

WYROK
z dnia 8 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Śląska Sieć Metropolitalna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bojkowska 37/3, 44-100 Gliwice, 2. ITTI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rubież 46, 61-612 Poznań, 3. ECM Group Polska Spółka Akcyjna, ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zabrze - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej, ul. Piastowska 11, 41-800 Zabrze,**

orzeka:

- 1) oddala odwołanie;
- 2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Śląska Sieć Metropolitalna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bojkowska 37/3, 44-100 Gliwice, 2. ITTI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rubież 46, 61-612 Poznań, 3. ECM Group Polska Spółka Akcyjna, ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania,

2.1. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
1. Śląska Sieć Metropolitalna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bojkowska 37/3, 44-100 Gliwice, 2. ITTI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rubież 46, 61-612 Poznań, 3. ECM Group Polska Spółka Akcyjna, ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa na rzecz Miasta Zabrze - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej, ul. Piastowska 11, 41-800 Zabrze, kwotę **3 921 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia jeden złotych zero groszy), tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) i kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę (321 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Zabrze - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej z siedzibą w Zabrzu, dalej „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi Inżyniera Kontraktu dla projektu pn.: „Budowa Zabrzeńskiej Szerokopasmowej Sieci Światłowodowej - etap II i III - wraz z punktem hot-spot”, nr postępowania: DR.271.11.2012.PG.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 czerwca 2012 r., nr 2012/S 120-199386.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Śląska Sieć Metropolitalna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, 2. ITTI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, 3. ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „Pzp” oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji niezgodnej z przepisami czynności wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy i w konsekwencji nie odrzucił oferty Odwołującego, oferta ta zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 przez uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i w konsekwencji podlega odrzuceniu,

2) art. 91 ust. 1 przez wybór najkorzystniejszej oferty, która nie stanowi oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V. oraz CTG Sp. z o.o.,
- 3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że odwołanie zostało wniesione w dniu 26 października 2012 r., w terminie 10 dni od zawiadomienia Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego (pismo z dnia 19 października 2012 r), tj. w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Wskazał, że Zamawiający uznał za podstawę odrzucenia oferty rażąco niską cenę, gdyż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie eliminują domniemania rażąco niskiej ceny w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Odwołujący nie zgodził się z powyższym, przedstawiając w uzasadnieniu odwołania następujące stanowisko.

I. W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że na poziom ceny ofertowej nie wpływa sama wartość projektu, który ma być objęty usługą Inżyniera Kontraktu, a jedynie zakres obowiązków i czas świadczenia usługi wynikający z opisu przedmiotu zamówienia. O wartości projektów liniowych, jakimi są oba przywołane przez Zamawiającego przedsięwzięcia, w głównej mierze decyduje wartość dostarczanej infrastruktury oraz wartość robót, które mają zostać wykonane przez wykonawcę Zabrzeńskiej Szerokopasmowej Sieci Światłowodowej. O wartości natomiast usługi Inżyniera Kontraktu decydują przede wszystkim wymagania dotyczące personelu, który ma świadczyć usługę i czas jej świadczenia. Tym samym przywołana przez Zamawiającego argumentacja odwołująca się do wartości projektów „Silesia net - budowa społeczeństwa informacyjnego w subregionie centralnym województwa śląskiego: Miasto Zabrze” oraz „Budowa Zabrzeńskiej Szerokopasmowej Sieci Światłowodowej - etap II i III - wraz z punktem hot-spot”, powinna zostać uznana za niezasadną, a przywołane wartości nie mają i nie powinny mieć bezpośredniego wpływu na cenę usługi Inżyniera Kontraktu.

Odnosząc się do uzasadnienia, że wykonawca nie przedstawił w ramach wyjaśnień kalkulacji z podziałem na narzucone przez Zamawiającego w formularzu „wykaz cen” elementy składowe ceny ofertowej, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w zupełnie inny sposób sformułował swoje żądanie w treści wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący podniósł, że został zobowiązany do szczegółowego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz powodów zaoferowania ceny, a także wskazania

stanu faktycznego uwzględniającego, co najmniej:

- 1) koszty osobowe - związane z szeroko pojętym „zatrudnieniem” i utrzymaniem przez cały okres realizacji zamówienia personelu wymaganego przez Zamawiającego,
- 2) koszty organizacji biura oraz ewentualnie,
- 3) koszty finansowe związane z realizacją zamówienia (w tym m.in. koszty wynikające z § 13 oraz § 16 projektu umowy).

Odwołujący podał, że mógł wskazać również inne elementy, które mogłyby zostać poddane ocenie, a jednocześnie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wobec tego uznał, że Zamawiający nie sprecyzował, iż oczekuje przedstawienia wyjaśnień w podziale na wymyślone przez siebie elementy składowe ceny ofertowej. Tym samym Odwołujący stwierdził, że należy uznać, iż wykonawca miał prawo przedstawić jakąkolwiek kalkulację ceny ofertowej, pod warunkiem uwzględnienia w niej wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów. Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja nie uwzględnia jakichś wynikających z opisu przedmiotu zamówienia usług Inżyniera Kontraktu, czy też niektóre z istotnych obowiązków Inżyniera Kontraktu zostały istotnie zaniżone.

Zarzucając niezgodność przedstawionych wyjaśnień, w tym w szczególności kalkulacji składników oferty, z wymyślonym podziałem ceny ofertowej na elementy składowe, Zamawiający poprzestał na zdawkowym i ogólnikowym stwierdzeniu, że taka sytuacja spowodowała ich nieczytelność. Odwołujący zauważył, że jeżeli Zamawiający oczekiwał jakiegoś szczególnego sposobu przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej, powinien to wyraźnie sprecyzować w treści wezwania. Jeśli jednak tego nie zrobił, to nie powinien w chwili obecnej wyciągać negatywnych dla Odwołującego konsekwencji wynikających z braku precyzji w formułowaniu swoich oczekiwań.

Na marginesie Odwołujący wspomniał, że nie można również zgodzić się z zarzutem nieczytelności przedstawionej kalkulacji. W ocenie Odwołującego, przedstawione w kalkulacji pozycje zostały opisane w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a sposób wyliczenia ceny oparty o stosowane ceny jednostkowe i jednostki metryczne, jest przejrzysty i pozwalający na dokładną weryfikację poprawności przeprowadzonych wyliczeń. Tym samym złożone wyjaśnienia nie odwoływały się do kategorii ogólnych, a jak wymagał tego Zamawiający, opierały się o stosowane stawki robocze i szacowaną prędkość.

Reasumując, Odwołujący uznał zarzut niezgodności przedstawionych wyjaśnień z oczekiwaniami Zamawiającego i ich nieczytelności, jako niezasadny i niezastępujący na uwzględnienie.

Odwołujący podkreślił również, że uzasadnienie Zamawiającego ma charakter ogólnikowy, nie poparty żadnymi dowodami, co uniemożliwia pełne odniesienie się do postawionych zarzutów i jednocześnie, w ocenie Odwołującego, nie może stanowić podstawy do

uznania zaproponowanej ceny, jako rażąco niskiej.

II. Odnosząc się kolejno do zarzutów Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, co następuje.

1. Przedstawiona w wyjaśnieniach możliwość obniżenia kosztów dojazdów ze względu na fakt zaangażowania tych samych ekspertów do realizacji dwóch projektów na rzecz Zamawiającego, odnosi się tylko do czasu, w którym oba projekty będą realizowane równolegle. Odwołujący nie twierdził i nie twierdzi, że przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia będą występować okoliczności umożliwiające w powyższym zakresie obniżenie kosztów realizacji usługi. Przedstawiony więc przez Zamawiającego zarzut opiera się na nie wynikającym z wyjaśnień Odwołującego domniemaniu, a tym samym nie zasługuje na uwzględnienie jako nie oparty na prawdzie.

2. W zakresie możliwości zaangażowania inspektorów/specjalistów w realizację kilku kontraktów, Odwołujący zauważył, że zarzut zagrożenia niepoprawnym wykonywaniem powierzonych obowiązków uznać należy za chybiony i wynikający najprawdopodobniej z nieznajomości sztuki budowlanej. Praca inspektora nadzoru polega na weryfikacji i kontroli poprawności prowadzonych przez wykonawcę robót budowlanych. W trakcie realizacji inwestycji inspektor nadzoru prowadzi kontrolę poprawności i terminowości prowadzonych robót budowlanych oraz decyduje o możliwości wykonywania kolejnych prac, w tym w szczególności robót zanikowych. Każda wizyta i efekt kontroli inspektora potwierdzany jest stosownym wpisem do dziennika budowy. Tym samym inspektor nadzoru nie musi przebywać na placu budowy przez cały czas wykonywania robót, a jedynie w czasie niezbędnym na przeprowadzenie stosownych kontroli i ustaleń. W związku z powyższym, w trakcie jednego dnia roboczego, w zależności od zakresu prac, inspektor może rzetelnie świadczyć usługi w ramach kilku inwestycji znajdujących się na danym obszarze.

3. Odnosząc się do zarzutu niepoprawnej ilości godzin pracy ekspertów przyjętej przez Odwołującego w kalkulacji ceny oferty, Odwołujący podniósł, że uzasadnienie Zamawiającego w powyższym zakresie sprowadza się do stwierdzenia, iż kwestionuje on wskazaną przez Odwołującego ilość godzin pracy ekspertów i przywołania postanowień wzoru umowy stanowiących część SIWZ. Tym samym stwierdził, że należy uznać, iż Zamawiający postawił jedynie tezę nie podając żadnego uzasadnienia faktycznego.

Bez względu na powyższe, Odwołujący wskazał, że przyjęte w ofercie szacunki roboczogodzin przypisanych do każdego z ekspertów wynikają z licznych doświadczeń podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Odwołującego, a przede wszystkim wynikają z konsultacji z ekspertami wykazanymi w ofercie posiadającymi bogate, wieloletnie doświadczenie w realizacji inwestycji budowlanych, którzy mają zostać oddelegowani do realizacji przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo zauważył, że w kalkulacji ceny ofertowej, pod pozycją VI.1. oraz jako część marży, zostały uwzględnione: ryzyko oraz ewentualne koszty związane z

wystąpieniem konieczności dodatkowego zaangażowania poszczególnych ekspertów, czy też wykonania innych prac na rzecz Zamawiającego. Tym samym, również wątpliwości Zamawiającego dotyczące potencjalnego wykorzystania tzw. limitu godzin przypisanego każdemu z ekspertów są niezasadne.

Jednocześnie wskazał, że inwestycja będzie realizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj”, tym samym czas pracy poszczególnych ekspertów nie będzie dotyczył całego okresu realizacji projektu. Eksperci ds. projektowania będą zaangażowani w prace na początku realizacji inwestycji, natomiast inspektorzy nadzoru będą zaangażowani dopiero po rozpoczęciu prac budowlanych. Podniósł, że należy przyjąć, iż szacowany czas związany z zaprojektowaniem i doprowadzeniem do rozpoczęcia realizacji inwestycji wynosi ok. 6 miesięcy.

W związku z powyższym uznał uzasadnienie Zamawiającego kwestionujące przyjętą ilość godzin pracy poszczególnych ekspertów, za niezasadne i chybione.

4. W odniesieniu do zarzutu braku staranności sporządzenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie niespójności pomiędzy ceną cząstkową wskazaną w ofercie, a kosztami wskazanymi w złożonej w ramach wyjaśnień kalkulacji wskazał, że zarzut jest całkowicie niezasadny.

Zamawiający uzasadnił m.in., że „w wykazie cen (formularz VI.9) załączonym do oferty konsorcjum, pozycja o nazwie „SIWZ dla Kontraktu 5” została wyceniona na 4.772,00 zł netto, w wyjaśnieniach natomiast już tylko na kwotę 2.800,00 zł netto”. Odwołujący zauważył, że kwota 2.800,00 zł podana w kalkulacji ceny jest kwotą brutto, nie zaś jak błędnie wskazał Zamawiający netto. Jednocześnie wyjaśnił, że podana w kalkulacji kwota obejmuje koszt przygotowania dokumentacji wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami, modyfikacjami i odpowiedziami. Natomiast podana w ofercie kwota dla „SIWZ dla Kontraktu 5” stanowi cenę za przygotowanie dokumentacji wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami, modyfikacjami i odpowiedziami, jak również prace takie jak wydruki oraz uczestnictwo w komisjach przetargowych ujęte, jako koszty wspólne dla całego projektu odpowiednio w pkt 2 poz. Wydruki oraz poz. Dotyczących udziału w komisjach przetargowych. Do kosztów została doliczona również marża w wysokości 15% zgodnie z załączoną kalkulacją. Na marginesie wspominał, że w odniesieniu do pozycji „SIWZ dla Kontraktu 5” Zamawiający narzucił limit, iż cena w rzeczowym zakresie nie może być większa niż 2% wartości wynagrodzenia. Tym samym Odwołujący został zmuszony do wpisania do „wykazu cen” kwotę wynikającą z łącznej kalkulacji całej oferty, nie zaś realną wartość elementu składowego ceny ofertowej, jakim jest „SIWZ dla Kontraktu 5”.

Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie Zamawiającego należy uznać za chybione i wynikające z niezrozumienia zasad kalkulacji cen ofertowych, w tym również narzuconego przez Zamawiającego sposobu podawania cen cząstkowych w ofercie.

5. W odniesieniu do błędu w podaniu w wyjaśnieniach terminu zakończenia projektu, Odwołujący wskazał, że stanowi on omyłkę pisarską. Odwołujący podał, że kalkulując ofertę przyjmował, jako planowany termin zakończenia realizacji usługi 30 kwietnia 2014 r.

Mając na uwadze charakter stwierdzonej omyłki i brak jej wpływu na poprawność i rzetelność kalkulacji uznał, że zarzut ten nie może stanowić podstawy uzasadnienia do uznania złożonej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz kosztów dojazdu. W uzasadnieniu pisma Zamawiający podtrzymał stanowisko, co do zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, z powodu rażąco niskiej ceny. Wskazał orzecznictwo Izby i Sądu Okręgowego w Katowicach, z których wynika potwierdzenie stanowiska Zamawiającego (wyroki: KIO 850/12, KIO 958/12, KIO 1137/08, KIO 671/08 oraz Sądu z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/2007). Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga III/2007 w sprawie rozkładu ciężaru dowodów. Podniósł, że w razie wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy (wyrok KIO 830/12 i KIO 833/12). Złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowaną cenę jest zrównane w skutkach z nie złożeniem wyjaśnień i prowadzi do odrzucenia oferty. Wskazał w tym zakresie obowiązki wykonawcy i zamawiającego powołując się na wyrok KIO 850/12. Przedstawił szczegółowo czynności Zamawiającego w chronologicznym porządku ich dokonania wraz z uzasadnieniem, podnosząc, że w postępowaniu złożono 3 oferty, wobec dwóch wykonawców Zamawiający wystosował wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i po dokonaniu oceny wyjaśnień, odrzucił ofertę Odwołującego, wybierając jako najkorzystniejszą, ofertę z ceną drugą w kolejności pod względem zaoferowanej kwoty. Podniósł, że w wezwaniu żądał przedstawienia szczegółowych i konkretnych wyjaśnień wraz z ewentualnymi dowodami. Wskazał na obowiązek szczegółowego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, powodów zaoferowania ceny w tej wysokości oraz przedstawiając zakres stanu faktycznego na podstawie opisu zawartego w SIWZ, żądał odnośnie tego przedmiotu przedstawienia kosztów: osobowych związanych z szeroko pojętym zatrudnieniem i utrzymaniem przez cały okres realizacji zamówienia personelu wymaganego przez Zamawiającego, kosztów organizacji biura oraz ewentualnych kosztów finansowych związanych z realizacją zamówienia (w tym min. kosztów wynikających z § 13 i § 16 projektu umowy). W odpowiedzi na odwołanie wskazał na obowiązek wykonawcy złożenia wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących wyjaśnień powołując się na wyrok KIO 1166/12. Podniósł również, że ocena wyjaśnień została dokonana przy uwzględnieniu porównania cen ofert za usługi Inżyniera Kontraktu dla I etapu oraz II i III etapu Projektu, znacznie różniących się zakresem i wartością, w sytuacji, gdy ceny usług Inżyniera Kontraktu różnią się stosunkowo niewiele. Podał, również, że równoległe świadczenie usług Inżyniera Kontraktu na obu zadaniach ze względu na różne okresy i zakresy ich realizacji, nie

uzasadnia obniżenia kosztów personalnych, w szczególności związanych z wynagrodzeniem ekspertów. Podniósł również, że wskazany przez Odwołującego sposób świadczenia usług eksperckich pogorszy ich jakość. Wskazał także brak odniesienia wyjaśnień do wykazu cen sporządzonego według formularza VI. 9 (elementy składowe ceny ofertowej - ryczałtowej), co spowodowało nieczytelność wyjaśnień. Podniósł również, że w wyjaśnieniach popełniono dwa błędy, pierwszy to w wykazie cen załączonym do oferty w pozycji „SIWZ dla kontraktu 5” podano kwotę 4 772,00 zł netto, natomiast w tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień tylko kwotę 2 800,00 zł netto (w istocie była to kwota dwukrotnie wskazana w załączniku nr 1 do wyjaśnień, jako wartość i jako wartość oferty z VAT), drugi błąd polegał na niewłaściwym podaniu terminu zakończenia usługi, zamiast właściwego terminu 30.04.2014 r., Odwołujący podał termin 30.03.2014 r. Zamawiający zakwestionował również ilość godzin pracy ekspertów wykazaną w załączniku nr 1 do wyjaśnień, jako taką, która może skutkować zaprzestaniem świadczenia usługi po wyczerpaniu wskazanego limitu.

Zamawiający podsumowując swoje stanowisko stwierdził, że dokonał wnikliwej analizy całości oferty Odwołującego badając, czy zaoferowana cena jest realna. W procesie tym uwzględnił specyfikę indywidualnego przypadku oraz znaczną ilość czynników, które mogą w różny sposób oraz w dowolnej konfiguracji wpłynąć na możliwość uznania danej ceny za mającą znamiona ceny rażąco niskiej. W zakresie przedstawionych wyjaśnień Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że nie są one przekonujące, szczegółowe, umotywowane i rzeczowe, a tym samym Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu wystarczającego uzasadnienia naliczenia zaproponowanej przez siebie ceny. Nie wskazał też żadnego dowodu na twierdzenie przeciwne wobec stanowiska Zamawiającego. Odwołujący winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę, co spowodowałoby wyeliminowanie powziętej przez Zamawiającego wątpliwości. Zamawiający powołując się na wyrok KIO 460/12 podniósł, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Na podstawie powyższego, Zamawiający uznał, że w sytuacji, gdy cena oferty stanowi 33,7% ceny przedmiotu zamówienia, zaś wyjaśnienia Odwołującego nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, oferta podlega odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie odwołania, odpowiedzi na odwołanie i akt sprawy oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest wyłonienie Inżyniera Kontraktu do świadczenia tej usługi dla

Projektu pn. „Budowa Zabrzeńskiej Szerokopasmowej Sieci Światłowodowej - etap II i III - wraz z punktem hot-spot”. Pierwszy etap Projektu jest obecnie realizowany, gdzie usługę Inżyniera Kontraktu świadczy konsorcjum (dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), którego liderem, jest lider Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu (pełnomocnik - Śląska Sieć Metropolitalna Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach). Obok Odwołującego, który złożył ofertę z ceną 293.478,00 zł, oferty złożyło jeszcze dwóch wykonawców z cenami: konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - 418.200,00 zł, EGIS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 957.135,59 zł. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 707.978,00 zł i po zwiększeniu wartości o kwotę stanowiącą podatek VAT, podał na otwarciu ofert kwotę 870.812,94 zł, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co odpowiada cenie przedmiotu zamówienia, w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec różnicy ceny oferty Odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia i pozostałych ofert, a także drugiej w kolejności oferty do przedmiotu zamówienia, Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 28 sierpnia 2012 r. i także drugiego w kolejności wykonawcę - konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień na podstawie wskazanego przepisu. Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia zastrzegając ich treść, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Stwierdził, że wykonawca zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść wyjaśnień z dnia 7.09.2012 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pismo Zamawiającego z dnia 27.08.2012 r.), a treść uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odnosi się bezpośrednio do treści złożonych wyjaśnień, zatem uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty przedstawił tylko do wiadomości tego wykonawcy (Odwołującego w postępowaniu). Zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o.

Izba oceniając postępowanie dowodowe przeprowadzone na rozprawie uznała, że Odwołujący spełnia łącznie przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp. Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu - naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i w konsekwencji podlega odrzuceniu, art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty, która nie stanowi oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Uzasadnienie stanowiska Izby uwzględnia skutki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez

Odwołującego (wyjaśnienia udzielone na wezwanie Zamawiającego i uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego).

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Czynność zamawiającego jest samoistną czynnością podlegającą zaskarżeniu w ramach środków ochrony prawnej. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie wskazanego przepisu, w razie nie zakwestionowania czynności zamawiającego przez wniesienie odwołania, zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień umożliwiających zamawiającemu dokonanie oceny oferty w celu wyeliminowania domniemania rażąco niskiej ceny, pod rygorem odrzucenia oferty. Zakres wyjaśnień wykonawcy i oceny zamawiającego wynika z przepisu art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz treści wezwania zamawiającego. Przepis ust. 3 wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis art. 90 ust. 1 nie zawiera zobowiązania zamawiającego do żądania od wykonawcy załączenia dowodów, jednakże przepis ust. 3 nakazuje dokonanie oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami. Z orzecznictwa arbitrażowego i sądowego wynika, że w interesie wezwanego wykonawcy jest złożenie wyczerpujących wyjaśnień i załączenie stosownych dowodów wykazujących, że zaoferowana cena oferty, mimo zazwyczaj niskiej jej kwoty w stosunku do wartości porównawczych (przedmiot zamówienia, ceny pozostałych ofert, ceny rynkowe), nie jest ceną rażąco niską, złożenie wyjaśnień nie rozpraszających wątpliwości zamawiającego jest zrównane w skutkach z brakiem wyjaśnień w ogóle (np. wyroki KIO 677/10, KIO1292/12). Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 Pzp prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, wyrok KIO 2674/10. Procedura wyjaśniania ceny oferty przez badanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odbywa się wyłącznie na etapie badania i oceny ofert. Stąd wykonawca, który nie zastosował się w pełni do wymagań w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie może oczekiwać oceny jego dodatkowych wyjaśnień i uwzględnienia dowodów składanych dopiero w postępowaniu odwoławczym (dowody na potwierdzenie wynegocjowania wynagrodzenia niektórych ekspertów, którymi Odwołujący dysponował przed upływem terminu do złożenia wyjaśnień), w tym przedmiocie np. wyroki KIO 677/10, KIO 1292/12. W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia czynności i zaniechania zamawiającego, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, w kontekście

podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia przepisów Pzp.

W postępowaniu wyjaśniającym na etapie oceny ofert, Zamawiający zastrzegł w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, że oczekuje szczegółowych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz powodów zaoferowania podanej ceny, a także wskazania stanu faktycznego uwzględniającego, co najmniej: koszty osobowe - związane z szeroko pojętym „zatrudnieniem” i utrzymaniem przez cały okres realizacji inwestycji zamówienia personelu wymaganego przez Zamawiającego, kosztów organizacji biura oraz ewentualnych kosztów finansowych związanych z realizacją zamówienia (w tym kosztów wynikających z § 13 i § 16 projektu umowy). Podał, że wykonawca może wskazać również inne elementy, które mogłyby zostać poddane ocenie, a jednocześnie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Równocześnie zwrócił uwagę, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny powinny wskazywać na obiektywne czynniki, tak, aby możliwa była rzetelna i wiarygodna ocena złożonych wyjaśnień. Nie mogą się natomiast odnosić do kategorii ogólnych, które nic nie będą wnosily do sprawy. Podniósł, że wykonawca powinien wykazać, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna i adekwatna do realiów rynkowych, a realizacja zamówienia nie będzie odbywać się poniżej kosztów wytworzenia usługi. Wyjaśnienia wykonawcy powinny być odpowiednio umotywowane i na tyle szczegółowe i wyczerpujące, aby nie pozostawiły wątpliwości, co do prawidłowego wyliczenia weryfikowanej ceny, a nadto stanowić potwierdzenie, że za zaoferowaną cenę wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia rzetelnie, w całości, terminowo i w sposób należyty. Zamawiający zamieścił w wezwaniu informację, że wykonawca może przedstawić wszelkie posiadane dowody wskazujące na to, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Na zakończenie wezwania Zamawiający podał, że w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia nie zanegują w sposób obiektywny i nie budzący wątpliwości podejrzenia rażąco niskiej ceny, Zamawiający na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp zobowiązany będzie do odrzucenia złożonej oferty.

Odwołujący nie podważył wezwania Zamawiającego, był więc zobowiązany do złożenia wymaganych wyjaśnień, które podlegały ocenie przy uwzględnieniu elementów, o których stanowi art. 90 ust. 2 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał niezasadności stanowiska Zamawiającego wyrażonego w piśmie z dnia 19 października 2012 r. stanowiącego uzasadnienie odrzucenia oferty, które było skutkiem oceny wyjaśnień oraz stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego (opisowa) ma charakter ogólnikowy, nie zawiera szczegółowego przedstawienia korzystnych, w ocenie

Odwołującego, okoliczności świadczenia usługi, ze wskazaniem przełożenia na cenę oferty. Załączona kalkulacja składników oferty, stanowiąca załącznik nr 1 do wyjaśnień przedstawia kalkulację jednostkowo-cenową opracowaną na etapie kalkulacji dla potrzeb ustalenia ryczałtowej ceny oferty. Z załącznika nie wynika uzasadnienie wysokości wykazanych w poszczególnych pozycjach kosztów na podanym poziomie, nie wynika również uzasadnienie poziomu kosztów dotyczących elementów wskazanych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie wymagań zawartych w SIWZ: zatrudnienie stosownie do wymagań podanych w pkt 1. Personel, część VI. Wymagań, organizacja biura zalecanego do utworzenia w Zabrzu (pkt 4 Wymagań), zabezpieczenie ciągłości pracy Kluczowych Ekspertów (§ 13 umowy), koszty ubezpieczenia wskazanego w § 16 umowy.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego powtórnego w odwołaniu o bezpodstawności porównania przez Zamawiającego zakresu i wartości I etapu Projektu („Silesia net - budowa społeczeństwa informacyjnego w subregionie centralnym województwa śląskiego: Miasto Zabrze” - kwota 10 029 494,34 zł brutto) oraz II i III etapu („Budowa Zabrzeńskiej Szerokopasmowej Sieci Światłowodowej - etap II i III - wraz z punktem hot-spot” - kwota 24 549 739,21 zł brutto) i odniesienia tego porównania do ceny usługi Inżyniera Kontraktu, odpowiednio do wskazanych etapów (I etap za cenę już realizowaną - kwota 281 485,50 zł brutto oraz II i III etap za cenę oferowaną - kwota 293 478,00 zł brutto). Jest to zasadne porównanie, zważywszy na zakres i cenę przedmiotu zamówienia: I etap to wyłącznie wykonawstwo, II i III etap to projektowanie z wykonawstwem (zaprojektuj i wybuduj) oraz uzyskane doświadczenie w odbiorze usługi Inżyniera Kontraktu, świadczonej przez dotychczasowego wykonawcę. Nie można również podzielić stanowiska Odwołującego, co do braku podstaw oczekiwania ze strony Zamawiającego wykazania przez Odwołującego uzasadnienia ceny oferty w odniesieniu do podziału ceny podanego w załączniku VI. 9 oferty. Oczekiwanie było uzasadnione wobec jedynej wymaganej w SIWZ specyfikacji ceny oferty. Ocena uzasadnienia kosztów dojazdów, w szczególności Kluczowych Ekspertów (kluczowe czynności w ramach usługi Inżyniera Kontraktu) dokonana przez Zamawiającego jest stosowna do udzielonych wyjaśnień. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego na rozprawie wskazywały rozbieżne odległości (siedziby wykonawców tworzących konsorcjum oraz lokalizacje w bliższej odległości od siedziby Zamawiającego). Z wyjaśnień złożonych na wezwanie nie wynika również możliwość uzyskania oszczędności z powodu jednoczesnego świadczeniu usług w różnych terminach i na różnych inwestycjach, wobec ogólnego opisu i braku przedstawienia podziału ponoszonych kosztów. W ocenie Izby, słuszne są obawy Zamawiającego, co do dyspozycyjności ekspertów i planowanej ilości godzin ich pracy. Zatem dla właściwej oceny ceny oferty, nie było wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek kalkulacji ceny ofertowej,

pod warunkiem uwzględnienia w niej wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów, jak wskazano w odwołaniu.

W przedmiocie kwestii dowodowych, Izba podnosi, że z art. 55 dyrektywy klasycznej i analogicznie z art. 90 ust. 1 Pzp, wynika, iż zamawiający przed odrzuceniem oferty, której cena stwarza domniemanie rażąco niskiej, zwraca się na piśmie do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w określonym terminie, a w przypadku nie obalenia wątpliwości przez wykonawcę stwierdza, że oferta jest rażąco niska. Przepisy te nie nakładają na zamawiającego ciężaru dowodu w tej kwestii. Z art. 90 ust. 3 Pzp wynika, że ciężar dowodu został przeniesiony na wykonawcę, gdyż wykonawca został zobowiązany do wykazania, że przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w przeciwnym razie zamawiający odrzuca ofertę.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że uznaje omyłkę pisarską polegającą na niewłaściwym podaniu w wyjaśnieniach terminu zakończenia usługi - 30.03.2014 r., zamiast właściwego terminu - 30.04.2014 r.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp, zatem orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów wpis oraz zasądzając na rzecz Zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł i koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę 321 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy (§ 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia).

Przewodniczący: