

Sygn. akt: KIO/UZP 185/09

WYROK
z dnia 4 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 3 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o., Scott Wilson Ltd, Scott Wilson Sp. z o.o., Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD - Warszawa Sp. z o.o., 10-542 Olsztyn, ul. Dąbrowszczaków 39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Olsztyn, 10-101 Olsztyn, ul. Jana Pawła II 1** protestu ~~/protestów~~* z dnia 26 stycznia 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Grontmij Polska sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o., Scott Wilson Ltd, Scott Wilson Sp. z o.o., Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD - Warszawa Sp. z o.o., 10-542 Olsztyn, ul. Dąbrowszczaków 39** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o., Scott Wilson Ltd, Scott Wilson Sp. z o.o., Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD - Warszawa Sp. z o.o., 10-542 Olsztyn, ul. Dąbrowszczaków 39,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o., Scott Wilson Ltd, Scott Wilson Sp. z o.o., Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD - Warszawa Sp. z o.o., 10-542 Olsztyn, ul. Dąbrowszczaków 39.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na „dokończenie pełnienia funkcji Inżyniera dla umów na roboty budowlane dla kontraktów nr 02A/1, 02A/2, 03A/1, 03A/2, 03A/3, 04A/1, 04A/2, 04A/3, 04B oraz 05/2 wchodzących w skład projektu ISPA2000/PL/16/P/PE/014 Gospodarka wodno-ściekowa w Olsztynie” wg zasad określonych w warunkach kontraktowych dla robót inżyniersko-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, pierwsze wydanie w języku angielskim 1999, przygotowane i opublikowane przez Międzynarodową Federację

Inżynierów Konsultantów (...) oraz drugie wydanie angielsko-polskie 2004". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 października 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2008/S 199-264167.

W dniu 26 stycznia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 1994 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i wnosząc o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wykluczenie z postępowania wskazanego Konsorcjum oraz odrzucenie jego oferty, dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego się.

W uzasadnieniu Odwołujący się podaje, że Zamawiający w Rozdziale V pkt 5 ppkt 3 lit. f Części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wymagał, aby wykonawca dysponował jedną osobą na stanowisku inspektora nadzoru w specjalności drogowej (inżynier drogowiec), posiadającą minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe na samodzielnym stanowisku sprawowania funkcji technicznych w zakresie budowy lub remontów dróg. Ponadto żądał posiadania przez tą osobę uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, wydanych na podstawie aktualnych przepisów Prawa budowlanego lub innych ważnych uprawnień. Wybrany Wykonawca wykazał w złożonej ofercie - w załączniku nr 10 do IDW, a także w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów i wyjaśnień, że dysponuje inspektorem nadzoru w specjalności drogowej w osobie p. Barbary P., legitymującej się uprawnieniami budowlanymi Nr WAM/00511/OWOK/03 do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-budowlanej obejmującej również drogi i mosty. Dodatkowo wykonawca dołączył do oferty kopię decyzji Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego nadającej p. Barbarze P. ww. uprawnienia. Ponadto, Wykonawca oświadczył w dalszej części wspomnianego już załącznika nr 10 do IDW, iż p. Barbara P. posiada wymagane minimum 5 letnie doświadczenie. Jednakże na załączonej kopii decyzji Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego nadającej przedmiotowe uprawnienia widnieje data 17.02.2004 r. jako dzień jej wydania. Tak więc 5 letnie doświadczenie p. Barbara Pieczyńska nabędzie dopiero 17.02.2009 r., gdyż zgodnie z art. 12 ust. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późno zm.) podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru, o którym mowa w art. 88a ust. 1 pkt 3 lit. a oraz -zgodnie z

odrębnymi przepisami -wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności. Oznacza to, iż samodzielne funkcje techniczne w budownictwie można wykonywać dopiero po dokonaniu wpisu w drodze decyzji do Centralnego Rejestru Osób Posiadających Uprawnienia Budowlane prowadzonego zgodnie z art. 88a ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego, co w tym przypadku nastąpiło w dniu 17.02.2004 r. Dokumenty wydane przez inne podmioty, jak chociażby decyzja Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Warmińsko-Mazurskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Olsztynie, nie uprawnia do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie przed dokonaniem wpisu, o którym mowa w art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest złożenie nieprawdziwych informacji w oświadczeniu wykonawcy o dysponowaniu przez p. Barbarę P. minimum 5 letnim doświadczeniem zawodowym na samodzielnym stanowisku sprawowania funkcji technicznych w zakresie budowy lub remontów dróg, kiedy faktycznie doświadczenie takie nabędzie dopiero w dniu 17.02.2009 r., co skutkuje wykluczeniem go z postępowania.

W Rozdziale VI pkt 2 Części I SIWZ Zamawiający wskazał, iż w przypadku wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów wymienionych w pkt 1.1), 1.3), 1.4) i 1.5) specyfikacji, zobowiązany jest on złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające między innymi, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Wynika to z § 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Dokument taki powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Jeden z podmiotów wchodzących w skład wybranego konsorcjum, tj. Grontmij Nederland B.V. dołączył do oferty zaświadczenie Sądu Okręgowego w Utrechcie o niepozostawaniu w stanie upadłości z art. 45 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/118/WE (w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi) z dnia 09.06.2008 r. Mając na uwadze termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 22.12.2008 r., wymagany okres ważności przedmiotowego dokumentu, tj. 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, nie został zachowany. W związku z powyższym należy stwierdzić, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a zatem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 tejże ustawy winien być przez Zamawiającego z postępowania wykluczony.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tę zaniżoną cenę odnieść należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia

wartości, gdyż samo porównanie zaniżonej ceny oferty najkorzystniejszej z cenami pozostałych ofert nie uprawnia Zamawiającego do odrzucenia oferty. W postępowaniu wpłynęło 5 ofert, spośród których dwie przedstawiały zaniżone ceny wykonania przedmiotu zamówienia, tj. oferta konsorcjum: DHV POLSKA Spółki z o.o. i DHV B.V. z ceną 2.135.000,00 złotych brutto (oferta została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny) oraz oferta konsorcjum: Grontmij Polska Spółki z o.o. i Grontmij Nederland B.V. z ceną 2.049.600,00 złotych brutto. Pozostałe trzy oferty były średnio około 350% wyższe od wymienionych ofert z cenami zaniżonymi. Zgodnie z treścią pkt 2 protokołu postępowania (Druk ZP-12), Zamawiający w miesiącu lipcu 2008 r. ustalił łączną wartość przedmiotowego zamówienia na kwotę 19.672.131,15 zł, przy czym wartość zamówienia podstawowego wyniosła 13.114.754,10 zł. Z kolei kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego wyniosła 16.000.000,00 zł. Oferta wybranego Wykonawcy uznana za najkorzystniejszą opiewa na kwotę 2.049.600,00 zł brutto, stanowi zatem niecałe 13% w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Należy podkreślić, że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia "rażąco niska cena". W Słowniku Języka Polskiego PWN opisany został przymiotnik "rażący" jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, o ile zawiera ona cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób, zaniżoną. Zamawiający, aby to ustalić, wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wybranego Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 wymienionej ustawy, chodziło przede wszystkim o obiektywne czynniki uzasadniające niższą cenę oferty złożonej przez wybrane konsorcjum.

Należy stwierdzić, że wskazane przez Wykonawcę w udzielonej odpowiedzi okoliczności, które w jego ocenie uzasadniają skalkulowanie ceny wykonania przedmiotu zamówienia na znacznie niższym poziomie niż przyjęty przez Zamawiającego w szacunkowej wartości zamówienia, w szczególności odnoszące się do doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, lokalizacji wykonania przedmiotu zamówienia, czy też posiadania w Olsztynie biura, nie stanowią obiektywnych czynników, które z logicznego punktu widzenia mogą mieć istotny wpływ na tak znaczne obniżenie wysokości ceny oferty. Racjonalnie rzecz biorąc, wymienione czynniki zostały uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy przystępującego do tego rodzaju przetargu (np. biuro Odwołującego się również znajduje się w Olsztynie). Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby tak duże i kosztowne przedsięwzięcie, jakim jest przedmiotowe zamówienie, w dzisiejszych warunkach było realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem logistycznym lub doświadczeniem w realizowaniu podobnych zadań (zresztą doświadczenie było jednym z warunków udziału w postępowaniu). Również dysponowanie biurem na terenie miasta Olsztyna nie stanowi

obiektywnego czynnika, który w istotny sposób może wpłynąć na tak znaczne obniżenie wartości oferty.

W tej sytuacji należy stwierdzić, że nie ma uzasadnienia cena oferty wybranego Wykonawcy, która jest o ponad 600% niższa od szacunkowej wartości zamówienia. Dodatkowo na podstawie analizy innych zrealizowanych dotychczas (w tym również podanych w ofercie Wykonawcy), podobnych zadań Odwołujący się ustalił, że wartość ceny usługi nadzoru kształtuje się w granicach 2,5% - 12 % wartości nadzorowanych robót, podczas gdy według kalkulacji wybranego konsorcjum wartość usługi nadzoru stanowi 0,7% wartości tych robót. Analiza ta ma odniesienie do średnich cen rynkowych, a zatem kryteriów obiektywnych. Uwzględniając powyższe, złożone przez wybranego Wykonawcę wyjaśnienia jedynie potwierdzają, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 30 stycznia 2009 r. zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku protestu wybrany Wykonawca, z żądaniem oddalenia protestu. Przystępujący zauważa, że w treści oferty złożonej przez Przystępującego zawarte zostały niezbędne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przyjmując nawet, iż Przystępujący w sposób niedostateczny wykazał się spełnieniem, któregośkolwiek warunku udziału w postępowaniu lub nie przedłożył wymaganych SIWZ dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia, Zamawiający przed podjęciem czynności wykluczenia z postępowania obowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Przystępujący w tym miejscu podnosi, iż zarzut postawiony Zamawiającemu zaniechania podjęcia czynności wykluczenia z postępowania Przystępującego i uznania oferty za odrzuconą jest przedwczesny.

Przystępujący nie zgadza się z postawionym zarzutem, iż zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia jest nierealna. Wycena oferty Konsorcjum oparta jest na wieloletnim doświadczeniu w realizacji zamówień o podobnym charakterze. Doświadczenie Przystępującego obejmuje 18 zamówień na usługi Inżyniera Kontraktu w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, wśród których są zamówienia już ukończone. Pozwala to Przystępującemu na bardzo wiarygodne oszacowanie niezbędnych nakładów zarówno w wymiarze rzeczowym (skład i kwalifikacje ekspertów, czas zaangażowania w trakcie realizacji zamówienia, środki materialne, itp.), jak i finansowym (stawki jednostkowe poszczególnych kategorii kosztów). Cena oferty obejmuje wszystkie koszty konieczne do poniesienia przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, a w szczególności koszty te obejmują: koszty zatrudnienia (wynagrodzenie z pochodnymi) zespołu ekspertów kluczowych o kwalifikacjach zgodnych z wymaganiami SIWZ w całym okresie realizacji zamówienia, koszty zatrudnienia personelu

administracyjnego i pomocniczego, koniecznego do realizacji obowiązków wynikających z przedmiotu zamówienia, koszty wyposażenia i eksploatacji w trakcie realizacji zamówienia wyposażenia biurowego i administracyjnego, koszty materiałów biurowych i pozostałe koszty materialne związane z realizacją zamówienia, koszty przejazdów i wykorzystania samochodów dla celów realizacji zamówienia. Kalkulacja tych kosztów oparta jest o doświadczenia z realizacji podobnych projektów, które pozwalają na zastosowanie sprawdzonych w praktyce wielkości nakładów na poszczególne kategorie kosztów oraz stawek jednostkowych. Dane do kalkulacji kosztów przyjęte zostały na podstawie rzeczywistych kosztów ponoszonych przez Przystępującego w trakcie realizacji projektów. Zatem kalkulacja i oszacowanie ceny zostało wykonane w oparciu o duże doświadczenie z zachowaniem należytej staranności. W ocenie, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ma obowiązek wziąć pod uwagę takie obiektywne czynniki jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy. Czynnikiem umożliwiającym Przystępującemu zaoferowanie ceny za realizację przedmiotowej usługi na podanym poziomie jest lokalizacja wykonania przedmiotu zamówienia. Kluczową okolicznością pozwalającą na optymalizację ceny usług w przedmiotowym zamówieniu jest fakt, że na terenie miasta Olsztyn działa biuro Grontmij Polska. Stawka za miesiąc pracy przyjęta dla wskazanego w ofercie personelu, wynika m.in. z zatrudnienia pracowników na stałą umowę o pracę. Ponadto Grontmij Polska wykonała kilka podobnych zamówień publicznych w porównywalnych cenach, a obecnie jako Inżynier Kontraktu nadzoruje 5 inwestycji na terenie miasta Gdańska. W marcu 2008 roku Grontmij Polska w konsorcjum z Grontmij Nederland B.V. został wybrany na Inżyniera Kontraktu przedsięwzięcia "Modernizacja gospodarki odpadami komunalnymi w Gdańsku". Wartość robót budowlanych netto na przedmiotowym zadaniu wynosi 299.001.006,00 zł, wartość usługi Inżyniera Kontraktu netto 1.850.000,00 zł, kontrakt na Inżyniera stanowi 0,61 % wartości nadzorowanych robót. Wartość pozostałych złożonych w przetargu ofert wynosiła netto: 2.492.005,00 zł, 4.193.581,00 zł, 2.912.000,00 zł.

Dodatkowo Przystępujący w celu udokumentowania, iż w świetle art. 22 ustawy Pzp spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego, przedstawił nową kandydaturę na stanowisko inżyniera drogowca.

Pismem z dnia 3 lutego 2009 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie nie spełnienia przez Przystępującego warunku dysponowania jedną osobą na stanowisku inspektora nadzoru w specjalności drogowej oraz nie złożenia aktualnego dokumentu, potwierdzającego, że w stosunku do Grontmij

Nederland B.V. nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Zaś, w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu Zamawiający podaje, że w celu ustalenia, czy oferta zwiera rażąco niską cenę zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Konsorcjum w wymaganym terminie złożyło wyjaśnienia. Zamawiający przeanalizował przedmiotowe wyjaśnienia i stwierdził, że zaoferowana cena obejmuje cały zakres zamówienia, a biorąc pod uwagę aktualną sytuację na rynku oraz spadek cen za realizację inwestycji będących przedmiotem niniejszego zamówienia, nie powoduje ryzyka niewywiązania się z zamówienia ani też wadliwego wykonania przedsięwzięcia.

Żądanie wykluczenia z Przystępującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, Zamawiający uznał za przedwczesne, gdyż prowadziłoby do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający ma bowiem obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia.

Wobec powyższego Zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformował, że czynności powtórnego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem dokumentów dołączonych przez Przystępującego w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający dokona po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł w dniu 13 lutego 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty (z wyjątkiem naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) i żądania zgłoszone w proteście.

Odwołujący się podnosi, iż zarzut wykluczenia Przystępującego z postępowania nie jest przedwczesny. Przystępujący - wskazując p. Barbarę P. na stanowisko inżyniera drogowca w przedmiotowym postępowaniu - wskazało osobę niespełniającą wymogów Zamawiającego, jednocześnie wyraźnie oświadczając, że warunki te spełnia. Przystępujący wprowadził zatem Zamawiającego w błąd, składając oświadczenie o posiadaniu wymaganego doświadczenia zawodowego przez p. Barbarę P., a tym samym o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Nieprawdziwe oświadczenie odnoszące się do doświadczenia zawodowego p. Barbary P. miało ewidentny wpływ na wynik postępowania, albowiem spowodowało u Zamawiającego przeświadczenie, iż Przystępujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający, w przypadku stwierdzenia złożenia oświadczeń zawierających nieprawdziwe informacje, nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń.

Odwołujący się podkreśla ponadto, że w świetle art. 90 ustawy Pzp nie da się w żaden sposób przyjąć, że obowiązki Zamawiającego mające na celu ustalenie, czy oferta

zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, sprowadzają się wyłącznie do uzyskania takich wyjaśnień od wykonawcy.

Odwołujący się zwraca uwagę na okoliczność, że w przypadku wezwania do wyjaśnień przez Zamawiającego w trybie art. 90 ustawy Pzp, obowiązek udowodnienia braku zastosowania rażąco niskiej ceny aktualizuje się i ciąży po stronie wykonawcy wzywanego do wyjaśnień. Udowodnienie to musi się przy tym opierać na obiektywnych kryteriach, stąd za niezrozumiałe i niedopuszczalne należy uznać bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego stanowiska Przystępującego, pomimo iż wskazane tam okoliczności stanowiły zupełnie subiektywne i w żaden sposób nieweryfikowalne czynniki kształtujące poziom ceny.

Wymaga wyraźnego podkreślenia, iż specyfika przedmiotowa zamówienia nie polega wcale na tym, że wybrany wykonawca będzie realizował zamówienie na terenie miasta Olsztyna, tj. będzie prowadził tam biuro oraz zapewni stały pobyt kluczowych specjalistów (Część III SIWZ, str. 9 i 10), ale przede wszystkim na tym, że w ramach przedmiotowego zamówienia wykonawca obejmie nadzór inwestorski (w rozumieniu polskich przepisów) i pełnić będzie wszystkie czynności wymagane dla Inżyniera w rozumieniu FIDIC nad robotami na dziesięciu odrębnych kontraktach budowlanych (Kontraktach). Oznacza to, że większość obowiązków wynikających zarówno z postanowień Warunków Kontraktowych FIDIC, jak i umowy o wykonanie zamówienia, będzie musiała być wykonana nie jednokrotnie, ale nawet jednocześnie dziesięciokrotnie, tj. dla każdego z Kontraktów objętych nadzorem. Odwołujący się wskazuje również, że Zamawiający - poza 8 osobami stanowiącymi personel kluczowy Inżyniera (wymienionymi w Rozdziale V pkt 5 ppkt 3 Części I SIWZ) - wymaga również pozostawienia do dyspozycji przy realizacji zamówienia szerokiego zakresu ekspertów z personelu pomocniczego (Rozdział III pkt 5 Części I SIWZ). Wśród wskazanego personelu pomocniczego znajdują się również osoby, których zaangażowanie - ze względu na konieczne wykształcenie/umiejętności - może być szczególnie kosztowne, np. inspektor w branży telekomunikacyjnej, radca prawny, hydrolog, specjalista w zakresie rozliczeń środków UE, specjalista w zakresie zamówień publicznych. Wyliczenie osób, których pomoc dla kluczowego personelu musi zapewnić wykonawca przy wykonaniu niniejszego zamówienia, zawiera następujących ekspertów: dodatkowi inspektorzy w innych branżach, m.in.: inspektorzy konieczni dla zapewnienia odpowiedniego nadzoru na terenach zamkniętych (np. PKP): inspektor nadzoru w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe, inspektor nadzoru w specjalności drogowo-mostowej, inspektor nadzoru w specjalności telekomunikacji przewodowej, inspektor nadzoru w specjalności sterowanie i zabezpieczenie ruchu kolejowego oraz pozostały personel pomocniczy, tj. inspektor nadzoru robót teletechnicznych, radca prawny, hydrogeolog, ekspert ppoż., inżynier materiałowy,

specjalista w zakresie rozliczeń projektów współfinansowanych ze środków UE, specjalista w zakresie zamówień publicznych, asystenci, informatyk, sekretariat.

W wyjaśnieniach i oświadczeniach złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez Przystępującego nie ma jakichkolwiek informacji na temat uwzględnienia kosztów obsługi zamówienia przez personel pomocniczy.

Niemożliwości realizacji przedmiotowego zamówienia po cenie wskazanej w ofercie dowodzi także proste obliczenie - na podstawie oferowanej ceny - średniego miesięcznego kosztu obsługi dla jednego Kontraktu. Biorąc pod uwagę, że w trakcie realizacji nadzoru nad robotami budowlanymi (pierwsze 24 miesiące Kontraktu), Inżynier może otrzymać maksymalnie 80% przewidzianego wynagrodzenia (jak wskazuje § 8 ust. 2 wzoru umowy - Części II SIWZ), za 2 lata pracy Konsorcjum otrzyma łączne wynagrodzenie w wysokości maksymalnie 1.344.000,00 zł netto. W ujęciu miesięcznym oznacza to prowadzenie nadzoru (pełnienie funkcji Inżyniera) za kwotę 56.000,00 zł netto, co biorąc pod uwagę powołaną specyfikę zamówienia, tj. jednoczesny nadzór nad dziesięcioma kontraktami budowlanymi w fazie realizacji, oznacza de facto wynagrodzenie w wysokości 5.600,00 zł netto za usługę dotyczącą jednej inwestycji budowlanej.

Podkreślenia wymaga także, że zaoferowana cena odbiega również znacznie od poziomu cen oferowanego w innych postępowaniach przez tego wykonawcę.

Należy przy tym pokreślić, iż twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach z dnia 8 stycznia 2009 r., odnośnie aktualnie wykonywanych usług w Gdańsku nie mają żadnego znaczenia ze względu na fakt, że kontrakty te nie zostały do tej pory ukończone, nie mogą więc być oceniane pod względem należytej realizacji obowiązków Inżyniera.

Cena oferty nie ma też żadnego przełożenia na rzeczywiste rynkowe stawki wynagrodzenia za usługi nadzoru inwestorskiego lub usługi Inżyniera. W powszechnie znanym opracowaniu branżowym Sekocenbud w zakresie stawek za usługi Inżyniera kontraktu wg wymagań FIDIC w roku 2008 wyraźnie wskazuje się, że koszt takich usług w każdym z czterech kwartałów 2008 r. wynosił pomiędzy 3,5% a 5,5% kosztów nadzorowanych robót budowlanych.

W niniejszym postępowaniu powołany stosunek zaoferowanej ceny za usługi w stosunku do wartości robót budowlanych, nad którymi nadzór jest przedmiotem niniejszego postępowania, wynosi zaledwie 0,7%, a zatem dziesięciokrotnie mniej niż średnie wynagrodzenie za usługi Inżyniera na kontraktach wskazywanych w niniejszym postępowaniu jako doświadczenie tego wykonawcy (w załączniku nr 7 do IDW).

Z uwagi na hipotetyczną możliwość niewłaściwego oszacowania przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia (na co jednakże brak jakichkolwiek dowodów) - w orzecznictwie wskazuje się także często na konieczność uwzględniania innych kryteriów, jak średnia cena pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, najbardziej

zbliżonych do siebie. W przedmiotowym postępowaniu średnia cena ofert w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, ustalona z pominięciem cen w ofercie Przystępującego, wynosi blisko 55% wartości przedmiotu zamówienia podstawowego. W związku z powyższym należy stwierdzić, że cena spornej oferty, stanowiąca 12,81% wartości zamówienia podstawowego, odbiega również rażąco od średniej ceny ofert zbliżonych do siebie, złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do wartości przedmiotu zamówienia.

Obowiązek ten zaktualizował się po stronie Zamawiającego tym bardziej, że Zamawiający na etapie zawiadomienia o wyniku postępowania odrzucił ofertę konsorcjum: DHV Polska Sp. z o.o. i DHV B.V. (Holandia), która zawierała cenę wyższą od ceny zaoferowanej przez Przystępującego o prawie 100.000 zł brutto, właśnie ze względu na rażąco niską cenę.

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona zgodnie z przepisami, jak też poprzez nieuzasadniony brak wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się.

W dniu 2 marca 2009 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania, złożonych dowodów oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W Rozdziale V SIWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu, wskazując w pkt 5 ppkt 3 na obowiązek dysponowania kluczowymi specjalistami, wśród których znajduje się inspektor nadzoru w specjalności drogowej – inżynier drogowiec (lit. f). Zamawiający żądał, aby wymieniona osoba posiadała minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe na samodzielnym stanowisku sprawowania funkcji technicznych w zakresie: budowy lub remontów dróg. Specjalista musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, wydane na podstawie aktualnych przepisów Prawa budowlanego lub inne ważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, które w zakresie objętym umową pozwalają będą na pełnienie funkcji inspektora nadzoru. Ponadto wymieniona osoba musi być członkiem właściwej izby samorządu zawodowego. W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do IDW, decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego wraz z aktualnym

zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz oświadczenie o spełnianiu wymagań stawianych przed kluczowymi specjalistami, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do IDW. Zgodnie zaś z Rozdziałem VI do oferty należało dołączyć m.in. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności – według wzoru załącznika nr 5 do IDW (pkt 1.10), dokumenty stwierdzające, że osoby, o których mowa w pkt 1.10 posiadają wymienione uprawnienia, tj.: decyzję o nadaniu uprawnień, aktualne zaświadczenia o przynależności do właściwej Izby samorządu zawodowego (pkt 11), oświadczenie wykonawcy o spełnianiu wymagań stawianych przed kluczowymi specjalistami – według wzoru nr 6 do IDW (pkt 12).

W ofercie Przystępującego (str. 67-69) znajduje się wykaz kluczowych specjalistów, którzy będą wykonywać niniejsze zamówienie, oznaczony jako załącznik nr 10 do IDW (odpowiadający wzorowi załącznika nr 5 do IDW zamieszczonego w SIWZ) i oświadczenie w wymaganym zakresie. Zgodnie z żądaniem Zamawiającego, Przystępujący określił zespół kluczowych specjalistów, wskazując na zakres wykonywanych czynności, kwalifikacje zawodowe i wykształcenie. Na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności drogowej (inżynier drogowiec) Przystępujący zaproponował p. Barbarę P., posiadającą uprawnienia nr WAM/0051/OWOK/03 do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, obejmującej również drogi i mosty w zakresie kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń oraz uprawnienie nr 197/89/OL do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (str. 68 oferty). Ponadto Przystępujący złożył oświadczenie o spełnianiu wymagań stawianych przez Zamawiającego przed kluczowymi specjalistami (załącznik nr 13 do IDW – str. 102-104 oferty, odpowiadający wzorowi załącznika nr 6 do IDW), stwierdzając że p. Barbara P. spełnia poniższe wymagania stawiane przed inspektorem nadzoru w specjalności drogowej (inżynier drogowiec): posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe na samodzielnym stanowisku sprawowania funkcji technicznych w zakresie budowy lub remontów dróg.

W tym stanie rzeczy Odwołujący się podnosi, iż Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a dotyczące okresu posiadanego doświadczenia przez p. Barbarę P. Zdaniem Odwołującego się, skoro decyzja w przedmiocie wpisania ww. osoby do Centralnego Rejestru Osób Posiadających Uprawnienia Budowlane została wydana w dniu 17 lutego 2004 r., zaś termin składania ofert został wyznaczony na dzień 22 grudnia 2008 r., to p. Barbara P. nie może legitymować się 5-letnim doświadczeniem zawodowym w zakresie sprawowania samodzielnych funkcji technicznych.

Prawdą jest, iż jak podnosi Odwołujący się, podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru, o którym mowa w art. 88a ust. 1 pkt 3 lit. a Prawa budowlanego (osób posiadających uprawnienia budowlane) oraz – zgodnie z odrębnymi przepisami – wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego (art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego). W istocie więc, doświadczenie zawodowe p. Barbary P., w zakresie objętym uprawnieniami budowlanymi nr WAM/0051/OWOK/03, mogło zostać nabyte od daty uzyskania przedmiotowych wpisów, gdyż same uprawnienia nie upoważniają do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt, że termin składania ofert upływał w dniu 22 grudnia 2008 r., p. Barbara P. nie mogła się wykazać wymaganym okresem doświadczenia w przedmiotowym zakresie. Stanowisko powyższe podzielił zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący.

Krajowa Izba Odwoławcza nie zgadza się jednak z twierdzeniem Odwołującego się, że w niniejszym postępowaniu doszło do złożenia nieprawdziwych informacji w przedmiotowym zakresie. Otóż, oświadczenia Przystępującego nie można oceniać w oderwaniu od faktu, iż Przystępujący liczy wymagane doświadczenie od daty uzyskania uprawnień budowlanych. Stanowisko powyższe, na gruncie wskazywanego przepisu art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego jest błędne, jednakże nieznanomość stanu prawnego w powyższym zakresie nie może przesądzać o złożeniu nieprawdziwych informacji. W istocie mamy do czynienia z błędem co do prawa. Zatem Przystępujący nie miał świadomości, że osoba proponowana do sprawowania funkcji inżyniera drogowca nie spełnia wymagań Zamawiającego. Przeciwnie, działanie Przystępującego byłoby nieracjonalne, biorąc pod uwagę jego skutki w postaci wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga również fakt, że gdyby w istocie zamiarem Przystępującego było złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, to Przystępujący z pewnością nie załączyłby do oferty decyzji o wpisaniu p. Barbary P. do Centralnego Rejestru Osób Posiadających Uprawnienia Budowlane. Istotne znaczenie dla oceny okresu posiadanego doświadczenia ma bowiem data wydania tej decyzji, przesądza bowiem ona o niemożliwości posiadania wymaganego doświadczenia przez ww. osobę. Zatem, gdyby intencją Przystępującego było złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, to ze względów o których mowa powyżej, nie posługiwałby się przedmiotową decyzją, której obowiązek dołączenia do oferty nie wynikał z jakichkolwiek postanowień SIWZ. W tych okolicznościach nie sposób stwierdzić, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, ale że w sposób nieprawidłowy dokonał oceny stanu faktycznego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której na podstawie przedłożonych oświadczeń i dokumentów nie można

jednoznacznie stwierdzić, że doszło do złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ale też nie sposób przyjąć, że przesądzają one o spełnieniu spornego warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji konieczne jest wezwanie Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowisko powyższe jest zgodne z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP119/07, wyrok z dnia 21 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 814/08). Przeciwny pogląd prowadziłby bowiem do sytuacji, w której wykonawca niespełniający warunków, który złożył stosowny dokument byłby wykluczony z postępowania, zaś wykonawca, który na dzień składania ofert również nie spełnia warunków, ale nie złożył wymaganego dokumentu byłby wzywany do ich uzupełnienia, a to z kolei wprost prowadziłoby do nierównej sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, która nie zasługuje na ochronę. W tych okolicznościach, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy uznać za bezprzedmiotowy, wobec braku stwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji przez Przystępującego oraz nietrafny, gdyż podany został wadliwie jako ewentualna podstawa prawna z wykluczenia. Wskazany przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że przedmiotowa regulacja nie dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Należy bowiem zauważyć, że ustawodawca wyraźnie rozróżnia dwa stany prawne: odrzucenie oferty i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i dotyczy to przetargu nieograniczonego, zaś w postępowaniach wieloetapowych, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków i ofert, wykluczenie wykonawcy z postępowania nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w sytuacji gdyby wykonawca ten, ofertę złożył.

W opinii Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp również nie znalazł potwierdzenia. Jak wynika z protokołu postępowania (DRUK ZP-1), wartość zamówienia podstawowego ustalono na kwotę 13.114.754,10 zł, zaś ceny brutto ofert złożonych w niniejszym postępowaniu kształtują się na poziomie od 2.049.600,00 zł do 9.686.800,00 zł (DRUK ZP-12). W tej sytuacji Zamawiający, pismem z dnia 30 grudnia 2008 r., zwrócił się do dwóch wykonawców, których oferty zawierały najniższe ceny (w tym do Przystępującego), do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi

Przystępujący wskazał, jakie elementy cenotwórcze uwzględniono w celu skalkulowania ceny oferty oraz określił ich koszt jednostkowy.

Należy zwrócić uwagę, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”, ani nie wskazuje, jakie kryteria należy wziąć pod uwagę dokonując kwalifikacji ceny do przedmiotowej kategorii pojęciowej. Ustawodawca wskazuje jedynie, że w celu właściwej kwalifikacji ceny należy odnieść ją do przedmiotu zamówienia, wyraźnie więc z tego wynika, że intencją ustawodawcy było dokonanie analizy ceny z uwzględnieniem warunków danego zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było odniesienie ceny do jednego, z góry określonego kryterium, czy też kryteriów, biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy, stworzony zostałby zamknięty katalog cech kwalifikujących cenę jako rażąco niską. Odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia pozwala na wyprowadzenie jeszcze jednego wniosku, iż o rażąco niskiej cenie możemy mówić wtedy, gdy nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Podjęcie decyzji w tym zakresie musi być dokonywane w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy dotyczące elementów ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). W niniejszym stanie faktycznym rozstrzygnięcie w spornym zakresie w istocie będzie wynikiem oceny złożonych wyjaśnień. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący się, Zamawiający przeanalizował przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia, czemu dał wyraz w rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający wskazał, że „cena obejmuje cały zakres zamówienia, a biorąc pod uwagę aktualną sytuację na rynku oraz spadek cen za realizację inwestycji będących przedmiotem niniejszego zamówienia nie powoduje ryzyka niewywiązania się z zamówienia ani też wadliwego wykonania przedsięwzięcia”. Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Zamawiającego. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego się dowodzi jedynie, że w jego opinii, inny powinien być sposób kalkulacji ceny oferty. W istocie Odwołujący się uważa, że skoro przedmiotem zamówienia jest nadzór inwestorski nad robotami budowlanymi na dziesięciu odrębnych kontraktach, to należy przyjąć, że większość obowiązków będzie musiała być wykonana dziesięciokrotnie. Takie założenie jest możliwe, ale obarczone błędem. Nie sposób bowiem wyceniać zamówienia dzieląc je na czynności, a następnie oceniać ilość wykonywanych czynności. Zamówienie należy wyceniać jako całość, uwzględniając warunki jego realizacji, tak aby możliwa była ocena zarówno kosztów bezpośrednich, jak i pośrednich. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wymagał bezwzględного zaangażowania kluczowych specjalistów, których określił w Rozdziale V pkt 5.3 SIWZ. Odnośnie personelu, były to minimalne wymagania Zamawiającego (Rozdział III pkt 5 SIWZ). Zamawiający przewidywał również konieczność zatrudnienia specjalistów z innych dziedzin, jednakże w zakresie, w jakim będzie to niezbędne do właściwego wdrożenia umowy i wykonania kontraktu na roboty budowlane (Rozdział III pkt 6 SIWZ). Z powyższego nie wynika więc obowiązek dysponowania personelem pomocniczym przez cały okres

realizacji kontraktu i jedynie dla celów tego kontraktu. Trudno więc czynić Przystępującemu zarzut, że w jego wyjaśnieniach nie ma na ten temat informacji. Skład przedmiotowego personelu pozwala stwierdzić, że udział części specjalistów może nie być w ogóle konieczny, a część należy zaliczyć do administracji firmy. Wycena tych kosztów została uwzględniona w wyjaśnieniach, Przystępujący skalkulował bowiem roboty nieprzewidziane, jak i koszty administracji. W kosztach administracji z pewnością można ująć koszty wynajmu biura, jak i inne związane z jego funkcjonowaniem. Przy czym istotne znaczenie ma fakt, że Zamawiający nie wymagał udziału kluczowych specjalistów wyłącznie w ramach danego zamówienia, jak i okoliczność, że koszty funkcjonowania administracji należą do kosztów pośrednich funkcjonowania przedsiębiorstwa i u różnych wykonawców, z pewnością w różnym zakresie, będą obciążać dane zamówienie. Im więcej firma realizuje bowiem zamówień jednocześnie, tym mniejsze koszty funkcjonowania administracji przypadają na jeden kontrakt. Niebagatelne znaczenie ma również zatrudnienie pracowników na umowę o pracę, którzy mogą obsługiwać niejednokrotnie kilka inwestycji.

Powyższe dowodzi, że inny sposób kalkulacji ceny oferty legł u podstaw występujących różnic. Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący się kalkuluje koszty realizacji nadzoru dla każdego kontraktu, przyjmując, że każda czynność w ramach niniejszego zamówienia musi być wykonana dziesięciokrotnie, z uwzględnieniem konieczności zaangażowania całego personelu pomocniczego, mimo że konieczność jego udziału nie wynika z SIWZ, a stanowi hipotetyczną okoliczność. Podobnie ujmowane są koszty funkcjonowania zaplecza administracyjnego. Przebieg rozprawy pokazuje jak dużą rolę Odwołujący się przywiązuje do wyceny zaplecza terenowego na poszczególnych budowach, zwracając uwagę na wysokie koszty z tym związane. Tymczasem jak wynika z Części III pkt 5.3 SIWZ koszty organizacji przedmiotowego zaplecza sprowadzają się jedynie do wyposażenia w podstawowy sprzęt biurowy, w szczególności meble.

Przystępujący zaś skalkulował przedmiotowe zamówienie opierając się na odmiennych założeniach. Przyjął, że personel zaangażowany w ramach niniejszego zamówienia będzie wykonywał również inne czynności w ramach innych kontraktów, którą to swobodę daje mu zatrudnienie na umowę o pracę, koszty pośrednie rozłożył na realizowane równocześnie zamówienia, co powoduje, że nie stanowią one istotnego obciążenia. Dodatkowo poziom zysku został skalkulowany na niewielkim poziomie. Zatem przyjęta strategia budowania ceny oferty zdecydowała o jej konkurencyjności w aspekcie finansowym, a jednocześnie nie daje podstaw do twierdzenia, że cena oferty została skalkulowana w sposób, który nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia. Kalkulacja poszczególnych elementów cenotwórczych jest indywidualną sprawą każdego wykonawcy.

Przedmiot zamówienia i warunki realizacji mają bezpośredni wpływ na cenę oferty, a w konsekwencji jej ocenę w aspekcie rażąco niskiej. Zatem, powoływanie przez

Odwołującego się na analizę wartości usług Inżyniera Kontraktu w stosunku do wartości nadzorowanych robót, czy też wskaźniki SEKOCENBUDU nie może mieć rozstrzygającego znaczenia dla sprawy. Są to pewne dane historyczne, które dotyczą kontraktów w większości sprzed kilku lat, a więc realizowanych w innych warunkach makroekonomicznych, przedmiot ich jest bardzo zróżnicowany, a warunki ich realizacji nie są znane. Wskazywane różnice ceny spornej oferty w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, czy też do cen pozostałych ofert, nie stanowią samoistnej przesłanki, nawet w przypadku istotnych odchyień, do uznania ceny za rażąco niską. Należy bowiem zwrócić uwagę, że ustawodawca nie zdecydował się na wskazanie poziomu różnic, nawet w sposób pośredni, których wystąpienie daje podstawę do uznania ceny za rażąco niską i w konsekwencji do odrzucenia oferty, a to oznacza, że cena każdej oferty musi być oceniana w warunkach realizacji danego zamówienia.

Przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia pokazują, że istotnym kosztem realizacji zamówienia są koszty osobowe (zatrudnienia personelu). Różnice w ich kalkulacji wynikają z przyjętych założeń co do ich wysokości, nie stwierdzono bowiem i Odwołujący się tego nie wykazał, że w jakimkolwiek zakresie ich nie uwzględniono. Powyższe nie daje więc podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a konsekwencji art. 7 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1165, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*