

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2016 roku przez wykonawcę: „Cony” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Bonin 28/20, 60-658 Poznań,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra,**

przy udziale wykonawcy: „**EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych**” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszyńska 35/1, 54-434 Wrocław, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „Cony” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę „Cony” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: „Cony” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego: Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze [zwane dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie – w trybie przetargu nieograniczonego - o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Pełnienie funkcji Inżyniera Projektu nad realizacją zadania: „Budowa obwodnicy m. Drezdenko – Etap II”*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2016 roku pod numerem 2016/S 077-137176.

Zamawiający w dniu 20 lipca 2016 roku przekazał wykonawcom biorącym udział

w postępowaniu zawiadomienie o wynikach postępowania za pośrednictwem faksu, poczty elektronicznej oraz pisemnie.

W dniu 29 lipca 2016 roku wykonawca „Cony” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu obowiązujących przepisów;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż zaoferowana przez odwołującego cena nosi znamiona rażąco niskiej pomimo, iż odwołujący złożył na wezwanie zamawiającego szczegółowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny wraz ze stosownymi dowodami, a także poprzez odrzucenie oferty odwołującego na skutek nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez niego w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego przekonania zamawiającego, iż cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską i skutkowało odrzuceniem jego oferty;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w uzasadnieniu dokonanej czynności odrzucenia oferty odwołującego faktów i okoliczności,

3

które doprowadziły do uznania, że wykonawca ten nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, odwołujący wnosil o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: K. J., E. Ś.-Ć, W. K., F. G. na okoliczność: stałej współpracy z odwołującym po stawkach rynkowych, określonych w załączonych do wyjaśnień odwołującego umowach o współpracy, czynników kosztotwórczych uwzględnionych w ramach ustalonego wynagrodzenia oraz ustalonych rozwiązań pozwalających na optymalizację kosztów odwołującego;
- 2) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania na okoliczność potwierdzenia, iż zaoferowana przez odwołującego cena jest ceną realną i uwzględnia koszty wykonania niniejszego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło ośmiu wykonawców, w tym odwołujący, który zaoferował wykonanie zamówienia za 205 300 zł brutto. Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 440 524,72 zł. Odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 23 czerwca 2016 roku wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny i zobowiązał go do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej w zakresie wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia, jednocześnie nie określając sposobu dokonania tej kalkulacji. Odwołujący zwrócił uwagę na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia w ramach przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 28 czerwca 2016 roku złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty odnoszące się do wszystkich elementów zamówienia, które determinowały wysokość zaoferowanej przez niego ceny i dodatkowo, zgodnie z żądaniem zamawiającego, przedstawił szczegółową kalkulację w oparciu o sporządzone przez siebie zestawienie oparte o zakres prac zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Ponadto, w odpowiedzi na kolejne wezwanie z dnia 5 lipca 2016 roku, dotyczące uszczegółowienia wyjaśnień oraz

4

rozwiązania wątpliwości zamawiającego, złożył w dniu 7 lipca 2016 roku kolejne wyjaśnienia, w których odniósł się do wszelkich kwestii poruszonych przez zamawiającego, jak również dołączył szereg dowodów potwierdzających rzetelność oraz prawdziwość przyjętych kwot w poszczególnych pozycjach kalkulacji. Odwołujący stwierdził, iż pomimo szczegółowych i rzeczowych wyjaśnień zamawiający poinformował go w dniu 20 lipca 2016 roku o odrzuceniu jego oferty uzasadniając, że przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody zostały uznane przez zamawiającego za niewystarczające do uznania, że oferowana cena nie jest ceną rażąco wygórowaną oraz oferta rzekomo zawiera rażąco niską cenę za pełnienie funkcji Inżyniera Projektu, która nie gwarantuje wykonania zamówienia z należytą starannością. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający w sposób rażący naruszył przepisy art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, a także art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, iż w sposób rzetelny wskazał w swoich wyjaśnieniach m.in., że przy obliczeniu ceny wziął pod uwagę wszystkie wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia określone przez zamawiającego, w tym w szczególności wszystkie koszty niezbędne do jego wykonania, uwzględnił zakres obowiązków wykonawcy, założył stosowną rezerwę na nieprzewidziane wydatki, a przede wszystkim uwzględnił zysk. Dodatkowo, wskazał, że uzasadniając zaoferowaną cenę powoływał się na bardzo wymierne i obiektywne czynniki, które wpłynęły na poziom zaoferowanej ceny.

Odwołujący odnosząc się szczegółowo do uzasadnienia odrzucenia jego oferty wskazywał, że zamawiający nie zawierając w SIWZ wymagań co do kalkulacji ceny nie może na etapie oceny ofert z faktu rozdzielenia wynagrodzenia ryczałtowego na etapy wyciągać wniosków o rażąco niskiej cenie odwołującego. Zauważył, iż w swoich wyjaśnieniach przedstawił kalkulacje dotyczące wynagrodzenia pracowników i wykazał, że pokrywają one wszelkie koszty personelu biorącego udział w realizacji zamówienia, przy czym założył nawet rezerwę na wypadek bieżących potrzeb zamawiającego. Stwierdził, że w okresie miesięcznym skalkulował należycie ilość dni pobytu na budowie Inżyniera Projektu, tj. 4 dni w tygodniu, co daje łącznie 16 dni w miesiącu oraz wycenił 25 wizyt inspektorów poszczególnych branż w zależności od dni pracy wykonawcy robót budowlanych w danej branży, co łącznie daje 41 wizyt. W ocenie odwołującego istotne jest też to, że zamawiający w SIWZ wymagał, aby inspektorzy nadzoru przebywali na budowie w miesiącu zgodnie z ilością dni pracy Wykonawcy Robót Budowlanych w danej branży oraz na każde żądanie zamawiającego, natomiast Inżynier Projektu zgodnie z ofertą oraz na każde żądanie zamawiającego. Zdaniem odwołującego zamawiający pominął fakt, że wszystkie roboty danej branży nie odbywają się równolegle, przy czym inspektor telekomunikacyjny, inspektor przyrodniczy, czy osoba pełniąca nadzór archeologiczny nie będzie często na budowie,

ponieważ dany zakres robót występuje tylko w danym okresie czasowym (analogicznie jest w przypadku innych branż), dlatego też mógł przyjąć jako jednostkę rozliczeniową daną wizytę (i za nią rozliczać się zgodnie ze stawkami określonymi w stosownych umowach o współpracy) i przyjąć miesięcznie 25 wizyt, które mogą odbywać się rotacyjnie w zależności od nadzorowanych robót.

Ponadto, dla odwołującego, niezrozumiałe i bezpodstawne jest stwierdzenie zamawiającego, że „kwota wynagrodzenia w poz. 1 kalkulacji w zasadzie obejmuje wynagrodzenie dla 2 osób - Inżyniera projektu i inspektora robót drogowych, który zgodnie z SIWZ powinien być przeciętnie 22 dni na budowie”, ponieważ SIWZ w tym zakresie nie zawiera takich wymagań, za wyjątkiem wymagania w zakresie obecności w zależności od ilości dni pracy Wykonawcy Robót Budowlanych. Następnie stwierdził, iż nieuzasadniony jest także zarzut zamawiającego, że odwołujący nie uwzględnił dodatkowych wizyt na budowie na żądanie zamawiającego, bowiem zakres pozostawania w gotowości do świadczenia usługi został przez niego skalkulowany w pozycji rezerwy w przedstawionej kalkulacji.

Odnosząc się do kwestii oszczędności wynikających z wykonywania innych zamówień oraz wpływu dysponowania stałą i doświadczoną kadrą na podstawie umów cywilnoprawnych odwołujący podnosił, że jako firma działająca na rynku lokalnym – na terenie województwa lubuskiego - posiada obecnie rozbudowany portfel zamówień i m.in. wykonuje nadzór nad zadaniami inwestycyjnymi oraz zarządzaniem kontraktem, a także inne projekty, takie jak: Projekt i Budowa Miejsc Obsługi Podróżnych Kat. II i III do Standardu kat.

I „Popowo Wschód” i Popowo Zachód przy drodze ekspresowej S3; Przebudowa pomieszczeń oddziału wewnętrznego budynku SP ZOZ w Sulechowie; Modernizacja budynku Centrum Usług Socjalnych w Kruszynie wraz z zagospodarowaniem terenu; Budowa infrastruktury rowerowej - odcinek Cigacice-Kalsk. Odwołujący wskazywał, że dzięki swojej działalności nawiązał stałą współpracę z osobami mogącymi pełnić funkcję inspektorów nadzoru i zapewnił sobie ich dostępność w ramach przygotowania do niniejszego zamówienia na warunkach konkurencyjnych, wynikających z kumulacji realizowanych zamówień w najbliższej okolicy. Podpisał też stosowne umowy o współpracy, które pozwoliły mu ustalić z należytą starannością kluczowy koszt niniejszego zamówienia w postaci wynagrodzenia swoich pracowników i załączył je jako dowody do wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że zastosował tzw. efekt synergii, optymalizując koszty związane z bieżącą działalnością i zatrudnianiem pracowników, a także logistyką, tj. kosztami dojazdu na wszystkie obsługiwane obecnie realizacje. Zwrócił uwagę, iż powszechną praktyką u odwołującego jest organizowanie wspólnych podróży przez swoich współpracowników pomiędzy poszczególnymi lokalizacjami, co daje realne oszczędności na zużytych paliwie.

6

Podnosił również, że kumulacja zadań i związana nią możliwa optymalizacja przyjętych rozwiązań przez odwołującego umożliwia pokrycie kosztów ogólnych związanych z bieżącym funkcjonowaniem całej firmy i wpływa na ich znaczące obniżenie w zakresie konkretnego zamówienia, co w szczególności dotyczy kosztów biura oraz polisy OC.

Zdaniem odwołującego udźwignął on ciężar prawidłowego wykazania, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską. Następnie zauważył, iż usługa będąca przedmiotem zamówienia ma niewymierny charakter intelektualny, co w praktyce przekłada się na znikomy udział w kosztach materiałów czy urządzeń, jak również wiąże się to ze znacznym zróżnicowaniem w wysokości kosztów jakie poszczególni wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia byłiby zmuszeni ponieść w związku z jego realizacją, ponieważ poszczególne osoby mogą w odmienny sposób wycenić swój czas, zaś wysokość wynagrodzenia to najważniejszy czynnik cenotwórczy.

Ponadto, zdaniem odwołującego, argument zamawiającego, iż cena nie gwarantuje wykonania zamówienia z należytą starannością, co sprowadza się do zasady: niska cena oznacza słabą jakość, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty z tytułu rażąco niskiej ceny. W ocenie odwołującego chybiony jest również argument zamawiającego jakoby odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że wskazana przez niego cena rynkowa za wykonanie zamówienia nie została obniżona ze względu na przedstawione okoliczności. Powołał się w tym zakresie na załączone do wyjaśnień umowy o współpracy, które, jego zdaniem, w wymierny i obiektywny sposób udowadniają, że stawki obowiązujące wśród współpracowników odwołującego są realne i rynkowe.

W ocenie odwołującego bezzasadna jest także argumentacja zamawiającego dotycząca wyliczeń wynagrodzenia kadry, rzekomo mniejszego od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odwołujący wskazał, że zamawiający, w sposób skrócony podał i podzielił jedynie kwotę wskazaną w wyjaśnieniach odwołującego jako wynagrodzenie za pracę personelu na liczbę osób wskazaną w ofercie oraz liczbę miesięcy realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, taki uproszczony sposób liczenia jest bezpodstawny, nielogiczny i niekonsekwentny w stosunku do wymagań zamawiającego w zakresie dostępności kadry wykonawcy na budowie - zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz w odniesieniu do ustalonego sposobu rozliczenia z wykonawcą należnego wynagrodzenia za wykonanie rzeczonych zadań, jak również nie znajduje on też żadnego pokrycia w kalkulacji przedstawionej w toku wyjaśnień przez odwołującego. Podkreślił również, że zamawiający nie wymagał, aby kadra wykonawców była zatrudniona na podstawie umowy o pracę, a pomimo tego różnicuje on jedynie z tego klucza wiarygodność wyjaśnień odwołującego.

7

Z kolei odnosząc się do kwestii kosztu realizacji zamówienia w okresie rękojmi i gwarancji wykonawcy robót, odwołujący podnosił, iż także w tym przypadku, zamawiający nie wskazał, które to elementy szczegółowych wyjaśnień i dowody potwierdziły wcześniejsze

domniemanie zamawiającego o tym, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę pomimo, iż to obowiązkiem zamawiającego było przedstawienie przekonującego uzasadnienia faktycznego dla dokonania opisanej czynności. Odwołujący zauważył, że w przedstawionej w wyjaśnieniach kalkulacji została podana kwota na obsługę gwarancyjną. Natomiast zamawiający nie wymagał w tym zakresie szczegółowej kalkulacji, a w powtórnym wezwaniu do uszczegółowienia wyjaśnień zamawiający nie wymagał uszczegółowienia tej pozycji w postaci wskazania sposobu jego wyliczenia, a tym bardziej wskazania osób do wykonania zamówienia w okresie gwarancji. W ocenie odwołującego kwota ta jest wystarczająca na zapewnienie zamawiającemu usługi w tym aspekcie przez wskazany okres rękojmi i gwarancji.

Odwołujący powołał się również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące kwestii rozumienia pojęcia rażąco niskiej ceny (wyroki wydane w sprawach o sygn. akt: KIO 791/16, KIO 592/13, KIO 1562/11).

W ocenie odwołującego, udowodnił on już na etapie badania ofert przez zamawiającego, że cena złożonej przez niego oferty nie nosi znamion ceny rażąco niskiej chociażby dlatego, że zachowując reguły rynkowe i sprzyjające okoliczności dostępne odwołującemu, realizacja przedmiotowego zamówienia jest dla niego jak najbardziej opłacalna.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp odwołujący wskazywał, że działania podejmowane przez zamawiającego naruszyły zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czego przejawem była między innymi błędna ocena złożonych przez odwołującego wyjaśnień oraz dowodów. Odwołujący podkreślił, iż szczegółowo wyjaśnił wszystkie elementy kosztotwórcze, załączył stosowne dowody, które potwierdzają istnienie okoliczności i ich wpływ na obniżenie ceny oferty, a także wykazał, że przyjął realne ceny dla kluczowego personelu.

W ocenie odwołującego, odrzucenie jego oferty jest bezzasadne i nieuprawnione, a nadto, odrzucając ofertę odwołującego zamawiający pozbawił się możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ za konkurencyjną cenę.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil jak w petitum odwołania.

Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2016 roku za pośrednictwem faksu, a w dniu 8 sierpnia 2016 roku – w formie pisemnej - złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając w tym zakresie szczegółową argumentację.

8

Ponadto, wykonawca „EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, złożył w dniu 11 sierpnia 2016 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego pismo procesowe, w którym wnosil o oddalenie odwołania w całości i zawarł uzasadnienie swojego stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę – „EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego [zwanego dalej: „przystępującym”].

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 29 lipca 2016 roku – za pośrednictwem faksu, poczty elektronicznej oraz pisemnie – przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

Zgłoszenie przystąpienia wykonawcy: „EKOCENTRUM – Wrocławskiego Ośrodka Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, doręczone zostało - w formie pisemnej - Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2016 roku, tj. w

ustawowo określonym terminie, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz przedstawił dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego należało uznać, że ww. wykonawca skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a tym samym stał się uczestnikiem tego postępowania.

Następnie, Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

9

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”] wraz z załącznikami, oferty złożonej przez odwołującego, korespondencji zamawiającego z odwołującym w zakresie odnoszącym się do kwestii rażąco niskiej ceny, zawiadomienia o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba postanowiła także dopuścić dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego w toku rozprawy w dniu 11 sierpnia 2016 roku, tj.: zestawień przygotowanych przez odwołującego, a dotyczących stosunku wartości robót do wartości usługi nadzoru w ramach: 1. Wykonania nadzorów dla inwestycji publicznych w latach 2014-2016, 2. Projektu i budowy miejsc obsługi podróżnych kat. II i III do standardu kat. 1 „Popowo Wschód” i „Popowo Zachód” przy drodze ekspresowej S3, 3. Inżyniera Projektu dla Budowy obwodnicy m. Drezdenko – Etap II. Izba jednocześnie zauważa, że dwa pierwsze zestawienia dotyczą innych zamówień, tym samym zestawienia te jedynie poglądowo mogą obrazować procentowy stosunek wartości usługi pełnienia funkcji Inżyniera Projektu, gdyż każde z zadań charakteryzuje się własną specyfiką i wymaganiami, przez co zakres obowiązków, czasochłonność i inne uwarunkowania mogą mieć wpływ na ustalenie wartości wynagrodzenia z tego tytułu.

Zestawienie obowiązków inspektora nadzoru w codziennej pracy na budowie złożone przez zamawiającego w toku rozprawy w dniu 11 sierpnia 2016 roku i przez niego sporządzone Izba uwzględniła jako stanowisko własne zamawiającego. Jak zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy w/w zestawienie obejmowało zarówno obowiązki inspektora nadzoru wynikające z treści SIWZ, jak i z doświadczenia zamawiającego. Należy też zwrócić uwagę, że w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający nie podnosił kwestii związanej z wynagrodzeniem inspektora nadzoru w stosunku do nałożonych na niego obowiązków. Słusznie też odwołujący zauważył, że obowiązki te mogą dotyczyć w różnym stopniu inspektorów nadzoru poszczególnych robót budowlanych.

10

Natomiast, jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała przedłożone przez zamawiającego w toku rozprawy w dniu 11 sierpnia 2016 roku wydruki ze strony www.google.pl/maps obrazujące przykładowe zestawienie tras z uwzględnieniem miejscowości, gdzie świadczona będzie usługa objęta przedmiotem zamówienia, ze względu na okoliczność, iż są to trasy wyznaczone według przewidywań zamawiającego, jednak nie mające żadnego oparcia w wyjaśnieniach składanych przez samego odwołującego, który przecież mógł poczynić odmienne założenia. Tym samym dowody te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania na okoliczność potwierdzenia, iż zaoferowana

przez odwołującego cena jest ceną realną i uwzględnia koszty wykonania niniejszego zamówienia jako zgłoszony dla zwłoki i nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu. Kwestią zasadniczą dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy była ocena wyjaśnień odwołującego dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty, jak i ocena prawidłowości czynności podjętej przez zamawiającego w tym zakresie. Zbadanie zaś tego zagadnienia w okolicznościach przedmiotowej sprawy i wobec treści samych wyjaśnień nie wymagało wiadomości specjalnych i mogło zostać dokonane na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: K. J., E. Ś.-Ć., W. K., F. G. na okoliczność: stałej współpracy z odwołującym po stawkach rynkowych, określonych w załączonych do wyjaśnień odwołującego umowach o współpracy, czynników kosztotwórczych uwzględnionych w ramach ustalonego wynagrodzenia oraz ustalonych rozwiązań pozwalających na optymalizację kosztów odwołującego jako zmierzające do przedłużenia postępowania odwoławczego. Przede wszystkim, okoliczności, na jakie mieliby zostać powołani w/w świadkowie, wynikają z innych środków dowodowych (dowody załączone do wyjaśnień złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 7 lipca 2016 roku). Co więcej, osoby co do których odwołujący sformułował wniosek o ich przesłuchanie w charakterze świadków, tj.: K. J., W. K., F. G. zostali umocowani w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 11 sierpnia 2016 roku do protokołu jako pełnomocnicy odwołującego.

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach, tj. w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, na 1 sierpnia 2016 roku, piśmie procesowym datowanej dzień przystępującego z dnia 11 sierpnia 2016 roku, a także stanowiska wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 11 sierpnia 2016 roku.

11

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi Inżyniera Projektu, związanej z realizacją umowy, która zostanie zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane dla zadania pn.: „Budowa obwodnicy m. Drezdenko – Etap II”.

Do przedmiotowego postępowania znajdują zastosowanie przepisy ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym przed wprowadzeniem nowelizacji z dniem 28 lipca 2016 roku, na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [Dz.U. z 2016 r., poz. 1020].

Zgodnie z 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 późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.*

Z kolei z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że: *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie zaś z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Odwołujący złożył ofertę z ceną 205 300,00 zł. Wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 440 524,72 zł. Ponadto, średnia arytmetyczna cen

12

wszystkich złożonych ofert w niniejszym postępowaniu wyniosła: 421 262,86 zł i była zbliżona do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że cena oferty złożonej przez odwołującego jest niższa o 53,40 % od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego oraz o 51,16 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tym postępowaniu. Zatem, ziściły się przesłanki zobowiązujące zamawiającego – w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do zwrócenia się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający, w dniu 23 czerwca 2016 roku zwrócił się po raz pierwszy do odwołującego o udzielenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający jednocześnie pouczył go o treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i zwrócił się o wyjaśnienie czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ oraz o potwierdzenie, że zaproponowana przez wykonawcę cena jest realna. Podkreślił, że wykonawca powinien wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Ponadto, zamawiający, w celu udowodnienia, że zaoferowana cena jest realna, zwrócił się o szczegółową wycenę wszystkich elementów, które odwołujący planuje wykorzystać przy realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że przedstawione wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał, aby zamawiający mógł ocenić kwotę zaoferowaną w ofercie, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia oraz wezwał do złożenia wszelkich informacji i dowodów, które odwołujący uznałby za istotne, na temat sposobu obliczenia ceny zamówienia, a których zamawiający nie wymienił w wezwaniu.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 28 czerwca 2016 roku (zastrzegając jednocześnie, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa). W ramach wyjaśnień odwołujący przedstawił kalkulację odnoszącą się do poszczególnych grup kosztów.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2016 roku wystosował powtórne wezwanie do odwołującego w celu uszczegółowienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, stwierdzając m. in., iż są one zbyt ogólne, nie zawierają dowodów na potwierdzenie wyjaśnień, nie wykazują w wyczerpującym stopniu, że oferowana cena jest ceną realną i nie jest rażąco niska. Stwierdził też, że przedłożone zestawienie kosztów nie zawiera szczegółowej kalkulacji poszczególnych pozycji. Nadto, wątpliwości zamawiającego wzbudziła przewidywana ilość wizyt poszczególnych inspektorów nadzoru w kontekście postanowienia zawartego w pkt 2.4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Rozdział III SIWZ), iż: „Wymagana ilość dni roboczych na budowie w miesiącu Inspektorzy Nadzoru – zgodnie

13

z ilością dni pracy Wykonawcy robót budowlanych”. Zamawiający zwrócił się w szczególności o wyjaśnienie, czy kwota odnosząca się do wynagrodzenia inspektora nadzoru, obejmuje koszt nadzoru wszystkich inspektorów (tj.: inspektora nadzoru odpowiedzialnego za roboty drogowe, inspektora nadzoru odpowiedzialnego za roboty mostowe, inspektora nadzoru odpowiedzialnego za roboty sanitarne, inspektora nadzoru odpowiedzialnego za roboty energetyczne, inspektora nadzoru odpowiedzialnego za roboty telekomunikacyjne) przez okres realizacji zamówienia. Jak również czy we wskazanym pojedyńczym koszcie dla inspektora doliczono koszt dojazdu na budowę. Nadto, prosił o wyjaśnienie jak należy rozumieć dzielenie kosztów transportu. Zamawiający żądał doprecyzowania wyjaśnień zgodnie z wezwaniem poprzez przedłożenie dowodów.

Odwołujący przedłożył wymagane wyjaśnienia w dniu 7 lipca 2016 roku (również zastrzegając, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa).

Pismem z dnia 20 lipca 2016 roku zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, przedstawiając mu uzasadnienie podjętej decyzji.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia

30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, iż: „Zadaniem odwołującego, który zostaje wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jest ostateczne i definitywne udowodnienie (przekonanie) zamawiającemu, że cena zaproponowana w ofercie wykonawcy pytanego o cenę ofertową, jest ceną rzeczywistą, realną, a w szczególności pokrywającą wszystkie niezbędne koszty, umożliwiające realizację zamówienia w sposób prawidłowy”.

Z kolei w wyroku z dnia 4 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 557/16, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła stanowisko, iż: *Przy czym należy generalnie wskazać, iż w ramach „postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 P.z.p., została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań (...) etc., dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie –*

14

co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny. Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa.”.

W ocenie Izby czynność podjęta przez zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego była prawidłowa. Ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego prowadzi bowiem do wniosku, że są one niespójne, wewnętrznie sprzeczne i nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej.

Podkreślić należy, że odwołujący był dwukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. Wyjaśnienia te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie w toku rozprawy, sam odwołujący z własnej woli i w odwołaniu i w toku rozprawy częściowo ujawnił pewne okoliczności wynikające ze złożonych wyjaśnień. Z tego też powodu Izba odniesie się do wyjaśnień w pewnym stopniu ogólności, z uwzględnieniem faktu ich częściowego ujawnienia, a nadto z uwzględnieniem okoliczności wynikających z nieujawnionej odpowiedzi na odwołanie zamawiającego.

Odnosząc się do wyjaśnień z dnia 28 czerwca 2016 roku złożonych na pierwsze wezwanie zamawiającego zauważyć należy, że pozostają one na dużym stopniu ogólności oraz nie zawierają żadnych dowodów oprócz przedstawionej ogólnej kalkulacji kosztów. Zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenie, że cena oferty została skalkulowana z należytą starannością, z uwzględnieniem wszystkich wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia i zapewni jego należytą realizację oraz, że uwzględnia niezbędne koszty do wykonania zamówienia nie stanowi merytorycznego uzasadnienia zaoferowanej ceny. Podobnie takiego uzasadnienia nie stanowi stwierdzenie, że odwołujący wziął pod uwagę terminy obowiązywania umowy, zakres obowiązków, wymaganą liczbę godzin specjalistycznego personelu, sporządzanie wymaganych raportów, badań oraz obsługi w okresie gwarancji. Są to jedynie ogólnikowe zapewnienia, a bez odniesienia się do konkretnych okoliczności nie przekonują, iż faktycznie zaoferowana cena jest ceną realną i nie jest ceną rażąco niską. Podane w wyjaśnieniach z dnia 28 czerwca 2016 roku sprzyjające warunki wykonywania zamówienia również pozostają na dużym stopniu ogólności, a co więcej odwołujący nie uzasadnia w jaki sposób mają wpływ na cenę oferty, np. poprzez wskazanie na oszczędności uzyskane z tego tytułu. Przedstawiona kalkulacja również jest ogólna, choć także nie sposobu stwierdzić należy, że zamawiający określił

15

jej przedstawienia. Dostrzeżenia wymaga jednak fakt, że odwołujący przedstawił wyjaśnienia merytoryczne odnoszące się w zasadzie wyłącznie do poz. nr 1 kalkulacji, wskazując na jakiej podstawie oszacował kwotę w tej pozycji.

Tymczasem, złożone przez odwołującego wyjaśnienia z dnia 7 lipca 2016 roku nie potwierdzają nawet zasadności kalkulacji poczynionej w ramach poz. nr 1.

Analizując bowiem treść wyjaśnień odwołującego złożonych w dniu 28 czerwca 2016 roku oraz w dniu 7 lipca 2016 roku Izba zwróciła przede wszystkim uwagę na fakt, iż odwołujący dokonał zmiany szacowanej ilości wizyt inspektorów nadzoru na budowie (na 25 w ciągu miesiąca - co też podał odwołujący w odwołaniu i w trakcie rozprawy), czyli łącznie z wizytami Inżyniera projektu (16 wizyt w ciągu miesiąca), łączna liczba wizyt w miesiącu - według założeń odwołującego - kształtować powinna się na poziomie 41 wizyt w ciągu miesiąca. W konsekwencji, w ramach złożonych ponownie wyjaśnień, odwołujący zwiększył zakładaną w poz. nr 1 kalkulacji kwotę, a zmniejszył w poz. dotyczącej zakładanej rezerwy. Odwołujący w toku rozprawy w dniu 11 sierpnia 2016 roku wywodził, że zmiana ta nastąpiła wyłącznie z uwagi na treść powtórnego wezwania zamawiającego i związana jest tylko i wyłącznie z uwzględnieniem wizyt inspektorów nadzoru poszczególnych branż na budowie na żądanie zamawiającego, co wcześniej było kalkulowane w ramach rezerwy. Podnieść w tym miejscu należy, że rezerwa co do zasady jest zazwyczaj zakładana na jakieś niespodziewane wydatki. Tym samym, jest możliwe, że w ramach rezerwy, przewiduje się dodatkowe środki np. na wizyty inspektorów nadzoru, które co do zasady będą realizowane wyjątkowo na żądanie zamawiającego. Jednak, w tym przypadku, argumentacja odwołującego nie jest przekonująca, nie wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego i w ocenie Izby sformułowana została jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego. Otóż, należy zwrócić uwagę na treść wezwania zamawiającego z dnia 7 lipca 2016 roku, w którym wyraźnie wnosił on o potwierdzenie, że wskazana przez odwołującego kwota (wynikająca z przeliczenia liczby wizyt w miesiącu przez cenę jednostkową takiej wizyty oraz przez liczbę miesięcy realizacji kontraktu) obejmuje koszt wizyt inspektorów nadzoru wszystkich branż. W związku z tak sformułowaniem wezwaniem odwołujący przedstawił ponownie wyjaśnienia, w których kalkulację odniósł już do innej (zwiększonej do 25 w miesiącu) liczby wizyt inspektorów nadzoru poszczególnych branż, czyli 41 wizyt z uwzględnieniem wizyt Inżyniera projektu. Nie wynika z tych wyjaśnień, że podanie nowej liczby wizyt ma związek z uwzględnieniem wyłącznie wizyt wcześniej nieprzewidzianych, a realizowanych wyjątkowo, na żądanie zamawiającego. Przeciwnie, odwołujący w wyjaśnieniach stwierdził kwotę jedynie, że w przedstawionej kalkulacji zwiększył w pozycji 1 wykorzystując wcześniej zakładaną rezerwę oraz, że zmieniona liczba wizyt (na 41 z uwzględnieniem wizyt Inżyniera projektu) daje prawie codzienny pobyt na budowie

oraz w czasie wykonywania robót w zakresie poszczególnych branż również inspektorów branżowych, a nadto wskazał, że w razie konieczności pozycja rezerwy w kalkulacji kosztów pozostaje do wykorzystania na nieprzewidziane wizyty. Powyższe wskazuje zatem na błędy w założeniach poczynionych przez odwołującego już na etapie składania pierwszych wyjaśnień, które odwołujący niejako próbował „ratować” poprzez korygowanie tych założeń w drugich wyjaśnieniach, złożonych w związku z wezwaniem zamawiającego, który też w przedmiotowym wezwaniu zwrócił uwagę na postanowienie zawarte w pkt 2.4 OPZ (Rozdział III SIWZ), iż: „*Wymagana ilość dni roboczych na budowie w miesiącu Inspektorzy Nadzoru – zgodnie z ilością dni pracy Wykonawcy robót budowlanych*”. Zamawiający jasno wskazał, że jego wątpliwości wzbudziła przewidywana ilość wizyt poszczególnych inspektorów nadzoru. Na wezwanie zamawiającego, w którym zostały wyrażone jego wątpliwości, wskazane powyżej, odwołujący złożył ponownie wyjaśnienia, zmieniając podstawowe założenia w jednej ze strategicznych pozycji kalkulacji. Podkreślić przy tym należy, że dodatkowe wyjaśnienia nie mogą służyć korygowaniu pierwotnych wyjaśnień w odniesieniu do kwestii mających istotne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Powtórne wyjaśnienia, o ile takowych żąda zamawiający, mogą prowadzić do rozwiania pewnych wątpliwości zamawiającego, służyć sprostowaniu nieścisłości czy wskazywać na dodatkowe okoliczności, mające wpływ na ocenę realności zaoferowanej ceny, nie mogą jednak służyć zmianie samych wyjaśnień, które zostały złożone w związku z pierwszym wezwaniem zamawiającego. Takie bowiem procedowanie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji

wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie jest argumentem (podnoszonym zresztą w treści wyjaśnień), że załączona kalkulacja może nie odzwierciedlać faktycznej pracy zespołu nadzoru inwestorskiego podczas trwania kontraktu. Owszem, prawdą jest, iż na tym etapie nie jest możliwe przewidzenie wszelkich okoliczności mających wpływ na faktyczną pracę zespołu, co może wynikać z dodatkowych czynników, jak chociażby przestojów w budowie spowodowanych niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, czy innych czynników, których nie da się obecnie przewidzieć, czy faktycznie wystąpią. Faktyczna praca zespołu zostanie też sprecyzowana w harmonogramie sporządzanym na etapie realizacji zadania. Jednakże, podnieść również należy, że wykonawca przystępując do realizacji zamówienia powinien poczynić co najmniej podstawowe założenia, które mają wpływ również na kalkulację jego wynagrodzenia za realizację zamówienia, mające oparcie przede wszystkim w wymaganiach opisanych w SIWZ, jak również w doświadczeniu samego wykonawcy. Zmiana w ilości szacowanych wizyt (dokonana w związku z wezwaniem zamawiającego), wskazuje,

17

że odwołujący nawet takich założeń nie poczynił z należytą starannością, wymagana przecież od profesjonalisty, zaś kolejnymi wyjaśnieniami próbował naprawić swój błąd.

Na marginesie skład orzekający Izby wskazuje, że zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż zaangażowanie inspektorów nadzoru poszczególnych branż nie musi być jednakowe (tak samo czasochłonne) i jednocześnie. Jednak należy zwrócić uwagę, że zamawiający jasno określił w Rozdziale III SIWZ – *Opis Przedmiotu Zamówienia* – w pkt 2.4, iż: „Dzienny czas pracy biura nadzoru powinien być zgodny z czasem pracy Wykonawcy Robót Budowlanych, zaakceptowanym przez Zamawiającego.

Wymagana ilość dni roboczych na budowie w miesiącu:

- *Inspektorzy Nadzoru – zgodnie z ilością dni pracy Wykonawcy Robót Budowlanych w danej branży oraz na każde żądanie Zamawiającego,*

- *Inżynier Projektu – zgodnie z ofertą oraz na każde żądanie Zamawiającego”.*

Zgodnie zaś z pkt 6.1 OPZ przewidywany termin zakończenia świadczenia usługi Inżyniera Projektu został ustalony do dnia 19 grudnia 2017 roku włącznie z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

Natomiast, jak już wcześniej zostało podniesione, pierwotnie zakładana przez odwołującego wizyt inspektorów nadzoru w miesiącu ilość poszczególnych wskazywała na błędy w podstawowych założeniach i niedoszacowanie ilości tych wizyt.

Odnosząc się do podnoszonej przez zamawiającego kwestii, iż odwołujący w poz. 1 kalkulacji przedstawił kwotę wynagrodzenia jedynie dla 2 osób, tj. Inżyniera projektu i inspektora nadzoru robót drogowych, który powinien być obecny na budowie przeciętnie 22 dni w miesiącu, Izba zauważa, że argumentacja w tym zakresie jest chybiona. Z samych wyjaśnień nie wynika, że odwołujący przedstawił kalkulację jedynie dla dwóch członków personelu. Jednak, przede wszystkim zamawiający nie wykazał, że podana przez odwołującego liczba wizyt w miesiącu konsumuje w zasadzie liczbę wymaganych wizyt Inżyniera projektu i inspektora nadzoru robót drogowych. Liczba wizyt Inżyniera projektu wynika z oferty i wyjaśnień odwołującego. Natomiast, zdaniem zamawiającego, zgodnie z SIWZ inspektor nadzoru robót drogowych powinien być obecny na budowie przeciętnie 22 dni. Jednak w toku rozprawy zamawiający nie potrafił powołać konkretnego postanowienia SIWZ w tym zakresie, a jedynie wyjaśniał, że jego zdaniem oczywiste jest, że jeśli przedmiot zamówienia dotyczy budowy drogi to inspektor nadzoru robót drogowych powinien być obecny na budowie codziennie. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Nadto, jak zostało wskazane w toku rozprawy same roboty drogowe nie zaczęły się od razu z dniem podpisania umowy.

18

Co do podnoszonych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zastrzeżeń względem umów załączonych do wyjaśnień z dnia 7 lipca 2016 roku, Izba wskazuje, iż zamawiający nie kwestionował w jakikolwiek sposób tych dowodów w ramach zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odnosząc się do ponownych wyjaśnień odwołującego z dnia 7 lipca 2016 roku,

Izba dodatkowo zauważyła, że odwołujący nie przedstawił w jaki sposób dodatkowe czynniki powoływane przez niego jako sprzyjające warunki wykonywania zamówienia będą przekładać się na cenę oferty, nie wskazał chociażby jakie poczyni oszczędności w związku z realizacją innych kontraktów. Jedynie ogólnikowo podał, że część kosztów jest w stanie rozłożyć również na inne kontrakty (wymienione w wyjaśnieniach) nie prezentując żadnych szczegółów merytorycznych w tym zakresie. Słusznie też zamawiający zwrócił uwagę, że dwa kontrakty się kończą znacznie wcześniej niż realizacja przedmiotowego zamówienia, więc nie wiadomo w jaki sposób odwołujący chciałby uzyskać oszczędności z tytułu dzielenia kosztów. Odwołujący w toku rozprawy wyjaśniał, że planuje pozyskanie nowych zleceń. Jednak jest to okoliczność przyszła i niepewna, a zatem nie sposób uznać, że przyjęte założenia w tym zakresie dodatkowo uzasadniają realność zaoferowanej ceny.

Co do kosztów transportu to argumentacja odwołującego w tym zakresie jest niespójna. Z jednej strony, odwołując się do zawartych umów z osobami, mającymi pełnić kluczowe funkcje w ramach realizacji zamówienia, odwołujący wskazuje, iż będą one ponosić koszty dojazdu na budowę we własnym zakresie. Zaś z drugiej strony powołuje się na oszczędności jakie poniesie na paliwie w związku z efektem synergii i opcją wspólnych podróży poszczególnych inspektorów branżowych i Inżyniera projektu.

Natomiast, na marginesie należy wskazać, że Izba uznała za nietrafiony argument zamawiającego o możliwości kolizji obowiązków personelu w związku z zaangażowaniem go również do innych zadań, co zdaniem zamawiającego może przyczynić się do uszczerbku dla wykonania zamówienia z należytą starannością, ponieważ jest to tylko hipotetyczne założenie zamawiającego. Jest to pewne ryzyko, niemniej jednak czynienie z tego zarzutu na tym etapie jest zbyt daleko idące, w szczególności, że zamawiający nie poparł tego twierdzenia jakimikolwiek dowodami. Natomiast, odwołujący w sytuacji powoływania się na takie okoliczności jako wyjątkowo sprzyjające dla wykonawcy warunki realizacji zamówienia powinien wykazać jakie konkretne oszczędności poniesie z tego tytułu.

Chybiony jest również argument zamawiającego odnoszący się do wynagrodzeń kadry, iż nie spełniają one wymagań wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Obliczenia zamawiającego dokonane w oparciu o przyjęcie założenia, że kwota wynagrodzeń kalkulowana przez zamawiającego należąca jest za pełen

etat, nie mają odzwierciedlenia w wymaganiach zamawiającego, wynikających z SIWZ, ani w specyfice zamówienia, gdzie wymiar czasu pracy personelu jest często o wiele niższy niż 8 godzin, co przyznał sam zamawiający w toku rozprawy.

Co do kwestii kosztów z tytułu realizacji zamówienia w okresie rękojmi i gwarancji, to podnieść należy, że faktycznie wykonawca w ogóle nie odniósł się do sposobu wyliczenia tej pozycji, jednak i zamawiający nie stawiał w wezwaniu jakichkolwiek wymagań w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego zawierają błędy w podstawowych założeniach, a nadto w zasadzie nie przedstawiają żadnych szczególnych okoliczności leżących po stronie wykonawcy (w szczególności wyjaśnienia z dnia 28 czerwca 2016 roku), w tym nawet ponowne wyjaśnienia z dnia 7 lipca 2016 roku nie obrazują w jaki sposób dodatkowe czynniki powoływane przez odwołującego będą faktycznie przekładać się na cenę oferty, a jedynie zawierają bardzo uproszczone zestawienie ogólnych pozycji kosztów. Tym samym Izba uznała, że złożone wyjaśnienia są wzajemnie sprzeczne, pozostają na zbyt dużym stopniu ogólności i jako takie nie potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną realną i nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący nie wykazał więc wbrew dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia odwołującego, złożone na okoliczność tego, że udowadniają one realność zaoferowanej ceny, czego następstwem była czynność odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską ceną na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym sformułowany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny.

Tym samym, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą

najkorzystniejszą w rozumieniu obowiązujących przepisów.

Nieuzasadniony okazał się również zarzut art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w uzasadnieniu dokonanej czynności odrzucenia oferty odwołującego faktów i okoliczności, które doprowadziły do uznania, że wykonawca ten nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców: wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

20

Zamawiający słusznie podnosił w odpowiedzi na odwołanie, że wobec zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez siebie wyjaśnień, samo uzasadnienie odrzucenia oferty, które zostało upublicznione, zamawiający skonstruował w taki sposób, aby tej tajemnicy nie naruszyć. Jednocześnie zamawiający przekazał odwołującemu dodatkowo opinię zawierającą szczegółowe wskazanie dlaczego złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie zostały przez zamawiającego uznane za wiarygodne. Odwołujący poznał zatem okoliczności i motywy, które powodowały zamawiającym przy ocenie złożonych przez niego wyjaśnień. Tym samym miał też możliwość skutecznego zaskarżenia czynności podjętej przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zwanego dalej: „Rozporządzeniem”.

Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia: *W przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę: Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2. Jednocześnie z § 3 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia wynika, że: Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: (...) b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.*

Natomiast z § 3 pkt 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się również wpis od odwołania, który w przedmiotowej sprawie wynosi 15 000 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

21