

WYROK
z dnia 15 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Monika Kawa - Ogorzałek
Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 września 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: S. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W., I. I. Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą we W.(2)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W. z siedzibą w W., reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w B. z siedzibą w B.,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: T. Sp. z o.o z siedzibą w W., T. G. E. S.L. z siedzibą w M.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **M. Polska sp. z o. o. z siedzibą w W.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: S. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W., I. I. Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą we W.(2) i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: S. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W., I. I. Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą we W.(2)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: S. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W., I. I. Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą we W.(2)** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W. z siedzibą w W., reprezentowanego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w B. z siedzibą w B.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 1805/17

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W. z siedzibą w W., reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w B. z siedzibą w B. (dalej: „Zamawiający” lub „GDDKiA”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej (...) O. - Obwodnica A., odcinek: obw. S., II jezdnia”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 marca 2017 r. pod numerem 2017/S 061-114072.

W dniu 21 sierpnia 2017 r. Zamawiający, w formie elektronicznej, przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: S. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W., I. I. Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą we W.(2) (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”) zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez nich oferty.

W dniu 31 sierpnia 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji podjęcie niezgodnej z przepisami ustawy czynności, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3

Odwołujący wnosił o:

- ☐ unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum,
- ☐ zasądzenie od Zamawiającego kosztów związanych z wniesieniem odwołania wg norm przepisanych.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in, że spośród złożonych ofert najniższą cenę zaproponował Odwołujący - 4 549 770,00 zł. Druga w kolejności (pod względem kryterium „cena”) była oferta złożona przez wykonawcę E. G. P. S.A. - wynosiła 4 852 350,00 i była wyższa od oferty Odwołującego o 6,23%. Trzecia w kolejności (pod względem kryterium „cena”), była oferta złożona przez wykonawcę A. P. Sp. z o.o., wynosiła 5 067 600,00 zł i była wyższa od oferty Odwołującego o 10,22%.

Konsorcjum zwracało uwagę, że ceny zawarte w ofertach ww. wykonawców nie zostały uznane za rażąco niskie, a oferty tych wykonawców zostały odrzucone na podstawie innych niż rażąco niska cena przesłanek. Zdaniem Odwołującego fakt, że w prowadzonym postępowaniu złożone zostały trzy zbliżone co do ceny oferty świadczy również o tym, że rynek kształtuje ceny ofert na zbliżonym poziomie, co przy zastosowaniu przez Zamawiającego również poza cenowych kryteriów oceny ofert jest w pełni zrozumiałe i nie może budzić wątpliwości w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Konsorcjum wyjaśniało, że w dniu 31 maja 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na powzięcie podejrzenia rażącego zaniżenia ceny w oparciu o

arytmetyczne kryterium, dla którego punktem odniesienia była ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, oraz w odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyczerpującej i szczegółowej informacji, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia, a cena ofertowa zamiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a w szczególności:

4

I. W zakresie działu 1 Formularza cenowego administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia poz. 1.1., 1.2., 1.3., 1.4.

II. W zakresie działu 2 Formularza Cenowego Usługi nadzoru i zarządzanie" poz. 2.1, 2.2, 2.3,

III. W zakresie działu 3 Formularza Cenowego „Działania promocyjne" poz. 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7,

IV. W zakresie działu 4 Formularza Cenowego „Koszty administracyjne od wystawiania ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności" poz. 4.1,4.2,4.3,4.4.

Odwołujący twierdził, że w zakreślonym przez Zamawiającego terminie udzielił wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień, a także przedstawił szereg nie budzących wątpliwości dowodów, dotyczących sposobu i podstaw wyliczenia ceny.

W wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało ponadto, że: „Wykonawca pragnie również zwrócić uwagę, że Zamawiający opracował formularz cenowy, który wprowadził ograniczenia w swobodnym (zgodnie z zasadą swobody kontaktowania) określeniu kosztów w poszczególnych pozycjach. Prawidłowe (zgodne z SIWZ) wypełnienie formularza ofertowego wymagało uwzględnienie następujących ograniczeń:

1. Wartość usługi nadzoru i zarządzania w okresie projektowania nie mogła być większa niż 20% wartości całej usługi nadzoru i zarządzania.
2. Wartość usługi nadzoru i zarządzania w okresie przeglądów i rozliczenia kontraktu (do wystawienia Świadcstwa Wykonania i Ostatecznego Świadcstwa Płatności) nie mogła wynosić mniej niż 15 % wartości całej usługi nadzoru i zarządzania.
3. Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności - nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji wymienionych w dziale 1 (tj. poz. 4.1. - nie więcej niż 50% 1.1; poz. 4.2 - nie więcej niż 50% poz. 1.2; poz. 4.3 - nie więcej niż 50% poz. 1.3, poz. 4.4. - nie więcej niż 50% poz. 1.4).

w/w ograniczenia spowodowały, że część kosztów musiała zostać zakwalifikowana do innych działów (głównie Dział 2 Formularza Cenowego), bowiem

5

nie było możliwości matematycznych uwzględniania całości kosztów przy jednoczesnej konieczności stosowania ograniczeń o których mowa w pkt 1, 2 i 3 powyżej".

Odwołujący podkreślał, że opracowany przez Zamawiającego „formularz cenowy" nie zawierał pozycji, które obejmowałyby wszystkie koszty realizacji przedmiotu umowy, w tym m.in.: sprawowanie nadzoru nad pracami projektowymi i robotami w zakresie zadań dodatkowych, udostępnienie serwera FTP przez cały czas świadczenia usługi, kosztów ubezpieczenia, kosztów zabezpieczenia należytego wykonania.

Następnie twierdził, że Formularz cenowy nie obejmował również żadnych kosztów związanych z zadeklarowaniem przez wykonawcę dodatkowych kryteriów oceny ofert tj. m.in.:

- ☐ pozycji „wykonywanie cyklicznych zdjęć - ortofotoraport z postaci ortofotomapy oraz DSM (numeryczny model pokrycia terenu) wraz z przeglądarką www

udostępnioną on - line";

- ☐ kosztów związanych z uruchomieniem systemu działającego na zasadach „Help desk”;

Zdaniem Konsorcjum powyższe prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, formularz cenowy ma jedynie charakter poglądowy, zaś na podstawie kosztów wykonania poszczególnych pozycji nie można dokonać skutecznej oceny, czy cena oferty jest rażąco niska.

Odwołujący podnosił, że w przedstawionych wyjaśnieniach wskazał, że cena oferty uwzględnia wszelkie koszty i ryzyka ponoszone przez wykonawcę podczas realizacji usługi, uwzględnia obowiązujące przepisy prawa oraz wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „specyfikacja” lub „siwz”). Zdaniem Konsorcjum na podstawie przedłożonych wyjaśnień oraz przedstawionych dowodów należy stwierdzić, że wykonawca wypełnił dyspozycję przepisów ustawy, które przerzucają na niego ciężar udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Ponadto Odwołujący wyjaśniał, że nie wszystkie obowiązki zostały enumeratywnie wymienione w Formularzu cenowym, dlatego też zaplanował rezerwę finansową w wysokości netto: 1.270.014 zł (co wynika z matematycznych wyliczeń

6

przedstawionych w wyjaśnieniach oraz załącznikach do nich - vide przykładowe hppk dla całego okresu realizacji umowy.

Konsorcjum wskazywało, że jako dowody przedstawiono przykładowe HPPK dla okresu projektowania, wykonywania robót i okresu przeglądów i rozliczenia kontraktu, oferty otrzymane przed złożeniem oferty dla Zamawiającego na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (wynajem lokalu na potrzeby biura wykonawcy usługi oraz Zamawiającego, budowa i utrzymanie strony internetowej, inne działania promocyjne, zakup sprzętu, urządzeń biurowych, mebli). W zakresie personelu Odwołujący przedstawił zobowiązania do współpracy z ustalonym poziomem wynagrodzenia. Zastrzeżono jedynie, że z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty nie są szerzej analizowane ani komentowane, ale jako znajdujący się w aktach postępowania, stanowią materiał dowodowy.

Odwołujący wskazywał, że ostatecznie, Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp odrzucił jego ofertę, ponieważ „zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej”. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał jednak, że jego zastrzeżenia nie budziła cena całej oferty, a jedynie części składowe tej ceny, tj. poz. 1.3, 1.4. Formularza cenowego. Przy tym Odwołujący stwierdził, że nie są to istotne części składowe, bowiem suma wartości tych pozycji (zgodnie z wyliczeniem ich wartości dokonany przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty) stanowi 9,57%, co przesądza o tym, że zakwestionowane przez Zamawiającego części składowe ceny nie stanowią istotnych składników ceny oferty.

Konsorcjum podnosiło, że znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma również charakter wynagrodzenia, które ma otrzymać wykonawca. Wynagrodzenie to ma charakter ryczałtowy, o czym świadczy m.in.:

- ☐ § 1 pkt 1 projektu umowy - zawierający definicję pojęcia „ryczałt - jednostka rozliczeniowa świadczenia Usługi stanowiąca podstawę rozliczania pozycji ryczałtowych wskazanych w Formularzu Cenowym”;
- ☐ § 4 pkt 4 lit. a projektu umowy: „wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia oraz kosztów administracyjnych od wystawienia

7

Ostatecznego Świadcstwa Płatności przysługuje za jeden miesiąc kalendarzowy w wysokości określonej w załączniku do Oferty - Formularz Cenowy”;

- § 4 pkt 4 lit. b: wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie projektowania” rozliczane będzie w tym okresie w 15 równych miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy”;
- § 4 pkt 4 lit. d: wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu” rozliczane będzie w tym okresie w 15 równych miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy”;
- § 4 pkt 4 lit. g projektu umowy: „w przypadku, gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się w terminie wcześniejszym niż określony w § 3 ust. 2 pkt 3), Konsultant będzie uprawniony do otrzymania pełnego wynagrodzenia ryczałtowego przewidzianego dla tej pozycji, określonego w pozycji 2.3. Formularza Cenowego”;
- § 4 pkt 4 lit. h projektu umowy: po zakończeniu realizacji Kontraktu zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego, co powinno wynikać z Raportu Końcowego, może wystąpić o zatwierdzonego Konsultant wyrównanie Wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty dla płatności opisanych w lit. b) i c), z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń wynikających z niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w poza cenowych kryteriach oceny ofert;
- § 4 pkt 9 projektu umowy: „w przypadku realizacji przez Wykonawcę zadań dodatkowych, których łączna kwota wraz z zamówieniem podstawowym nie przekroczy Maksymalnej Wartości Zobowiązania wskazanej w Kontrakcie, Konsultant jest zobowiązany do nadzorowania ww. Zadań w kwocie ryczałtowej Oferty.

Odwołujący podnosił, że przy tak skonstruowanych warunkach zapłaty wynagrodzenia Strony mają już w momencie podpisania umowy wiedzę na temat wysokości wynagrodzenia, które otrzyma Wykonawca/Konsultant (czas realizacji

usługi jest bowiem skorelowany z czasem realizacji umowy na roboty budowlane). W ocenie Konsorcjum powyższe potwierdza, że wynagrodzenie wykonawcy usługi na charakter ryczałtowy, zatem ceny jednostkowe nie mają w tej sytuacji istotnego znaczenia.

W uzasadnieniu prawnym odwołania stwierdzono między innymi, że w orzecznictwie kształtującym się w Unii Europejskiej wskazano, że sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych i niedopuszczalne jest automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferty są rzetelnie skalkulowane. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się jednoznacznie w tej kwestii, wskazując, że postanowienia unijnych dyrektyw nie dają państwom członkowskim prawa do automatycznej dyskwalifikacji ofert na podstawie kryterium arytmetycznego, natomiast uregulowania krajowe winny przewidywać procedurę mającą na celu ustalenie, czy oferta nie przedstawia ceny rażąco niskiej.

Odwoływał się również wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09: „Pojęcie ceny rażąco niskiej pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła, tłumacząc pojęcie, posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak «wyrażna» czy «bardzo duża» różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Następnie wyjaśniał, że orzecznictwo sądów i KIO wskazują, iż jakkolwiek przy ocenie, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, należy brać pod uwagę przedmiot zamówienia i jego oszacowanie, to jednak trzeba także rozpatrzeć ceny ofert konkurencyjnych. Podobne twierdzenie można odnaleźć także w judykaturze. Tym samym, jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilka ofert

9

posiada ceny bardzo zbliżone do siebie, może to oznaczać, że rynek ustala cenę w taki sposób, i bywa, że ceny te znacznie odbiegają od ustalonego przez zamawiającego oszacowania. Jest oczywiste, że niewielkie różnice cenowe między ofertami można traktować jak objaw zwykłej, rynkowej konkurencji.

Odwołujący twierdził, że z literalnego brzmienia treści przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy wynika, że ustawodawca wyraźnie rozróżnia sytuację, która daje Zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4) od sytuacji, w której Zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. I tak, przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli oferta ta „zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”, a zatem, badając, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, Zamawiający ma obowiązek brać pod uwagę cenę całej oferty, a nie ceny jednostkowe, czy też ceny za poszczególne części przedmiotu zamówienia. Odmienne natomiast, przepis art. 90 ust. 1 Pzp nakazuje wezwanie do złożenia wyjaśnień, o ile 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 w odrębnych przepisów.

Odwołujący podkreślał, że w świetle okoliczności faktycznych sprawy Zamawiający nie był uprawniony, aby formułować zarzuty o rażąco niskiej cenie oferty w sytuacji, gdy kwestionował ujęcie w kalkulacji kosztów niektórych wyodrębnionych elementów przedmiotu zamówienia czy ewentualnie odnosząc się do nich wycenę, a więc podnosił zarzuty wobec części oferty. Nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów czy określonej części odbiega od cen rynkowych, nie świadczy to o rażąco niskiej cenie całej oferty”. Zdaniem Konsorcjum do takich samych wniosków prowadzi analiza wyroku KIO/UZP 963/09 z dnia 12 sierpnia 2009 r., w którym skład orzekający powołał się na wcześniejsze ustalenia KIO z dnia 17 marca 2008 r., w sprawie KIO/UZP 190/08 i KIO/UZP 213/08, że zaniżenie ceny jednostkowej w pewnych pozycjach jest często uzasadnione specyfiką zamówienia, w szczególności w przypadku, gdy zamawiający nie wprowadził w tym zakresie żadnych obostrzeń. Ryzyko gospodarcze pozostawić należy po stronie wykonawcy,

10

który dokonuje kalkulacji ceny oferty w oparciu o pewne założenia oraz za wskazaną cenę ofertową będzie zmuszony realizować przedmiot zamówienia. Co więcej, skład orzekający uznał, że wykonawca bierze na siebie ryzyko wykonania zamówienia w związku z realizacją zdarzeń przyszłych i niepewnych.

Odwołujący wyjaśniał, że co do zasady w orzecznictwie podkreślano, iż zarzut rażąco niskiej ceny może dotyczyć wyłącznie ceny całkowitej deklarowanej przez wykonawcę. W tym miejscu powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r., II Ca 425/04 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r.

Także zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18 marca 2008 r., KIO/UZP 195/08, odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny zawartej w niektórych pozycjach kosztorysu, Izba uznała, że „w świetle art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p., skutkujący obowiązkiem odrzucenia oferty, zarzut ten może być rozpatrywany w odniesieniu do całkowitej ceny oferty za przedmiot zamówienia. Wskazuje się bowiem na literalne brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p., zgodnie z którym

zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś w stosunku do pewnej części (w tym przypadku jednej pozycji kosztorysowej) przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 24. marca 2005 r., II Ca 425/04, oraz Sąd Okręgowy w Poznaniu w dniu 17 stycznia 2006 r., II Ca 219/05. W uzasadnieniu do wyroku Sąd Okręgowy w Poznaniu stwierdził, że: „Oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty”.

Podobnie w wyroku z 16.01.2015r. KIO 2634/14 „o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena jako wartość całkowita”.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, brak było podstaw faktycznych i prawnych do uznania, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, co winno skutkować jej odrzuceniem. W jego ocenie w sposób nie budzący wątpliwości przedstawił on sposób wyliczenia ceny oraz dowody stanowiące podstawę do przyjęcia kosztów poszczególnych składowych ceny. W opinii Konsorcjum w świetle obowiązujących przepisów

11

Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, w sytuacji, gdy zastrzeżenia Zamawiającego zostały skierowane jedynie do dwóch elementów składowych ceny, których łączna wartość nie przekracza (zgodnie z wyliczeniem Zamawiającego) 10% ceny oferty.

W dniu 4 września 2017 r. do Izby wpłynęły pisma, zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ze strony:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: T. Sp. z o.o z siedzibą w W., T. G. E. S.L. z siedzibą w M. (dalej: „T.” lub „Przystępujący”), □
- wykonawcy M. Polska sp. z o. o. z siedzibą w W. (dalej: „M.”).

W dniu 8 września 2017 r. do Izby w formie elektronicznej wpłynęło pismo procesowe wykonawcy T. W dniu 14 września 2017 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron wykonawca T. złożył pismo w formie pisemnej.

W treści pisma wykonawca T. podnosił, że z treści odwołania wynika, że podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum jest fakt, że istotne części składowe ceny w zakresie pozycji 1.3 i 1.4 Formularza cenowego są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pozycje 1.3 i 1.4 Formularza cenowego dotyczą Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, a znajdują się w części obejmującej Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający narzucił wykonawcom procentowy udział poszczególnych części ceny w cenie całościowej i z tego też faktu wywodzi, że nie miał możliwości dowolnego (w domyśle prawidłowego) wskazania wysokości wynagrodzenia za poszczególne elementy oferty.

Zdaniem Przystępującego należy podkreślić, że przedmiotowe postanowienia siwz są postanowieniami standardowymi dla GDDKiA. Zamawiający analogiczne postanowienia stosuje w zdecydowanej większości prowadzonych postępowań. Sam zaś stosunek poszczególnych części ceny do całości ceny wynika z doświadczenia i praktyki Zamawiającego, tj. realnych kosztów poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

12

Ponadto żaden z wykonawców, w szczególności Konsorcjum, nie kwestionował prawidłowości przedmiotowych postanowień specyfikacji na etapie sporządzenia jej ofert. Narzucony przez Zamawiającego podział ceny na poszczególne elementy nie dość, że nie był przedmiotem odwołań, to nie zadano też w tym zakresie żadnych pytań do treści siwz. Zdaniem wykonawcy T. należy z tego

wnioskować, że przedmiotowe postanowienia specyfikacji były zarówno zrozumiałe, jak o akceptowalne dla wszystkich uczestników postępowania. Co więcej - żaden z wykonawców nie podnosił też kwestii ewentualnej wadliwości siwz wobec braku w Formularzu cenowym pozycji dla ujęcia niektórych pozycji kosztowych. W ocenie Przystępującego zgłaszanie obecnie przez Odwołującego zastrzeżeń do brzmienia specyfikacji należy potraktować jako spóźnione zarzuty co do treści siwz. Konsorcjum na etapie przygotowania oferty nie miało żadnych wątpliwości co do prawidłowości brzmienia specyfikacji i możliwości sporządzenia prawidłowej oferty. Co więcej - wątpliwości takich Konsorcjum nie zgłaszało nawet na etapie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Dopiero po odrzuceniu swojej oferty Konsorcjum wskazało, że podstawą takiego a nie innego brzmienia Formularza cenowego jest brzmienie siwz, że zapisy tego Formularza cenowego zostały narzucone przez Zamawiającego. W opinii Przystępującego całą argumentację w tym zakresie należy pominąć jako spóźnioną, gdyż dawno już upłynął termin na podnoszenie zarzutów co do treści specyfikacji.

Następnie wykonawca T. twierdził, że Konsorcjum zapomina też, że podstawą odrzucenia jego oferty nie była treść Formularza cenowego, ale była nią treść złożonych wyjaśnień wraz z dokumentami. Stąd też nie mają znaczenia zarzuty podnoszone co do treści Formularza cenowego. Otóż każdy z wykonawców był zobowiązany zaoferować realną i rynkową cenę za realizację przedmiotu zamówienia, cenę, które dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. w zarzutów można Formularz cenowy świetle Odwołującego potraktować wyłącznie jako techniczny sposób podziału ceny. To w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum było zobowiązane wskazać, w jaki sposób obliczyło cenę oferty, jakie koszty ujęło w tej cenie, itp. Jeśli Konsorcjum kwestionowało poprawność wskazanych 15% dla ceny za usługi w pozycji 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia”, to powinno to zostać wskazane w wyjaśnieniach, szczegółowo omówione. Tymczasem - jak wynika z treści odwołania – Konsorcjum nie zamieściło w wyjaśnieniach żadnych

13

szczegółowych wyjaśnień, wyliczeń, dowodów, itp. w tym zakresie. W szczególności w przedmiotowych wyjaśnieniach Konsorcjum nie wskazało, że część kosztów realizacji przedmiotu zamówienia dla pozycji 1.3 i 1.4 została ujęta w innej pozycji. Argumentacja taka, z powołaniem się na rezerwę finansową po raz pierwszy została podniesiona dopiero na etapie odwołania. A zatem powinna zostać pominięta jako spóźniona, powołana wyłącznie na potrzeby odwołania.

Zdaniem Przystępującego istotne jest, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Konsorcjum podnosiło analogiczne zarzuty - ale wyłącznie do pozycji 4. Argumentacja ta jednak nie dotyczyła pozycji 1. Pozycja 1 i 4 mają ten sam zakres merytoryczny, jednak dotyczą innego okresu realizacji zamówienia. Pozycja nr 1 odnosi się do kosztów administracyjnych w okresie od rozpoczęcia usługi do wystawienia ostatniego świadectwa przejęcia (a więc okres od rozpoczęcia do zakończenia robót budowlanych), natomiast pozycja 4 odnosi się do tożsamyh kosztów, ale w okresie od zakończenia robót budowlanych do ich ostatecznego rozliczenia, a więc w okresie gwarancji nad realizowaną inwestycją.

Konsorcjum na stronie 3 odwołania zacytowało część wyjaśnień, w której zwraca uwagę na narzucony udział procentowy niektórych części wynagrodzenia w całości wynagrodzenia - jednakże uwagi te nie dotyczą akurat w żadnym zakresie pozycji 1. Należy zatem uznać, że zarówno na etapie przygotowania oferty, jak i na etapie składania wyjaśnień Konsorcjum nie miało żadnych wątpliwości co do prawidłowości brzmienia siwz odnośnie pozycji 1, zaś obecna argumentacja podnoszona jest jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Odwołujący podnosi też, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty, gdyż rażąco niska cena dotyczy wyłącznie części ceny, a nie całości ceny oferty. W tym zakresie Konsorcjum powołało dziesiątki orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzających przedstawiony pogląd. Zdaniem Przystępującego Odwołujący zdaje się jednak zapominać, że przepis art. 90 ustawy został znowelizowany, która to nowelizacja wyraźnie wprowadziła możliwość odrzucenia oferty w przypadku, gdy istotna część składowa ceny jest ceną rażąco niską. Stąd

też wskazywane przez Odwołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest już po prostu nieaktualne, dotyczy stanu prawnego, który nie ma zastosowania ani do oceny ofert, ani do rozpatrzenia odwołania. Wskazywała na to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 lipca 2017 roku, sygn. akt: KIO 1318/17: „Brzmienie

14

art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p zostało ustalone ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020). Od brzmienia obowiązującego przed nowelizacją (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy P.z.p. z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) różni się między innymi tym, że aktualnie zamawiający jest obowiązany zwrócić się o udzielenie wyjaśnień nie tylko w sytuacji, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, ale również wtedy, gdy rażąco niskie wydają się ich części składowe. Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).” W ocenie wykonawcy T. Zamawiający - mając na uwadze nowelizację i obecnie obowiązujące brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy - był uprawniony do odrzucenia oferty Konsorcjum.

Zdaniem Przystępującego podobnie niesłuszne są zarzuty dotyczące niemożności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zakresie kosztów wykonania poszczególnych pozycji, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Przystępujący ponownie podkreślał, że podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum nie była treść Formularza cenowego, ale ocena przez Zamawiającego treści złożonych wyjaśnień. Jeśli w wyjaśnieniach tych Konsorcjum nie wykazało w stopniu wystarczającym, w jaki sposób poniesie koszty realizacji usług w zakresie pozycji 1.3 i 1.4, to nie ma znaczenia, czy wynagrodzenie jest ryczałtowe czy kosztorysowe. Nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym, uwzględniając specyfikę postępowania, cena za jeden z elementów oferty może świadczyć o cenie rażąco niskiej - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2528/15: „Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego, że podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na przyjęty przy

15

umowie sposób rozliczania (ryczałt z niewielkim elementem kosztorysu), nie może być kalkulacja kosztów pracy, jako że jest to tylko jeden z elementów mających wpływ na wysokość ceny. Izba wielokrotnie w swoim orzecznictwie zwracała uwagę (także przy stosowaniu wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym), że każde z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego posiada pewną specyfikę i tę specyfikę należy ocenić. Może zdarzyć się, że o cenie rażąco niskiej zdecyduje tylko jeden z elementów oferty. Co więcej, obecne brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy, które odnosi się do konieczności uwzględnienia w kalkulacji kosztów wynagrodzenia równających się najniższemu wynagrodzeniu za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów, w ocenie składu orzekającego Izby, może być takim samodzielnym elementem, który zadecyduje o zaniżeniu ceny oferty, jeżeli wykonawca nie wykaże, że jego kalkulacja opiera się na prawidłowych założeniach.” Twierdzenia Odwołującego mogłyby być wzięte pod uwagę tylko wtedy, gdyby w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum wyraźnie odniosło się do kwestii wynagrodzenia za usługi wskazane w pozycjach 1.3 i 1.4 i wykazało, że część kosztów z tytułu realizacji tych obowiązków ujęta jest w innych kosztach. Tymczasem

w wyjaśnieniach brak takich twierdzeń. Podkreślić też należy, że pomimo określenia ceny jako ryczałtowej, sposób przedstawienia ceny i jej podziału na poszczególne elementy, ma znaczenie przy częściowych rozliczeniach pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w trakcie wykonywania umowy, a także rozliczeń w przypadku ewentualnego rozwiązania umowy. Z tego punktu widzenia nie ma więc znaczenia fakt, że cena oferty jest ceną ryczałtową - z całą pewnością powinna być ona prawidłowa i uwzględniać wszystkie elementy kosztowe.

Przystępujący podnosił, że odnośnie możliwości stwierdzenia rażąco niskiej ceny także przy określeniu wynagrodzenia jako ryczałtowe wypowiedziała się też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 grudnia 2016 roku, sygn. akt KIO 2374/16: „W ocenie Izby oświadczenie wykonawcy, że zaoferowana przez niego cena jest ceną ryczałtową i uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia - nie stanowi żadnych wyjaśnień. Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności: w przypadku wyjaśnień odnośnie ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny - przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie - załączenie dowodów.” oraz w wyroku z dnia 23

16

września 2016 roku, sygn. akt KIO 1681/16: „Fakt, że cena oferty jest ceną ryczałtową, nie oznacza, że nie musi ona spełniać warunków poprawności określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, może być niespójna albo wręcz wewnętrznie sprzeczna, nie obejmować całego przedmiotu zamówienia, być niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy zawierać błędne wartości czy błędy w obliczeniu ceny. Należy się zgodzić z wcześniej przywołanym przez Odwołującego stanowiskiem Izby, iż zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może uchylić się w żaden sposób. Poza tym przyjmując ofertę wewnętrznie niespójną zamawiający nie tylko narusza konkurencję między wykonawcami, ale też działa na własną niekorzyść, gdyż w konsekwencji stan ten może spowodować kłopoty przy realizacji zamówienia.”

W ocenie Przystępującego też jest istotne, że Zamawiający wskazał, które elementy ceny są cenami ryczałtowymi - wpisano wprost ryczałt w Formularzu Cenowym. A zatem cena oferty jest ceną ryczałtową wyłącznie dla wynagrodzenia za pozycję 2 i 5 oraz część pozycji 3 (3.3, 3.5 i 3.7). W pozostałym zakresie - w tym także dla pozycji spornych, tj. 1.3 i 1.4 - cena oferty jest ceną kosztorysową. Wykonawcy mieli obowiązek wskazania wynagrodzenia miesięcznego za świadczenie usługi.

Wobec tego w opinii Przystępującego Odwołujący nie dość, że skalkulował cenę w sposób niezgodny z wymogami IDW pkt 15.3, to nie uwzględnił nawet podstawowych kosztów dla personelu kluczowego. Na stronie 3 odwołania wykonawca informuje, iż zapanował rezerwę finansową w wysokości 1.270.014 PLN. Zgodnie z zapisami pkt. 15.3: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym”. Przystępujący ponownie podkreślał, że brzmienie siwz nie było kwestionowane przez Odwołującego, a zatem Odwołujący przyjął za obowiązujący przy sporządzaniu oferty powyższy zapis specyfikacji.

Kolejny wykonawca T. wyjaśniał, że w siwz wskazano „Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i w cenach ryczałtowych (dział 2, pozycje 2.1,2.2,2.3) uwzględni odpowiednią ilość wszystkich ekspertów i specjalistów tak, aby

17

zapewnić sprawną i terminową realizację umowy” wobec czego jedynymi pozycjami gdzie Wykonawca mógł uwzględnić zaplanowaną rezerwę są pozycje 2.1, 2.2, 2.3.

W ofercie Odwołującego przedmiotowe pozycje przedstawiają się

następująco:

2 Usługi nadzoru i zarządzanie okres projektowania (weryfikacja i

2.1 koordynacja prac projektowych) (nie ryczałt X 500 000,00 500 000,00 więcej niż 20% całego działu 2)

2.2 okres realizacji robót ryczałt X 2 000 000,00 2 000 000,00 okres przeglądów i rozliczenia kontraktu

(do wystawienia Świadcstwa Wykonania 2.3 ryczałt i Ostatecznego Świadcstwa Płatności) X 444 000,00
444 000,00

(nie mniej niż 15% całego działu 2)

Łączna suma usług personelu wraz z uwzględnieniem rezerwy wynosiła 2 944 000,00 PLN i po odjęciu rezerwy jest już tylko 1.673.986 PLN.

Wykonawca T. twierdził, że jeśli przeanalizujemy poszczególne składowe w odniesieniu do zapisów Warunków Umowy §13 pkt 5 „Zamawiający wymaga, aby wszystkie osoby wykonywające funkcję objęte kluczową częścią zamówienia, o której mowa w ust. 4, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez Konsultanta”.

Do przedmiotowych osób wliczają się:

- Inżynier Rezydent;
- Główny Inspektor Nadzoru specjalności Inżynierii Drogowej;
- Główny Inspektor Nadzoru specjalności Inżynierii Mostowej;
- Specjalista ds. rozliczeń;
- Specjalista ds. roszczeń;
- Technolog.

Zgodnie z § 3 pkt 2 "Konsultant z zastrzeżeniem §4 ust.12 zobowiązuje się świadczyć Usługę w terminie uwzględniającym:

1) Okres projektowania, który trwa od daty rozpoczęcia realizacji Usługi do dnia uzyskania przez Wykonawcę Robót decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na Trasie Głównej tj. 15 miesięcy”.

Wedle powyższego – zdaniem Przystępującego - w poz. 2.1 Odwołujący powinien uwzględnić zatrudnienie na umowę o pracę dla 6 osób personelu kluczowego, przez okres 15 miesięcy. Dla przedmiotowego kosztu Odwołujący przeznaczył 500 000,00 PLN, a więc w podziale na okres realizacji (15 m-cy)

18

otrzymujemy kwotę: 33 333,33 PLN/ miesięcznie. Dla jednego eksperta z personelu kluczowego otrzymujemy $33\,333,33/6 = 5\,555,55$ PLN.

Koszty jakie musi ponieść pracodawca przy zatrudnieniu na umowę o pracę:

3 275,80 PLN kwota netto pracownika 449.55 PLN

ubezpieczenie emerytalne 69,09 PLN

ubezpieczenie rentowe 112.85 PLN

ubezpieczenie chorobowe 357,71 PLN

ubezpieczenie zdrowotne 341,00 PLN

zaliczka na PIT kwota **4 606,00 PLN**

brutto pracownika 449.55 PLN

ubezpieczenie emerytalne 299,39 PLN

ubezpieczenie rentowe 82,91 PLN

ubezpieczenie wypadkowe 112.85 PLN

Fundusz Pracy FGŚP Koszty pracodawcy 4,61 PLN

5 555,31 PLN

Zdaniem Przystępującego z powyższego wynika, że Odwołujący dysponując kwotą 5.555 zł. na jednego pracownika mógłby wypłacać mu wynagrodzenie 4.606 złotych brutto, co daje kwotę 3.275 złotych netto.

Zgodnie z zapisami IDW pkt. 7.3.1 [zdolności techniczne i zawodowe] każda z przedmiotowych osób musi legitymować się minimum dwuletnim doświadczeniem przy nadzorze na budowie o wartości co najmniej 46 min netto. Z doświadczenia życiowego oraz zasad obowiązujących na rynku wynika wprost, iż w kwocie 3 275,80 PLN netto nie ma możliwości zatrudnienia specjalistów o takim doświadczeniu. Należy również podkreślić, iż w przedmiotowej pozycji Odwołujący uwzględnił również rezerwę i koszty dla pozostałych ekspertów, których pracę musi zapewnić zgodnie z postanowieniami siwz.

W cenie oferty Odwołujący winien uwzględnić również:

1. Wykonywanie cyklicznych zdjęć.

Zgodnie z zapisami IDW pkt.19.1.2.2.1):

„Konsultant zastosuje bezpośredni i zdalny monitoring geodezyjny przy wykorzystaniu metod fotogrametrycznych z zastosowaniem bezzałogowych platform latających (UAV - Unmanned Aerial Vehicle) lub tradycyjnego nalotu lotniczego (.....)

19

Komplet zdjęć z nalogów (dane źródłowe, fotografie bez korekcji) oraz pozostałe dane zaimplementowane w trakcie realizacji usługi należy dodatkowo przekazać Zamawiającemu na przenośnym dysku zewnętrznym (...).

Konsultant jest zobowiązany do wykonania opracowań z poniższą częstotliwością:

1. Pierwsze opracowanie należy wykonać w okresie do 6 miesięcy od rozpoczęcia realizacji Usługi. Opracowanie należy zintegrować (porównać) z mapą do celów projektowych oraz projektem. Konsultant jest zobowiązany dokonać analizy otrzymanych materiałów pod względem zgodności dokumentacji projektowej z terenem istniejącym.
2. Drugie opracowanie ortofotomapy należy wykonać w terminie ustalonym z kierownikiem projektu w celu zinventaryzowania stanu istniejącego nieruchomości przed planowanym terminem wydania decyzji ZR ID.
3. Kolejne opracowania ortofotomapy należy wykonać nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy. Każde opracowanie należy zintegrować (porównać) z mapą do celów projektowych oraz projektem. Konsultant jest zobowiązany dokonać analizy otrzymanych materiałów pod względem zgodności dokumentacji projektowej z terenem istniejącym.
4. Po zakończeniu robót budowlanych objętych umową z wykonawcą robót, Konsultant wykona ostatni nalog oraz końcowe opracowanie i zintegruje je z geodezyjnym pomiarem bezpośrednim powykonawczym (mapą powykonawczą). Konsultant jest zobowiązany dokonać analizę otrzymanych materiałów. Powyższe czynności oraz wnioski z nich płynące należy zawrzeć w raporcie końcowym.)...) Konsultant zobowiązuje się do udostępnienia opracowań, o których mowa powyżej, w przeglądarce WWW - z dostępem dla Zamawiającego na LOGIN i Hasło. Web serwis musi zawierać możliwość wspólnego i referencyjnego - raportu ortofoto, projektu, oraz mapy do celów projektowych.)...)

Przez cały okres trwania kontraktu do momentu wydania świadectwa wykonania, przeglądarka winna funkcjonować na serwerach konsultanta."

Przystępujący wskazywał, że zgodnie z powyższymi zapisami w obowiązku wykonawcy jest zapewnienie nie tylko wykonania samej ortofotomapy techniką nalotu

20

lotniczego, ale również wykonawca zobowiązany jest zapewnić weryfikację mapy ze stanem rzeczywistym oraz projektowym, jak również zapewnienie strony WWW i serwera ftp do przechowywania i udostępniania przedmiotowych materiałów.

Mając na uwadze powyższe w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący powinien w sposób jasny określić, kto będzie wykonywał przedmiotową ortofotomapę, czy posiada do tego wymagane uprawnienia oraz sprzęt, czy zapewni przeglądarkę oraz serwer zgodny z wymaganiami przez cały okres realizacji usługi - oraz wskazać wszystkie koszty związane z powyższym zakresem oferty.

Obecność personelu Konsultanta przy zwiększonym zakresie badań, pomiarów i pobieraniu próbek

Wykonawca T. wyjaśniał, że wedle pkt IDW pkt.19.1.2.2.2) IDW, czyli Podkryterium 1.2 Kontrola Jakości „Konsultant będzie uczestniczył w wykonanych przez Wykonawcę Robót pomiarach, badaniach oraz czynnościach polegających na pobieraniu prób na Placu Budowy w ilości 20% większej niż przewidywana w Umowie (30%), tj. łącznie 50%. Konsultant jest zobowiązany potwierdzić fakt

uczestnictwa w pomiarach, badaniach oraz przy pobieraniu prób zgodnie z Umową".

W opinii Przystępującego Konsorcjum w złożonych wyjaśnieniach wykazał wyłącznie, iż zatrudnił przedmiotowego specjalistę w niepełnym wymiarze pracy (pół etatu). Taki zakres wynika z podstawowych obowiązków wykonawcy - zgodnie z SIWZ WU §13 [Ogólne obowiązki Konsultanta] ust. 7 „Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie Umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu (...). Technolog przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż 1A etatu". Zdaniem Przystępującego Odwołujący ujął koszty przedmiotowego specjalisty wyłącznie w niepełnym wymiarze pracy (pół etatu) i nie uwzględnił w wyjaśnieniach skutków zwiększenia jego obowiązków wynikających z w/w podkryterium. Skoro Odwołujący zadeklarował, że będzie uczestniczył w zwiększonej ilości prac, to jego obowiązki z konieczności uczestnictwa wzrosły 30% badań (minimum określone w siwz) do aż 50% (obowiązki wynikające z deklaracji w danym podkryterium). W opinii

21

Przystępującego w przeciągu 10 dni roboczych nie ma możliwości dokonania odbioru i obecności przez jedną osobę (potwierdzonych protokołem) na odcinku drogi o długości 24 km.

2-tygodniowy okres dublowania pracy ekspertów kluczowych

Według pkt IDW pkt.19.1.2.2.4) czyli Podkryterium 1.4 Niezmienność personelu Konsultanta wykonawca musi zapewnić iż „W przypadku zmiany ekspertów kluczowych w trakcie realizacji umowy Konsultant zapewni, w ramach obowiązków każdego zatrudnionego eksperta, sporządzenie Raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego eksperta w ramach kontraktu oraz zdublowanie pracy w okresie 2 typ. Raport ten będzie miał za zadanie płynne przekazanie obowiązków i wdrożenie nowego eksperta poprzez szybsze zorientowanie się w sprawach prowadzonych przez odchodzącego z kontraktu eksperta, oraz uniknięcie sytuacji związanej z pominięciem spraw przez niego rozpoczętych i niezakończonych "

Zgodnie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień z dnia 31 maja 2017 r. wykonawca był w obowiązku przedstawienia kompletności ceny w tym „Na potwierdzenie powyższego należy przedłożyć rozbicie ceny ofertowej w podziale na miesiące realizacji Usługi z uwzględnieniem elementów składowych tj. koszty poszczególnego personelu konsultanta z uwzględnieniem zatrudnienia deklarowanych osób na umowę o pracę". W opinii przystępującego Konsorcjum przedstawiając harmonogram uwzględniający koszty personelu (dniówki), nie uwzględnił konieczności zapewnienia zdublowania i tym samym zwiększonego kosztu dla danego stanowiska w momencie przekazywania obowiązków. Żaden element wyjaśnień nie obejmuje wynagrodzenia za pracę w w/w zdublowanym okresie.

Z ostrożności procesowej Przystępujący wskazywał, że ocenie przez Izbę powinny podlegać wyłącznie złożone już wyjaśnienia wraz z dowodami. Nie jest możliwe skuteczne powoływanie się przez Konsorcjum na nowe okoliczności czy dowody, które nie były wskazywane uprzednio w wyjaśnieniach. Takie stanowisko przedstawiły sądy powszechne w wyniku rozpatrywanych skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej - Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, gdzie wskazano: „Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne

22

wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji" oraz Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: „złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu

prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy".

W toku posiedzenia Izby odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, który wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W treści uzasadnienia wyjaśniał, że Odwołujący treść swoich wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tych względów odpowiedź Zamawiającego na powyższy zarzut Odwołującego została zawarta w Załączniku nr 1 do odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, iż oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Zamawiający twierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, działał zgodnie z przepisami prawa i przeprowadził postępowanie w sposób bezstronny i obiektywny, nie naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający wskazywał, że poinformował Odwołującego pismem z dnia 21 sierpnia 2017 r. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone wskazując uzasadnienie prawne i faktyczne.

Oferta złożona przez Wykonawcę A. P. Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz pkt 2 ustawy, ponieważ oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Natomiast oferta złożona przez wykonawcę E. G. P. S.A. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W związku z powyższym Zamawiający nie dokonał oceny ofert w zakresie zaistnienia pozostałych przesłanek ich odrzucenia.

23

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony powyżej i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Dodatkowo Izba ustaliła, że:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 9 879 758,77 zł netto.

W ramach prowadzonego postępowania zostały złożone oferty wykonawców, opiewające na następujące kwoty:

1. T. G. Sp. z o.o. - 7 485 135,79 zł;
2. Z. I. Z. S.A. - 9 997 000,76 zł;
3. E. G. P. S.A. - 4 852 350,00 zł;
4. A. P. Sp. z o.o. - 5 067 600,00 zł;
5. T. - 6 314 367,51 zł;
6. M.(2) S.A. - 10 452 995,10 zł;
7. L. P. Sp. z o.o. - 6 828 160,50 zł;
8. E. P. Sp. z o.o. - 9 717 988,23 zł;
9. M. - 8 966 700,00 zł;
10. Konsorcjum - 4 549 770,00 zł.

W złożonej ofercie Konsorcjum w Formularzu cenowym w poz. 1.3 Personel biurowy podało cenę jednostkową w PLN 3 850,00 oraz liczbę jednostek – 40 miesięcy, wynikiem iloczynu tych liczb jest łączna wartość 154 000,00 PLN.

24

Identycznej wartości Odwołujący wskazał w Formularzu cenowym w poz. 1.4 Personel pomocniczy (str. 4 oferty).

Izba ustaliła, że w każdej pozycji, zarówno w przypadku pozycji 1.3 jak i 1.4 kwota 3.850 zł obejmuje zatrudnienie po 2 osoby dla każdej pozycji - łącznie 4 osoby. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę dane z oferty Konsorcjum koszt zatrudnienia pojedynczej osoby na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy wynosi poniżej kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę, wynikającej z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1456) – dalej „rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę”.

Izba ustaliła, że Zamawiający dwukrotnie zwracał się do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp z prośbą o udzielenie wyjaśnień (wezwanie z dnia 31 maja 2017 r. oraz wezwanie z dnia 11 lipca 2017 r.). W obu przypadkach Odwołujący złożył pisemne wyjaśnienia (pismo z dnia 6 czerwca 2017 r. oraz pismo z dnia 18 lipca 2017 r.). Do pisma z dnia 6 czerwca 2017 r. wykonawca załączył dowody m. in. w postaci pozyskanych z rynku ofert i zobowiązań do współpracy. Z ustaleń Izby wynika, że w obu pismach zostały podane różne, ale wyższe niż w Formularzu cenowym, stawki jednomiesięczne dla osób mających stanowić personel biurowy i pomocniczy.

W pierwszych wyjaśnieniach (z dnia 6 czerwca 2017 r.) Odwołujący wskazał nie tylko ww. stawki na wyższym poziomie niż te wskazane w ofercie w Formularzu cenowym w pozycjach: 1.3 oraz poz. 1.4 ale także w wyliczeniach na str. 8 wyjaśnień przyjęto inne dane do wyliczeń (mniejsza liczba miesięcy) niż te wskazane w Formularzu cenowym w poz. 1.3 i 1.4 w kolumnie „Liczba jednostek) – 40 miesięcy.

Natomiast w wyjaśnieniach z dnia 18 lipca 2017 r. Odwołujący przyjął już do obliczeń tak jak Formularzu cenowym liczbę 40 miesięcy jednak stawki wskazane w poz. 1.3 i 1.4 miały jeszcze inną wartość niż te wskazane pierwotnie w Formularzu cenowym w ofercie (były wyższe od tych wskazanych w ofercie) a także były inne niż te podane w wyjaśnieniach Konsorcjum z dnia 6 czerwca 2017 r. (były niższe niż te wskazane w pierwotnych wyjaśnieniach).

25

W zawiadomieniu z dnia 21 sierpnia 2017 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, skierowanym do Konsorcjum Zamawiający (na str. 4) podał konkretne postanowienia siwz jak również określoną treść oferty Odwołującego, która jest z nimi niegodna. Natomiast w pozostałej treści zawiadomienia Zamawiający opisał szczegółowo wszystkie okoliczności towarzyszące odrzuceniu oferty Odwołującego. Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w treści pisma jako jedyną podstawę prawną odrzucenia oferty Konsorcjum wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez

Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

W świetle znowelizowanej treści przepisu art. 90 ust. 1 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

26

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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 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;
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.

Natomiast według art. 90 ust. 1a Pzp, 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Według art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

27

W zakresie interpretacji powołanych przepisów pomocniczo przywołać należy stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w opinii prawnej, w której stwierdzono: „Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść wręcz zobowiązuje Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec tego wskazać

należy, że obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców poweźmie wątpliwości co całej cenie lub kosztu oferty lub ich istotnych części składowych.

W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem.

Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższy niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym). (...)

Niewątpliwie istotną częścią składową a zarazem przykładowym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie, mogą w szczególności być koszty pracy. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z dniem 1 września 2016 r. ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U.

28

poz. 1265) zmieniła brzmienie art. 90 ust. pkt 1 ustawy Pzp w ten sposób, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe 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). Przepis ten swoim zakresem objął tym samym również kwestie wynagrodzenia dla osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług. Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, że przepisy określające wysokość minimalnej stawki godzinowej wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2017 r.” (opinia prawna UZP zawarta na stronie internetowej <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/badanie-razaco-niskiej-ceny-oferty-po-nowelizacji>)

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 4 549 770,00 zł. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o arytmetyczne kryterium odnoszące się do wartości szacunkowej powiększonej o podatek oraz w odniesieniu do średniej ceny wszystkich złożonych ofert. Z ustaleń Zamawiającego wynikało, że cena oferty Odwołującego w porównaniu z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT jest o ok. 52% od niej niższa. Natomiast w porównaniu ze średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynoszącą 7 123 206,79 zł brutto, cena oferty Odwołującego jest od niej niższa o ok. 36 %.

Biorąc pod uwagę opisane powyżej dysproporcję pomiędzy ceną zawartą w ofercie Odwołującego a wartością szacunkową a także średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu Izba doszła do przekonania, że prawidłowo zachował się Zamawiający, który skierował do Konsorcjum na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp wezwanie do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W kontekście argumentacji dotyczącej interpretacji przepisu art. 90 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, że Zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień od Konsorcjum nie tylko w zakresie całości ceny ale również w odniesieniu do części składowych ceny jakimi niewątpliwie są jej

29

elementy wskazane w Formularzu cenowym w poz. 1.3 Personel biurowy i 1.4 Personel pomocniczy. Wobec tego skoro u Zamawiającego w omawianym zakresie zrodziły się wątpliwości to nie powinno dziwić, że w treści wezwania z dnia 31 maja 2017 r. Zamawiający szczegółowo wyspecyfikował wszystkie kwestie, podlegające wyjaśnieniu w zakresie kalkulacji ceny, w tym również ujął zagadnienia dotyczące ceny zaoferowanej przez Odwołującego w poz. 1.3 i 1.4. w aspekcie wymagań wynikających z treści siwz. (str. 3 i 4 wezwania).

Badanie treści wyjaśnień Konsorcjum z dnia 6 czerwca 2017 r. doprowadziło Skład orzekający do wniosku, że słusznie postąpił Zamawiający kierując do Odwołującego w dniu 11 lipca 2017 r. kolejne wezwanie o wyjaśnienia, ponieważ treść ww. wyjaśnień zawierała odmienne dane w zakresie liczby jednostek czasu przyjętych do obliczeń od tych danych, wskazanych w treści Formularza cenowego. Ponadto w wezwaniu Zamawiający powołał także pkt 15.3 IDW wskazując, że każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.

Przy tym należy zwrócić uwagę, że Zamawiający konsekwentnie, zarówno w części pierwszej (w tym również w poz. 1.3 i 1.4) Formularza cenowego jak i w § 3 projektu umowy wskazywał na konkretne terminy związane z realizacją umowy. W odniesieniu do kosztów administracyjnych, opisanych w części pierwszej Formularza cenowego ustalono okres 40 miesięcy. Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, że opisane postanowienia specyfikacji nie był przez niego modyfikowane. Wobec tego należy je uznać za wiążące

Izba dokonała analizy złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień i stwierdziła, że Odwołujący nie podołał ciężarowi wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, który został na wykonawcę nałożony treścią przepisu art. 90 ust. 2 Pzp, bowiem przepis ten stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Po pierwsze uznała za chybione wyjaśnienia Odwołującego, który twierdził, że inni wykonawcy złożyli oferty zawierające ceny zbliżone do ceny oferty Odwołującego, tj.: E. G. P. S.A. - 4 852 350,00 zł oraz A. P. Sp. z o.o. - 5 067 600,00

30

zł. Z powyższego wykonawca wywodził, że zaproponowana przez niego cena jest ceną rynkową, a jego oferta nie powinna być odrzucona, gdyż ceny zawarte w ofertach ww. wykonawców nie zostały za rażąco niskie, a w konsekwencji Zamawiający nie odrzucił ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odnosząc się do tak zaprezentowanego stanowiska Odwołującego przywołać należy wyjaśnienia Zamawiającego, który twierdził, że poinformował Odwołującego pismem z dnia 21 sierpnia 2017 r. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone wskazując uzasadnienie prawne i faktyczne. W treści pisma podał, że oferta złożona przez wykonawcę A. P. Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz pkt 2 ustawy, ponieważ oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Natomiast oferta złożona przez wykonawcę E. G. P. S.A. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny. W związku z tym, że oferty wykonawców: E. G. P. S.A. oraz A. P. Sp. z o.o. zostały odrzucone na podanej powyżej podstawie to Zamawiający nie badał już ofert złożonych przez tych wykonawców w zakresie zaistnienia pozostałych przesłanek ich odrzucenia, w tym między innymi w zakresie występowania w nich cen rażąco niskich.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że skoro oferty wykonawców E. G. P. S.A. oraz A. P. Sp. z o.o. nie zostały przez Zamawiającego zbadane pod kątem występowania w nich cen rażąco niskich to nie mogą one stanowić odpowiedniego punktu odniesienia w kwestii występowania w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej.

Po drugie, Izba uznała, że w przypadku kosztów, związanych z kosztami pracodawcy, odnoszącymi się do pracowników nie należy różnicować cen a przyjąć jedną, określoną nomenklaturę bez rozróżniania kwot na netto czy też brutto.

Po trzecie, w treści oferty w Formularzu cenowym Konsorcjum jednoznacznie określiło koszt jednostkowy dla pozycji 1.3, który wynosił 3.850 zł., natomiast dla całej pozycji koszt ten wynosił 154 000,00 zł. Analogiczne kwoty wykonawca wskazał dla pozycji 1.4. Z powyższego jasno wynika, że jednostkowy koszt dla jednego

31

pracownika kształtuje się poniżej minimalnego wynagrodzenia, określonego w § 13 ust. 5, 6, 7 i 8 projektu umowy, opierającego się o przepisy rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę, z którego wynika, że minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2000 zł. W ocenie Izby również dowody złożone przez Odwołującego w postaci zobowiązań do współpracy potwierdzają zaniżenie ceny personelu wskazanego w poz. 1.3 i 1.4. Skutkiem tego jest zaniżenie jednego z istotnych składników ceny, bo za taki niewątpliwie powinien być uznany koszt wynagrodzenia za pracę, co wprost wynika z treści cytowanej powyżej opinii Urzędu Zamówień Publicznych.

O istotności kwestii związanej z kosztami opisanymi w poz. 1.3 i 1.4 Formularza cenowego przesądzają także postanowienia projektu umowy. Zamawiający w § 4 pkt 4 lit. a projektu umowy sprecyzował: „Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady: a) wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia oraz kosztów administracyjnych od wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności przysługuje za jeden miesiąc kalendarzowy w wysokości określonej w załączniku do Oferty - Formularz Cenowy”. Tym samym Izba uznała, że nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, aby wykonawca w omawianym zakresie mógł otrzymać wyższe wynagrodzenie, niż to wynikające z Formularza cenowego.

W tym miejscu wskazać należy na spóźnioną argumentację Odwołującego odnoszącą się do postanowień siwz w aspekcie ograniczeń procentowych dla określonych części zamówienia, w tym dla części pierwszej, w ramach której mieszczą się koszty personelu biurowego i pomocniczego. W omawianym zakresie Izba w pełni podziela argumentację prezentowaną przez Przystępującego, który twierdził, że ww. postanowienia siwz nie były kwestionowane przez wykonawców, w tym przez Odwołującego, który dopiero po odrzuceniu jego oferty podnosi zarzuty względem tej części specyfikacji. Wobec powyższego w omawianym zakresie Izba pominęła argumentację podnoszoną przez Odwołującego w treści odwołania.

Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że Zamawiający na podstawie pkt 15.3 specyfikacji oczekiwał, aby każda cena jednostkowa zawarta w ofercie obejmowała

32

całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Wobec tego za nietrafna należy uznać argumentację Odwołującego, który twierdził, że Konsorcjum zaplanowało rezerwę finansową w wysokości 1 270 014,00 zł netto z której będzie mogło pokryć występujące „braki finansowe” występujące w innych pozycjach formularza. Powyższemu wprost sprzeciwia się przywołana powyżej treść siwz, nakazująca wykonawcy ujęcie w każdej cenie jednostkowej Formularza cenowego wszystkich kosztów, związanych z tą pozycją a także powołane powyżej postanowienia projektu umowy. Zatem nie sposób stwierdzić, że Odwołujący mógłby w tym zakresie skorzystać ze wskazywanej rezerwy finansowej.

W zakresie zagadnienia związanego z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia stanowisko Izby jest zbieżne ze stanowiskiem Przystępującego. Wobec tego powtarzanie opisanej powyżej argumentacji Izba uznała za niecelowe.

Podsumowując, Izba potwierdziła prawidłowość działań Zamawiającego, polegających na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny, a także możliwość oceny ceny oferty Odwołującego przez pryzmat istotnych części składowych, tj. koszty wynagrodzenia za pracę. Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał w stopniu wystarczający w jaki sposób poniesie koszty realizacji zamówienia w zakresie pozycji 1.3. Personel biurowy i 1.4 Personel pomocniczy. Izba doszła do przekonania, że obecne brzmienie art. 90 ust. 1 Pzp odnosi się do konieczności uwzględniania przez wykonawców w kalkulacji kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, określonego na podstawie odrębnych przepisów. Poza tym w omawianym stanie faktycznym próg istotności kosztu pracy został zakreślony powołanym powyżej postanowieniami specyfikacji. W związku z tym, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, że zaoferował w złożonej ofercie - w jej istotnej części – jednostkowy koszt wynagrodzenia zgodny z ogólnie obowiązującymi przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę to Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

33

Kolejną kwestią, która w ocenie Izby jest niezwykle istotna dla rozpoznawanej sprawy jest kwestia, odnosząca się do zagadnienia odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W omawianej kwestii nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp ale również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Świadczy o tym przede wszystkim sama treść zawiadomienia z dnia 21 sierpnia 2017 r. Z ustaleń Izby wynika, że w treści zawiadomienia (na str. 4) Zamawiający podał konkretne postanowienia siwz jak również określoną treść oferty Odwołującego, która jest z tą treścią specyfikacji niezgodna. Zamawiający opisał również szczegółowo i wyczerpująco wszystkie okoliczności towarzyszące odrzuceniu oferty Odwołującego. W omawianym przypadku Zamawiający jednak wadliwie wskazał jedynie jako podstawę prawną odrzucenia oferty Konsorcjum przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, podczas gdy w powinien był wskazać również przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zaznaczyć należy, że w treści odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy Zamawiający odwoływał się również do argumentacji wskazujące właśnie na odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z siwz.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający w specyfikacji ustanowił wymóg, aby wykonawca w celu realizacji przedmiotu zamówienia zapewnił zatrudnienie personelu biurowego i pomocniczego na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy zgodnie z obowiązującym prawem zapewnienia minimalnego wynagrodzenia (Tom III siwz oraz § 13 ust. 6 i 7 projektu umowy – Tom II siwz).

Jedynie dla przypomnienia wskazać należy, że zgodnie z rozporządzeniem w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę minimalne wynagrodzenie za pracę w 2017 r. wynosi 2000 zł.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że powyższy koszt powinien być jeszcze powiększony przez wykonawcę o koszty, obciążające Konsorcjum jako pracodawcę, tj. koszty ubezpieczenia, podatku.

34

Z treści złożonej oferty, z Formularza cenowego (str. 4 oferty) wynika, że Odwołujący dla Personelu biurowego i pomocniczego zaoferował wynagrodzenie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę (poz. 1.3 i 1.4). Tym samym treść jego oferty jest niezgodna z treścią siwz. W ocenie Izby powyższa niezgodność ma charakter istotnej chociażby ze względu na opisany powyżej sposób zapłaty

wynagrodzenia, wskazany w projekcie umowy. W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że oferta Odwołującego jako niezgodna ze treścią siwz podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Brak podania przez Zamawiającego podstawy prawnej dla ww. czynności Izba uważa za uchybienie nie mogące mieć wpływu na wynik postępowania.

Podsumowując, analiza zarzutów zawartych w odwołaniu nie wykazała naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

.....
.....