

WYROK

z dnia 19 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Barbara Bettman**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUD - INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D, lok. 111, 02 - 055 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Termy Maltańskie Sp. z o.o., ul. św. Marcina 58/64, 61 - 807 Poznań** protestu z dnia **7 maja 2009 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **Konsorcjum firm w składzie: Scott Wilson Sp. z o.o. (lider), Scott Wilson Ltd., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. z siedzibą lidera konsorcjum przy ul. Chłapowskiego 29, 60 - 965 Poznań**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża **Termy Maltańskie Sp. z o.o., ul. św. Marcina 58/64, 61 - 807 Poznań**

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 uiszczonego przez **BUD - INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D, lok. 111, 02 - 055 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 173 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) przez **Termy Maltańskie Sp. z o.o., ul. św. Marcina 58/64, 61 - 807 Poznań** na rzecz **BUD - INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D, lok. 111, 02 - 055 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **BUD - INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D, lok. 111, 02 - 055 Warszawa.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, w tym świadczenie usługi wielobranżowego nadzoru inwestorskiego wraz ze sprawdzeniem i weryfikacją dokumentacji projektowo - kosztorysowej dla inwestycji: "Realizacja inwestycji polegającej na zaprojektowaniu, uzyskaniu pozwolenia na budowę na rzecz zamawiającego i wybudowaniu kompleksu sportowo - rekreacyjnego "Termy Maltańskie" w rejonie ulic Warszawskiej i Krańcowej oraz Jeziora Maltańskiego w Poznaniu”, prowadzonym przez Termy Maltańskie Sp. z o.o., zwane dalej zamawiającym, wykonawca BUD - INVENT Sp. z o.o., zwany dalej BUD - INVENT złożył protest na:

1. czynność badania i oceny ofert,
2. czynność odrzucenia złożonej przez INVENT - BUD oferty,
3. zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum w składzie: Scott Wilson Sp. z o.o. (lider), Scott Wilson Ltd., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych

Sp. z o.o., zwanego dalej konsorcjum lub konsorcjum Scott - Wilson,

4. czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5, art. 90 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz żądając:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. odstąpienia od odrzucenia złożonej przez INVENT - BUD oferty,
3. wykluczenie z postępowania konsorcjum,
4. odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum,
5. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
6. dokonanie wyboru oferty złożonej przez INVENT - BUD.

W uzasadnieniu protestu INVENT - BUD powołał się na orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 oraz wyroki KIO o sygn. akt KIO/UZP 765/08, KIO/UZP 1511/08, KIO/UZP 1441/07.

W ocenie BUD - INVENT w złożonych wyjaśnieniach, niezależnie od załączonej "Szacunkowej wyceny usługi", podał szereg czynników o charakterze obiektywnym, które m. in. umożliwiły mu zaoferowanie takiej, a nie innej ceny:

1. bliskość miejsca zamieszkania członków kadry inżynierskiej (czynnik obiektywnie zmniejszający koszty związane z dojazdami, zarówno bezpośrednio, jak ceny biletów lub benzyny, jak i pośrednie ("miękkie"), jak zmęczenie dojazdami wpływające ujemnie na wydajność, czy ryzyko zachorowań i związanej z nimi absencji),
2. stosunkowo spory udział w rynku połączony z dużym portfelem zamówień, powodujący zjawisko znane w ekonomii, jako „korzyści skali”, polegające na czerpaniu korzyści płynących z produkcji masowej (masowego świadczenia usług), które charakteryzują się malejącym przeciętnym kosztem jednostkowym, a za ich źródło uważa się m.in. większą specjalizację pracowników, wiążącą się ze zwiększoną wydajnością, wykorzystanie specjalistycznych technik zarządzania, malejące przeciętne koszty całkowite (rozkładają się na zwiększoną skalę działalności) - mniejsze przeciętne wydatki na energię elektryczną, transport, utrzymanie biura,
3. stabilna, ugruntowana pozycja na rynku, powodującą małą wrażliwość, czy wręcz niewrażliwość na wahania koniunkturalne w gospodarce (nie podwyższanie cen świadczonych usług w związku z aktualnym kryzysem),
4. wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia oraz w prawidłowej kalkulacji ich cen (zmniejszone ryzyko popełnienia błędu podczas kalkulacji ceny),
5. niewrażliwość na potencjalne zbyt wygórowane żądania zatrudnionych osób w związku

z dysponowaniem szeroką i wciąż poszerzaną kadrami.

W ocenie BUD - INVENT zamawiający z niezrozumiałych powodów nie wziął wzmiankowanych czynników pod uwagę, pomimo, iż są to czynniki obiektywne, a złożona "Szacunkowa wycena usługi", zawiera wszystkie czynności, do których zobowiązani są wykonawcy, w ramach realizacji przedmiotu zamówienia (wszystkie elementy opisane w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ), bowiem:

1. przedmiot zamówienia będzie zrealizowany nie przez przypadkowe osoby, ale właśnie przez osoby, które będą pełnić wskazane w "Szacunkowej wycenie usługi" funkcje, tj. przez Lidera Zespołu - Koordynatora, inspektorów nadzoru, kosztorysanta, projektantów, zaś osoby te wykonają przedmiot zamówienia w zamian za określone wynagrodzenie, którego wysokość została uwzględniona podczas kalkulacji ceny,
2. w "Szacunkowej wycenie usługi" ujęto m. in. pozycję „koszty ogólne”, która zawiera koszty nie ujęte w innych pozycjach,
3. „Szacunkowa wycena usługi”, zgodnie z nazwą nie ma charakteru do końca ścisłego i jednoznacznego, stąd w pozycjach dotyczących wynagrodzenia poszczególnych osób zaangażowanych w realizację usługi dokonano pewnego (niedużego) przeszacowania, z którego będzie można pokryć koszty nieprzewidziane w momencie wyceny lub wzrost kosztów przewidywanych.

Powołał się na orzeczenia KIO o sygn. akt. KIO/UZP 1453/07, KIO/UZP 765/08, KIO/UZP 123/08.

BUD - INVENT podniósł, że zamawiający nie kwestionuje, iż w jego ofercie, w ramach wyjaśnień, został ujęty zysk, jedynie, że brak jest „należytego zysku wykonawcy”, zwracając uwagę, że zysk należy odnieść do czyichś nieobiektywnych ocen, co samo w sobie czyni argument zamawiającego niezasadnym oraz, że brak jest jakichkolwiek podstaw do łączenia pojęcia "należytego zysku wykonawcy" z pojęciem "rażąco niskiej ceny w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, iż złożone przez BUD - INVENT wyjaśnienia kłócą się z definicją zamówienia publicznego jako płatnej umowy podniósł, że przez "odpłatność umowy", rozumie się jedynie okoliczność, iż za wykonanie zamówienia publicznego wykonawcy przysługuje wynagrodzenie, czy też innymi słowami, istnienie stosunku zobowiązaniowego, który wynika z umowy zawartej pomiędzy wykonawcą usług, dostaw czy robót budowlanych, a zamawiającym, który za wykonanie przedmiotu zamówienia zapłaci. Zauważył, iż ani definicja ustawowa (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp), ani sposób jej rozumienia prezentowany w doktrynie nie uzależnia istnienie zamówienia publicznego od wynagrodzenia o określonych cechach (np. należytego wynagrodzenia), czy też o określonej wysokości - o zamówieniu publicznym można mówić w przypadku samego istnienia wynagrodzenia. Wskazał, że w przedmiotowym przypadku nie zaoferował

wykonania przedmiotu zamówienia bez wynagrodzenia, nie sposób zatem przyjmować, że BUD – INVENT zaoferował świadczenie nieodpłatne.

Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 1441/07) zgodnie, z którym za ofertę z rażąco niską ceną, należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Oceniał, że jego cena nie odbiega jednak od cen rynkowych tego rodzaju usług dotyczących zadań o stopniu złożoności odpowiadającym stopniowi złożoności przedmiotowego zamówienia.

Przykładowo podał umowy, jakie zawarł z innymi zamawiającymi dotyczące:

1. wykonywania usług Inżyniera Kontraktu w zadaniu pn. "Zaprojektowanie i wybudowanie kompleksu basenowego z wykorzystaniem źródeł termalnych w Mszczonowie" (umowa z dnia 8 września 2006 r.; cena usługi: 574 762,52 zł, podwyższona aneksem z dnia 12 lutego 2007 r. do kwoty 688 411,11 zł brutto),
2. wykonywania usług Inżyniera Kontraktu na zadaniu pn. "Rozbudowa kompleksu sportowo - rekreacyjnego w Żyrardowie - II etap" (umowa z dnia 31 maja 2007 r.; cena usługi: 481 900,00 zł brutto),
3. pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu dla zadania pn. "Zagospodarowanie turystyczne nabrzeży lokalnych akwenu w Łławie - Etap II Budowa Centrum Turystyczno - Rekreacyjnego w Łławie" (umowa z dnia 12 lutego 2009 r.; cena usługi: 427 000,00 zł brutto).

Odnosząc się do zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum, BUD - INVENT podniósł, że konsorcjum wykazało wykonanie dwóch usług, jednakże w obu przypadkach nie zostało udowodnione, ani w złożonym "Wykazie wykonanych usług odpowiadających swoim rodzajem wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia", ani w dokumentach złożonych w celu potwierdzenia należytego wykonania usług, iż zakres usług obejmował pełnienie pełnobrańowego nadzoru inwestorskiego, a jednocześnie, w przypadku usługi świadczonej na rzecz Agencji Heath Estates Szpital Victoria, nie zostało wykazane, że zakres usługi obejmował pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu (wskazano, iż chodziło o projektowanie, koordynację, nadzór budowlany, usługi konsultingowe).

Nadto zarzucił, że konsorcjum złożyło w przedmiotowym postępowaniu, jako wadium, gwarancję bankową (wadialną) nr 82/2009, w której jako beneficjent figurują jedynie "Termy Maltańskie" Sp. z o.o., tymczasem, zgodnie z zapisami SIWZ (rozdział 1. "Nazwa i adres zamawiającego"), zamawiającym, w przedmiotowym postępowaniu są nie tylko "Termy Maltańskie" Sp. z o.o., ale również Miasto Poznań, co oznacza, że określenie beneficjenta tej gwarancji jest niezgodne z SIWZ.

Zgodził się, że wprawdzie zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie

i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, tym niemniej należy odróżnić nabycie praw przez tylko jednego z zamawiających od nabycia praw przez większą liczbę zamawiających działających wspólnie. W przedmiotowym przypadku rola Spółki "Termy Maltańskie" polega na działaniu jako jeden z zamawiających występujących wspólnie - wzmiankowana spółka działa zarówno w imieniu własnym i na swoją rzecz, jak i w imieniu i na rzecz miasta Poznań. Na skutek błędnego zapisu, działający wspólnie zamawiający nie mogą jednak zaspokoić swych potencjalnych roszczeń ze złożonej gwarancji, co należy uznać za równoznaczne z brakiem skutecznego zabezpieczenia oferty poprzez wniesienie wadium.

Odnosząc się do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp BUD - INVENT wskazał, że polegało ono w szczególności na bezpodstawnym odrzuceniu oferty BUD - INVENT i zaniechaniu wykluczenia konsorcjum.

Wykazując swój interes prawny wskazał, iż w przypadku nie odrzucenia złożonej przez niego oferty, to właśnie złożona przez niego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a w rezultacie przedmiotowe zamówienie zostałoby mu udzielone. Ponadto w przypadku wykluczenia z postępowania konsorcjum brałby udział w prawidłowo prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co również mieści się w zakresie pojęcia „interes prawny w uzyskaniu zamówienia”.

Zamawiający protest oddalił wskazując, iż protestujący BUD - INVENT nie przedstawił jakiegokolwiek obiektywnego dowodu na potwierdzenie swoich twierdzeń i broni się spekulatywnymi twierdzeniami o domniemaniu przeszacowania w pewnych "pozycjach", z których będzie można pokryć elementy niewycenione i uznając takowe stwierdzenia za niewiarygodne, tak samo jak nie przekonują go wyjaśnienia o tym, że BUD - INVENT jest niepodatny na kryzys światowy, czy w końcu, że rażąco niska cena wynika z podręcznikowego przykładu o "korzyści skali". Wyjaśnienia odnośnie tego zarzutu implementują tylko subiektywne wyobrażenia BUD - INVENT, które pozostają w opozycji do wytycznych z art. 90 ustawy Pzp.

Oдноśnie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum, zamawiający wskazał, iż kwestionowana usługa obejmuje bardzo szeroki zakres działań, które zdaniem zamawiającego odpowiada zakresowi, jaki zamawiający przypisuje Inżynierowi Kontraktu.

Odnosząc się do zarzutu nie wniesienia wadium przez konsorcjum zamawiający wskazał, że Termy Maltańskie Sp. z o.o. występuje jako pełnomocnik pozostałych zamawiających i prowadzi postępowanie na podstawie upoważnienia udzielonego w umowie o współpracy z dnia 11 kwietnia 2008 r. Tym samym ich występowanie w gwarancjach

wadialnych jako beneficjent, jest naturalną konsekwencją powyższego faktu i jest prawidłowe.

W odwołaniu BUD - INVENT podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że

1. Zamawiający nie wziął pod uwagę poziomu aktualnych cen rynkowych usług identycznych i podobnych do usług stanowiących przedmiot zamówienia. Zaoferowana przez BUD - INVENT cena nie odbiega bowiem od kwot, za jakie zwykle oferuje świadczenie usług dotyczących zadań inwestycyjnych o podobnej lub porównywalnej wartości, a zarazem o podobnym lub porównywalnym stopniu złożoności.
2. Działania i czynności zamawiającego nie powinny opierać się na subiektywnych odczuciach, w tym ocenie, w jakim stopniu dany argument może być uznany za przekonujący; zamawiający winien bowiem brać pod uwagę czynniki obiektywne, mające znaczenie dla ustalenia i oceny stanu faktycznego. Przyczyna niepodatności na kryzys światowy tkwi, w przypadku BUD - INVENT, w ugruntowanej pozycji na rynku, przedmiocie prowadzonej działalności gospodarczej i profesjonalnym zarządzaniu. Z kolei, "korzyści skali" stanowią zagadnienie "podręcznikowe", czyli jest to zjawisko znane i uznane za istniejące przez osoby posiadające wykształcenie ekonomiczne.
3. To na zamawiającym spoczywa ciężar przeprowadzenia dowodu na spełnienie przesłanek odrzucenia oferty, który w przedmiotowym przypadku nie został przeprowadzony. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., Sygn. akt XIX Ga 3/07 zgodnie, z którym o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (przykładem może być oferowanie usług za symboliczną kwotę). W przedmiotowym przypadku zamawiający nie wykazał wzmiankowanej "oczywistości", choćby z uwagi na to, że kierował się, jak wynika z treści rozstrzygnięcia protestu, własnymi przekonaniem, a nie obiektywnymi faktami. Powołał się nadto na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 185/09).
4. Wyjaśnił, że oszczędność metody wykonania zamówienia wyraża się w bliskości miejsca zamieszkania kadry inżynierskiej, czy w wzmiankowanych już "korzyściach skali", zaś wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy wyrażają się w niewrażliwości na wahania koniunkturalne w gospodarce, czy w dysponowaniu szeroką i wciąż poszerzaną kadrami.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum wskazał, że zamawiający nie określił w postanowieniach SIWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu, jaki zakres działań przypisuje Inżynierowi Kontraktu, postanowienia specyfikacji w obecnym stadium postępowania nie mogą ulec zmianie i mają charakter

wiążący tak dla wykonawców, jak i dla zamawiającego, co oznacza, że zamawiający nie może opierać się na swoich subiektywnych odczuciach opartych na nieprecyzyjnych spostrzeżeniach (kwestia, jaki zakres działań jest, a jaki nie jest "szeroki" ma charakter całkowicie subiektywny). Warunek udziału w postępowaniu dotyczył pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, w tym świadczenia usługi pełnobrańowego nadzoru inwestorskiego (tj. nadzoru inwestorskiego obejmującego wszystkie branże), nie zaś jakiegokolwiek nadzoru inwestorskiego, zaś konsorcjum nie wykazało, iż wykonywany nadzór budowlany był "pełnobrańowy". Nadto wskazał, że pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu obejmuje nie tylko koordynację, czy usługi konsultingowe, lecz także czynności z zakresu rozliczania wykonawcy robót budowlanych czy zarządzania kontraktem. Z treści złożonego przez konsorcjum Wykazu wykonanych usług nie wynika, jaki był zakres koordynacji, w przypadku usługi świadczonej na rzecz Agencji Heath Estates Szpital Victoria. Koordynacja mogła zatem dotyczyć np. tylko projektowania.

Odnosząc się do zarzutu nie wniesienia wadium przez konsorcjum podniósł, że zamawiający zdaje się nie dostrzegać, iż pełnomocnik, jako podmiot prawa, może działać zarówno we własnym imieniu i na własną rzecz, jak i w imieniu na rzecz mocodawcy. W konsekwencji składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu składa ją w istocie dwóm zamawiającym, z których jeden działa zarówno w imieniu własnym i na własną rzecz, jak i w imieniu i na rzecz drugiego zamawiającego. Analogicznie w gwarancji wadialnej, chociaż przekazywanej tylko jednemu z zamawiających (Termy Maltańskie Sp. z o.o.), winni jako beneficjenci być wskazani wszyscy zamawiający. W przeciwnym przypadku, po pierwsze - z formalnego punktu widzenia interesy Miasta Poznań nie są zabezpieczone, po drugie - wystawca gwarancji może uchylić się od dokonania wypłaty z tytułu gwarancji, gdyż jej treść nie odpowiada istotnym cechom, jakie ma prowadzone postępowanie (różnice podmiotowe po stronie zamawiającego) oraz o wypłatę może ubiegać się tylko jeden podmiot tj. Termy Maltańskie Sp. z o.o.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. ogłoszenia o zamówieniu (Dz. U. UE 2009/S 33-048509 z dnia 18.02.2009 r.), Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych" (druk ZP - 1 wraz z załącznikami), sporządzonego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Protokołu szacowania wartości zamówienia, SIWZ, Informacji o pytaniach (pismo zawierające odpowiedzi zamawiającego na zapytania wykonawców, które wpłynęły do zamawiającego w dniu 10.03.2009 r. i 11.03.2009 r. oraz pism z dnia 20.03.2009 r. i 26.03.2009 r.), pism zamawiającego z dnia 02.04.2009 r., wzywających konsorcjum Aqua - Inwest, konsorcjum Scott - Wilson oraz BUD - INVENT do udzielenia wyjaśnień

w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień tych wykonawców zawartych w pismach odpowiednio z dnia 07.04.2009 r, 08.04.2009 r. i 08.04.2009 r., pism informujących wykonawców o wynikach postępowania z dnia 29.04.2009 r., a także stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach do postępowania protestacyjnego i odwoławczego, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnośnie interesu prawnego odwołującego.

Wg druku ZP- 12, stanowiącego Załącznik do Protokołu postępowania ZP - 1 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono 10 ofert z następującymi cenami (narastająco, bez uwzględnienia numerów ofert):

1. konsorcjum Aqua - Inwest - 1 182 912,00 zł,
2. Bud - Invent (odwołujący) - 1 482 300,00 zł,
3. konsorcjum Scott Wilson - 2 928 000,00 zł,
4. konsorcjum Iosis - 3 422 100,00 zł,
5. konsorcjum Grontmij - 3 618 520,00 zł,
6. konsorcjum Tebodin - 3 983 518,38 zł,
7. Miastprojekt - 4 732 258,00 zł,
8. konsorcjum PM Group - 5 071 300,88 zł,
9. konsorcjum Ekocentrum - 5 800 000,00 zł,
10. konsorcjum Ove & Arup - 7 381 000,00 zł.

Cena, zgodnie z pkt. 13 SIWZ, jest jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu. Ofertę złożoną przez konsorcjum Scott Wilson zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, konsorcjum Iosis zamawiający wykluczył, zaś oferty złożone przez odwołującego oraz konsorcjum Aqua - Inwest zamawiający odrzucił z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej. BUD - INWENT złożył protest, a następnie odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty, natomiast ani konsorcjum Aqua - Inwest, ani konsorcjum Iosis protestu na czynności zamawiającego, eliminujące ich z udziału w postępowaniu nie złożyło. Dodatkowo protest i odwołanie na zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia BUD - INWENT, a także odrzucenia jego oferty w następstwie innych jeszcze powodów niż wskazany przez zamawiającego (innych niż rażąco niska cena) wniosło konsorcjum Grontmij. Odwołujący w złożonym przez siebie proteście i odwołaniu kwestionował decyzję zamawiającego o nie wykluczeniu konsorcjum Scott - Wilson z udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że podmioty korzystające ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w dziale VI ustawy Pzp muszą legitymować się interesem prawnym na każdym etapie korzystania z tych środków - tak na etapie protestu, odwołania, jak i ewentualnie skargi.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej konieczne jest wykazanie przez wykonawcę uszczerbku - rzeczywistego lub potencjalnego - w jego interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, który to uszczerbek powstał na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W świetle przywołanego przepisu dla skuteczności złożenia odwołania istotne jest wystąpienie kumulatywnie trzech przesłanek:

1. uszczerbku w interesie prawnym, związanym z uzyskaniem danego zamówienia,
2. naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp,
3. związku przyczynowego pomiędzy konkretnym naruszeniem, a powstaniem, bądź możliwością powstania uszczerbku w interesie prawnym wnoszącego środek ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, znajdujący odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, zgodnie z którym interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny przedmiotowego postępowania oraz sposób definiowania pojęcia interes prawny, skład orzekający Izby ustalił brak legitymacji BUD - INVENT do wnoszenia środków ochrony prawnej w zakresie zarzutów odnoszących się do konsorcjum Scott Wilson, ponieważ BUD - INVENT złożył ofertę z ceną niższą niż cena w ofercie konsorcjum Scott Wilson, co oznacza, że skuteczna obrona własnej oferty dawałaby BUD - INVENT szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego bez względu na status oferty konsorcjum Scott Wilson w tym postępowaniu.

Ze względu na fakt, że interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, to stwierdzenie braku interesu prawnego po stronie BUD - INVENT w zakresie wniesienia obu środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, obliguje skład orzekający Izby do pozostawienia zarzutów wobec konsorcjum Scott Wilson bez ich merytorycznego rozpoznania.

Skład orzekający Izby ustalił natomiast istnienie interesu prawnego do wniesienia przez BUD - INVENT zarówno protestu jak i odwołania w zakresie podstaw odrzucenia złożonej przez niego oferty, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego odrzucenia przez zamawiającego oferty tego wykonawcy, w sytuacji wycofania odwołania przez

konsorcjum Grontmij (sprawa o sygn. akt KIO/UZP 733/09), oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Oдноśnie szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (Dz. U. UE 2009/S 33-048509 z dnia 18.02. 2009 r.) w sekcji II.2.1) „Całkowita wielkość lub zakres” podał szacunkową wartość bez VAT: „między 4 500 000,00 a 5 000 000,00 PLN”, co oznacza, że uprawnionym byłoby porównywanie cen ofertowych również do dolnej wartości.

W pkt. 2 „Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych” - druk ZP - 1 zamawiający podał kwotę 5 000 000,00 zł, wskazując, iż ustalenia wartości zamówienia dokonano w dniu 25.11.2008 r. „na podstawie wskaźników kosztów nadzorów, zastępstwa inwestorskiego i kierownictwa kontraktu, itp.”

Na rozprawie, wyjaśniając, na czym oparł ustaloną przez siebie wartość szacunkową zamówienia, zamawiający przedłożył „Protokół szacowania wartości zamówienia” z dnia 25.11.2008 r., zwany dalej Protokołem, do którego załączono stronę 89 i 90 zeszytu 4/2008 wydawnictwa Sekocenbud w formie kopii wydruku z faksu z datą transmisji 02.04.2009 r. godz. 9:25. Postępowanie wszczęto niemal 3 miesiące później, tj. 18.02.2009 r.

W pkt. 3 tego Protokołu wskazano, że szacowanie wartości wykonano w oparciu o: „wskaźniki kosztów: nadzorów, zastępstwa inwestorskiego i kierownictwa kontraktu, przedmiarów, kosztorysów inwestorskich, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót itp.”, zaś w pkt. 4 wskazano następujący sposób szacowania: „ $222.435.245,90 \times 1,6\% = 3.558.963,93$ zł. $222.435.245,90 \times 2,8\% = 6.228.186,89$ zł. Przyjęto: od 4.500.000,00 zł co stanowi ok. 2,0% ceny netto za roboty budowlane do 5.000.000,00 zł co stanowi ok. 2,25% ceny netto za roboty budowlane”.

W pkt. 5 tego Protokołu przyjęto wartość brutto w wysokości 6,1 mln zł. Na rozprawie zamawiający oświadczył, że wartość inwestycji, której dotyczy pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu wynosi 271 mln zł. Taka też informacja została podana wykonawcom w ramach odpowiedzi na pytania zadane w dniu 10.03.2009 r. (pytanie nr 5), gdzie zamawiający wskazał: „Koszt wykonania inwestycji brutto wynosi 271.371.000,00 zł”.

Umowa z Generalnym wykonawcą tej inwestycji została podpisana w dniu 07.08.2009 r. (zgodnie z definicją „Umowa z GW” zawartą w części wstępnej umowy, stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ) w wyniku przeprowadzenia przetargu ograniczonego ogłoszonego w listopadzie 2007 r.(sprawa TM/MP/po/2/07/1).

Powyższe informacje dają podstawy do stwierdzenia istnienia wątpliwości co do rzeczywistych podstaw ustalenia przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, a w konsekwencji co do prawidłowości jej ustalenia, ponieważ:

1. w Protokole z dnia 25.11.2008 r. brak jest w ogóle odesłania do konkretnych wskaźników Sekocenbud w konkretnym zeszycie Sekocenbud, co wydaje się najprostszym sposobem wskazania podstaw szacowania, w przypadku, gdy wskaźniki tego wydawnictwa są podstawą szacowania,
2. załączone do tegoż Protokołu dwie strony, pochodzące z zeszytu Sekocenbud nie mogły być wzięte pod uwagę przy szacowaniu w dacie 25.11.2008 r. skoro zostały one przekazane faksem dopiero w dniu 02.04.2009 r.,
3. na rozprawie zamawiający powoływał się na wskaźnik cenowy dla Inżyniera kontraktu z zeszytu 16/2009 Sekocenbud - I kwartał 2009 r., zaś według złożonych na rozprawie dokumentów załącznikiem do „Protokołu szacowania wartości zamówienia” miał być fragment z zeszytu 4/2008,
4. w Protokole wskazano jako podstawę kilka wskaźników (nadzorów, zastępstwa inwestorskiego i kierownictwa kontraktu, przedmiarów, kosztorysów inwestorskich, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót), nie zaś wskaźnik dla Inżyniera kontraktu,
5. przedmiotem zamówienia nie jest pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu wg wymagań FIDIC (jak ma to miejsce w przypadku wyceny Sekocenbud) dlatego też powoływanie się na ten wskaźnik bez analizy różnic zakresów obowiązków Inżyniera kontraktu wg FIDIC i wg obowiązków Inżyniera kontraktu, zgodnego z Opisem przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu (Załącznik nr 1 do SIWZ) i bez analizy skutków tych różnic podważa trafność szacowania,
6. przyjęte przez zamawiającego w Protokole wskaźniki „wstępne” tj. 1,6% oraz 2,8% nie odpowiadają żadnemu wskaźnikowi zawartemu w Sekocenbud w Grupie kosztów 7 - Prace przygotowawcze, projektowe, obsługa inwestorska,
7. brak jakiegokolwiek uzasadnienia, czym kierował się zamawiający przyjmując ostatecznie wskaźnik w wysokości 2 i 2,25% ceny netto za roboty budowlane, przy wstępnym poziomie wskaźnika 1,6% i 2,8%.

Zauważyć należy, że specyfiką szacowania usług obsługi inwestorskiej jest odwoływanie się do kosztów robót budowlanych (procent liczony od kosztów robót budowlanych, których obsługa dotyczy), a zatem wartość samej roboty budowlanej ma kapitalne znaczenie. Jak wskazano powyżej Generalny wykonawca inwestycji, której dotyczy pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu wyłanianego w przedmiotowym postępowaniu, został wybrany w wyniku przetargu ograniczonego, rozpoczętego jeszcze w 2007 r., w którym

oferty składano w I półroczu 2008 roku. Za fakt powszechnie znany skład orzekający Izby uznał spadkową tendencję cen rynku materiałów i robót budowlanych począwszy od 2008 r.

Informacje te dają podstawy do stwierdzenia, że cena ofertowa tej inwestycji obecnie byłaby niższa, a w konsekwencji inna - niższa wartość byłaby punktem odniesienia dla wynagrodzenia Inżyniera kontraktu.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że nawet w przypadkach, gdy wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego z należytą starannością, jednak już po wszczęciu postępowania w zauważalny sposób zmianie uległy czynniki wpływające na ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, np. poprzez to, że zmianie uległa rynkowa wartość inwestycji będącej punktem odniesienia dla obliczenia wartości usługi związanej z tą robotą budowlaną, zamawiający winien na etapie badania i oceny ofert zweryfikować wcześniej ustalony szacunek, po to, aby nie porównywać cen ofertowych do wartości, które nie uwzględniają tendencji rynku i w konsekwencji nie narazić się na wyeliminowanie z postępowania ofert z niższymi cenami, a zatem, aby wydatek był dokonany w sposób oszczędny jak wymaga tego przepis art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.).

W ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym postępowaniu, wobec wyboru Generalnego wykonawcy inwestycji, której dotyczy przedmiotowa usługa pełnienia funkcji Inżyniera kontraktu w wyniku przetargu rozpoczętego jeszcze w 2007 r. oraz wobec zmian w 2008 r. realiów rynku robót budowlanych (spadek cen) celowym i zasadnym było zaktualizowanie na potrzeby badania i oceny ofert wartości zamówienia.

Potwierdzeniem tej spadkowej tendencji są również ceny ofertowe w przedmiotowym postępowaniu, z których 7 na 10 to ceny znacznie poniżej wartości brutto ustalonej przez zamawiającego, tj. poniżej 6,1 mln zł (oferta nr 1 - 2, 4, 7 - 10), które to ceny nie są niczym innym jak przykładami obecnych cen rynkowych sektora usług obsługi inwestorskiej. Nadto propozycje ofertowe przedmiotowego postępowania wskazują na duże rozbieżności cen na usługę Inżyniera kontraktu (oferty na poziomie od ponad 1 - 2 mln zł do oferty na poziomie ponad 7 mln zł).

Oдноśnie postępowania wyjaśniającego w związku z powziętym przez zamawiającego podejrzeniem zaoferowania cen rażąco niskich.

W dniu 02.04.2009 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwrócił się do 3 wykonawców, którzy zaoferowali w przedmiotowym postępowaniu najniższe ceny, tj. do konsorcjum Aqua - Inwest (1 182 912,00 zł), BUD - INVENT (1 482 300,00 zł) oraz konsorcjum Scott Wilson (2 928 000,00 zł) „o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny”.

Skład orzekający Izby podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO/UZP 1524/08, na który powoływał się zamawiający, zgodnie z którym zamawiający nie może definiować, jakie dokumenty ma przedstawić wykonawca wzywany do złożenia wyjaśnień na okoliczność podejrzenia rażąco niskiej ceny. Jednak w ocenie składu orzekającego Izby, żadną miarą nie oznacza to zakazu wskazania przez zamawiającego, jakie elementy oferty ma wyjaśnić wykonawca. Przeciwnie, w każdym przypadku jest to pożądane.

Wykonawcy złożyli żądane wyjaśnienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie i na ich podstawie zamawiający uznał, że oferta konsorcjum Scott Wilson nie zawiera ceny rażąco niskiej, zaś ceny pozostałych dwóch wykonawców są cenami rażąco niskimi.

Konsorcjum Aqua - Inwest przedłożyło pismo, w którym potwierdziło, że zaoferowana przez nie cena obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zakresem opisanym w SIWZ oraz załączyło „Szczegółową kalkulację elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Nadto wskazało, że na zaoferowaną cenę wpłynęły inne czynniki, takie jak ten, że podmioty wchodzące w skład konsorcjum są znaczącymi firmami, świadczącymi usługi tożsame z wchodzącymi w skład przedmiotu zamówienia oraz, że dzięki dużej bazie technicznej, doświadczeniu, sprawnemu planowaniu, a także zabezpieczeniu ekonomicznemu i finansowemu konsorcjum osiąga niskie koszty świadczenia usług.

Załączona kalkulacja wskazuje koszty udziału w realizacji projektu poszczególnych ekspertów (łącznie 13 osób) odpowiednio do założonego udziału czasowego (od 5 do 25 miesięcy) - 900 000 zł oraz koszty utrzymania biura (25 000 zł) i inne koszty (7 308 zł).

Konsorcjum Scott Wilson przedłożyło pismo, w którym w pierwszej części zanegowało w ogóle zasadność żądania przez zamawiającego wyjaśnień pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej (protestu na czynność wezwania go przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień konsorcjum nie złożyło), natomiast w drugiej części przedstawiło „niektóre elementy mające zasadniczy wpływ na proponowaną cenę”, tj.:

1. zatrudnienie na etapie analizy prawidłowości i weryfikacji projektów własnego zespołu ekspertów, pracujących na podstawie umowy o pracę, gdzie koszty są znacząco niższe niż w przypadku angażowania specjalistów zewnętrznych, co pozwala, że tylko bezpośrednia praca tych specjalistów związana z weryfikacją i analizą projektów będzie obciążała budżet zadania, wszystkie zaś ewentualne przerwy i opóźnienia nie będą stanowiły podstawy do powstawania dodatkowych kosztów,
2. zbudowanie oferty na harmonogramie zatrudnienia ekspertów skorelowanym z harmonogramem realizacyjnym inwestycji pozwoli na nie ponoszenie kosztów w okresach, kiedy nie będą wykonywane określone zakresy robót,
3. zatrudnienie prawie wyłącznie personelu miejscowego, posiadanie pełnej infrastruktury administracyjno - biurowej i logistycznej w Poznaniu, co pozwoli na

zmniejszenie kosztów w zakresie przemieszczanie się, transportu, delegacji, najmu mieszkań i opłat z tym związanych oraz zmniejszeniem kosztów funkcjonowania biura Inżyniera na terenie budowy,

4. obniżenie kosztów własnych firmy oraz zmniejszenie oczekiwań w stosunku do zysku.

Konsorcjum Scott Wilson, powołując się na szczegółową analizę ofert składanych na inne zadania polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera kontraktu, wskazało nadto, że: znakomita większość udzielonych zamówień dotyczyła ofert, których budżet nie przekraczał 40% budżetu planowanego i oceniając, że poziom jego oferty należy zakwalifikować jako odpowiadający warunkom rynkowym w obecnej sytuacji ekonomicznej”, co świadczy o dużej obecnie konkurencji cenowej w segmencie usług obsługi inwestorskiej.

Spółka BUD - INVENT przedłożyła pismo, w którym potwierdziła, że zaoferowana przez nią cena uwzględnia wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, a także zysk oraz wskazując okoliczności, które pozwoliły spółce zaoferować niski poziom cen, tj.

1. realizowanie na terenie Polski, w tym na terenie województw: kujawsko - pomorskiego, lubuskiego, łódzkiego wielu usług obsługi zadań inwestycyjnych, co powoduje, że wykonawca dysponuje odpowiednio wykwalifikowaną kadrą mieszkającą niedaleko miejsca wykonywania przedmiotu zamówienia,
2. ilość i wartość świadczonych usług pozwala wykonawcy na stopniowe obniżanie kosztów stałych np. kosztów utrzymania biura związanych z funkcjonowaniem firmy przypadających na jedną usługę,
3. ugruntowana pozycja na rynku, dzięki której wykonawca nie odczuwa skutków obecnego kryzysu ekonomicznego w stopniu, który by wymuszał podnoszenie cen,
4. wieloletnie doświadczenie oraz stabilność finansowa, pozwalające na rzetelne oszacowanie kosztów realizacji usługi, a jednocześnie wyeliminowanie niepewności skutkującej zawyżaniem cen :”na wszelki wypadek”,
5. dysponowanie bardzo liczną, wykwalifikowaną kadrą i ciągłe jej poszerzanie, co uniezależnia wykonawcę od nadmiernie wygórowanych oczekiwań w zakresie warunków zatrudnienia.

Nadto spółka BUD - INVENT załączyła „Szacunkową wycenę usługi”, w której wskazała koszty udziału poszczególnych ekspertów (łącznie 14 osób) - 1 283 000 zł oraz koszty biura na terenie inwestycji i jego wyposażenia (łącznie 63 000 zł), koszty ogólne (60 000 zł), związane z okresem gwarancji i rękojmi (80 000 zł) oraz zysk (59 300 zł).

Z porównania treści wyjaśnień złożonych przez w/w 3 wykonawców wynika, że każdy z nich uznał, że elementy oferty, jakie mają głównie wpływ na wysokość ceny to elementy

osobowe, tj. związane z pracą ekspertów (personelu, zespołu), bowiem na nich koncentrowały się wyjaśnienia wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby, takie podejście było w świetle postanowień SIWZ całkowicie uzasadnione skoro realizacja zamówienia ma polegać przede wszystkim na świadczeniu pracy przez ekspertów tworzących zespół Inżyniera kontraktu w sytuacji zasadniczo braku kosztów materiałowych. Ten „niemateriałowy” charakter usługi, który odwołujący określał jako „intelektualny”, zaś zamawiający jako „rzemieślniczy” może, w ocenie składu orzekającego Izby, zwiększać trudności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, zaś wykonawcom dawać większą swobodę przy kalkulacji ceny oferty.

Skład orzekający Izby zwrócił także uwagę na podniesiony przez odwołującego na rozprawie fakt, że zamawiający w postanowieniach SIWZ nie wprowadził żadnych szczegółowych wymogów co do sposobu obliczenia, czy prezentacji ceny w ofercie. W pkt. 12 SIWZ zamawiający ograniczył się bowiem do żądania podania ceny netto, wartości podatku VAT i ceny brutto, a także podania ceny z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Fakt, że w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z w/w pkt. 12 SIWZ, cena jest ceną ryczałtową oraz, że zamawiający nie żądał jakiegokolwiek rozbitcia elementów składowych oferowanej ceny ryczałtowej, ma w ocenie składu orzekającego Izby znaczenie dla oceny stopnia szczegółowości udzielanych przez wykonawców wyjaśnień, w tym ujmowanych pozycji (elementów) ceny. Skoro bowiem zamawiający na etapie opracowywania ofert nie wprowadził wymogów w tym zakresie, to trudno zarzucać wykonawcom, którzy załączyli kalkulacje, że składając je przyjęli własny poziom szczegółowości podawanych elementów kalkulacyjnych.

Porównując zawartość wyjaśnień w/w wykonawców, skład orzekający Izby stwierdził także, że o ile konsorcjum Aqua - Inwest i odwołujący złożyli, poza wyjaśnieniami o charakterze opisowym, również wyjaśnienia w postaci kalkulacji bardziej szczegółowych, o tyle konsorcjum Scott Wilson żadnych wartości nie zaprezentowało.

Nadto analizując treść opisowej części wyjaśnień konsorcjum Scott Wilson i odwołującego, skład orzekający Izby stwierdził, że oba podmioty, próbując wykazać istnienie w ich przypadku obiektywnych czynników, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, odwoływały się w istocie do czynników, które powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy uczestniczącego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok SO we Wrocławiu z dnia 8.11.2007 r. o sygn. akt X Ga 294/06, zgodnie z którym: „Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby tak duże i kosztowne przedsięwzięcie jakim jest przedmiotowe zamówienie, w dzisiejszych warunkach

było realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno - organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizacji podobnych kontraktów. Również dysponowanie biurem na terenie W. nie stanowi obiektywnego czynnika, który w istotny sposób może wpłynąć na wartość spornego elementu ceny, zwłaszcza, że koszt funkcjonowania takiego biura i tak musiał być wliczony do innych elementów ceny takich jak koszty ogólne”).

Odnosnie oceny przez zamawiającego złożonych przez odwołującego wyjaśnień.

W piśmie z dnia 29.04.2009 r., informującym o wynikach przedmiotowego postępowania, zamawiający podał, że wybrał ofertę złożoną przez konsorcjum Scott Wilson, co należy uznać za równoznaczne z przyjęciem wyjaśnień tego konsorcjum za wystarczające z punktu widzenia obalenia domniemania zaoferowania przez nie ceny rażąco niskiej. W tym samym piśmie zamawiający poinformował także o odrzuceniu dwóch ofert z tego powodu, że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym oferty odwołującej się spółki BUD - INVENT. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że: „... nie ustalił obiektywnych przesłanek, z jakich wynikałaby wysokość zaoferowanej ceny (...). W szczególności (...) wziął pod uwagę brak ujęcia w nadesłanych zestawieniach takich czynności, do których zobowiązani są wykonawcy tj., np. badania, próby szczelności i należyty zysk wykonawcy. Na cenę oferty winny składać się wszystkie elementy opisane w SIWZ, a nie tylko i wyłącznie wynagrodzenie imiennie wskazanych inżynierów.”

Skład orzekający Izby podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego co do tego, że ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską spoczywa na wykonawcy, jednak nie zwalnia to zamawiającego z obowiązku, wynikającego z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, rzetelnego uzasadnienia podstaw odrzucenia.

Na rozprawie zamawiający oświadczył, że:

1. zadowolił się wyjaśnieniami konsorcjum Scott Wilson, ponieważ konsorcjum to uwzględniło koszty związane z okresem gwarancji i rękojmi, czego nie uczynił odwołujący. Po wskazaniu przez odwołującego, że w „Szacunkowej wycenie usługi”, przewidział te koszty (80 000 zł) zamawiający oświadczył, że kwotę tą uważa za niewystarczającą, a jej wykazanie za działanie pozorne,
2. zamawiający nie powinien opierać się tylko na samych oświadczeniach, a tylko z takim mógł się zapoznać w wyjaśnieniach odwołującego,

3. uwzględnienie zjawiska „korzyści skali” było niemożliwe wobec konieczności stałego pobytu na budowie osób przewidzianych do wykonania zamówienia,
4. odwołujący nie wskazał w swoich wyjaśnieniach kosztów badań szczelności czy termowizyjnych, dla którego wg rozeznania zamawiającego trzeba przewidzieć ok. 15 000 zł netto,
5. zysk w przypadku transakcji trzyletniej na poziomie 59 300 zł, jak u odwołującego, jest sprzeczny z doświadczeniem życiowym i realiami rynkowymi,
6. zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień, jakie złożył odwołujący pod lit. e (dysponowanie bardzo liczną, wykwalifikowaną kadrą i ciągłe jej poszerzanie, co uniezależnia wykonawcę od nadmiernie wygórowanych oczekiwań w zakresie warunków zatrudnienia), ponieważ nie był w stanie przypisać im treści.

Skład orzekający Izby podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 13.03.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 179/08, na który powoływał się zamawiający, zgodnie z którym: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie”.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że granice tej swobody muszą być takie same w przypadku oceny wyjaśnień wszystkich wykonawców składanych w danym postępowaniu. Innymi słowy, ocena złożonych przez wykonawców wyjaśnień musi przebiegać wg takich samych mierników.

Biorąc pod uwagę wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 29.04.2009 r. przyczyny odrzucenia oferty odwołującego (brak ujęcia badania, próby szczelności i należytego zysku wykonawcy) oraz oświadczenia zamawiającego złożone na rozprawie, a także treść wyjaśnień złożonych przez wykonawców, skład orzekający Izby stwierdził, że:

1. argumentacja zamawiającego odnośnie odrzucenia oferty odwołującego jest chwiejna, co samo w sobie budzi wątpliwości co do faktycznych podstaw decyzji zamawiającego,
2. zamawiający, korzystając z szerokiego zakresu swobody i przykładając ten sam miernik oceny złożonych wyjaśnień, nie powinien podważać wyjaśnień odwołującego, będących oświadczeniem samego odwołującego, w sytuacji, gdy uznał wyjaśnienia konsorcjum Scott - Wilson, na które to wyjaśnienia składały się wyłącznie oświadczenia tego wykonawcy, a nadto w sytuacji, gdy w odróżnieniu od konsorcjum Scott - Wilson odwołujący przedłożył „Szczegółową wycenę usługi”,
3. odnośnie niemożności uwzględnienia zjawiska „korzyści skali” przez zamawiającego wobec konieczności stałego pobytu na budowie osób przewidzianych do wykonania zamówienia skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający winien przyjąć wyjaśnienia odwołującego w tym zakresie w sytuacji, gdy przyjął wyjaśnienia konsorcjum Scott - Wilson, który powoływał się na „przerwy (...), tzw. martwe okresy

(...) a także na nie ponoszenie kosztów w okresach, kiedy nie będą wykonywane określone zakresy robót”.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 5 (pismo zamawiającego zawierające zapytania, które wpłynęły w dniu 17.03.2009 r.): „Wymagana jest stała obecność Inżyniera Kontraktu w czasie wykonywania robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym i wynikającym z technologii wykonania prac związanych z realizacją inwestycji”.

W ocenie składu orzekającego Izby, odpowiedź zamawiającego uzasadniała przyjęcie przez wykonawców, że obowiązek stałego pobytu Inżyniera kontraktu (zespołu ekspertów) nie jest obowiązkiem „stałego pobytu” całego zespołu ekspertów w sensie niemalże dosłownym, tj. codziennie (a wręcz 24 godziny na dobę) przez cały okres świadczenia usługi, ale obowiązkiem pobytu ekspertów odpowiednich branż odpowiednio do technologii wykonywanych na terenie inwestycji prac. Ustalenie to ma bardzo istotne znaczenie dla oceny wysokości wynagrodzenia poszczególnych ekspertów.

4. zamawiający winien rozważyć całą treść wyjaśnień odwołującego, w tym wyjaśnienia zawarte pod lit. e, w sytuacji, gdy zamawiający wziął pod uwagę całą treść wyjaśnień pozostałych dwóch wzywanych do wyjaśnień wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby, przypisanie znaczenia - treści tej części wyjaśnień nie było niemożliwe.

Odwołujący w lit. e wyjaśnień odwołał się do atutów prowadzonej przez siebie polityki kadrowej, które w ocenie odwołującego polegają na tym, że zapewniają mu, w przypadkach potrzeby zatrudniania nowych osób, możliwość doboru kadr na nadmiernie nie wygórowanych warunkach, a więc także płacowych, tj. możliwy jest dobór kadr „bez presji”, na co pozwala liczebność i kwalifikacje już posiadanej kadry. Skład orzekający Izby zwraca przy tym uwagę, że czym innym jest nieuwzględnienie treści wyjaśnień z powodu ich „niezrozumienia” przez zamawiającego, a czym innym nieuwzględnienie wyjaśnień z tego powodu, że wskazany w nich czynnik nie jest obiektywny i nie może uzasadniać zaofiarowanej ceny,

5. jak wskazano wcześniej, elementy oferty, jakie mają głównie wpływ na wysokość ceny w przedmiotowym postępowaniu to elementy osobowe, a zatem eksponowanie w wyjaśnieniach innych elementów takich jak próba szczelności obiektu (pkt 49 załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, czy badanie poprawności wykonania przegród zewnętrznych, poprzez przeprowadzenie termowizji (pkt 50 załącznika nr 1 do SIWZ) nie było biorąc pod uwagę „niemateriałowy” charakter zamówienia oraz z punktu widzenia pisma zamawiającego z dnia 02.04.2009 r. konieczne; z samego faktu ich nie przywołania w „Szacunkowej wycenie usługi” ,

nadto w sytuacji, gdy odwołujący potwierdził w złożonych wyjaśnieniach, że „zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, a także zysk” nie można wywodzić, że nie zostały one uwzględnione w kalkulacji ceny, zważywszy na brak wymogów zamawiającego co do samego sposobu prezentacji obliczonej w przedmiotowym postępowaniu ceny. Nadto kwota 15 000 zł netto, o której wspominał zamawiający na rozprawie nie jest kluczowa dla ceny w wysokości 1 482 300 zł,

6. zaprezentowane przez odwołującego koszty w rozbiciu na koszty bezpośrednie, ogólne, okres gwarancji i rękojmi oraz zysk posłużyły zamawiającemu jedynie do gołosłownego kwestionowania wartości tam wskazanych (koszty związane z okresem gwarancji i rękojmi oraz zysk). W sytuacji, gdy konsorcjum Scott - Wilson nie wskazało w swoich wyjaśnieniach żadnego poziomu zysku czy kosztów związanych z okresem gwarancji i rękojmi (mowa w wyjaśnieniach konsorcjum jedynie o zmniejszeniu oczekiwań w stosunku do zysku) i nie spowodowało to ujemnych konsekwencji dla tego wykonawcy, to nie powinien także obciążać ujemnymi konsekwencjami odwołującego.

Niezależnie od powyższego, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że kalkulowanie zysku leży wyłącznie w gestii wykonawcy, a kwestionowanie jego wysokości przez zamawiającego nie znajduje podstaw.

Biorąc zatem pod uwagę:

1. istnienia wątpliwości co do rzeczywistych podstaw ustalenia przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, a w konsekwencji co do prawidłowości samej wartości zamówienia netto i brutto,
2. nie dokonanie na etapie badania i oceny ofert aktualizacji wartości zamówienia brutto,
3. nie wskazanie przez zamawiającego w piśmie do odwołującego, zobowiązującym go do udzielenia wyjaśnień, jakie elementy oferty wykonawca ma wyjaśnić,
4. fakt, że przedmiotem postępowania są zasadniczo usługi o „niemateriałowym” charakterze,
5. dużą obecnie konkurencję cenową w segmencie usług obsługi inwestorskiej,
6. fakt, że elementy oferty, jakie mają głównie wpływ na wysokość ceny w przedmiotowym postępowaniu to elementy osobowe,
7. fakt, że odwołujący uwzględnił w swoich wyjaśnieniach w/w elementy osobowe,
8. fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie żądał jakiegokolwiek rozbicia elementów składowych oferowanej ceny, a także wobec nie wskazania przez zamawiającego w piśmie do odwołującego, zobowiązującym go do udzielenia

wyjaśnień, jakie elementy oferty wykonawca ma wyjaśnić, co nie jest bez znaczenia dla oceny stopnia szczegółowości udzielanych przez odwołującego wyjaśnień,

9. zbliżone spektrum wskazywanych czynników i charakter wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Scott - Wilson i odwołującego,

10. obowiązek zamawiającego, aby korzystając z szerokiego zakresu swobody przy ocenie wyjaśnień wykonawców przykładać ten sam miernik oceny złożonych wyjaśnień, któremu zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie sprostał,

11. fakt złożenia przez odwołującego wyjaśnień wraz z „Szacunkową wyceną usługi”, w której wskazano wartości, co do których brak jest podstaw do uznania, że nie są cenami nierealnymi,

skład orzekający Izby uznał, że zamawiający niezasadnie zakwalifikował zaoferowaną przez odwołującego cenę jako rażąco niską, a w konsekwencji bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Cena skalkulowana przez odwołującego ze starannością powinna dać mu możliwość realizacji zamówienia.

Skład orzekający Izby nie zaliczył w poczet materiału dowodowego przedłożonych przez odwołującego na rozprawie kopii umów, pism i listów referencyjnych, ponieważ odwołujący nie wykazał, że skala i stopień złożoności inwestycji, których dotyczyły przedkładane umowy, pisma i listy referencyjne była porównywalna do inwestycji, wobec której funkcje Inżyniera kontraktu pełnić ma wykonawcy wyłoniony w przedmiotowym postępowaniu, co w ocenie składu orzekającego Izby ma znaczenie dla obliczenia wynagrodzenia Inżyniera kontraktu.

Na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze, art. 191 ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 599,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*