

WYROK
z dnia 10 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2016 r. przez Odwołującego – **Atrem Spółka Akcyjna** z siedzibą w Złotnikach, ul. Czołgowa 4 (62-002 Suchy Las) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie**, ul. Nowowiejska 28A (00-911 Warszawa),

przy udziale

wykonawcy **Multimel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Lublinie przy ul. Dominów 130A (20-388 Lublin) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 17 października 2016 r. polegającej na wyborze oferty Multimel Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i nakazuje jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy i powtórzenie czynności oceny złożonych ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – 12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Atrem S.A tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 Zasądza od Zamawiającego – 12 Terenowego Oddziału Lotniskowego w Warszawie na rzecz Odwołującego – Atrem S.A. kwotę **18.600 zł. 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – 12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie w trybie przetargu ograniczonego na pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego w ramach zadań: „Budowa hangaru obsługi technicznych wraz z zapleczem” oraz „Budowa spadochroniarni” na terenie lotniska wojskowego w Dęblinie (nr sprawy 15/U/2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 13 maja 2016 r., 2016/S 92-164380, wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca – Atrem S.A. z siedzibą w Złotnikach wniósł w dniu 28 października 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2046/16).

Zamawiający pismem z dnia 21 października 2016 r. poinformował wnoszącego odwołanie (dalej zwanego Odwołującym) o wyborze oferty złożonej przez Multimed, a także wyniku oceny jego oferty i przyznanej ilości punktów klasyfikującej tę ofertę na drugim miejscu (59,83 pkt).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez ocenę wyjaśnień Multimed i uznanie, iż wskazana w ofercie cena nie jest rażąco niska, a w konsekwencji zaniechanie jej odrzucenia. Wobec zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobligowany, w postępowaniu miało dojść do naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i nakazanie odrzucenia oferty Multimed.

Zamawiający jeszcze przed posiedzeniem Izby wyznaczonym na dzień 2 listopada 2016 r. na godzinę 10:00, dokonał modyfikacji części kwestionowanych postanowień, przekazując odpowiedzi na pytania wykonawcom zaproszonym do składania ofert (pismo z dnia 02.11.2016 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Multimed Sp. z o.o.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż czynności Zamawiającego uniemożliwiały uznanie, iż to jego oferta jest najkorzystniejsza i dokonanie jej wyboru w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na przebieg postępowania wyjaśniającego jakie prowadził Zamawiający w stosunku do Multimed w zakresie wyjaśnienia, czy nie

zachodzą podstawy do odrzucenia tej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający dwukrotnie, tj. pismem z dnia 23.9.2016 r. i 12.10.2016 r. występował do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Różnica zaoferowanej ceny w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, jak i pozostałych złożonych w postępowaniu ofert uzasadniała wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami (228.000,00 zł). Pozostałe ceny kształtowały się w przedziale od 690.000,00 zł do 857.000,00 zł brutto. Cena wskazana w ofercie Multimed była niższa o niemal 70% od szacunkowej wartości zamówienia i niższa o niemal 65% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Już sam fakt tak dużej różnicy wartości wynagrodzenia Multimed w stosunku do przedmiotu zamówienia powinien skutkować uznaniem, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a żadne wyjaśnienia czy dowody nie powinny być uznane za wiarygodne przy tak ogromnej różnicy cenowej.

Wskazane przez Multimed w wyjaśnieniach z dnia 26.9.2016 r. okoliczności, takie jak: podjęcie z inspektorami współpracy na korzystnych warunkach, to że przedmiotowe zadanie nie stanowi dla inspektorów głównego źródła utrzymania, w tym to, że jeden z inspektorów znajduje się na emeryturze, bliskie miejsce zamieszkania i ich wysokie kwalifikacje, być może powodują obniżenie kosztów wykonania zadania, jednak nie obalają wniosku, iż cena jest rażąco niska. W większości okoliczności te są również dostępne dla każdego potencjalnego wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Ustawy to na wykonawcy spoczywał ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca Multimed nie przedłożył żadnych dowodów pozwalających na zweryfikowanie okoliczności na jakie się powoływał (niskich kosztów utrzymania biura, bliskiego sąsiedztwa z inwestycją, kosztów transportu).

W oparciu o udzielone wyjaśnienia Zamawiający wystosował kolejne pismo z dnia 12.10.2016 r., w którym zwracał się o wyjaśnienie, czy w cenie został uwzględniony udział inspektorów w realizacji zamówienia do protokolarnego przekazania obiektów budowlanych użytkownikowi, złożenia kompletnej dokumentacji powykonawczej wraz z rozliczeniem środków trwałych oraz czy w kosztach uwzględniono wszystkie czynności, o których mowa w pkt 3.7 oraz 4.8 siwz oraz możliwość przedłużenia czasu sprawowania nadzoru inwestorskiego w zw. z apkt 4.6 siwz. Odpowiedź wykonawcy w piśmie z dnia 13.10.2016 r. ograniczał się do powtórzenia treści zapytania i potwierdzenia okoliczności, wskazanych w pytaniach.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia jakie wystosował wykonawca do Zamawiającego nie mogły być ocenione za wystarczające do tego, aby uznać, że cena nie jest rażąco niska. Mają one charakter ogólnikowy i lakoniczny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący odniósł się do wyliczenia wysokości wynagrodzenia należnego inspektorom przyjmując stawkę minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2016 – 2.275,50. Dla czterech inspektorów wyniesie ono przynajmniej 256.495,00 zł brutto, co przewyższa poziom wynagrodzenia ryczałtowego wskazanego w ofercie Multimed. Prowadzi to do wniosku, iż cena oferty nie uwzględnia kosztów pracy. Odwołujący kwestionuje możliwość przyjęcia jako rynkowej stawki wynagrodzenia dla inspektora przyjętej przez wykonawcę i wskazał na średnie wynagrodzenie na poziomie 7.000,00 zł. Złożona oferta została oderwana od realiów realizacji nadzoru nad obiektami kubaturowymi z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego. Czynności nadzoru zostały opisane przez Zamawiającego w pkt 3.7 siwz w 28 podpunktach. Do najbardziej pracochłonnych należą: sprawdzanie i aprobowanie pod względem zakresu rzeczowego i finansowego wystawionych przez WRB dokumentów budowy w ciągu 7 dni od otrzymania; sprawdzanie i potwierdzanie ze stanem faktycznym prowadzonej przez WRB książki (kart) obmiarów; opiniowanie zgłaszanych do WRB robót dodatkowych wraz z opracowaniem rozwiązań zamiennych umożliwiających realizację robót w sposób nie powodujący wzrostu kosztów; opracowanie wymaganych dokumentów dotyczących robót zamiennych, dodatkowych i zaniechanych, w szczególności protokołów konieczności oraz składania w tym celu niezbędnych oświadczeń i propozycji zmian projektowych wraz z uzasadnieniem; sporządzanie końcowego rozliczenia robót w tym udział w opracowaniu zestawienia kosztów budowy, sprawdzenie wykazu środków trwałych oraz uzgodnienie wykazu z jednostką przyjmującą mienie na ewidencję w terminie do dnia odbioru końcowego. Charakter tych czynności wskazuje na konieczność stałej współpracy inspektorów z innymi uczestnikami robót, ciągłej dostępności. Podważa w świetle powyższego możliwość przyjęcia, iż rzetelny będzie nadzór sprawowany przez osoby zaangażowane w tym samym czasie w inne zadania. Zdaniem Odwołującego, inspektorzy nadzoru powinni deklarować swoją dostępność przez cały czas wykonywania zadania i przy takim założeniu Odwołujący dokonywał kalkulacji wynagrodzenia.

Zamawiający na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy

nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęte zostały zaniechania Zamawiającego, które doprowadzić miały do ustalenia nieprawidłowego wyniku postępowania i wskazania jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, ze szkodą dla Odwołującego, usunięcie skutków czynności i zaniechań Zamawiającego prowadzić mogłoby do wyboru oferty Odwołującego. Obecnie jego oferta została sklasyfikowana na pozycji drugiej, co przy uwzględnieniu żądania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą pozwala przyjąć, iż ponowne czynności doprowadzić mogłyby do udzielenia zamówienia Odwołującemu. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz, protokołu postępowania, wyjaśnień Multimel z dnia 26.9.2016 r. i 13.10.2016 r. oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 06.05.2016 r. na kwotę netto 725.491,50 zł (brutto 829.354,55 zł), co odpowiadało kwocie środków finansowych przeznaczonych na wykonanie zamówienia (VII wniosku o rozpoczęcie postępowania). Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że wartość szacunkową zamówienia ustalił na poziomie 1,5% wartości robót budowlanych.

W postępowaniu złożone zostały 4 oferty z cenami brutto: oferta Multimel Sp. z o.o. (228.000,00 zł), ZBAR PHU M. P. (859.770,00 zł), Bracia S. W. S. (724.470,00 zł), Atrem S.A. (690.030,00 zł).

Zamawiający wezwał Multimel Sp. z o.o. w dniu 23.09.2016 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art 90 ust. 1 Ustawy, oczekując wraz z wyjaśnieniami załączenia dowodów. Treść wezwania nie wykraczała poza redakcję przywołanego przepisu art 90 ust. 1 Ustawy. Zamawiający nie precyzował jakich konkretnych informacji oczekuje od wykonawcy.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca w piśmie z dnia 26.09.2016 r. wymienił kilka czynników, w tym: wynegocjonowane z inspektorami korzystne wynagrodzenie,

zaangażowanie inspektorów na innych inwestycjach realizowanych u tego Zamawiającego, bliskie sąsiedztwo miejsca wykonywania usługi z miejscem zamieszkania inspektorów, wykwalifikowaną kadra pozwalającą na ograniczenie inspektorów, organizację biura i komunikację, które miały uzasadniać szczególnie sprzyjające warunki, które pozwoliły na zaoferowanie najniższej dla tego zamówienia ceny. Dodatkowo wykonawca przedstawił kalkulację kosztów wynagrodzenia dla inspektorów branży konstrukcyjno-budowlanej, drogowej, elektrycznej i sanitarnej, wyliczonych dla 24 miesięcy świadczenia usługi na kwotę 89.600,00 zł brutto. Do podstawy wyliczenia wykonawca przyjął ilość 2 dni w tygodniu obecności inspektorów na terenie budowy. Wyliczona kwota została przyjęta w oparciu o kwotę 2.800,00 zł miesięcznego wynagrodzenia brutto, pokrywającej koszty pracy. Podsumowując te wyliczenia wskazano, iż *wymagane minimalne wartości są zachowane, a nasze wynagrodzenie pozwala znacząco zwiększyć płace inspektorom, pokryć koszty dojazdu inspektorów nadzoru, niespodziewane wydatki oraz zachować zysk.*

Po zapoznaniu się z tymi wyjaśnieniami Zamawiający pismem z dnia 11 października 2016 r. ponownie w trybie art 90 ust. 1 Ustawy wezwał wykonawcę o wyjaśnienie wymienionych w dwóch punktach kwestii.

- 1. Czy w cenie oferty został uwzględniony udział inspektorów w realizacji zamówienia do dnia protokolarnego przekazania obiektów budowlanych użytkownikowi, złożenia kompletnej dokumentacji powykonawczej wraz z rozliczeniem środków trwałych powstałych w czasie realizacji zadania, zgodnie z pkt 4.3 lit. C siwz?*
- 2. Czy w kosztach oferty uwzględniono wszystkie czynności, o których mowa w pkt 3.7 siwz i 4.8 siwz oraz fakt, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy na wykonanie robót budowlanych, wydłużeniu ulegnie termin realizacji umowy na sprawowanie nadzoru inwestorskiego (bez zmiany wynagrodzenia), zgodnie z pkt 4.6 siwz.*

W odpowiedzi na to wezwanie Mulimel w piśmie z 13 października 2016 r. udzielił twierdzącej odpowiedzi na oba postawione pytania, bez dalszego ich omówienia.

W pkt 3.7 siwz Zamawiający w 28 punktach opisał zakres nadzoru inwestorskiego, m.in wskazując na czynności przywołane w odwołaniu: sprawdzanie i aprobowanie pod względem zakresu rzeczowego i finansowego wystawionych przez WRB dokumentów budowy w ciągu 7 dni od otrzymania; sprawdzanie i potwierdzanie ze stanem faktycznym prowadzonej przez WRB książki (kart) obmiarów; opiniowanie zgłaszanych do WRB robót dodatkowych wraz z opracowaniem rozwiązań zamiennych umożliwiających realizację robót w sposób nie powodujący wzrostu kosztów; opracowanie wymaganych dokumentów dotyczących robót zamiennych, dodatkowych i zaniechanych, w szczególności protokołów konieczności oraz składania w tym celu niezbędnych oświadczeń i propozycji zmian projektowych wraz z

uzasadnieniem; sporządzanie końcowego rozliczenia robót w tym udział w opracowaniu zestawienia kosztów budowy, sprawdzenie wykazu środków trwałych oraz uzgodnienie wykazu z jednostką przyjmującą mienie na ewidencję w terminie do dnia odbioru końcowego.

Oferta wybrana (Multimel) uzyskała w kryterium "cena" najwyższą ilość punktów (60) i w łącznej punktacji otrzymała 85 pkt, wyprzedzając kolejną ofertę Odwołującego o ponad 20 pkt. Decydującym zatem dla wyniku postępowania była punktacja przyznana w kryterium "cena" (jedno z trzech ustalonych dla tego zamówienia). W kryterium "ilość pobytów na budowie" oferta wybrana została oceniona najniżej i otrzymała 15 pkt na 30 możliwych. W trzecim kryterium "niezmienność" wszystkie oferty uzyskały identyczną ilość punktów.

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca Multimel załączył wykaz osób funkcyjnych, zawierający 5 pozycji. Dla czterech, spośród pięciu zakresów czynności (branż), wykonawca zaproponował dwie osoby mające przejąć na siebie obowiązki opisane, jako samodzielne w czterech pozycjach, tj. dla inspektora branży konstrukcyjno-budowlanej i branży drogowej oraz inspektora branży elektrycznej i telekomunikacyjnej. Łącznie w wykazie wskazane zostały 3 osoby, które będą wykonywać obowiązki przewidziane dla pięciu inspektorów nadzoru w branżach: konstrukcyjno-budowlana, drogowa (ta sama osoba dla obu branż), sanitarna (1 osoba), elektryczna, telekomunikacyjna (ta sama osoba dla obu branż).

W formularzu oferty Multimel oświadczył, iż ilość pobytów na budowie wyniesie *2 pobyt(y) w tygodniu na budowie*.

Na rozprawie pełnomocnik Multimel przekonywał, iż przyjęte do kalkulacji ceny założenia, związane z udziałem inspektorów na budowie w wymiarze 2 dni w tygodniu, potwierdzać miały, iż cena została skalkulowana z uwzględnieniem rzeczywistego zaangażowania personelu w wykonanie przyjętych obowiązków. Jego zdaniem nie ma uzasadnienia dla przyjęcia jako miernika prawidłowej wyceny prac, wskaźnika stawek przyjętych w środowiskowych zasadach wyceny (1,5%-2,5%), czy też Secocenbud (2,5%). Potwierdził, iż w cenie uwzględniono koszty osobowe wskazane w wyjaśnieniach z 26.9.2016 r. wyliczone w oparciu o stawkę miesięcznego wynagrodzenia – 2.800,00 zł. dla jednego inspektora. Ponadto, uzasadniał możliwość obniżenia kosztów wykonania usługi przy objęciu dwóch funkcji przez jedną osobę, jak przewidywał to we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wyceniając ofertę wykonawca kierował się dotychczasowym doświadczeniem we współpracy z Zamawiającym, na rzecz którego obecnie świadczy jeszcze 6 innych usług, w tym również na terenie lotniska wojskowego w Dęblinie. Usługi te są realizowane w takim samym składzie osobowym, co zadeklarowany we wniosku.

Odwołujący wskazał na stosowane dla wyliczenia ceny usługi nadzoru inwestorskiego wskaźniki, wynikające ze środowiskowych zasad wyceny (1,5% - 2,5%) oraz stawek secocenbud (1,8%-3,2%), odnoszone do wartości robót budowlanych. Obecnie w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych zostały złożone Zamawiającemu oferty z przedziałem ceny od 73 635 749,33 zł do 82.359.214,01 zł. brutto (postępowanie o sygn. 12/U/2016 - nie zostało jeszcze rozstrzygnięte).

Zamawiający oceniając ofertę wybraną miał na uwadze również ceny z innych postępowań na pełnienie nadzoru inwestorskiego oferowane przez tego wykonawcę. Dotyczy to między innymi usługi nadzoru nad inwestycjami realizowanymi na terenie lotniska wojskowego w Dęblinie, dotyczącymi: budowy systemu oświetleniowego, modernizacji dróg na lotnisku, które realizował Multimed za cenę na porównywalnym poziomie. Wyjaśnienia wykonawcy z 26.09.2016 r. oraz 13.10.2016 r. ocenił jako przekonujące i wystarczające, mając również na uwadze dotychczasową współpracę z tym wykonawcą.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, iż nie mogło być skutecznym dla wykazania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy stwierdzenie Odwołującego, iż sam poziom różnicy w cenie oferty Multimed uzasadniał uznanie jej za rażąco niską. Należy zauważyć, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ocena, czy cena nie jest rażąco niska nie może być uzasadniona jedynie wyliczeniem arytmetycznym. Stąd ustawodawca krajowy przewidział potrzebę umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień w celu wykazania przed Zamawiającym, iż cena nie jest rażąco niska. Nie można zatem automatycznie dyskwalifikować oferty bez zapoznania się z wyjaśnieniami i dowodami, jakie na ich poparcie może złożyć wykonawca. Jednocześnie na wykonawcy wezwanym spoczywa ciężar wykazania w drodze wyjaśnień, iż nie zachodzi podstawa do odrzucenia jego oferty. Odwołując się w tym zakresie do stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie warto je przywołać i wskazać, iż *celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie poprawności kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze (np. poprzez złożenie szczegółowych wyliczeń i wyjaśnień). Przykład nie może polegać na wskazaniu niskich cen, ale na wyjaśnieniu dlaczego ten konkretny wykonawca ma możliwość zaoferowania właśnie takich cen. Istotne jest aby wykonawca wykazał, że właśnie dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym te akurat*

czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny. Zwłaszcza wobec jednoznacznego żądania zamawiającego, skarżący powinien swoimi wyjaśnieniami i dołączonymi dowodami dowieść, że zaoferowane przez niego ceny materiałów są rynkowe i realne, podobnie oferty podwykonawców.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny wynikający ze złożonych przez Multimed wyjaśnień Izba uznała, iż zasadniczo decydującą o zapadłym rozstrzygnięciu była ocena wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w toku badania oferty Multimed w pismach z 26.9.2016 r. i 13.10.2016 r. Odnosząc się do pierwszego z pism Izba uznała, iż wyjaśnienia w części w jakiej odnosiły się do ogólnych założeń mających identyfikować sprzyjające temu wykonawcy uwarunkowania, nie mogły być uznane za konkretne i identyfikujące rzeczywistą sytuację pozwalającą na obniżenie kosztów na poziomie uzasadniającym tak znaczącą różnicę ceny do wartości zamówienia oraz cen innych ofert. Przywołane przez wykonawcę okoliczności dotyczące dostępnej kadry wysokiej klasy specjalistów w żaden sposób nie różnicuje sytuacji wykonawców w tym postępowaniu, gdyż każdy z nich musiał zapewnić udział inspektorów nadzoru w wymaganej branży z uprawnieniami, bez których nie byłoby możliwym wykonanie przedmiotu świadczenia. Kwestia uzgodnionego korzystnego poziomu wynagrodzenia nie została w żaden sposób wykazana, np., przez przedstawienie stosownego dokumentu (np. umowy o współpracy, zlecenia, chociażby na rzecz innych zamówień realizowanych z udziałem tych samych osób przy innych zamówieniach obecnie realizowanych na rzecz Zamawiającego). Pozostałe okoliczności budziły natomiast wątpliwości, co do możliwości ich wpływu na obniżenie kosztów po stronie wykonawcy. Przede wszystkim nie można przyjąć, iż przyjęcie dwóch funkcji przez jedną osobę powoduje obniżenie wynagrodzenia, w szczególności do poziomu wskazanego w wyjaśnieniach, tj. 2.800,00 zł dla jednego inspektora nadzoru. Wręcz przeciwnie, doświadczenie życiowe pozwala przyjąć, iż większy zakres obowiązków oznacza większe wynagrodzenie dla inspektora nadzoru. Wyjaśnienia wykonawcy w ogóle nie uwzględniały różnicy poziomu wynagrodzenia przyjętego dla kalkulacji kosztów, chociaż dwóch spośród trzech inspektorów wskazanych w ofercie ma mieć większy zakres obowiązków. Powyższe zatem nie pozwala przyjąć, że kalkulacja wykonawcy była rzetelna. Ponadto, Izba nie znalazła wytłumaczenia dlaczego w kalkulacji przyjęto wycenę kosztów dla czterech osób (22.400,00 – wycena kosztów wynagrodzenia dla jednego inspektora, a dla czterech 89.600,00 zł brutto), skoro we wniosku wskazane zostały trzy osoby dla pięciu funkcji przypisanych dla inspektorów nadzoru w danej branży. Niejasność ta obciąża zatem wykonawcę pozbawiając wiarygodności złożonych wyjaśnień. Również kwestia związana z obecnym zaangażowaniem zespołu w składzie wskazanym we wniosku w inne

inwestycje obecnie realizowane na rzecz Zamawiającego (sześć) stwarza wątpliwość, czy osoby te rzeczywiście będą w stanie rzetelnie wykonywać nowe obowiązki przy robotach budowlanych, które jak wyliczył Odwołujący, mogą powodować konieczność odebrania w każdym miesiącu robót budowlanych na kwotę 3 mln zł.

Zasadniczo zatem wyjaśnienia nie miały żadnej wartości poznawczej tak dla Zamawiającego, jaki i innych wykonawców i obecnie również dla Izby. Sam Zamawiający odwoływał się do znajomości wykonawcy, z którym współpracuje przy innych zamówieniach realizowanych na jego rzecz, dla potwierdzenia właściwej kalkulacji kosztów prac przez tego wykonawcę. Ponadto Izba uznała, iż szczegółowa część wyjaśnień wskazująca na sposób kalkulacji kosztów wynagrodzenia inspektorów nadzoru, również nie była przekonująca. Przede wszystkim Izba stwierdziła, iż wyliczenie kosztów oparte na zaangażowaniu inspektorów wynikające z zadeklarowanego czasu pobytu na placu budowy w wymiarze 2 dni w tygodniu, nie uwzględniało rzeczywistego zaangażowania w wykonanie obowiązków opisanych w pkt 3.7 siwz. Sam Multimel przyznał, iż całość zadań jakie spoczywać będzie na inspektorach nadzoru nie będzie mogła być wykonywana jedynie w godzinach przewidzianych do pobytu na placu budowy (16 godzin w tygodniu). Wynika to przede wszystkim z charakteru prac, w części związanych z analizą dokumentacji, przygotowaniem dokumentów i sprawozdań, które wymagają ich wcześniejszego opracowania i przedłożenia Zamawiającemu. Kwestia związana zatem z czynnościami wykonywanymi na terenie robót, nie rozstrzyga o tym, że koszty osobowe jakie ponosić będzie wykonawca, ograniczać się będą wyłącznie do wynagrodzenia za prace wykonane w wymiarze 2 dni w tygodniu. Na takim natomiast założeniu oparł swoje wyjaśnienia wykonawca i następnie prezentował swoje stanowisko na rozprawie. Również doświadczenie życiowe pozwala przyjąć, iż obowiązki inspektora nadzoru wymagają stałego jego zaangażowania w proces budowlany, który zostaje narzucony terminami wykonywania robót budowlanych. Ponadto Izba uznała, iż samo wyliczenie minimalnego poziomu kosztów pracowniczych, pomimo błędnego założenia omówionego powyżej, nie pozwalało ustalić jaki rzeczywisty poziom kosztów przyjął wykonawca przy kalkulacji kosztów. W ocenie Izby, wykonawca jedynie ograniczył się do wyliczenia kosztów, tak aby zadość uczynić wezwaniu i wykazać, iż uwzględnił minimalny poziom wynagrodzenia za pracę, a nie po to by wyjaśnić rzeczywiste założenia jakimi kierował się przy ustalaniu ceny oferty. Stąd wyjaśnienia nie służyły wykazaniu przed Zamawiającym, iż cena uwzględnia całość kosztów. Samo odwołanie się w jednym zdaniu do różnicy jaka wynikała z obliczeń a ceny, która pozwalać miałyby na pokrycie dodatkowych kosztów, w tym podniesienie wynagrodzenia dla inspektorów, stwarza jedynie wrażenie braku rzetelnej analizy, która skłania do przyjęcia, że wyliczenie ceny nie było poprzedzone rzetelną analizą kosztów, a przez to wykonawca nie potrafił na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu w sposób

przekonujący wykazać, iż cena pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, z uwzględnieniem zakresu robót budowlanych. Wskazuje na to również stanowisko Przystępującego, który wykazywał, iż zakres obowiązków inspektorów nadzoru nie jest zależny od zakresu prac budowlanych. Miało to uzasadniać przyjęcie poziomu wynagrodzenia inspektorów na porównywalnym z innymi nadzorami wykonywanymi na rzecz Zamawiającego przy rodzajowo różnych zakresach robót budowlanych. Izby nie przekonały te argumenty Odwołującego, którym przeczą zasady doświadczenia życiowego. Przede wszystkim należy zauważyć, iż trudnym do zaakceptowania byłby argument Odwołującego w sytuacji kiedy zakres robót jest różny, co przekłada się na zakres robót jakie musi nadzorować inspektor nadzoru. Stąd przyjmuje się w praktyce ustalanie poziomu wynagrodzenia w odniesieniu do zakresu robót budowlanych. Tak uczynił również Zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia, jak pozostali wykonawcy, przyjmując wskaźnik przyjęty w środowiskowych zasadach wyceny. Dodatkowa, okoliczność wskazana dopiero na rozprawie, czyniła wyjaśnienia niewiarygodnymi. Dotyczy to faktu obecnego stanu zaangażowania personelu wskazanego w wykazie osób przy innych zamówieniach, co może stwarzać zagrożenie dla prawidłowej realizacji robót. Argument ten przywołany dopiero na rozprawie nie wpływa zasadniczo na negatywną ocenę wyjaśnień, ale dodatkowo czyni stwierdzenie o braku rzetelności wykonawcy, zasadnym.

Chociaż ustawa nie wskazuje kiedy należy uznać cenę za rażąco niską, to ustalony w niej próg 30% aktualizujący obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień oznacza, że powodować on powinien wątpliwości co do przyjętej kalkulacji ceny oferty. W niniejszym postępowaniu, w którym zasadniczym elementem cenotwórczym są koszty osobowe, wyjaśnienia jakich należało oczekiwać od wykonawcy powinny umożliwić stwierdzenie przez Zamawiającego, że uwzględniono wszystkie istotne czynniki mogące mieć znaczenie dla ustalenia, że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający w momencie wezwania nie miał bowiem żadnej dodatkowej wiedzy, co do założeń wykonawcy, które mogłyby stanowić źródło niepokoju co do efektu końcowego prac świadczonych według przyjętej stawki. Wykonawca zatem powinien dolożyć staranności oczekiwanej od profesjonalisty i w sposób czytelny wykazać rzetelność kalkulacji ceny ofertowej, umożliwiającej należyte wykonanie usługi. Wyjaśnienia, które nie obejmują całości kosztów wykonawcy, nie mogą być uznane za prawidłowe. Przedmiotowe wyjaśnienia z 26.9.2016 r. były natomiast wybiórczymi i obejmowały część kosztów, które miałyby pokrywać wynagrodzenie obliczone dla stawki 2.800,00 zł brutto miesięcznie. Wyjaśnienia w żaden sposób nie odnosiły się do dalszych kosztów, co było równoznaczne z brakiem wyjaśnień. Za Sądem Okręgowym w Warszawie Izba przyjęła, iż konsekwencje braku udowodnienia, iż cena nie jest rażąco niska obciążają wykonawcę. Zgodnie z wyrokiem z 30.7.2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), *skoro wykonawca nie udowodnił, iż cena nie jest*

rażąco niska, to jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Nie było podstaw do dalszego wzywania o wyjaśnienia, a wykonawca ponosi negatywne konsekwencje (jako profesjonalista) złożonych niedostatecznych wyjaśnień.

Również dodatkowe wyjaśnienia wykonawcy sprowadzające się wyłącznie do potwierdzenia okoliczności, poruszonych w dwóch pytaniach przez Zamawiającego, nie niosły żadnej dodatkowej informacji, pozwalającej ocenić oświadczenie za wiarygodne w świetle wcześniejszych lakonicznych wyjaśnień.

Konsekwencją powyższych ustaleń i wywodów było uznanie przez Izbę, iż Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy odrzucić ofertę Multimel, co czyniło odwołanie zasadnym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: