

Wyrok
z dnia 19 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

Po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 17 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

3 października 2016 r. przez wykonawcę „**BUD-INVENT**” Sp. z o.o., ul. Nałęczowska 62/57, 02-922 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok**

przy udziale wykonawcy **K. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S., Aleja Wojska Polskiego 27A/lok. 100, 18-300 Zambrów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża „**BUD-INVENT**” Sp. z o.o., ul. Nałęczowska 62/57, 02-922 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „**BUD-INVENT**” Sp. z o.o., ul. Nałęczowska 62/57, 02-922 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Białystok prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest - Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Budowa Trasy Niepodległości w Białymstoku”; Nr ref. sprawy: ZDM-IX.271.7.2016. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 2016/S 2016-049621 z dnia 15.04.2016 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego, a także w jego siedzibie.

Odwołujący: Bud-Invent sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie

od: - czynności badania i oceny ofert; - zaniechania czynności odrzucenia oferty

Wykonawcy: Zakład Budownictwa Inżynieryjnego, K. S., al. Wojska Polskiego 27A lok.

100,18-300 Zambrów; - zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy jw.;

- czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt. 4), art. 90 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

- dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy: Zakład Budownictwa

Inżynieryjnego, K. S., al. Wojska Polskiego 27A lok. 100, 18-300 Zambrów;

- dokonania czynności wykluczenia Wykonawcy ZBI K. S., Zambrów;

- uznania złożonej przez odwołującego oferty za najkorzystniejszą.

Zamawiający, pismem doręczonym w dniu 22 września 2016 r. poinformował wyborze, jako

najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - Zakład Budownictwa Inżynieryjnego, K. S., Zambrów, a także o wykluczeniu z postępowania Wykonawców: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A.; „Prokom Construction” Sp. z o.o. oraz P.H.U. „Baumark” (Wykonawcy występujący wspólnie); „Ekocentrum” Sp. z o.o. oraz Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. (Wykonawcy występujący wspólnie); Biuro Usług Inwestycyjnych „C. & H.” Sp. j., MGGP S.A.; SAFEGE; „Getinsa Polska” Sp. z o.o. oraz „Getinsa - Payma” S.L. (Wykonawcy występujący wspólnie); „DDG” Sp. z o.o. Sp. K.; Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o. Wzmiankowane pismo zawierało także uzasadnienie dokonanych czynności.

Podczas otwarcia ofert, Zamawiający poinformował, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana na otwarciu ofert wynosi 2 700 000,00 zł. Wykonawca - Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S. złożył ofertę z ceną 687 570,00

3

złotych. Średnia arytmetyczna z cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosi 1 783 631,93 złotych, zaś średnia arytmetyczna z cen ofert, które zostały dopuszczone do merytorycznej oceny wynosi 1 182 768 złotych. Jest oczywiste, iż istnieje bardzo znaczna rozbieżność pomiędzy ceną zaoferowaną przez Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S., a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT oraz cenami zaoferowanymi przez pozostałych Wykonawców; Przy czym brak podstaw do przyjęcia, że oszacowanie wartości zamówienia zostało w toku postępowania zweryfikowane ponownie z wynikiem negatywnym czy też, że nie zostało sporządzone należycie. Tak znaczna rozbieżność zaś nie tylko powoduje powstanie domniemania rażąco niskiej ceny, ale również skutkuje koniecznością przedstawienia przez wykonawcę, który zaoferował taką cenę szczególnie oczywistych i jednoznacznych argumentów oraz dowodów na prawidłowość przeprowadzonej przez niego kalkulacji. Zwłaszcza, iż, jak wynika z pkt. IV. 1 siwz, cena oferty powinna obejmować pełny zakres prac określony w Rozdziale I specyfikacji, zawierać wszystkie elementy niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia i uwzględniać koszty związane z pełnieniem funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego.

Jak wynika z poglądów doktryny, w każdym przypadku, zamawiający przyjmując niepełne lub niejasne wyjaśnienia elementów cenotwórczych, dopuszcza się naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy pzp (por. Babiarsz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2010, s. 429). Wzmiankowana konieczność wynika, m. in., z zasady kierowania się przy ocenie argumentów i dowodów, zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego. Zasady te mają doniosłe znaczenie, zwłaszcza w przypadku potrzeby dokonania indywidualnej oceny danego przypadku, a taka właśnie potrzeba ma miejsce przy ocenianiu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W przedmiotowym przypadku, oceniając, czy cena zaoferowana przez Wykonawcę

- Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S. jest ceną rażąco niską w rozumieniu

przepisów ustawy, nie sposób pominąć, iż, jak wynika z postanowień siwz:

- przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w odniesieniu do całego zadania inwestycyjnego obejmującego znaczny zakres robót budowlanych;

- przedmiot zamówienia obejmuje szereg czynności (obowiązków), takich jak:

uczestniczenie w procedurze przetargowej na wybór wykonawcy robót budowlanych;

koordynowanie na budowie robót realizowanych przez Wykonawców różnych kontraktów;

zapewnienie codziennej dyspozycyjności nadzoru na placu budowy; nadzór i akceptacja

4

przeprowadzonych prób, badań i sprawdzeń; rzeczowe i finansowe rozliczenie robót wynikających z zawartej umowy;

- wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych związanych z wykonaniem obsługiwanej inwestycji obejmuje pełnienie nadzoru inwestorskiego w następujących branżach: drogowej, mostowej, konstrukcyjno-budowlanej, telekomunikacyjnej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

Wykonanie, a zwłaszcza należyte wykonanie takiego przedmiotu zamówienia wymaga poniesienia szeregu kosztów, które są absolutnie konieczne. Koszty te są związane, w szczególności, z potrzebą zapewnienia odpowiedniego poziomu zaangażowania i dyspozycyjności wysoko wykwalifikowanego personelu, którego udział w wykonaniu zamówienia jest nieodłączny i obejmuje także rozwiązywanie problemów, których powstanie jest trudne do przewidzenia i jest związane z czynnikami o charakterze losowym. Zatem zarówno w interesie Zamawiającego, jak i w interesie publicznym leży, aby podmiot, z którym zostanie zawarta umowa zamierzał i był gotowy do ich poniesienia. Pozorna oszczędność na kosztach wynagrodzenia, jakie winien ponieść Zamawiający może zaś prowadzić do zaistnienia sytuacji, w której niezbędne będzie poniesienie kosztów znacznie większych, aniżeli oszczędność wynikająca z uznania za najkorzystniejszą oferty o cenie zdecydowanie zaniżonej, a przede wszystkim - rażąco niskiej w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone 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.) dla 2016 r. wynosi 1850 zł brutto miesięcznie. Okoliczność ta ma istotne znaczenie dla dokonywania ocen w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Jak bowiem wynika z postanowień siwz:

- W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Wykonawca powinien wykazać, iż dysponuje co najmniej jedną osobą na stanowisko koordynatora nadzoru inwestorskiego, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającą minimum 3-letnie doświadczenie w zarządzaniu, nadzorowaniu i rozliczaniu robót budowlanych oraz posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r., poz. 290) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów albo uprawnioną do sprawowania samodzielnych funkcji na podstawie odrębnych przepisów prawa w specjalności drogowej lub mostowej /pkt. VII. 1.3).a)/;

5

- Termin wykonania przedmiotu zamówienia został ustalony od dnia podpisania umowy do dnia 27 lipca 2018 r. /pkt. III.I/.

W złożonej przez siebie ofercie (załącznik - Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia) Wykonawca - Zakład Budownictwa Inżynierskiego K. S. na stanowisko koordynatora nadzoru inwestorskiego wskazał dwie osoby tj. S. S. i K. S.. Wskazanie dwóch osób na wzmiankowane stanowisko jest, przy tym, dopuszczalne, z uwagi na brak zakazu takiego wskazania w przepisach prawa oraz postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także z uwagi na użyte w specyfikacji sformułowanie „co najmniej jedną osobą”. Z kolei, w złożonej w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia elementów cenotwórczych, Kalkulacji ceny nadzoru inwestorskiego, Wykonawca ów podał, że koszt zapewnienia Koordynatora nadzoru inwestorskiego to 44 000,00 zł netto. Tym samym, skoro do pełnienia tej funkcji wskazał dwie osoby, to koszt zaangażowania jednej z nich w realizację zamówienia nie może być wyższy, aniżeli 22 000,00 zł netto (gdyby koszt zapewnienia jednej ze wskazanych osób był wyższy, drugiej zaś - niższy, to niższy koszt musiałby być niższy od połowy kosztu zapewnienia obsady stanowiska Koordynatora nadzoru inwestorskiego, a więc niższy od 22 000,00 zł netto). Przyjmując zatem, że czas realizacji umowy to 24 miesiące (z uwzględnieniem zakończenia realizacji z dniem 27 lipca 2018 r.), koszt zaangażowania jednej z osób wskazanych do pełnienia funkcji koordynatora nadzoru inwestorskiego wyniesie miesięcznie 916,67 zł netto (słownie: dziewięćset szesnaście złotych netto 67/100), gdyż 22 000 zł netto podzielone przez 24 miesiące daje 916,67 zł netto. Po zamianie kwoty 916,67 zł na kwotę brutto, będzie to więc suma zdecydowanie mniejsza od kwoty 1850 zł czyli od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r.

Zatem nie sposób przyjmować, że cena zaoferowana przez Wykonawcę - Zakład Budownictwa Inżynierskiego K. S., nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z art. 90 ust. 1 pkt. 1) ustawy pzp (w brzmieniu mającym zastosowanie do przedmiotowego postępowania), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w

szczegółowości w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314). W świetle powołanego przepisu, nie jest zasadne i

6

dopuszczalne uznawanie za właściwie skalkulowaną ceny, opartej na założeniu, że koszty pracy są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. W przedmiotowym przypadku zaś sytuacja taka, w odniesieniu do kosztów zaangażowania do najmniej jednej z osób wskazanych do pełnienia funkcji koordynatora nadzoru inwestorskiego ma jednak miejsce, niezależnie nawet od treści wyjaśnień elementów cenotwórczych, złożonych w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego.

4. Jak wynika z orzecznictwa:

- Z treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy” /Wyrok KIO/UZP 516/09/;
- W każdym przypadku zamawiający wyjaśniając, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niską, powinien odpowiedzieć sobie na pytanie: czy za zaproponowaną kwotę wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie. W procesie oceny oferty wykonawcy pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny uzyskanie odpowiedzi na tak zadane pytanie ma kluczowe znaczenie”/Wyrok KIO 2547/11/;
- Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych złożenie przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. /Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., Sygn. akt V Ca 2214/06/;
- W myśl art. 90 ust. 3 ustawy pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny./ KIO 109/12, KIO 125/12/;
- Wykonawca, zgodnie z przepisem art. 90 ust.3 ustawy Pzp - jest zobowiązany wykazać - udowodnić - wystąpienie wyjątkowych, obiektywnych okoliczności nie dostępnych w sposób standardowy innym wykonawcom, które to okoliczności mają wpływ na cenę w taki sposób, iż ich wystąpienie pozwoliło wykonawcy zaoferować cenę niższą niż szacowana przez zamawiającego wartość zamówienia jak i ceny oferowane przez innych wykonawców, / KIO 2797/12/.

Jak wynika z poglądów prezentowanych w doktrynie: Ciężar dowodu w odniesieniu do rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który powinien udowodnić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska; Zamawiający zaś ma obowiązek dokonania krytycznej oceny

7

złożonych wyjaśnień, co oznacza, że musi dokonać ich oceny merytorycznej z punktu widzenia zawartych w nich odpowiedzi na postawione przez siebie żądania (por. Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pelczyński P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2010, s. 429).

Tym samym, Wykonawca - Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S., chcąc obalić domniemanie rażąco niskiej ceny musiałby przy pomocy odpowiednio umotywowanych, przekonujących wyjaśnień i (ewentualnie) dowodów, bezspornie udowodnić, że realizacja zamówienia nie będzie poniżej jego kosztów. Wyjaśnienia ogólnikowe, nie przekonujące, nie wykazujące wystąpienia wyjątkowych, obiektywnych, mających wpływ na cenę okoliczności nie dostępnych w sposób standardowy innym wykonawcom, nie mogłyby być zaś uznane za obalające wzmiankowane domniemanie (udowadniające, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych).

5. Jak wynika z przedstawionych w niniejszym odwołaniu okoliczności i argumentów, nie sposób uznać, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę - Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S., nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż:

1) Wyjaśnienia złożone przez wzmiankowanego Wykonawcę są lakoniczne i ogólnikowe, w szczególności, dlatego, że nie zawierają wykazania (dowodów), w jaki sposób na cenę wpływają podane czynniki, tj.:

- o ile i dlaczego koszty zaangażowania inspektorów nadzoru są niższe aniżeli byłyby w przypadku, gdyby Ci inspektorzy mieszkali w innej miejscowości - sam fakt zamieszkiwania inspektorów w tej samej miejscowości, co miejsce realizacji przedmiotu zamówienia nie przesądza o niższych kosztach, inspektorzy bowiem mogliby zażądać wynagrodzenia w wysokości nieuwzględniającej niższych kosztów związanych z ich miejscem zamieszkania, z uwagi na zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353 z indeksem 1 kodeksu cywilnego - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego; z kolei osoby posiadające kwalifikacje potrzebne do pełnienia funkcji inspektorów nadzoru na przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym mogłyby nie oczekiwać wynagrodzenia powiększonego np. o koszty dojazdu;

- o ile mniejsze są koszty, w związku z tym, że inspektorzy są podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą - czy należy przez to rozumieć, że Wykonawca uważa, że osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą nie płacą składek ZUS bądź nie muszą w kalkulowywać kosztów ich pokrywania w cenę oferowanych przez siebie usług, co z kolei

8

ma przełożenie na wartość ceny usługi, w ramach której realizują swoje czynności; założenia takie nie znajdowałyby podstaw w treści obowiązujących przepisów prawa;

- o jaką kwotę obniżył swoją cenę Podwykonawca oraz jakie są dowody na okoliczność, iż takie obniżenie miało miejsce; nie podano nawet podstaw faktycznych do takiego twierdzenia, co wskazuje, iż jest ono oparte na subiektywnym przekonaniu Wykonawcy i jako takie nie może być brane pod uwagę przy ocenie złożonych wyjaśnień elementów cenotwórczych.

2) Wzmiankowany Wykonawca nie udowodnił, że:

- cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę - fakt, że cena jest ceną ryczałtową wskazuje jedynie na to, że cena powinna uwzględniać wszystkie koszty Wykonawcy, ponadto ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia od obowiązku jej rzetelnej kalkulacji oraz złożenia na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień obalających domniemanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia; w przepisach ustawy pzp dotyczących zagadnienia rażąco niskiej ceny /art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 90 ust. 1-4/ nie przewidziano żadnej różnicy pomiędzy sytuacją, gdy zaoferowana cena jest ceną ryczałtową, a sytuacją, gdy zaoferowana cena nie jest ceną ryczałtową;

- uwzględnił wszystkie czynniki mające wpływ na wysokość kosztów, które winny być poniesione (fakt, że jest profesjonalistą dowodzi jedynie, że tak być powinno tj., że powinien uwzględnić wszystkie czynniki cenotwórcze, nie zaś, że istotnie wszystkie czynniki cenotwórcze zostały uwzględnione); ponadto, warto zauważyć, iż dla potrzeb przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Wykonawca korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego - Podwykonawcy, nie ma zaś podstaw do przyjęcia, że Podwykonawca ów doradzał czy współdecydował przy dokonywaniu kalkulacji ceny; tym samym, należy przyjąć, iż cena została skalkulowana przez samego Wykonawcę, a więc przez podmiot nie mający wiedzy i doświadczenia potrzebnego do wykonania zamówienia oraz zmuszony do odwoływania się do wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego; zatem prawdopodobieństwo nierzetelnej bądź błędnej kalkulacji ceny jest, w przypadku Wykonawcy większe, aniżeli by było gdyby nie korzystał On we wzmiankowanym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego; tym bardziej - nie jest uzasadnione podejmowanie prób powoływania się na własny profesjonalizm czy na profesjonalizm kalkulacji (niezależnie od tego nie sposób nie zauważyć, iż okoliczność, że dana czynność została zrealizowana przez profesjonalistę czy w sposób jaki miał być profesjonalny, nie przesądza o jej rzetelności czy prawidłowości).

3) W odniesieniu do kalkulacji ceny (tabela), trzeba zauważyć, iż:

- nie wskazano (ani w samej kalkulacji, ani w zasadniczej części wyjaśnień), na jakiej

inspektorów na kalkulacji nie muszą być wyrazem akceptacji przez nich wysokości wynagrodzenia, jakie ma otrzymać); tym samym, kalkulacja nie może stanowić dowodu na wyliczenie ceny w sposób uwzględniający wszystkie koszty wykonania zamówienia, trzeba zaś mieć na uwadze, że ciężar przeprowadzenia tego dowodu obciąża właśnie Wykonawcę;

- nie objęto zakresem kalkulacji wszystkich elementów przedmiotu zamówienia - kalkulacja, choć dotyczy ceny całego zamówienia i wskazuje w swojej części końcowej wysokość zaoferowanej ceny, obejmuje jedynie cenę samego nadzoru inwestorskiego (o czym świadczy jej treść - zawartość i co wyraźnie wynika z jej tytułu - „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Budowa Trasy Niepodległości w Białymstoku. Kalkulacja ceny nadzoru inwestorskiego”); tym samym, zostały pominięte takie elementy przedmiotu zamówienia jak: uczestniczenie w procedurze przetargowej na wybór wykonawcy robót budowlanych czy weryfikacja dokumentacji projektowej;
- nie uwzględniono kosztów konsultacji i doradztwa w sprawach technicznych i technologicznych przez „Lafrentz - Polska” Sp. z o.o. wskazanej w pkt. 8) formularza oferty, jako podwykonawca, która złożyła również Załącznik Nr 5A - Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, gdzie wyraźnie wskazano, że współpraca będzie realizowana na podstawie umowy cywilnoprawnej; brak tych kosztów w tabeli wskazuje, iż nie zostały uwzględnione przy kalkulacji ceny (tabela zawiera wyliczenia kończące się kwotą stanowiącą cenę ofertową);
- nie uwzględniono takich kosztów jak, koszty ubezpieczenia, zabezpieczenia należytego wykonania umowy (koszty te nie mieszczą się w żadnym z punktów, złożonego w ramach wyjaśnień elementów cenotwórczych, opracowania pn. „Kalkulacja ceny nadzoru inwestorskiego”, opracowanie nie posiada zaś punktu „Inne koszty”, „Pozostałe koszty” czy też innego punktu o podobnym zakresie; tym samym, złożone wyjaśnienia nie tylko nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, ale i potwierdzają, że zaoferowana cena jest właśnie ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia; tymczasem:

1) Jak wynika z § 2 ust. 4 i 5 Załącznika Nr 6 do siwz „Projekt umowy”: Wykonawca zobowiązany jest przed podpisaniem umowy przedłożyć do wglądu Zamawiającemu polisę, a przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę min. 500.000,00 zł, wraz z dowodami opłacenia składek. Jeżeli polisa lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony obejmuje okres krótszy niż termin realizacji zamówienia, Wykonawca zobowiązuje się do przedłużenia polisy na cały okres objęty zamówieniem oraz zobowiązuje się do przedkładania kolejnej polisy Zamawiającemu w wypadku zakończenia okresu ubezpieczenia. Każdy z Wykonawców (w tym także Wykonawca – K. S.), w pkt. 9. swojej oferty oświadczył, co następuje: „Akceptujemy projekt

umowy i w razie wybrania naszej oferty zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach określonych w SIWZ, w miejscu i terminie wskazanym przez siwz. Z kolei, Wykonawca K. S. załączył do złożonej przez siebie oferty Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla klienta indywidualnego oraz małego i średniego przedsiębiorcy Nr 1011877315 stwierdzającą, iż jest ubezpieczony na sumę gwarancyjną 500 000 zł w okresie od dnia 20 lutego 2016 r. do dnia 19 lutego 2017 r. Zatem, gdyby została zawarta umowa Wykonawca musiałby ponieść koszty ubezpieczenia jeszcze za okres od dnia 20 lutego 2017 r. do dnia 27 lipca 2018 r.; 2) Zgodnie z pkt. IX. 1) siwz, Zamawiający będzie żądał od wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5 % ceny ofertowej brutto;

- nie uwzględniono kosztów zarządu /udziału wynagrodzenia w kosztach ogólnych funkcjonowania przedsiębiorstwa Wykonawcy/, co także potwierdza, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską;
- rezerwa dotyczy jedynie kosztu ewentualnego wydłużenia działalności zespołu nadzoru, konsultacji technicznych, nie zaś wszelkich okoliczności o charakterze losowym np. konieczności zmiany składu zespołu biorącego udział w realizacji zamówienia podczas jego

realizacji z uwagi na utratę zdolności niektórych jego członków do aktywności zawodowej i konieczność poniesienia wyższych kosztów związanych z żądaniami nowych członków zespołu co do wysokości wynagrodzenia; zatem, rezerwa nie jest wystarczająca, a jej przewidzenie w sposób zaledwie szacunkowy, potwierdza zaoferowanie rażąco niskiej ceny;

- Wykonawca nie podał w jakiej walucie wyrażone są podane wartości liczbowe, co, nie tylko, wskazuje na styl pracy, w żaden sposób nie gwarantujący ani nawet nie umożliwiający dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny, ale również powoduje, iż kalkulacja nie może być uznana za dokument bądź element wyjaśnień, nadający się do przeprowadzenia dowodu; zwłaszcza, że zgodnie z pkt. IV.2 siwz, cena ma być wyrażone w złotych polskich netto i brutto z uwzględnieniem należnego podatku VAT.

Sposób redakcji wyjaśnienia wskazuje generalnie na nierzetelność, powierzchowność i brak rozważań w działaniach Wykonawcy, na co wskazuje:

- niewiele elementów (mała ilość argumentów, brak dowodów na poparcie twierdzeń);
- lakoniczność i ogólnikowość (nie wykazanie dokładnych przyczyn, zakresu, sposobu, w jaki poszczególne czynniki miałyby wpływać na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wartości szacunkowej netto powiększonej o podatek VAT, cen zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców;
- wskazanie, że /rzekomo/ cena uwzględnia wszystkie poniesione koszty, nie zaś wszystkie koszty, które mają /czy powinny/ być poniesione (tym samym, należałby przyjąć,

11

że wyjaśnienia tak naprawdę nie dotyczą elementów cenotwórczych, lecz kosztów udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego).

Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp (w brzmieniu mającym zastosowanie do przedmiotowego postępowania), zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; Z kolei, jak wynika z art. 90 ust. 3 powołanej ustawy (w brzmieniu mającym zastosowanie do przedmiotowego postępowania), zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub jeżeli dokonana ocena tych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

6. Jak wynika z przedstawionych w niniejszym odwołaniu okoliczności i argumentów, nie sposób również uznać, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę - Zakład Budownictwa Inżynierskiego K. S. nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy pzp: rozbieżność pomiędzy wzmiankowaną ceną, a cenami zaoferowanymi przez innych Wykonawców oraz szacunkową wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT jest bardzo znaczna, co w powiązaniu z treścią złożonych wyjaśnień, a nawet samym sposobem ich sporządzenia, nie pozostawia wątpliwości, co do nieuwzględnienia przy kalkulacji ceny, wszystkich elementów przedmiotu zamówienia (udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane; weryfikacja dokumentacji projektowej), jak również wszystkich kosztów jakie muszą być poniesione w celu realizacji przedmiotu zamówienia z należytą starannością, w tym takich kosztów jak: koszty ubezpieczenia, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wystarczającą rezerwę na nieprzewidziane wydatki, koszty wynagrodzenia osób wskazanych do pełnienia funkcji koordynatora nadzoru inwestorskiego. Ceną rażąco niską jest zaś właśnie cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe /por. Wyrok z dnia 15 lipca 2013 r. Sygn. akt: KIO 1567/13/.

Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; Z kolei, jak wynika z art. 90 ust. 3 powołanej ustawy, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub jeżeli dokonana ocena tych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

7. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, budzi istotne wątpliwości w zakresie sposobu udostępnienia: jego treść wskazuje, iż nie chodzi o

12

konsultacje i doradztwo na rzecz Zamawiającego (a tym samym pełnienie roli podwykonawcy - pomimo tego, że z oferty wynika, że podmiot ów ma być podwykonawcą), lecz o konsultacje i doradztwo na rzecz Wykonawcy – K. S. Tym samym, podmiot udostępniający zasoby nie brałby udziału w realizacji zamówienia publicznego, a jedynie wykonywałby pewne czynności pozostające w związku z realizacją zamówienia publicznego. Tym samym, w istocie sam przedmiot zamówienia wykonywałby (i podejmowałby w tym zakresie decyzje, nie będąc związany opiniami czy poglądami podmiotu udzielającego porad i konsultacji) podmiot nie mający w istocie potrzebnego doświadczenia, tj. Wykonawca - Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S..

Dokument, z którego wynika zobowiązanie podmiotu trzeciego powinien wyrażać w sposób jednoznaczny wolę udostępnienia Wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, odpowiedniego zasobu, czyli wskazywać jakiego zasobu dotyczy, określać jego rodzaj, zakres, czas udostępnienia oraz inne okoliczności wynikające ze specyfiki danego zasobu. Udostępnienie zasobów winno być realne, tj. zapewniać, by usługi będące przedmiotem zamówienia publicznego były wykonywane przez podmiot posiadający kwalifikacje wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie udostępnienie może mieć miejsce, jedynie w przypadku faktycznego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia czyli w istocie gdy podmiot ów jest podwykonawcą. W przedmiotowym przypadku tak nie jest, zatem Wykonawca - Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S. nie udowodnił, iż dysponuje wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, zwłaszcza zaś, iż nie dysponuje tymi zasobami w sposób realny. Tym samym - nie udowodnił, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jak wynika z art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu mającym zastosowanie do przedmiotowego postępowania), zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

8. Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy pzp (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), polegało, w szczególności na nieuzasadnionym zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S. oraz na nieuzasadnionym zaniechaniu wykluczenia wzmiankowanego Wykonawcy z przedmiotowego postępowania.

Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich jego uczestników, a także dla Zamawiającego.

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku polegającego na tym, iż:

13

- w przypadku dokonania odrzucenia oferty złożonej przez nas Wykonawcę - Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. S., bądź wykluczenia wzmiankowanego Wykonawcy z postępowania, jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta odwołującego.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawca Zakład Budownictwa Inżynieryjnego, K. S., Zambrów – wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że na otrzymane wezwanie zamawiającego wyjaśnił, jakie czynniki miały wpływać na zaproponowaną cenę, potwierdził, że dokonując szacowania wziął pod uwagę zakres obowiązków wskazany w siwz oraz termin wykonania. Do wyjaśnień dołączył szczegółową kalkulację ceny, w której wskazał wysokość wynagrodzenia każdego z inspektorów nadzoru w poszczególnych branżach oraz zakładany zysk. Pod kalkulacją podpisy złożyły osoby wskazane jako inspektorzy nadzoru poszczególnych branż potwierdzając tym samym prawidłową wysokość ich wynagrodzenia wskazaną przez wykonawcę w kosztach nadzoru w poszczególnych branżach.

Wykazany zysk potwierdza, że nie będzie realizował zamówienia poniżej kosztów. Stosownie do wymogu pkt VII.3 siwz Wykonawca wskazał w wykazie osób, że dysponuje dwiema osobami na stanowisko koordynatora nadzoru inwestorskiego, co jednak nie oznacza, wbrew twierdzeniom odwołującego, że wynagrodzenie koordynatora nadzoru inwestorskiego wskazane w wyjaśnieniu należy podzielić na połowę.

Zwraca uwagę, że w wyszczególnieniu kosztów użyto sformułowania „koordynator”, a nie „koordynatorzy”, a to z uwagi na fakt, że tylko jedna ze wskazanych osób będzie koordynatorem. Druga osoba została wskazana na potwierdzenie, że wykonawca dysponuje

więcej niż jedną osobą na to stanowisko i w przypadku zaistnienia niemożliwych do przewidzenia w chwili składania oferty zdarzeń uniemożliwiających koordynatorowi pełnienie swej funkcji zastąpi do drugi z koordynatorów czyli pan S.S.. Jest on pracownikiem wykonawcy i został również wskazany jako inspektor nadzoru robót drogowych. Powyższe oznacza, że ewentualne czasowe zastępstwo koordynatora nadzoru nie będzie generować żadnych dodatkowych kosztów.

Ponadto koordynator nadzoru inwestorskiego pan K. S. ma, jako podmiot składający ofertę (właściciel), zagwarantowany dochód z tytułu zysku za realizację zadania.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego z pkt 5 odwołania przystępujący stwierdził, że w złożonych wyjaśnieniach wskazał korzystne dla kalkulacji ceny uwarunkowania tj.:

- wskazał, że na wysokość wynagrodzenia inspektorów nadzoru poszczególnych branż miało wpływ m.in. to, że mieszkają w miejscowości realizacji inwestycji (brak kosztów dojazdu);

14

- osoby prowadzące działalność gospodarczą osiągają przychód z różnych tytułów, a płacą tylko jedną składkę ZUS w związku z czym ten koszt jest rozłożony na kilka źródeł przychodu, a co za tym idzie w żądanym za wykonanie jednego zadania wynagrodzeniu wkalkulowana jest niższa kwota z tego tytułu;

- wynagrodzenie podwykonawcy jest elementem pkt III kalkulacji ceny nadzoru inwestorskiego (pozycja konsultacje techniczne) i zostało wzięte pod uwagę jako element cenotwórczy;

- z przedstawionej kalkulacji wynika, że przy obliczaniu ceny zostały uwzględnione wszystkie czynniki mające wpływ na wysokość kosztów. Podniesiony przez odwołującego zarzut, jakoby nie wskazano, na jakiej podstawie wykonawca przyjął koszty zaangażowania poszczególnych osób na takim poziomie, a nie innym, w sytuacji, gdy osoby te potwierdzają swoimi podpisami na dokumencie poprawność ich wysokości oraz przypuszczenie odwołującego, że nie jest to wyraz akceptacji przez nich wysokości wskazanego tam wynagrodzenia, uznać należy za zarzut i dywagacje chybione, bowiem oczywistym jest, że nikt nie podpisałby się pod dokumentem wskazującym inną wysokość wynagrodzenia niż uzgodniona między stronami;

- w kalkulacji kosztów ujęto wszystkie elementy przedmiotu zamówienia opisane w siwz jako obowiązki zadania Inspektora Nadzoru, sformułowania użyte przez wykonawcę są tożsame z nomenklaturą używaną przez zamawiającego, w kalkulacji nie pominięto żadnego elementu przedmiotu zamówienia;

- koszty konsultacji i doradztwa w sprawach technicznych uwzględniono w poz. III kalkulacji;

- wykonawca posiada polisę OC prowadzonej działalności za okres od 20.02.2016 r. co oznacza, że nie wykupił tej polisy tylko i wyłącznie z uwagi na przedmiotowe postępowanie, koszt polisy to 1500 zł i w tym roku został on w całości wkalkulowany w koszty wykonywanych wcześniej usług. Polisa wykupywana jest przez wykonawcę co roku, zaś jej koszt za okres 20.02.2017 – 27.07.2018 wkalkulowano w poz. II kalkulacji;

- pkt XVII siwz, iż „nie będą prowadzone rozliczenia w walutach obcych” rozwiewa wątpliwości co do waluty, w jakiej wyrażone są wartości liczbowe.

Fakt rozbieżności pomiędzy ceną wykonawcy a szacunkową wartością zamówienia nie może świadczyć o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny, bowiem w większości przetargów zarówno na usługi jak i na roboty budowlane kosztorysy inwestorskie są znacznie wyższe niż oferowane przez wykonawców ceny, czego dowodem jest chociażby fakt, że cena kolejnej oferty była wyższa od ceny przystępującego o mniej niż 100 tys. zł.

Zobowiązanie przedstawione przez podwykonawcę Lafrentz Polska sp. z o.o. określa zakres udostępnienia, sposób wykorzystania udostępnionych zasobów, charakter stosunku łączącego podmiot z wykonawcą, zakres udziału i okres udziału w wykonaniu zamówienia. Z

15

uwagi na fakt, że podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w postępowaniu jako podwykonawca, przedmiotowe zobowiązanie nie powinno budzić wątpliwości.

Odwołujący w piśmie procesowym z 14.10.2016 r. odniósł się do stanowiska przystępującego i stwierdził, co następuje.

1/ Deklaracja, iż zostały wyjaśnione czynniki wpływające na oferowaną cenę, zaś do

wyjaśnień dołączono /rzekomo/ szczegółową kalkulację nie ma znaczenia wobec faktycznych. Ponadto nie wyjaśniono wszystkich odmiennych od niej

okoliczności

czynników, czy też wszystkich istotnych czynników. Taka okoliczność powoduje, że nie obalono domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny.

2/ Kalkulacja została sporządzona i podpisana przez wykonawcę, pana K. S., natomiast pozostałe podpisy (znaki graficzne) mogą co najwyżej oznaczać, że osoby je składające zapoznały się z treścią dokumentu. Tym bardziej osoby te nie zaciągnęły zobowiązania do wykonania określonych czynności za wynagrodzenie przedstawione w kalkulacji;

3/ Odwołujący przypomina, że w ofercie wskazano dwie osoby do pełnienia funkcji koordynatora nadzoru inwestorskiego, każdą opisując w liczbie pojedynczej, z czego nie można wywieść, iż jedna z osób jest zmiennikiem (zastępcą) drugiej;

4/ Także, jeśli inspektorzy mieszkają w miejscowości realizowania inwestycji konieczne będzie poniesienie kosztów dojazdu na plac budowy. Brak takich kosztów w kalkulacji jest nieprawidłowością i potwierdza tezę o cenie rażąco niskiej;

5/ Złożone wyjaśnienia nie określają, w jaki sposób osoby prowadzące działalność gospodarczą będą rozkładać koszt składki ZUS czy innych obciążeń publicznych na kilka źródeł przychodu i jaka część tych kosztów przypadłaby na koszty zrealizowania przedmiotu zamówienia. Nadal nie podano, czy osoby te są płatnikami podatku od towarów i usług (VAT) i czy w związku z tym doliczyłyby kwotę podatku VAT do wysokości swojego wynagrodzenia netto. Zważywszy, że cena jest wyrażana brutto, trzeba przyjąć, że wynagrodzenie osób zaangażowanych w realizację zamówienia nie zostało w pełni uwzględnione w złożonej kalkulacji ceny nadzoru inwestorskiego;

6/ Wynagrodzenie podwykonawcy, wbrew twierdzeniom przystępującego nie zostało ujęte w kalkulacji, w tym w pozycji „konsultacje techniczne”;

7/ Pozycja II „Koszt organizacji i obsługi biura” nie obejmuje kosztów ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej; takie koszty wchodziły w zakres całej działalności gospodarczej, nie zaś jedynie czynności dokonywanych na terenie biura;

8/ W kalkulacji wskazano, że rezerwa dotyczy jedynie kosztu ewentualnego wydłużenia działalności zespołu nadzoru, konsultacji technicznych. Pojęcie rezerwa odnosi się do wydatków przyszłych i niepewnych, przede wszystkim nieplanowanych. Argument

16

przystępującego, że rezerwa dotyczy cyt. „wszystkich możliwych do przewidzenia kosztów związanych z realizacją umowy”, jest sprzeczny z treścią kalkulacji i wskazuje też, że nie uwzględniono rezerwy na nieprzewidziane wydatki. W konsekwencji kalkulacja jest nierzetelna;

9/ Z treści kalkulacji nie wynika, że wartości liczbowe w niej podane określające ceny nadzoru inwestorskiego zostały podane w złotych polskich;

10/ Jak wynika z treści zobowiązania podmiotu trzeciego co do sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów, sposobem tym mają być konsultacje i doradztwo w sprawach technicznych i technologicznych podczas wykonywania przedmiotu zamówienia, ze wskazanego zobowiązania nie wynika, by podmiot trzeci miał pełnić rolę podwykonawcy;

11/ Przystępujący nie odniósł się do wszystkich argumentów odwołania, w tym; wyjaśnienia i argumenty są ogólnikowe, pominięto koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny ofertowej.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący przypomniał znaczącą dysproporcję między ceną oferty Przystępującego, a kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Stwierdził, że wyjaśnienia Przystępującego z dnia 6 czerwca 2016 r. złożone Zamawiającemu ujęte w 3 punktach są ogólnikowe. Załączona kalkulacja również budzi wątpliwości i nie obala domniemania rażąco niskiej ceny. Zauważył, że Przystępujący nie kwestionuje konieczności skalkulowania elementów kosztów przedstawionych w odwołaniu. Przypomniał, że w kalkulacji nie ujęto kosztów umowy z podmiotem udostępniającym zasoby, a twierdzenie, że element ten mieści się w rezerwie jest bezpodstawne. Wskazał na brak kalkulacji kosztów polisy OC kwestionując twierdzenie Przystępującego, iż koszt ten ujęty jest w koszcie wynajmu biura (poz. II kalkulacji). Zauważył, że niezależnie od miejsca zamieszkania osób wykonujących czynności koszty dojazdu muszą być skalkulowane. Zauważył brak kalkulacji

rezerwy na nieprzewidziane wydatki – poz. 3 kalkulacji zatytułowana „rezerwa” dotyczy jedynie kosztu ewentualnego wydłużenia działalności zespołu nadzoru i konsultacji technicznych. Wskazał na brak w kalkulacji ujęcia kosztu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odnosnie kosztów koordynatora nadzoru wskazał na pkt 2 wyjaśnień, gdzie wskazano prowadzenie działalności na własny rachunek, a jednocześnie w treści przystąpienia przyznano, iż jedna ze wskazanych osób (pan S. S.) nie będzie wynagradzana z tego tytułu, lecz za nadzór nad robotami drogowymi wykonywanymi w charakterze pracownika.

Zauważył przy tym, iż w kalkulacji wynagrodzenia inspektora robót drogowych jest podane w

17

cenie netto, zatem nie uwzględnia obowiązkowych narzutów do wynagrodzenia. Zauważył, że do pozycji kalkulacyjnej rezerwy Przystępujący kwalifikuje także inne koszty, co jest niezgodne z opisem tej pozycji kalkulacyjnej. Wskazał na brak przedstawienia zakresu i udziału kosztów ZUS w okolicznościach wskazanych w pkt 2 wyjaśnienia (działalność na własny rachunek) i str. 2 tiret ostatnie przystąpienia bez wskazania wpływu tych okoliczności na cenę w części dotyczącej kosztów ZUS.

Podtrzymał zarzut dotyczący udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci stwierdzając, iż udostępnienie to w sposób opisany w treści zobowiązania wskazuje, iż nie będzie udostępnieniem realnym, a podmiot trzeci nie będzie pełnił funkcji podwykonawcy przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Zauważył, że w przystąpieniu na str. 2 potwierdzono, iż nie kalkulowano kosztów dojazdu inspektorów. Wskazał na brak informacji o wysokości wynagrodzenia podmiotu trzeciego. Brak jest także dowodów dotyczących wysokości pozostałych kosztów wskazanych w kalkulacji. Zauważył, że, dokonując oszacowania przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie brał pod uwagę cen lokalnego rynku, na które obecnie się powołuje. Odnosnie udostępnienia zasobów, którego przedmiotem, zgodnie z ofertą, mają być konsultacje i doradztwo zauważył, że przedmiot ten jest niezgodny z wymogiem rozdz. VI SIWZ i par. 12 wzoru umowy, gdzie wymagano, dla podmiotu trzeciego, pełnienia funkcji podwykonawcy, który wykona część zamówienia. Zauważył, że Zamawiający nie wykazywał poprawności wyjaśnień Przystępującego i przyjął własne oceny, nie wynikające z dokumentacji postępowania, w szczególności nie obalono domniemania rażąco niskiej ceny. Zauważył, że wykonawca wskazał 2 osoby na stanowisko koordynatora, co potwierdził w piśmie z 26 sierpnia 2016 r. złożonym Zamawiającemu, co oznacza, że brak jest kalkulacji wynagrodzenia dla jednej z tych osób. Stwierdził, że wskazanie zysku jako elementu kalkulacji nie oznacza, że cena nie jest zaniżona.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że w postępowaniu złożono 14 ofert z cenami od 687 570 zł do 2 929 122 zł.

Z uwagi na wymóg ustawy do 9 wykonawców zwrócono się w trybie art. 90 o wyjaśnienie zaoferowanej ceny. Zauważył, że dla usług intelektualnych, które stanowią przedmiot zamówienia, znaczącym elementem jest przyjęty poziom zysku, stąd wykonawca, chcąc uzyskać realnie zlecenie, może znacząco obniżyć oczekiwany zysk, co zapewne uczynił Przystępujący w tej sprawie. Wskazał, iż w grupie zawodowej specjalistów wynagrodzenie tych osób w województwie podlaskim jest średnio 30 % niższe, niż w mazowieckim. Przy takim założeniu cena Odwołującego na terenie Zamawiającego wynosiłaby około 780 000 zł. Stwierdził, że właściciel będzie pełnił funkcję koordynatora nadzoru. Otrzymałą kalkulację ceny uznał za rzetelną. Zauważył, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego użyta formuła jest

18

ściśle związana z przedmiotem zamówienia, do którego należy także konsultacja i, w jego ocenie, doradztwo. Na podstawie doświadczenia z innych postępowań stwierdził, że stawki Przystępującego nie są zaniżone w stosunku do innych wykonawców.

Nie ma wątpliwości, że cena Przystępującego jest realna i za taką wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia. Nie ma również zastrzeżeń do treści otrzymanych wyjaśnień wraz z kalkulacją. Zauważył przy tym, że nie było obowiązku wskazania ceny usługi podwykonawcy. Ocena ceny ofertowej była dokonywana także z uwzględnieniem lokalnych realiów i doświadczenia własnego. Wskazany podwykonawca ma wykonywać czynności przewidziane w zakresie zadań opisanych w pkt 1.7, str. 3 SIWZ.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i podzielił stanowisko przedstawione

przez Zamawiającego oraz własne w złożonym przystąpieniu. Wskazał na treść wyjaśnień dotyczących ceny, gdzie wskazał na czynniki zmniejszające koszty w poz. 1 i 2, a nie je eliminujące, jak zdaje się twierdzić Odwołujący. Potwierdził, że wynagrodzenie podmiotu trzeciego mieści się w poz. kalkulacyjnej „rezerwa”, gdzie wskazano wprost koszt konsultacji technicznych, co stanowi przedmiot udostępnienia. Podkreślił znaczne własne doświadczenie. Zauważył, że w kalkulacji sprecyzowano, iż nadzór pełni koordynator i jest to jedna osoba. Zauważył, że dla usług takich jak przedmiot zamówienia sposób kalkulacji jest w rzeczywistości dowolny, zależny od metody przyjętej przez wykonawcę. Wskazał na ceny innych złożonych ofert, nie odbiegających znacznie kwotowo od jego ceny. Stwierdził, że przedstawiona kalkulacja jest poprawna, elementy cenotwórcze przedstawiono w kwotach netto, uwzględniano zysk oraz obowiązujący podatek VAT. Zauważył, że kalkulacja ta została podpisana przez osoby mające wykonywać poszczególne czynności wymienione w tej kalkulacji i mające wykonywać poszczególne czynności w toku realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięwszy pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia siwz, treść oferty przystępującego i wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego, a nadto stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem 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). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i

19

niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, w rozumieniu art. 179 ustawy pzp, a tym samym posiada legitymację do wniesienia odwołania spełniając materialno prawną przesłankę wszczęcia postępowania odwoławczego.

Niesporne jest w sprawie, że z uwagi na treść przepisu art. 90 ustawy Pzp, tj. stosunek ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia procedury wyjaśnienia wysokości ceny zaoferowanej przez przystępującego, z którego to obowiązku się wywiązał.

Kolejnym ustaleniem jest fakt, iż w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu złożono 14 ofert, z których co do dziewięciu zaistniała przesłanka przeprowadzenia postępowania w sprawie wyjaśnienia ceny. Charakterystyczne dla sprawy jest, że rozbieżność w wysokości poszczególnych cen była znaczna i wynosiła od 687 570 zł przez 777 350 zł (kolejna najniższa cena), 959 400 zł, 1 151 772 zł (cena odwołującego) do 2 929 122 zł (cena najwyższa). Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, którego podstawowym elementem jest wartość świadczonych usług intelektualnych przez specjalistów można stwierdzić, że na rynku takich usług występują w rzeczywistości znaczące różnice cenowe na poziomie porównywalnym z przedmiotowym postępowaniem.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, w którym stwierdzono, że wykonawca – przystępujący nie obalił złożonymi wyjaśnieniami domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, skład orzekający stwierdza, co następuje.

Należy zauważyć, że sposób wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, w tym jego szczegółowość należał do wykonawcy, a tym samym obciążało go ryzyko, czy wybrana metoda wyjaśnienia przekona zamawiającego co do realności ceny. Należy uznać, że metoda wyjaśnień opisujących okoliczności wpływające na obniżenie ceny oraz złożenie kalkulacji ceny jest poprawna. W ocenie Izby wykonawca ujął w złożonej kalkulacji wszystkie istotne elementy cenotwórcze, jakkolwiek, jak słusznie zauważył odwołujący, szereg z nich nie zostało wyspecyfikowanych. Jednakże każdy element kwestionowany w odwołaniu był wskazywany co do jego umiejscowienia. Wprawdzie może budzić wątpliwość ujęcie kosztu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w kosztach biura, należy spostrzec, że pozycja ta w rzeczywistości w nazwie swej zawiera stwierdzenie koszt organizacji, a także koszt obsługi. Przy tym koszt ubezpieczenia OC stanowi kwotę minimalną nie mającą istotnego wpływu na cenę także w tej pozycji.

pozostałe podpisy (znaki graficzne) osób mających wykonywać czynności nadzoru w poszczególnych branżach nie mają znaczenia i nie potwierdzają uzgodnienia wynagrodzenia tych osób. Stwierdzenie niniejsze nie ma przy tym znaczenia przy ocenie poprawności kalkulacji.

Fakt, że w ofercie wskazano dwie osoby do pełnienia funkcji koordynatora nadzoru inwestorskiego, każdą opisując w liczbie pojedynczej, wbrew ocenie odwołującego, nie oznacza, że obydwie te osoby będą niejako równolegle i łącznie wykonywać czynności nadzoru z koniecznością ich odrębnego wynagradzania. Za wiarygodne Izba uznaje wyjaśnienie przystępującego o ewentualnym, zastępstwie, w razie potrzeby, przez osobę wskazaną również jako inspektor nadzoru robót drogowych, będącą pracownikiem wykonawcy.

Należy także zauważyć, że wykonawca w wyjaśnieniach stwierdził, że zamieszkiwanie w miejscu prowadzenia inwestycji zmniejsza koszty obsługi nadzoru, nie zaś, że je eliminuje np. koszty dojazdu. Zatem stwierdzenie odwołującego, że brak takich kosztów w kalkulacji jest nieprawidłowością i potwierdza tezę o cenie rażąco niskiej, nie zostało przyznane i potwierdzone. Jest faktem, że w opisowych wyjaśnieniach nie sprecyzowano, w jaki sposób osoby prowadzące działalność gospodarczą będą rozkładać koszt składki ZUS czy innych obciążeń publicznych na kilka źródeł przychodu i jaka część tych kosztów przypadłaby na koszty zrealizowania przedmiotu zamówienia. Należy jednak zauważyć, że w przyjętej metodzie kalkulacji będącą kalkulacją kosztów nadzoru w branżach, kosztu organizacji i obsługi plus rezerwa i zysk, nie zastosowano uszczegółowienia składników kosztowych dla poszczególnych cen w branżach wskazując cenę netto przedsiębiorcy. Twierdzenie, że wynagrodzenie osób zaangażowanych w realizację zamówienia nie zostało w pełni uwzględnione w złożonej kalkulacji ceny nadzoru inwestorskiego w ocenie Izby nie zostało dowiedzione.

Wynagrodzenie podwykonawcy za czynności opisane jako doradztwo i konsultacje zasadnie i zgodnie z wyjaśnieniem przystępującego można uznać za ujęte w kalkulacji w pozycji „konsultacje techniczne”, jako że takie stricte sformułowanie użyte zostało w tej pozycji. Jak wyżej wskazano w kalkulacji wskazano, że rezerwa kosztu ewentualnego wydłużenia działalności zespołu nadzoru, ale również konsultacji technicznych. Rzeczywiście nie przedstawiono pozycji rezerwy odnoszącej się do wydatków przyszłych i niepewnych, przede wszystkim nieplanowanych. W konsekwencji twierdzenie, że z tego powodu kalkulacja jest nierzetelna nie znajduje uzasadnienia chociażby z tego powodu, że taka pozycja nie jest obowiązkowa, a jej brak oznacza jedynie ewentualne zwiększone ryzyko przedsiębiorcy. Izba nie podziela poglądu, iż skoro w treści kalkulacji nie wskazano, że wartości liczbowe w niej podane określające ceny nadzoru inwestorskiego zostały podane w złotych polskich, to

nie powinna być uznana za dokument stanowiący dowód – załącznik do wyjaśnień. Jest oczywiste, zważywszy na zasadę walutowości określoną w art. 358 § 1 kodeksu cywilnego oraz okoliczności i sposób sformułowania informacji w kalkulacji, wielkości cen wyrażone zostały w złotych polskich (PLN), natomiast podatek VAT - 23 w procentach. Można przy tym zauważyć, że zamawiający w zestawieniu danych cen ofertowych nie posłużył się oznaczeniem waluty, a mimo to ceny nie budzą wątpliwości.

Jak wynika z treści zobowiązania podmiotu trzeciego co do sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów, sposobem tym mają być konsultacje i doradztwo w sprawach technicznych i technologicznych podczas wykonywania przedmiotu zamówienia. Nie ma podstaw w dokumentacji postępowania, że wskazany w ofercie podmiot jako podwykonawca miałby nie pełnić takiej roli w toku realizacji zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdza się, że cena wybranego wykonawcy, jakkolwiek najniższa spośród zaoferowanych, wobec złożenia co do niej stosownych wyjaśnień oraz faktu iż nie odbiega znacząco od kolejnej ceny, niesporne jest, że podstawą jest ocena ceny ofertowej jako całości. Izba biorąc pod uwagę znane aktualne realia rynku prac o podobnym zakresie i rodzaju, a także wskazane ceny w niniejszym postępowaniu uznaje, że ustalenia zamawiającego o wysokości ceny oferty wybranej są prawidłowe.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: