

WYROK
z dnia 10 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wrocławskie Biuro Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademię Sztuk Pięknych im. Eugeniusza Gepperta we Wrocławiu, pl. Polski 3/4, 50-156 Wrocław** protestu z dnia 5 listopada 2009 r.

przy udziale „**EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych**” Sp. z o.o., ul. Budziszyńska 35/1, 54-434 Wrocław, Janusz Rybka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Biuro Inwestorskie Janusz Rybka, ul. Podwale 17b/1a, 50-043 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

2. kosztami postępowania obciążyć Akademię Sztuk Pięknych im. Eugeniusza Gepperta we Wrocławiu, pl. Polski 3/4, 50-156 Wrocław

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wrocławskie Biuro Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Akademię Sztuk Pięknych im. Eugeniusza Gepperta we Wrocławiu, pl. Polski 3/4, 50-156 Wrocław** na rzecz **Wrocławskiego Biura Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wrocławskiego Biura Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław.**

Uzasadnienie

Odwołujący - Wrocławskie Biuro Inwestorskie Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o. uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przedsięwzięcia budowlanego pn. "Budowa Akademii Sztuk Pięknych we Wrocławiu. Centrum Sztuk Użytkowych. Centrum Innowacyjności" zarzucił Zamawiającemu którym jest Akademia Sztuk Pięknych im. Eugeniusza Gepperta

nieuzasadnione odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wobec uznania wyjaśnień Protestującego dot. ceny oferty za niewystarczające i uznanie ceny oferty za rażąco niską.

Wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 i wyżej powołanych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego wobec uznania jej za zawierającą rażąco niską cenę i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wybranie oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty wskazał, że dnia 02.11.2009 r. Zamawiający poinformował go o wyborze oferty i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp wobec uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia Protestującego złożone w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp uznał Zamawiający za niewystarczające. Uznał również, że wykonawca nie przedłożył szczegółowej kalkulacji ceny, uwzględniającej wszystkie szczegółowe obowiązki inżyniera wynikające z 3 etapów realizacji umowy, a określone w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie zgadzając się z takim stanowiskiem Zamawiającego wskazał, że w piśmie z dnia 27.10.2009 r. wyjaśniającym wysokość zaoferowanej ceny wskazał elementy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, które uwzględnił w kalkulacji przy szacowaniu ceny oferty. Pod pozycją koszty wynagrodzenia obsługi technicznej uwzględniono wynagrodzenie inżyniera rezydenta i branżowych inspektorów nadzoru. Stwierdził, że we wskazanej kwocie 204.000,-zł mieści się wynagrodzenie inżyniera, który zgodził się na zaproponowane mu wynagrodzenie w związku z pełnieniem funkcji opisanej w SIWZ. W wyjaśnieniach podkreślił, że zamówienie realizowane będzie głównie etatowymi pracownikami biura, i że etatowi pracownicy wynagradzani są zgodnie z przyjętymi w biurze zasadami. Zaznaczył również, że jest podmiotem profesjonalnie trudniącym się inwestorstwem zastępczym (pełnienie funkcji inżyniera kontraktu, nadzory inwestorskie) i na zaspokojenie kosztów obsługi biura uzyskuje również środki z innych umów. Przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja ceny jest jego zdaniem pełna i wystarczająca. Nie ma obowiązku wskazywać konkretnych kwot, jakie przeznacza na wynagrodzenie konkretnych osób - uczestników procesu inwestycyjnego. Zasady wynagradzania osób zatrudnionych w biurze objęte są tajemnicą służbową. Nadto wykazał w kalkulacji kwotę zysku, która jest dla niego satysfakcjonująca.

Zgodnie z żądaniem Zamawiającego, Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach kalkulację poszczególnych elementów oferty i uwzględnił w tej kalkulacji wszystkie szczegółowe obowiązki Inżyniera, wynikające z 3 etapu realizacji umowy. Elementy te składają się na wskazany w kalkulacji koszt przewidziany na wynagrodzenia obsługi technicznej umowy. W tej kalkulacji przewidziano również wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu. Z wezwania do

złożenia wyjaśnień nie wynika, iżby Odwołujący miał się odnieść do wartości poszczególnych czynności Inżyniera, które spisane są na 9 stronach opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący uwzględnił natomiast etapowanie robót, których uczestnikami będą w określonych okresach tylko niektóre osoby sprawujące funkcje w realizacji umowy. Tak np. w I i II etapie realizacji umowy, obsługa techniczna zamówienia -inspektorzy nadzoru, nie muszą być uczestnikami procesu inwestycji, albowiem te etapy obejmują przejęcie dokumentacji projektowej i przygotowanie procedury w sprawie udzielenia zamówienia na wykonywanie robót budowlanych. Nadto Zamawiający dopuścił jednocześnie pełnienie przez 1 osobę kilku wymienionych w SIWZ funkcji, jeśli będą spełnione wymagane warunki. Wskazał osoby, którymi może dysponować przy wykonywaniu zamówienia, co nie oznacza, że wszystkie osoby będą faktycznie pełnić w tym samym czasie wskazane funkcje.

Wskazana bliskość położenia zamawianej inwestycji i siedziby Odwołującego również generuje określone oszczędności. Biuro Odwołującego znajduje się najbliżej realizowanej inwestycji w porównaniu z innymi ofertami. W tym stanie rzeczy Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie podważył przedstawionej kalkulacji i nie wykazał, że jest ona niewiarygodna. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem przyjmuje się, iż cena rażąco niska jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych, a nie konieczne w porównaniu do wartości szacunkowej zamówienia. W tym kontekście uznanie przez Zamawiającego zaoferowanej przez Odwołującego ceny za rażąco niską jest bezpodstawne.

Jeśli jeszcze przyjąć, że użyty w ustawie przymiotnik "rażący" oznacza dający się łatwo stwierdzić i oczywisty, to ceny podanej w ofercie Odwołującego z całą pewnością nie da się uznać za "rażąco" niską. Tak więc skoro przesłanka zaoferowania "rażąco" niskiej ceny nie została wykazana, to odrzucenie oferty z tego względu stanowi naruszenie obowiązujących przepisów ustawy. Nadto zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż nie posłużył się przykładami innych zamówień na usługi zbliżone do przedmiotu zamówienia, podczas gdy w wyjaśnieniu Odwołujący przytoczył dwa zamówienia publiczne, wskazując iż na dolnośląskim rynku ceny usługi zbliżone są do zaoferowanej przez Odwołującego.

Zamawiający przywołuje wartość 463 600 zł, tj. cenę oferty Zamawiającego określając ją jako niecałe 0,8% wartości robót budowlanych objętych nadzorem. Odwołujący zwrócił uwagę, że wartości robót budowlanych Zamawiający nie zna -bo dopiero wartość tą określi przetarg na roboty budowlane, który Zamawiający ogłosi. Przywoływanie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu "środowiskowych zasad wycen prac projektowych" dotyczy zasad, jakimi winien kierować się Zamawiający przy ustalaniu wartości zamówienia. Zasady te nie są obowiązujące i nie uwzględniają warunków rynkowych, dlatego w odwołaniu wskazano na przykłady cen rynkowych -przykład Hali Stulecia dotyczy przetargu z miesiąca czerwca 2009 r. Przy kwocie, jaką przeznaczył na inżyniera kontraktu Zamawiający, tj. 1 200 000 zł, wygrała oferta za kwotę ca 282000 zł, co stanowi 0,6 wartości nadzorowanych robót

4

budowlanych, których wartość w wyniku przetargu wynosi 47 000 000 zł. Odwołujący wskazał również na zapis SIWZ, że cena jest ceną ryczałtową oraz zadanie zostanie powierzone oferentowi o najniższej cenie.

Zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne.

W trakcie badania i oceny ofert Zamawiający zauważył, że cena oferty Odwołującego w wysokości 463 600,00 zł. (stanowiąca niecałe 0,8 % wartości robót budowlanych objętych nadzorem) znacznie odbiega od wartości ustalonej przez Zamawiającego (874402,19 zł.) i jest niższa w porównaniu z cenami pozostałych ofert, wzbudzając tym podejrzenie co do rażąco niskiej ceny.

W celu ustalenia czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Zamawiający wdrożył procedurę art. 90 ustawy i wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca złożył wyjaśnienia, które jednakże nie usatysfakcjonowały Zamawiającego. Wezwany Wykonawca złożył wyjaśnienia powołując się na doświadczenie, korzystne położenie firmy w pobliżu miejsca planowanej inwestycji, ocenę obecnej sytuacji gospodarczej oszczędności z tytułu obsługi innych podmiotów. Nie wskazał jednocześnie jakie podmioty aktualnie obsługuje w okolicy inwestycji i jak ta obsługa przekłada się na wartość oferty, biorąc pod uwagę art. 18 ust. 1 i 2 ustawy prawo budowlane. Zapisy ww. artykułu zobowiązują Zamawiającego do zorganizowania procesu budowy w sposób określony jej przepisami, a w szczególności do: "...wykonania i odbioru robót budowlanych - przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych...." i obowiązek ten ciąży przez cały okres trwania robót budowlanych. Zgodnie z wymienionymi w cz. 3 SIWZ (pkt. 4.2) szczegółowymi obowiązkami Inżyniera Kontraktu wymagana będzie ciągła obecność przedstawicieli Inżyniera na budowie. Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że przyjęta przez Odwołującego metoda zarządzania kontraktem i prowadzenia nadzoru nie uwzględnia procesu realizacji Kontraktu wg warunków kontraktowych FIDIC, w tym roli Inżyniera Kontraktu. Warunki kontraktowe FIDIC narzucają standard reguł i procedur przy prowadzeniu realizacji kontraktu, które wykluczają wyjaśnienia -hasła Protestującego.

Zamawiający wymagał przedłożenia szczegółowej kalkulacji poszczególnych elementów oferty, biorąc pod uwagę wszystkie szczegółowe obowiązki Inżyniera wynikające z 3 Etapów realizacji umowy, określone w Opisie przedmiotu zamówienia -część 3 SIWZ i w tym zakresie nie otrzymał wyjaśnień. Wbrew wymaganiom zawartym w wezwaniu Odwołujący nie podał szczegółów ceny, stwierdzając wprost w proteście: "Zamawiający nie może żądać, a Protestujący nie ma obowiązku wskazywać konkretnych kwot jakie przeznacza na wynagrodzenie konkretnych osób -uczestników procesu inwestycyjnego". Zaniechanie

5

przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej stanowi niezłożenie wyjaśnień, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Zamawiający potwierdził swoje wątpliwości, że cena jest ceną rażąco niską.

Wykonawca składając wyjaśnienia winien wykazać, iż zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należytyym wykonaniem zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie, "ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, przy czym wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 mówi o dowodach na ich potwierdzenie" (tak w wyroku ZA z dnia 2 lipca 2007 r. UZP/ZO/0-765/07).

Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp merytorycznie ocenił złożone wyjaśnienia. Jego wątpliwości wzbudził przedstawiony przez wykonawcę ogólny podział kwoty, a zwłaszcza, koszty wynagrodzenia "obsługi technicznej", która jak wynika z treści protestu zawiera koszty inżyniera rezydenta, branżowych inspektorów nadzoru i wszystkich pozostałych wymaganych osób. Przedstawiona łączna wartość w wysokości 204 000 zł., przy 29 miesięcznym cyklu inwestycji daje kwotę ok. 7 000 zł miesięcznie do podziału na: inżyniera rezydenta, inspektorów nadzoru (branża, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna), specjalistę ds. rozliczeń finansowych, specjalistę ds. zamówień publicznych, specjalistę ds. raportowania, kosztorysanta. Kwota ta nie zapewnia pokrycia kosztów ciągłego pobytu inżyniera rezydenta odpowiedniej częstotliwości pobytów na budowie inspektorów nadzoru, do obowiązków, których zgodnie z art. 25 prawa budowlanego, podczas całego procesu inwestycyjnego należy:

- 1) reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;
- 2) sprawdzanie jakości wykonywanych robót i wbudowanych wyrobów budowlanych, a w szczególności zapobieganie zastosowaniu wyrobów budowlanych wadliwych i niedopuszczonych do stosowania w budownictwie;
- 3) sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania;
- 4) potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy.

Zgodnie z materiałami pomocniczymi do określania cen za prace projektowe, opracowania urbanistyczne i usługi inżynierskie, pt. "Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych" wydanymi przez Izbę Projektowania Budowlanego Radę Koordynacyjną Biur Projektów

(rozdz. 1 pkt. 6.11 -nadzór inwestorski), ilość niezbędnych pobytów w ramach nadzoru inwestorskiego można szacunkowo określić w stosunku do wartości robót budowlano-instalacyjnych, przyjmując za uzasadnione :

„-dla małych prostych inwestycji : jeden pobyt na każde 18 700 zł kosztów robót budowlano-instalacyjnych;

-dla większych: jeden pobyt na każde 56 000 zł."

Tak więc, przyjmując jak dla większych inwestycji, limit pobytów na obiekcie w ramach nadzorów inwestorskich uznany za niezbędny do zapewnienia skutecznego czuwania nad zgodnością realizacji z rozwiązaniami technicznymi użytkowymi projektu dla przedmiotowego obiektu (przy wartości robót budowlano-instalacyjnych 58 293 479,29 zł.) wynosi 1 041 pobytów, co nie mieści się w przewidzianej kwocie.

Z wyjaśnień Odwołującego wynika, więc, że zaplanował On metodę zarządzania i prowadzenia nadzoru nad kontraktem w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, nieuwzględniający standard FIDIC, a także niezgodny z obowiązującym prawem, powodujący naruszenie przepisów art. 25 ustawy prawo budowlane. Równocześnie naraził Zamawiającego na poniesienie odpowiedzialności za niedopełnienie obowiązków zorganizowania procesu budowy zgodnie z art.18 ww. ustawy.

Tłumaczenie przez Odwołującego faktu zaoferowania niskiej ceny, obecną sytuacją gospodarczą nie znajduje w ocenie Zamawiającego uzasadnienia, gdyż sam zamawiający szacował wartość zamówienia uwzględniając obecną sytuację gospodarczą, czyli na

podstawie analizy aktualnych cen rynkowych uwzględniających zawężenie rynku inwestycyjnego, a nie na podstawie istniejących przepisów w tym zakresie odbiegających znacząco od cen przyjętych na rynku (wg ww. "Środowiskowych Zasad Wycen Prac Projektowych" nadzór inwestorski powinien stanowić ok. 1,5 - 3% wartości robót budowlanych objętych nadzorem).

Nie można również opierać się na przytoczonych przez Odwołującego przykładach innych zamówień na usługi zbliżonych do przedmiotu zamówienia, gdyż, ze względu na daty ich realizacji opierają się jedynie na danych historycznych (prawdopodobnie chodzi o remont Hali Stulecia w 1997 r.), nie wskazano również jaki procent od kosztów inwestycji stanowiły usługi zastępstwa inwestorskiego.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż przedstawiona cena jest niewiarygodna, a oferta zawiera rażąco niską cenę, co grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości. Wskazują one, że zamówienie jeśli w ogóle zostanie zrealizowane, to poniżej kosztów realizacji przedmiotowej usługi.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EKOCENTRUM Wrocławski

7

Ośrodek Usług Ekologicznych sp. z o. o. i Biuro Inwestorskie Janusz Rybka uznał zarzuty protestu i odwołania za bezzasadne i jako wykonawca, którego oferta została wybrana wniósł o oddalenie odwołania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

W zakresie podnoszonego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W postępowaniu złożono 6 ofert, z których najtańsza na kwotę 463.600 zł jest ofertą Odwołującego, a najdroższa opiewa na kwotę 1.417.640 zł.

Zamawiający po otrzymaniu ofert sporządził dokument pt. „Kalkulacja minimalnej wartości ceny oferty”, która zdaniem Zamawiającego wynosi 665.270 złotych.

W ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia Odwołującego wskazujące na wartość prac obsługi technicznej w kwocie 204.000 zł stanowi potwierdzenie, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską.

Planowana całkowita wartość inwestycji wynosi 61.970.894,73 zł brutto, w tym wartość robót budowlanych objętych nadzorem stanowi kwotę 58.293.479,29 złotych; są to kwoty przewidywane z uwagi na fakt, że nie wyłoniono jeszcze wykonawcy robót budowlanych.

Ceny złożonych ofert odnoszone do wartości robót budowlano-montażowych kształtowały się na poziomie 0,8% (oferta Odwołującego), 1,18% (oferta wybrana), następne 1,44%, 1,56%, 2,04% i 2,43%.

Biorąc pod uwagę cały materiał dowodowy zebrany w sprawie, skład orzekający stwierdził, iż Zamawiający nie wykazał, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, podobnie jak wcześniej w orzeczeniach Zespołów Arbitrów, ukształtował się pogląd, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1441/07, wyrok Izby z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 73/08, KIO/UZP 74/08, wyrok Izby z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 258/08, sygn. akt KIO/UZP 1226/09 i 1233/09). Zatem, aby Zamawiający mógł uznać, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, musi wykazać – a przynajmniej uprawdopodobnić – że

8

jest ona nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Sam fakt, iż cena oferty Odwołującego odbiega od innych cen w ofertach złożonych w postępowaniu nie dowodzi, że

cena ta jest rażąco niska, lecz jedynie uzasadnia wszczęcie procedury przewidzianej przez art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W tym miejscu Izba uznaje, że Zamawiający miał podstawy wszczęcia tej procedury, jednakże przy takiej rozpiętości cen, jaka ma miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, trudno mówić o minimalnej cenie, jaką skalkulował Zamawiający i odnosić do niej cenę oferty najtańszej.

Odnosnie rozkładu ciężaru dowodu w zakresie wykazania, czy cena jest rażąco niska, skład orzekający zauważył, że Zamawiający w zasadzie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie odniósł się do złożonych przez niego wyjaśnień, a jedynie dokonał analizy treści wyjaśnień w kontekście sporządzonej przez siebie kalkulacji. Należy przy tym zauważyć, że Zamawiający wzywając do składania wyjaśnień nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje. Złożone wyjaśnienia, w których wykonawca wskazał podstawowe wielkości stanowiące podstawę kalkulowania ceny oferty, tj. koszt osobowe, rzeczowe i przewidywany poziom zysku, stanowią w ocenie Izby wyjaśnienie w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie podważył w całości kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego, lecz stwierdził, że składowa kalkulacji określająca koszty specjalistów technicznych, oszacowana na kwotę 204.00 zł, jest zaniżona i nosi znamiona rażąco niskiej. W istocie jednak nie wykazał, że niewiarygodna jest cena oferty. W takim stanie rzeczy nie ma podstaw, aby cenę Odwołującego – zgodnie z przedstawioną przez niego kalkulacją – uznać za rażąco niską, a w rozumieniu orzecznictwa – cenę nierealną, poniżej kosztów. Sama okoliczność, iż cena oferty Odwołującego odbiega od innych cen w postępowaniu, jak już wyżej zostało podane, nie uzasadnia stwierdzenia, że jest ona rażąco niska.

Skład orzekający nie ma wątpliwości, że wykazanie, iż cena jest nierealna, jest szczególnie trudne w odniesieniu do usług o charakterze niematerialnym, a taką usługą jest właśnie przedmiot zamówienia. Jednak Zamawiający w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że jego ocena oferty Odwołującego jest słuszna; jedyna próba, jaką Zamawiający podjął w tym celu, to wyliczenia zawarte w piśmie wyżej powołanym. Po drugie – jak zasadnie podniósł Odwołujący – wyliczenia te są oparte na błędnych przesłankach, w tym nie uwzględniają faktu, że dopuszczalne jest łączenie kilku funkcji przez jedną osobę oraz okoliczności, że niezbędni specjaliści wykonują prace tylko na konkretnych etapach realizacji umowy, a konieczność ich pobytu w miejscu wykonywania zadania została przez Zamawiającego ustalona nieadekwatnie do rzeczywistych potrzeb.

9

Obserwując w ostatnich miesiącach realia rynkowe poprzez ceny ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, m.in. tych, co do których spory rozstrzygane były w Izbie, Izba stwierdziła, iż po trwającym w ostatnich latach okresie prosperity w zakresie m.in. usług na pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych, nastąpiła korekta rynku, ceny uległy obniżeniu, a przy tym żądane wynagrodzenia poszczególnych wykonawców są tak rozbieżne pomiędzy sobą, a także w stosunku do oszacowanej przez zamawiających wartości zamówienia, że trudno jest ustalić, jaka cena jest właśnie tą ceną wiarygodną i prawidłową, a która nie pozwala na realizację zamówienia bez strat. Nierzadko oferowane są ceny wynagrodzenia za nadzór inwestorski znacznie poniżej procentu od kosztów inwestycji wskazywanego przez Zamawiającego na poziomie 1,5 – 2,5%. Należy podkreślić, że przedmiotowe usługi są usługami intelektualnymi, niematerialnymi, a ich koszt zależy w dużej mierze od subiektywnej wyceny wartości pracy poszczególnych osób.

Reasumując, skład orzekający Izby, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności w niniejszej sprawie uznał, iż Zamawiający nie wykazał, że cena w ofercie Odwołującego jest rażąco niska, wobec czego uwzględnił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i orzekł, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

10

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....