

Sygn. akt: KIO 332/16

WYROK
z dnia 21 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2016 r. przez wykonawcę **Powersun sp. z o.o. w Lublinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zamość z siedzibą w Zamościu**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań I, II, III, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Zamość z siedzibą w Zamościu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Powersun sp. z o.o. w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Zamość z siedzibą w Zamościu** na rzecz wykonawcy **Powersun sp. z o.o. w Lublinie** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Zamość z siedzibą w Zamościu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „opracowanie dokumentacji projektowej na termomodernizację obiektów oświatowych na terenie miasta Zamościa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 stycznia 2016 r., poz. 10504.

W dniu 2 marca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Powersun sp. z o.o. w Lublinie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zakresie zadań I, II, III.

Wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadań I, II, III odwołujący wniósł w dniu 7 marca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający po analizie przedstawionych przez odwołującego wyjaśnień stwierdził, że oferowana cena odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych. Ponadto zamawiający zarzucił, że realizacja tak dużego zamówienia, jak opracowanie projektów budowlano - wykonawczych termomodernizacji 12 obiektów oświatowych przez pracownię projektową bez pełnego zespołu projektantów wszystkich branż, budzi poważne wątpliwości co do rzetelności i jakości wykonanych prac. Realizacja przedmiotu zamówienia za oferowaną kwotę jest obciążona ryzykiem poniesienia strat przez zamawiającego i nosi znamiona rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, że nie można z faktu zaoferowania ceny niższej niż inni wykonawcy wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych. Powołał się na wyniki kilku postępowań przetargowych oraz własne referencje otrzymane od innych zamawiających, które załączył do odwołania. Przedstawił zestawienie w formie tabelarycznej zamówień publicznych zrealizowanych przez

odwołującego i w zakresie których odwołujący otrzymał stosowne referencje, które złożył zamawiającemu. Wywiódł, że zamawiający nie dołożył należytej staranności podczas badania oferty oraz wyjaśnień odwołującego. Średnia cena ofert składanych przez odwołującego nie odbiega znacznie od oferty złożonej zamawiającemu. Odwołujący ustalając cenę bierze pod uwagę różne czynniki i oczywistym jest, że ceny nie będą identyczne. Należy jednak zauważyć, że są one zbliżone. Chybionym jest w związku z tym zarzut zamawiającego jakoby oferowana cena w znaczący sposób odbiegała od kosztów realizacji podobnych projektów przez odwołującego.

Odnośnie drugiej przyczyny wskazanej przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołujący podniósł, że zamawiający zawarł w SIWZ zapis nakładający na oferentów obowiązek dysponowania następującym zespołem projektantów:

1) główny projektant, koordynujący działania zespołu projektowego posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

2) wielobranżowy zespół projektowy składający się z osób posiadających odpowiednie uprawnienia budowlane do projektowania w specjalnościach:

- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Odwołujący argumentował, że złożył kompletną, rzetelnie przygotowaną i zgodną z SIWZ ofertę załączając wszelkie wymagane w tym zakresie przez zamawiającego oświadczenia i informacje (załącznik nr 4 do oferty odwołującego). Odwołujący spełnił wobec tego wymóg posiadania przez pracownię projektową pełnego zespołu projektantów według wskazanych w SIWZ branż. Wobec powyższego zamawiający wykazał się nierzetelnością przy badaniu oferty odwołującego, gdyż nie wziął pod uwagę złożonych zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa oświadczeń.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, modyfikacje SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 12 lutego 2016 r. do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty odwołującego mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego z 15 lutego 2016 r., stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert była, w zakresie zadań I, II, III, ofertą korzystniejszą od ofert wybranych jako najkorzystniejsze. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty. Ustalenie, iż zamawiający wykonał czynność odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa polegająca na opracowaniu wielobranżowych projektów budowlanych i wykonawczych docieplenia obiektów, projektów modernizacji instalacji centralnego ogrzewania (jeśli są wymagane) z zaprojektowaniem źródła ciepła z wykorzystaniem energii z wody gruntowej poprzez odwierty, projekt instalacji fotowoltaicznej, w przypadku konieczności opracowanie raportu oddziaływania na środowisko, uzyskanie

decyzji środowiskowej, uzyskanie pozwolenia na budowę, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysu inwestorskiego dla obiektów oświatowych na terenie miasta Zamościa (pkt 3.1. SIWZ).

Zamawiający przewidział, że zamówienie jest udzielane w podziale na 3 części (Zadania):

1) Zadanie nr 1 - Opracowanie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysu inwestorskiego na termomodernizację następujących obiektów oświatowych:

- a) Zespół Szkół Nr 2 w Zamościu ul. Sienkiewicza 5,
- b) Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 4 ul. Piłsudskiego 65,
- c) Szkoła Podstawowa Nr 6 im. Szymona Szymonowica w Zamościu ul. Orla 5.

2) Zadanie nr 2 – Opracowanie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysu inwestorskiego na termomodernizację następujących obiektów oświatowych:

- a) II Liceum Ogólnokształcące im. M. Konopnickiej w Zamościu ul. Partyzantów 68,
- b) Zespół Szkół Nr 6 w Zamościu ul. Kalinowa 5a.
- c) Zespół Szkół Nr 3 w Zamościu ul. E. Orzeszkowej 43,
- d) Zespół Szkół Nr 1 z Oddziałami Integracyjnymi w Zamościu ul. Peowiaków 30a.

3) Zadanie nr 3 – Opracowanie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysu inwestorskiego na termomodernizację następujących obiektów oświatowych:

- a) Zespół Szkół Nr 4 w Zamościu ul. Hetmana Jana Zamoyskiego,
- b) III Liceum Ogólnokształcące im. C.K. Norwida w Zamościu ul. Kilińskiego 15,
- c) Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 3 im AK w Zamościu ul. Zamoyskiego 62
- d) Szkoła Podstawowa Nr 2 i Gimnazjum Nr 2 w Zamościu ul. Lwowska 15,
- e) Przedszkole Miejskie Nr 10 w Zamościu ul. Lwowska 17

Zamawiający wskazał także, że dokumentację projektową należy opracować w oparciu o zakres prac wynikających z audytów energetycznych (zgodnie z wymogami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane) które załączył do SIWZ (pkt 3.3. SIWZ).

Zamawiający działając na podstawie art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp opisał w pkt 5.6.d SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca postanowił, że wykonawcy muszą wykazać się dysponowaniem osobami:

1) główny projektant, koordynujący działania zespołu projektowego posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub

odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

2) wielobranżowy zespół projektowy składający się z osób posiadających odpowiednie uprawnienia budowlane do projektowania w specjalnościach:

- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Zamawiający przesądził także w pkt 5.6.d SIWZ, że dopuszcza możliwość wykazania tej samej osoby przewidzianej do pełnienia funkcji głównego projektanta oraz osób tworzących wielobranżowy zespół projektowy dla wszystkich Zadań (1-3).

W toku postępowania w dniu 22 stycznia 2016 r. zamawiający zmodyfikował treść SIWZ rezygnując z obowiązku dysponowania projektantem w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Powyższe ustalono na podstawie modyfikacji SIWZ z 22.01.2016 r.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 4 stycznia 2016 r. na kwotę 242.000,00 zł na podstawie danych rynkowych oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (pkt 2.2. protokołu postępowania, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Na podstawie pkt 8 protokołu postępowania ustalono, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 297.660,00 zł brutto, z czego na:

- a) zadanie 1 – 64.575,00 zł brutto,
- b) zadanie 2 – 99.015,00 zł brutto,
- c) zadanie 3 – 134.070,00 zł brutto.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy oferując ceny brutto:

- a) zadanie 1:

- odwołujący 34.440,00 zł,
- PUH Saneko J.B. 79.704,00 zł
- PPB Ekobud s.c. E. i R. O.110.700,00 zł
- Solarpol Polskie Centrum Energii Odnawialnej 82.161,87 zł
- PUPM Ekoprojekt sp. z o.o. 147.600,00 zł
- RB Services sp. z o.o. sp. k. – 230.000,00 zł

b) zadanie 2:

- odwołujący 46.740,00 zł
- PUH Saneko J.B. 122.385,00 zł
- PPB Ekobud s.c. E. i R. O.147.600,00 zł
- Solarpol Polskie Centrum Energii Odnawialnej 227.543,33 zł
- Biuro Inżynierskie Matej& Matej s.c. 248.460,00 zł
- PUPM Ekoprojekt sp. z o.o. 205.410,00 zł
- RB Services sp. z o.o. sp. k. 360.000,00 zł
- Usługi Projektowe inż. J.S. 170.970,00 zł

c) zadanie 3:

- odwołujący 71.340,00 zł
- PPB Ekobud s.c. E. i R. O.172.200,00 zł
- Solarpol Polskie Centrum Energii Odnawialnej 272.090,44 zł
- PUPM Ekoprojekt sp. z o.o. 332.838,00 zł
- - RB Services sp. z o.o. sp. k 400.000,00 zł

Odwołujący załączył do swej oferty wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W wykazie tym odwołujący wskazał, że celem potwierdzenia warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia dysponuje następującymi osobami:

- a) główny projektant I.G., na podstawie umowy o dzieło,
- b) Ł.W. projektant branży sanitarnej, na podstawie umowy o dzieło,
- c) J.M., projektant branży telekomunikacyjnej, na podstawie umowy o dzieło,
- d) R.W..., projektant branży elektrycznej, na podstawie umowy o pracę.

Następnie ustalono, że 12 lutego 2016 r. zamawiający, działając na podstawie art.90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał na rozbieżności pomiędzy cenami ofert odwołującego do wartości zamówienia i do średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył pismo z 15 lutego 2016 r.

W wyjaśnieniach odwołujący wskazał i udowodnił, jakie posiada oprogramowanie oraz zarządzenia i że są zakupione ze środków własnych. Załączył wykaz środków trwałych. Wskazał, że jego biuro mieści się w Lublinie, a obiekty, w dla których zostaną wykonane projekty są zlokalizowane 80 km od Lublina. Wskazał na niewielkie koszty i czas stawiennictwa się na miejscu. Powołał się na doświadczenie w realizacji w ostatnim czasie podobnych projektów i załączył dokumenty referencyjne wystawione przez zleceniodawców.

Wskazał, że do realizacji zamówienia posiada 6 osób. Wymienił podstawę dysponowania, wynagrodzenie tych osób i reguły jego ustalania. Wskazał, że czas realizacji zamówienia wyniesie 5 miesięcy. Określił łączny czas zaangażowania pracowników i łączne koszty wynagrodzenia z tego tytułu, w rozbiciu na poszczególne zadania. Na dowód powyższego załączył karty przychodów pracowników. Oszacował koszty związane z tytułu umów o dzieło. Załączył kalkulację poszczególnych składników wyceny w podziale na zadania. Powołał się na fakt korzystania z pomocy publicznej w zakresie szkolenia pracownika, doposażenia stanowiska pracy, na refundację wyposażenia stanowiska pracy. Załączył do wyjaśnień zaświadczenia potwierdzające fakt i wysokość uzyskanej pomocy de minimis.

Następnie ustalono, że zamawiający 2 marca 2016 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonych przez niego ofert w zakresie części 1, 2, 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności wskazał, że dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że oferowana cena odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych. Analiza wskazała, że złożona oferta na każde z zadań kształtuje się na poziomie 40-50% pozostałych ofert. Oferowana cena odbiega od kosztów realizacji podobnych projektów przez odwołującego. Realizacja zamówienia bez pełnego zespołu projektantów wszystkich branż budzi poważne wątpliwości co do rzetelności i jakości wykonanych prac (rozstrzygnięcie zamawiającego z 2 marca 2016 r., w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, *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.*

Zdaniem Izby zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że przedmiotem oceny mogła być czynność odrzucenia oferty z takim uzasadnieniem, jakie zamawiający zawarł w swym rozstrzygnięciu z 2 marca 2016 r.

Zamawiający w swym rozstrzygnięciu, jako powody odrzucenia oferty odwołującego podał de facto trzy okoliczności. Zamawiający wskazał, że cena oferty odbiega od cen innych ofert. Po drugie argumentował, że cena ta różni się od kosztów realizacji przez odwołującego podobnych projektów. Po trzecie zaś wskazywał, że odwołujący nie posiada pełnego zespołu projektantów wszystkich branż. W związku z tym odwołujący, kwestionując czynność zamawiającego miał prawo odnieść się do przywołanych wyżej okoliczności i dopuszczalność odrzucenia oferty odwołującego jedynie z tych powodów mogła być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

Zamawiający na poparcie swego stanowiska przedstawił w trakcie rozprawy swoją kalkulację, w której obliczył cenę jednostkową za wykonanie usługi projektowej w przeliczeniu na 1 m² powierzchni użytkowej obiektów zamawiającego, których będzie dotyczyła usługa projektowa. Tak obliczona stawka w świetle oferty odwołującego miała się kształtować na poziomie ok. 2,30 zł za 1 m² powierzchni użytkowej. Następnie zamawiający obliczył wysokość stawek za wykonanie usług projektowych w przeliczeniu na 1 m²

powierzchni użytkowej obiektów jakie odwołujący miał oferować w trakcie realizacji usług na rzecz gminy Bobowo, miasta Rybnik, powiatu siemiatyckiego, miasta Tarnowa, starostwa powiatowego w Opolu Lubelskim. Stawki te miały być kilkakrotnie niższe od dotychczas oferowanych przez odwołującego.

Izba stwierdziła, że wniosek zamawiającego o nierentowności ceny odwołującego wyprowadzony z takiego porównania był zbyt daleko idący. Było to jedno z wielu możliwych wyliczeń jakie można było teoretycznie przedstawić. Nie wykazano nie tylko, że usługi projektowane w analizowanych przedsięwzięciach były porównywalne, ale nawet, że obiekty, których dotyczyły usługi projektowe, są podobne. Co jednak istotniejsze, takie podejście zamawiającego należało ocenić jako skrajnie automatyczne, pobieżne, oparte jedynie na abstrakcyjnym kryterium arytmetycznym i nieuwzględniające charakterystyki przedmiotu zamówienia i wyjaśnień składanych przez wykonawcę.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd, że *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak wynika zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, do konstatacji o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej może prowadzić tylko niezłożenie wyjaśnień lub analiza wyjaśnień. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej na podstawie kryterium arytmetycznego, bez przeanalizowania wyjaśnień. Pierwsze dwa powody odrzucenia oferty odwołującego wskazane przez zamawiającego w ewidentny sposób oparte były na czystym kryterium arytmetycznym, które w świetle tak prawa krajowego jak i unijnego nie jest wystarczające do ustalenia, że zaoferowano cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dostrzec należy, że odwołujący przedstawił zamawiającemu w dniu 15 lutego 2016 r. dość szczegółowe i poparte dowodami wyjaśnienia. W wyjaśnieniach odwołujący złożył wykaz środków trwałych, wskazał na lokalizację biura, Ujawnił, że do realizacji zamówienia posiada 6 osób. Wymienił podstawę dysponowania, wynagrodzenie tych osób i reguły jego ustalania. Wskazał, że czas realizacji zamówienia wyniesie 5 miesięcy. Określił łączny czas zaangażowania pracowników i łączne*

koszty wynagrodzenia z tego tytułu, w rozbiciu na poszczególne zadania. Na dowód powyższego załączył karty przychodów pracowników. Oszacował koszty związane z tytułu umów o dzieło. Załączył kalkulację poszczególnych składników wyceny w podziale na zadania. Powołał się na fakt korzystania z pomocy publicznej w zakresie szkolenia pracownika, doposażenia stanowiska pracy, na refundację wyposażenia stanowiska pracy. Załączył do wyjaśnień zaświadczenia potwierdzające fakt i wysokość uzyskanej pomocy de minimis. Był to zatem relatywnie szeroki materiał dowodowy, który mógł i powinien stanowić przedmiot pogłębionej analizy zamawiającego. Tymczasem zamawiający w swym rozstrzygnięciu zdecydował się odnieść jedynie do referencji, które wykonawca załączył także do swych wyjaśnień. Dokumenty te w znacznej części były już załączone do oferty, a ponadto są przede wszystkim dowodem należytego wykonania określonych prac i posiadania przez wykonawcę określonego doświadczenia. W ramach procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy Pzp referencje posiadają znaczenie drugorzędne, gdyż ustawodawca w przepisie tym nakazuje się skupić na elementach kalkulacyjnych, jakie wykonawca przedstawia w wyjaśnieniach.

Za chybiony uznano także ostatni argument, jaki w świetle uzasadnienia rozstrzygnięcia zamawiającego miał świadczyć o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny, a mianowicie rzekomego niezapewnienia przez odwołującego pełnego zespołu projektantów wszystkich branż. Jak słusznie dostrzegł odwołujący, zamawiający stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp opisał w pkt 5.6.d SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający konstruując przywołany warunek uznał, że jako dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia można potraktować takiego wykonawcę, który dysponuje zespołem projektantów składającym się z trzech osób (głównego projektanta, projektanta branży sanitarnej, projektanta branży elektrycznej). Co więcej, zamawiający w SIWZ przesądził w sposób wyraźny, że dysponowanie takim zespołem jest wystarczające również w razie złożenia przez wykonawcę oferty na wszystkie trzy zadania.

Odwołujący, jak wynikało z wykazu osób załączonego do oferty, wykazał dysponowanie zespołem projektantów wymaganym przez zamawiającego. Ponadto, w wyjaśnieniach z 15 lutego 2016 r., zadeklarował udział w realizacji zamówienia dalszych 3 osób, będących pracownikami odwołującego. W tej sytuacji stanowisko zamawiającego o braku wystarczającego zespołu projektantów wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty pozostawało niespójne z treścią warunku opisanego przez zamawiającego w SIWZ. Zamawiający w trakcie rozprawy dodał, że – jego zdaniem – celem należytego wykonania zamówienia należało stworzyć zespół 10 osób. Zamawiający nie tylko jednak nie udowodnił, ale nawet nie wyjaśnił, na jakiej podstawie należało poczynić takie założenie.

Zamawiający w trakcie rozprawy podniósł także, że projektant branży elektrycznej, którego zatrudnia odwołujący otrzymuje wynagrodzenie na poziomie jedynie 2 tysięcy złotych brutto. Wynagrodzenie na takim poziomie, aczkolwiek rzeczywiście niskie jak dla osoby zajmującej analizowane stanowisko, to jednak w takiej wysokości jest wypłacane temu pracownikowi przez odwołującego. Powyższe wynikało jednoznacznie ze złożonych przez odwołującego dowodów – karty przychodów tego pracownika. Ponadto, co istotne, odwołujący wykazał, iż w latach 2014 – 2015 r. korzystał z dozwolonej pomocy publicznej, w zakresie refundacji kosztów wyposażenia stanowiska pracy dla bezrobotnego, na doposażenie stanowiska pracy tej osoby i jej szkolenie. Odwołujący wyjaśnił, że skorzystał z możliwości, iż projektant ten długo poszukiwał pracy, został zatrudniony na podstawie oferty biura pośrednictwa pracy i że pracuje u odwołującego 2 lata za stawkę, która wynika z dowodów ujawnianych w wyjaśnieniach. Stanowisko odwołującego okazało się spójne z załączonymi do wyjaśnień dowodami w postaci zaświadczeń o pomocy de minimus i kartami przychodów. Wobec powyższego, w świetle załączonych przez odwołującego wyjaśnień, a w szczególności dowodów, zamawiający powinien uwzględnić tę okoliczność, której jednak nie dostrzegł.

Podkreślenia wymagało, że odwołujący złożył zamawiającemu kalkulację obejmującą także koszty zatrudnienia, koszty pracownicze, określił łączny czas zaangażowania pracowników i łączne koszty wynagrodzenia z tego tytułu. Zamawiający, choć kwestionował kompletność zespołu projektantów, nie odniósł się do prawidłowości założeń i wyliczonych kosztów, nie przedstawił własnej minimalnej kalkulacji. Nie wskazywał dlaczego poszczególne elementy składowe założeń odwołującego są nieprawidłowe. Zamiast tego zamawiający poprzestał na ogólnikowych twierdzeniach o niewystarczającym składzie zespołu projektantów, które ani w uzasadnieniu ani nawet na rozprawie nie zostały bardziej szczegółowo rozwinięte ani udowodnione.

Dostrzeżenia wymagało, że składanie przez wykonawców wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp nie jest czynnością li tylko techniczną. Zamawiający oceniając czy zaoferowano mu cenę rażąco niską zobowiązany jest starannie przeanalizować złożone wyjaśnienia a ich treść wziąć pod uwagę przy swych ustaleniach. W analizowanej sprawie – co stwierdzono – wyjaśnienia odwołującego zostały poddane jedynie wybiórczej i szczątkowej analizie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z powodów wskazywanych przez zamawiającego w uzasadnieniu z 2 marca 2016 r.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało*

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań I, II, III, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego, w zakresie wskazanym w sentencji.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości zamawiający, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: