją, realizowaną na terenie tego samego województwa, dodatkowo przekonały zamawiającego, że oferowana przez przystępującego cena nie jest rażąco niska. W przedłożonym przez przystępującego wykazie osób, na wzorze, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, przystępujący wskazywał każdorazowo, że osoby, wykonujące zamówienie, są to osoby, których podstawą zatrudnienia jest umowa cywilnoprawna, w związku z czym zamawiający na podstawie artykułu 90 ustęp 1 PZP zamawiający miał obowiązek zweryfikowania, czy osoby te nie będą zatrudnione na podstawie stawek niższe niż minimalna stawka godzinowa, która zgodnie z obowiązującą w 2019 r. stawką nie mogła być niższa niż 14,70 zł. Przedstawiona przez przystępującego w wyjaśnieniach stawka, wynosząca 30 zł, jest od stawki minimalnej ponad dwukrotnie wyższa. Zamawiający mógł się oprzeć na tych wyjaśnieniach i poprzestać na ocenie zadeklarowanej wysokości wynagrodzenia osób, które mają w przyszłości realizować zamówienie. Nie musiał egzekwować od wykonawcy dowodów, że osoby te zostały już zatrudnione, ani też ofert zatrudnienia, biorąc pod uwagę, że budowa, która ma zostać nadzorowana, jeszcze nie została wdrożona, ani też nie jest znany dokładny termin jej rozpoczęcia. Biorąc pod uwagę, że wskazana stawka jest stawką rynkową, co wynika z innych postępowań o realizację zamówień publicznych i informacji powszechnie dostępnych, chociażby w Internecie, przedstawione przez Izbę argumenty,

dotyczące braku odpowiedzi przystępującego na wezwanie zamawiającego są niezasadne. Zamawiający wskazał w wezwaniu z dnia 9.09.2019, że żąda od przystępującego wykazania, że cena nie jest rażąco niska. „Wykazać” zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN, oznacza „ujawnić istnienie czegoś”. Nie jest to tożsame z pojęciem „udowadniać”, co zgodnie z tym samym słownikiem oznacza „wykazywać prawdziwość czegoś, przytaczając dowody”. Zamawiający zawarł za powołanym przepisem artykułu 90 ustęp 1 PZP wskazanie, że w ramach wykazania w tym żąda przedstawienia dowodów kalkulacji itd. co było przywołaniem katalogu przykładowego, którego wykonawca nie musiał wyczerpać, o ile przedstawione wyjaśnienia były wiarygodne, ujawniały, że za daną cenę da się zrealizować zamówienie, a za takie uznał je zamawiający. Wobec powyższego w ocenie zamawiającego Izba dokonała błędnej wykładni artykułu 90 ustęp 1 i 2 PZP, a na skutek tego błędnego zastosowania artykułu 90 ustęp 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 p. 4) PZP i błędnie zastosowała art. 192 ust. 2 PZP, uwzględniając odwołanie i nakazując odrzucenie oferty przystępującego, a co za tym idzie obciążyła skarżącego niezasadnie kosztami postępowania.

Zgodnie z art. 179 PZP interes prawny zamawiającego we wniesieniu skargi polega na tym, że w razie jej uwzględnienia uzyska możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę, którego oferta została przez niego uznana za najkorzystniejszą, za najniższą cenę, nie będącą jednak ceną rażąco niską.

W odpowiedzi na skargę zamawiającego odwołujący Konsorcjum [REDAKTOWANE] spółka z o.o. we [REDAKTOWANE] wniosła o oddalenie skargi oraz zasądzenie kosztów w przypadku ustanowienia w postępowaniu profesjonalnego pełnomocnika. W uzasadnieniu podano, iż skarga w ocenie odwołującego jest bezzasadna. Sam fakt uznania wysokości ceny wskazanej w ofercie złożonej przez interwenienta ubocznego, w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego, za rażąco niską jest bezsporny i nie może być kwestionowany. We wniesionym przez siebie odwołaniu odwołujący wskazał oparte na prawie przesłanki, prowadzące do uznania, że wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, zawarte w piśmie Interwenienta ubocznego złożonym na żądanie Zamawiającego w dyspozycji art. 90 ust. 2 PZP nie mogą zostać uznane za zasadne i zgodne z wymogami tak PZP, jak i utrwalonym orzecznictwem w tym zakresie. Wyłącznie nierzetelne

przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie w sprawie rażąco niskiej ceny było przyczyną uznania wyjaśnień interwenienta za wystarczające. Zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1a pkt 1) PZP Interwenient uboczny, jako przystępujący do postępowania przed KIO po stronie Zamawiającego, miał możliwość wykazania na rozprawie, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czego jednak nie uczynił. W konsekwencji KIO uznała zasadnie, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP oferta złożona przez interwenienta ubocznego winna zostać odrzucona, bez kolejnego wzywania do złożenia wyjaśnień, jako sprzecznego z art. 90 ust. 3 PZP. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 1a PZP oznacza dla wykonawcy, do którego wezwanie to wystosowano, obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskich. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty" (wyr. KIO z 20.4.2017 r., KIO 681 /17, Legalis). W art. 190 ust. 1a (postępowanie odwoławcze przed KIO) oraz w art. 198ea PZP (postępowanie przed sądem okręgowym), określona została zasada odwróconego ciężaru dowodowego, zgodnie z którą, obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa odpowiednio bądź na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: stroną postępowania albo interwenientem), bądź na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: nie jest stroną postępowania albo interwenientem). Odwołanie złożone przez



odwołującego zawierało zarzuty świadczące zarówno o tym, że złożone przez interwenienta ubocznego wyjaśnienia są co najmniej niewystarczające w świetle treści art. 90 ust. 1 PZP, jak i o nierzetelności postępowania prowadzonego w tym zakresie przez Zamawiającego, a argumenty te okazały się wystarczające do przyjęcia odwołania do rozpoznania przez KIO i uwzględnienie ich w orzeczeniu tego organu.

Odwołujący zakwestionował także uzasadnienie interesu prawnego skargi, w której pełnomocnik zamawiającego wywodził, że w razie jej uwzględnienia zamawiający uzyska możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę, którego oferta została przez niego uznana za najkorzystniejszą, za najniższą cenę, nie będącą jednak ceną rażąco niską, a więc w domyśle - przez [REDAKTOWANO] sp. z o.o. w [REDAKTOWANO]. Przypuszczenie powyższe ma w ocenie odwołującego znamiona prawdopodobieństwa polegające na tym, że gdyby zamawiający nie był zainteresowany wyborem konkretnego wykonawcy, to złożenie skargi na orzeczenie KIO nie leżałoby w interesie, gdyż wybrałby, jak deklaruje, ofertę zawierającą najniższą cenę spośród ofert, które nie zawierały ceny rażąco niskiej, a więc ofertę odwołującego. W tym kontekście oświadczenie pełnomocnika zamawiającego wydawać się może, w ocenie odwołującego, przesłanką faworyzowania danego, konkretnego wykonawcy i rozpatrywane być może jako złamanie prawa, oparte na przepisach innych, niż prawo zamówień publicznych. Dodatkowo oświadczenie to może wskazywać rzeczywisty powód decyzji zamawiającego z dnia 18.10.2019 r. o unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym pn. Przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb [REDAKTOWANO] w [REDAKTOWANO] przy [REDAKTOWANO]. Uwzględnienie odwołania w części spowodować mogło odstąpienie od rozpatrzenia odwołania przez KIO i przez to umożliwienie wezwania Interwenienta ubocznego do kolejnych wyjaśnień, w rezultacie których jego oferta odpowiadałaby prawu i mogłaby bezpiecznie zostać uznana za najkorzystniejszą. Podtrzymanie odwołania przez odwołującego w zakresie zarzutów nieuznanych za zasadne przez zamawiającego pozwoliło na kontrolę jego działań i w rezultacie uniemożliwiło wybór preferowanego wykonawcy.

Skarga na orzeczenie z dnia 23 października 2019r. została przekazana Sądowi Okręgowemu do rozpoznania w dniu 16 grudnia 2019r., mocą postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach ( sygn. akt I ACo 109/19). Akta sprawy wpłynęły do SO w Gliwicach w dniu 16 stycznia 2020r.

Pismem z dnia 17 lutego 2020r. uczestnik- odwołujący powiadomił, że w dniu 03 stycznia 2020r. minął termin związania ofertą przez uczestnika w postępowaniu przetargowym a decyzją skarżącego zwrócono mu wadium.

Na rozprawie w dniu 28 lutego 2020r. skarżący popierał w całości wniesioną skargę podkreślając, iż cena przystępującego wbrew ustaleniom KIO nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Biorąc pod uwagę siedzibę przystępującego i koszty związane z bezpośrednim nadzorem, które stanowią koszty osobowe przy przeanalizowaniu, że przystępujący osiągnie zysk daje podstawę do przyjęcia, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał, iż uczestnik nie dokonał oceny kosztów osobowych a przedstawiona przez przystępującego oferta jest ofertą poniżej cen rynkowych. Koszty nadzoru nie mogą być rozpatrywane bez uwzględnienia kosztów konkretnego inspektora, a jak wynika z oferty przystępującego, nie każdy inspektor posiada miejsce zamieszkania bezpośrednio w biurze przystępującego.

Sąd Okręgowy po rozpoznaniu zarzutów merytorycznych skargi zważył co następuje:

Skarga jest nieuzasadniona i jako taka podlega oddaleniu.

Sąd Okręgowy w całości przyjmuje ustalony przez KIO stan faktyczny a także wywody dotyczące zasadności zarzutów odwołującego. KIO zastosowała poprawnie prawo materialne i po szczegółowej analizie wydała odpowiadające prawu rozstrzygnięcie. Po dokonaniu analizy toku postępowania oraz orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wraz z jego pisemnym uzasadnieniem nie stwierdzono zasadności podnoszonych przez skarżącego zarzutów naruszenia prawa materialnego. Odwołanie zostało zbadane przez Krajową Izbę Odwoławczą w sposób prawidłowy, rzetelny i pełny. Skład orzekający Izby dokonał prawidłowych ustaleń zarówno w zakresie stanu faktycznego, jak i prawnego, a to na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, który poddano logicznej ocenie. Należy podkreślić, że uzasadnienie wyroku sporządzone przez Krajową Izbę Odwoławczą pozwala Sądowi Okręgowemu na dokładną kontrolę prawidłowości skarzonego rozstrzygnięcia. Przed przystąpieniem do oceny poszczególnych zarzutów zawartych w skardze należy przypomnieć, że sąd rozpoznający skargę winien zajmować się wyłącznie oceną, argumentów, które były przedmiotem odwołania, uwzględnienia odwołania. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 198f ust. 4 ustawy PZP sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania, o zatem sąd rozpoznający skargę winien zajmować się wyłącznie oceną, tych argumentów i zarzutów wraz z ich uzasadnieniem, które zostały podtrzymane i wyartykułowane w skardze, a jednocześnie były przedmiotem rozpoznania w ramach złożonego uprzednio odwołania. Rozpoznając poszczególne zarzuty skargi podać

7  
61212/19  
należy w pierwszej kolejności „iz problematyka „ceny rażąco niskiej” w postępowaniu prowadzonym na podstawie PZP stanowi jedną z najczęstszych podstaw odwołań do KIO a także skarg wnoszonych od wydanych przez KIO orzeczeń. Zarówno doktryna, praktyka a także judykatura wskazują jakimi przesłankami należy się kierować przy dokonywaniu oceny nieostrego pojęcia „cena rażąco niska”. Co oczywiste każda sprawa podlega indywidualnemu badaniu ze względu na swoją specyfikę czy warunki w jakich będzie prowadzone zadanie w reżimie zamówienia publicznego. Ustawodawca wymaga jednak od uczestników przede wszystkim transparentnego postępowania a postępowanie dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości przy dokonywaniu ocen zgłoszonych ofert.

Nie budzi wątpliwości w stanie faktycznym, iż zamawiający w oparciu o przepis art. 90 ust 1 ustawy PZP wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień , w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu z dnia 09 września 2019r. zamawiający zwrócił się o podanie wyjaśnień oraz wskazania dowodów dotyczących oferty i wyliczenia ceny z ponowną kalkulacją . Jak ustalono w stanie faktycznym zamawiający wskazał ,iż określona z należytą starannością wartość szacunkowa usługi nadzoru autorskiego w ramach zadania wynosi 964.312,62 zł brutto, z kolei oferta przystępującego wynosi 366.909 zł brutto i jest znacząco niższa od wysokości przyjętego szacunku jak również od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu, która wynosi 1.255.192,36 zł brutto.

Zamawiający podał, iż w składanych wyjaśnieniach należy odnieść się w szczególności do oszczędności , pomocy publicznej , wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia , powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Wskazać należy ,iż ,iż sama konstrukcja przepisu art. 90 ustawy PZP , jak wielokrotnie już wskazywano w orzecznictwie , zawiera domniemanie prawne (preasumptio iuris) ,iż cena oferty jest rażąco niska co uzasadniać ma zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Z kolei wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemanie, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej obciąża wykonawcę. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyczerpujących wyjaśnień dla udowodnienia realności zaoferowanej ceny oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna tak jak i podane w ofercie elementy cenotwórcze.

Wskazać także należy, iż nie jest dopuszczalne przyjęcie przez zamawiającego go przyjęcie wyjaśnień, które są niepełne bądź niejasne. W orzecznictwie przyjmuje się, iż wyjaśnienia

wykonawcy powinny odnosić się do wszystkich wymaganych kwestii wezwaniem, a nie tylko do tych, które wykonawca uznaje za odpowiadające regulacjom z art. 90 ustawy pzp. W orzeczeniu z dnia 25.11.2014r., KIO 2371/17 przyjęto wprost, iż brak kompletnych oraz spójnych i wyczerpujących wyjaśnień stanowi podstawę do zastosowania art. 90 ust 3 ustawy, jako podstawy odrzucenia ofert wykonawcy.

W ocenie Sądu Okręgowego przy podstawowym założeniu, że nie jest dopuszczalne domniemywanie treści oferty na podstawie wyjaśnień złożonych w przedmiocie rażąco niskiej ceny, wykonawca może wszelkimi dowodami, a nie tylko tymi, o złożenie których wzywał zamawiający, ale i także dowodami wskazanymi przez siebie, winien wykazywać możliwość realnego i rzetelnego wykonania zamówienia za zaproponowaną cenę. Z kolei zamawiający jest zobligowany przeanalizować i ocenić otrzymane wyjaśnienia, m.in. pod kątem ich wiarygodności. Oceny oferty można dokonać wyłącznie w oparciu o dokumentację konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a wykonawca winien dążyć do takiego wyjaśnienia kalkulacji ceny, które przekona, że wykonawca przyjął racjonalne założenia co do koniecznych do poniesienia kosztów i nakładów. Rzeczą wykonawcy jest usunięcie jakichkolwiek wątpliwości zamawiającego, że cena ofertowa nie jest ustalona na zaniżonym poziomie.

Przekładając powyższe na stan faktyczny przedmiotowej sprawy jest słuszny zarzut odwołującego dot. pominięcia konieczności wskazania przez wykonawcę dowodów i braku stosownego uzasadnienia stanowiska zamawiającego w tym zakresie. W uzasadnieniu orzeczenia KIO z dnia 09 września 2019r. wskazano wprost, iż wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, iż jego cena była ceną rynkową a zamawiający nie wykazał, iż w sposób trafny dokonał oceny złożonych wyjaśnień.

Przyjęcie przez zamawiającego za wystarczające wyjaśnienie wykonawcy co do stawki za wynagrodzenie na poziomie 30 zł za roboczegodzinę, usytuowanie biura wykonawcy w pobliżu inwestycji, a także możliwość łączenia funkcji inspektorów słusznie Izba uznała za niewystarczające. Wykonawca nie złożył bowiem szczegółowych kalkulacji prac, które zamierzał wykonać siłami własnymi i zbyt ogólnie podał główne czynniki cenotwórcze. Z kolei złożenie przez wykonawcę sprzecznej informacji co do posługiwania się pomocą podwykonawców także winna budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego. Trudno zatem uznać wyjaśnienia wykonawcy za wystarczające tym bardziej, że celowym było wykazanie istotnych dla zamawiającego okoliczności dowodami, które dla sprawy miały charakter zasadniczy. W istocie wykonawca nie wskazał żadnych dowodów, które pozwalałyby na dokonanie oceny czy dane zawarte w jego ofercie są adekwatne i uzasadnione co do cen

zaoferowanych przez pozostałych czterech oferentów. Same ogólne dane bez wyjaśnienia elementów cenotwórczych tj cen kosztów pracy czyni w istocie dowody przedstawione przez wykonawcę nieweryfikowalnymi. Wbrew twierdzeniom skarżącego KIO dokładnie wskazała, iż celem procedury wyjaśniającej było umożliwienie zamawiającemu dokonanie weryfikacji poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny a złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i zaniechanie przedłożenia dowodów nie wykazywały żadną miarą realności zaoferowanej ceny.

Trafna jest dokonana ocena wyjaśnień pod kątem braku obalenia domniemania, iż oferta wykonawcy zawierała cenę rażąco niską.

Jak wskazano na wstępie Przepisy PZP nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP, ale i w art. 90 PZP. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie może zatem ostać się zarzut sprzecznych ustaleń KIO z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy ( art. 192 ust 2 PZP) a to wobec stwierdzenia przez Izbę naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ istotny na wyniku postępowania o udzielenie zamówienia i uwzględnienie odwołania. W ocenie Sądu Krajowa Izba Odwoławcza w sposób prawidłowy wskazała ,iż zamawiający wbrew przepisom art. 90 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 89 ust.1 pkt 4 PZP nie dokonał w ramach postępowania wyjaśniającego wszechstronnej analizy oferty wykonawcy i z pominięciem żądanych dowodów jedynie na podstawie ogólnikowo złożonych wyjaśnień przyjął ,że ██████████ spółka z o.o. zaproponowała cenę bez cech „ceny rażąco niskiej”. Zarzut naruszenia zasad oceny dowodów i wyciągania z nich poprawnych zarówno logicznie, jak i jurydycznie, wniosków nie może polegać wyłącznie na przedstawieniu własnej, korzystnej dla skarżącego wersji zdarzeń, ustaleń stanu faktycznego i ocen ich konsekwencji, lecz konieczne jest, posługując się argumentami wyłącznie prawnymi wykazywanie, że kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone.

Jak wskazano na wstępie wykonawca posiadał uprawnienie do złożenia dowodów nie tylko żądanych przez wykonawcę, ale także innych, jednakże podlegających obiektywnym kryteriom możliwości ich sprawdzenia przez pryzmat ceny rażąco niskiej. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, iż wykonawca nie obalił domniemania wynikającego z art. 90 ustawy PZP Zgodzić się należy ze stwierdzeniem, iż dysproporcja cen zaoferowanych przez

kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.

W ocenie Sądu wykonawca nie udźwignął obowiązku wykazania, iż wykona pracę za oferowaną przez siebie cenę. Nie jest, z przyczyn oczywistych, uzasadniony argument skarżącego zmierzający do wykazania, że to na odwołującym spoczywał obowiązek wykazania na podstawie art. 6 kc w zw. z art. 14 PZP. Błędnie bowiem zamawiający omija jasne uregulowanie wynikające z art. 90 ust.2 PZP. W postępowaniu przed KIO na podstawie art. 190 ust.1a pkt1 PZP przystępujący winien był czynnie brać udział w postępowaniu dowodowym czego zaniechał.

Na marginesie podnieść należy, iż nawet wówczas, gdy ceny pozostałych wykonawców są zbliżone kwotowo to okoliczność taka nie ma decydującego znaczenia, a raczej badane jest to czy dany wykonawca jest w stanie wykazać, że cena jego ofert została skalkulowana rzetelnie, odpowiednio do realnych warunków działania, dostępnych właśnie temu wykonawcy. Brak możliwości wykazania rzetelności ceny oferty przez wykonawcę skutkuje negatywnie dla tego wykonawcy także wówczas, gdy ceny innych ofert znajdują się na podobnym poziomie. Zapomina skarżący, że żądał od wykonawcy dowodów, co dawałaby pełny obraz czynników składowych ceny. Słusznie Izba przyjęła, iż ogólne wyjaśnienia w tym zakresie nie mogą być wystarczające dla dokonania oceny pod kątem ceny rażąco niskiej, jako pozbawione niezbędnych elementów wpływających na rzeczywistą cenę oferty. Zarzut odwołującego, że zamawiający nie był w stanie dokonać jakiegokolwiek oceny kosztów osobowych gdyż wykonawca – przystępujący nie dokonał stosownej kalkulacji kosztów osobowych jest słuszny co dodatkowo wzmacnia argumentację KIO. Słusznie Izba wskazała, iż niewiarygodne są zapewnienia wykonawcy co do przyjętej stawki za roboczogodzinę i uznanie, iż łączenie branż zapewni dodatkowe oszczędności przy planowanym zysku stanowiącym prawie 1/3 oferty a po dokonaniu takiej oceny oferta Wykonawcy powinna być odrzucona. Ostatecznie zatem Izba poprawnie przyjęła, iż zamawiający wbrew przepisowi art. 90 ust.1 i 3 PZP w sposób niezgodny oraz nierzetelny przeprowadził postępowanie w sprawie rażąco niskiej ceny oferty przystępującego i zaniechania odrzucenia oferty ██████████ spółka z o.o. z powodu złożenia wyjaśnień niewyczerpujących przesłanek art. 90 ust.1 PZP.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 f ust. 2 Pzp oddalił skargę zamawiającego jako bezzasadną, orzekając o kosztach postępowania stosownie do jego wyniku na mocy art. 198 f ust. 5 PZP

Art. 198a ust. 1 PZP stanowi, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. W rozpoznawanej sprawie profesjonalny pełnomocnik występował przed Sądem Okręgowym tylko po stronie skarżącego, który ostatecznie nie utrzymał się z żądaniem skargo a koszty poniesione przez strony w ramach postępowania przed KIO objęte zostały już orzeczeniem z dnia 23 października 2019r.

Sędzia Łukasz Malinowski

Sędzia Małgorzata Korfanty

Sędzia (del) Agata Żuradzka – Stuglik



Na oryginale właściwe podpisy  
z up. Kierownika sekretariatu  
zgodność z oryginałem stwierdza

Sekretarz sądowy

*Demucha*  
Agnieszka Demucha