

Sygn. akt: KIO 120/18
KIO 133/18
KIO 135/18

WYROK
z dnia 06 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**
Członkowie: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**
Monika Szymanowska
Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 22 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TPF Sp. z o.o., (2) TPF Getinsa Euroestudios S.L., (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa)**
- B. w dniu 22 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Transprojekt Gdański Sp. z o.o., (2) Promost Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: (ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk)**
- C. w dniu 22 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Lafrentz Polska Sp. z o.o., (ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań)**
- w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ZBM Inwestor Zastępczy S.A., (ul. Jagiellońska 88, 02-315 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 120/18 oraz KIO 133/18 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Lafrentz Polska Sp. z o.o., (ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 133/18 po stronie odwołującego,

- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TPF Sp. z o.o., (2) TPF Getinsa Euroestudios S.L., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 133/18 oraz KIO 135/18 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala wszystkie odwołania

2. kosztami postępowania obciąża:

- w sprawie o sygnaturze akt KIO 120/18 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TPF Sp. z o.o., (2) TPF Getinsa Euroestudios S.L., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TPF Sp. z o.o., (2) TPF Getinsa Euroestudios S.L., (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,

- w sprawie o sygnaturze akt KIO 133/18 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Transprojekt Gdański Sp. z o.o., (2) Promost Sp. z o.o., (adres dla pełnomocnika: ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego -- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Transprojekt Gdański Sp. z o.o., (2) Promost Sp. z o.o., (adres dla pełnomocnika: ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk)** tytułem wpisu od odwołania

- w sprawie o sygnaturze akt KIO 135/18 wykonawcę **Lafrentz Polska Sp. z o.o., (ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego – Wykonawcę **Lafrentz Polska Sp. z o.o., (ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań),**

2.2 zasądza od Odwołującego:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TPF Sp. z o.o., (2) TPF Getinsa Euroestudios S.L., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** na rzecz Zamawiającego - **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, (ul. Wronia**

53, 00-874 Warszawa) kwotę 2952 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy)

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Transprojekt Gdański Sp. z o.o., (2) Promost Sp. z o.o., (adres dla pełnomocnika: ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk)** na rzecz Zamawiającego - **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)** kwotę **2952 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy)
- wykonawcy **Lafrentz Polska Sp. z o.o., (ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań)** na rzecz Zamawiającego - **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)** kwotę **2952 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta z podziałem na 2 części zamówienia: Część nr 1: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 3: w. Luzino (bez węzła) - w. Szemud (z węzłem); Część nr 2: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 4: w. Szemud (bez węzła) - w. Gdynia Wielki Kack (z węzłem).

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 21 lipca 2017r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 138- 283563.

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TPFSp. z o.o. - Lider, TPF Getinsa Eurostudios SL - Partner, wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w Części nr II od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru w części nr 1 oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ZBM Inwestor Zastępczy S.A. (dalej „ZBM”), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu; zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania ZBM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Ustawy, pomimo iż istotna część ceny oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodną z przepisami PZP czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w części nr 1 oferty ZBM jako oferty najkorzystniejszej, naruszenie art. 90 ust. 1-3 poprzez zaniechanie wezwania ZBM do złożenia wyjaśnień, pomimo iż istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego; naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert w części nr 1, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1, wezwanie ZBM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1-3 Ustawy, ponowną ocenę ofert w części nr 1, odrzucenie oferty ZBM,

Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w podziale na dwie części:

- 1) Część nr 1: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 3: w. Luzino (bez węzła) - w. Szemud (z węzłem);
- 2) Część nr 2: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 4: w. Szemud (bez węzła) - w. Gdynia Wielki Kack (z węzłem).

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w obu częściach i o odrzuceniu ofert Wykonawców. W części 1 zamawiający dokonał wyboru oferty ZBM Inwestor Zastępczy S.A., bez wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy. Natomiast w części 2 Zamawiający odrzucił ofertę ZBM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że obydwie części zamówienia posiadają takie same zapisy OPZ. Obydwa odcinki drogi są umiejscowione koło siebie, z jedyną różnicą, iż w części 1 długość budowanego odcinka to 10,3 km, a w części 2 to 20,2 km. Czas trwania obydwu zadań jest taki sam, tj. 43 miesiące okres projektowania i budowy oraz 15 miesięcy okres gwarancji.

Dalej Odwołujący argumentował, że podstawową kwestią mającą wpływ na ocenę ofert jest fakt, że długość odcinka (wskazana powyżej jedyna różnica pomiędzy 2 postępowaniami) nie ma wpływu na koszty administracyjne - które w obu częściach miały być ujęte w dziale 1 Formularza Cenowego. Koszty takie jak biuro, opłaty za media, wynagrodzenie personelu biurowego czy pomocniczego - w tych 2 konkretnych postępowaniach to koszty stałe, ponoszone przez Wykonawcę niezależnie od długości odcinka.

Zamawiający w części 1 nie wystosował do ZBM wezwania w trybie art. 90 ust. 1-3 PZP w zakresie ceny oferty, a w szczególności w zakresie dotyczącym istotnych części składowej ceny oferty, tj. w zakresie: Ceny wskazanej w pozycji 1.1 i 1.2 i 4.1 i 4.2 Biuro Konsultanta i Biuro Zamawiającego, Ceny wskazanej w dziale 2 „Usługi nadzoru i zarządzania”, ceny

wskazanej w pozycji 3.3 i 3.4 oraz 3.5 w zakresie „Działania promocyjne”, jak to uczynił w części 2 zamówienia. Wykonawca ZBM w części 2 zaoferował ceny wyższe za w/w elementy niż w części 1 zamówienia. Już samo to, w ocenie Odwołującego, wskazuje, że decyzja Zamawiającego o zaniechaniu wystąpienia o wyjaśnienia tych elementów ceny - jest decyzją zupełnie niezrozumiałą, nie mającą uzasadnienia w stanie faktycznym postępowania. Dodatkowo Zamawiający nie wystąpił do ZBM o wyjaśnienie i wskazanie kosztów wyceny kryteriów pozacenowych wskazanych w ofercie ZBM.

Zdaniem Odwołującego takie zaniechanie - zarówno w świetle cen obowiązujących na rynku, jak i cen w tym zakresie w innych ofertach - stanowi naruszenie przepisów. Fakt, iż cena zaoferowana przez ZBM w części 1 zamówienia nie była niższa o 30 % od wartości zamówienia, w ocenie Odwołującego nie ma znaczenia, bowiem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu skierował zapytanie w zakresie wyjaśnienia elementów ceny do wykonawców, których globalne ceny były wyżej plasowane niż 70 % wartości zamówienia.

Oferta Wykonawcy ZBM we wszystkich istotnych elementach składowych (oprócz wynagrodzenia za majątkowe prawa autorskie z pozycji 5) dla części objętej niniejszym odwołaniem - tj. części 1 - ma wynagrodzenie niższe niż w części 2. W części 2 oferta ZBM została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP oraz art. 90 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy PZP.

Zamawiający wystąpił do ZBM w części 2 o złożenie wyjaśnień nie tylko na podstawie art. 90 ust. 1a Ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego, zupełnie niezrozumiałe jest, dlaczego także w części 1 Zamawiający nie wystąpił do ZBM o stosowne wyjaśnienia. Jak dalej argumentował odwołujący, trudno przyjąć założenie, że ZBM szacując obie części zamówienia opierał się na zupełnie innych, odmiennych cenach składowych elementów formularza ofertowego, które w obu częściach są identyczne i niezależne od długości odcinków. Obie części zamówienia były kalkulowane do sporządzenia jednej oferty, w tym samym przedziale czasowym, ZBM zapewne przyjął do kalkulacji cen biur te same oferty wynajmu lokali, biorąc pod uwagę fakt, iż praktycznie wszystkie biura, które przedstawił do części 2 zamówienia mieszczą się w lokalizacji 10 km odległości od Placu Budowy. Odwołujący dokonując analizy wyjaśnień przedstawionych przez ZBM w części 2 zamówienia ofert wynajmu stwierdził, że żadna z przedstawionych ofert nie spełnia wymagań OPZ. Łączna kwota za media i inne wydatki za Biuro Konsultanta wynosi 257 800,00 zł netto, a zatem przekracza kwotę, jaką ujął wykonawca w poz. 1.1. w zakresie części 1 - 227 900,00 zł netto. Wątpliwości Zamawiającego winien zatem wzbudzić fakt, iż wykonawca wycenił koszt biura Konsultanta niżej niż w części 2, gdzie oferta ZBM została odrzucona z uwagi, iż zawiera rażąco niską

cenę, przy takich samych wymaganiach zawartych w OPZ. Również łączna kwota za media i inne wydatki za Biuro Konsultanta w okresie przeglądów i gwarancji przedstawiona przez ZBM przekracza kwotę, jaką ujął wykonawca w poz. 4.1. w zakresie części 1. Wątpliwości Zamawiającego winien zatem wzbudzić fakt, iż wykonawca wycenił koszt biura Konsultanta niżej, niż w części 2, gdzie oferta ZBM została odrzucona z uwagi, iż zawiera rażąco niską cenę, przy takich samych wymaganiach zawartych w OPZ.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający określił bardzo precyzyjnie, jakiego personelu wymaga do realizacji przedmiotowej usługi, jakiej wymaga formy zatrudnienia oraz podał nawet minimalny wymiar zatrudniania w postaci ilości dni pracy. Zestawienie tylko i wyłącznie personelu głównego na podstawie umów o pracę z minimalną dopuszczoną przez prawo wysokością wynagrodzenia konsumuje aż 28,5% kwoty przeznaczonej przez ZBM do realizacji etapu projektowego oraz aż 38% dla okresu gwarancji i rozliczenia. Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwe zatrudnienie wysoko wyspecjalizowanego personelu spełniającego wymagania stawiane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zamian za wynagrodzenie w wysokości 2.100 złotych brutto. Wynagrodzenie, jakie otrzymałby na rękę Inżynier Kontraktu czy Specjalista ds. technologii i materiałów, wynosi 1.530,00 złotych miesięcznie. Obecnie żaden specjalista spełniający warunki określone w SIWZ nie podejmuje pracy w zamian za takie stawki wynagrodzenia. Średnia krajowa wynosi obecnie 4.635,00 złotych brutto. Do kwoty tej należy dodać koszty pracodawcy, jakie ponosi pracodawca z tytułu zatrudniania na podstawie umowy o pracę - tj. składki ZUS i składkę na PRFON, co daje kwotę miesięcznie 5.693,23 zł. Średni zgodny z zapisami przedmiotowej ustawy czas pracy nie może przekroczyć średnio 21-22 dni pracy miesięcznie, wobec czego z pozostałej kwoty należy jeszcze odliczyć albo ekwiwalent albo zastępstwo za urlopy ponad normę wynikającą z kodeksu pracy. Powyższe wskazuje, że ZBM nie ujął w cenie oferty wszystkich kosztów osobowych.

Dalej Odwołujący argumentował, że ceny w poz. 3.4 i 3.5 w obu częściach zamówienia zostały skalkulowane na tym samym poziomie, tj. 800,00 zł netto. Zamawiający - w świetle wyjaśnień ZBM dot. części 2 winien powziąć wątpliwości co do realności zaoferowanych cen także w części 1 i wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca ZBM zgodnie z oświadczeniem złożonym w Ofercie na formularzu 2.1 „Kryteria pozacenowe” zobowiązał się do wypełnienia wszystkich stawianych zapisami IDW pkt 19.1.2 wymogów. W opinii Odwołującego, ZBM w cenie oferty nie uwzględnił bądź uwzględnił w sposób nieprawidłowy koszty następujących elementów: wykonanie cyklicznych zdjęć - ortofotoraport w postaci ortofotomapy oraz DSM wraz z przeglądarką www udostępnioną „on-line” w jakości i częstotliwości wymaganej przez Zamawiającego oraz przy użyciu wymaganego sprzętu (bezzałogowych platform latających lub nalotu lotniczego); kryterium

jakości - uczestniczenie w wykonywanych przez Wykonawcę Robót pomiarach, badaniach oraz czynnościach polegających na pobieraniu prób na Placu Budowy w ilości o 20 % większej niż przewidziana w Umowie (30 %), tj. łącznie 50 %; Help desk - brak uwzględnienia w cenie oferty; niezmiennosc Personelu Konsultanta - brak uwzględnienia 2 tyg. okresu dublowania pracy ekspertów w przypadku ich zmiany; szkolenia - brak uwzględnienia w cenie oferty.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien wezwać ZBM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1-3 Ustawy Pzp, a następnie - po otrzymaniu wyjaśnień - odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Nie jest bowiem możliwe złożenie przez ZBM wyjaśnień, które obaląby prawne domniemanie rażąco niskiej ceny.

KIO 133/18

Odwołujący: Konsorcjum w składzie: Transprojekt Gdański sp. z o.o. i Promost sp. z o.o. wniósł odwołanie (w zakresie zadania Część nr 1: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 3: w. Luzino (bez węzła) - w. Szemud (z węzłem)) od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty. Nadto wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu złożonych wyjaśnień, pomimo że wykazano, że przedłożone wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa konsorcjum; zaniechania Zamawiającego wezwania do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i wadliwe uznanie, że treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich wadliwe zastosowanie i wadliwe uznanie, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; naruszenie art. 90 ust. 1 a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego wadliwe zastosowanie i nie wezwanie Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień; naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego pomimo, że Odwołujący zastrzegł, że informacje te nie mogą być udostępniane oraz wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2018 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2018 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, unieważnienie

czynności Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2018 r. polegającej na odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 18 grudnia 2017 r., dokonanie ponownej oceny ofert, w tym, wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wskazał, na czym polega niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy wskazał, że: poddaje w wątpliwość celowość zbiorczego zestawienia kosztów dla pierwszych trzech pozycji Formularza Cenowego przypominając, iż zgodnie z zapisem punktu 15.3 IDW każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu Cenowym. Zdaniem Zamawiającego, zbiorcze ujęcie nieosobowych miesięcznych kosztów utrzymania Biura Konsultanta, Zamawiającego oraz samochodu Zamawiającego miało na celu wykazanie ujętej przez Wykonawcę rezerwy finansowej wynikającej z wyliczenia różnicy sumy kwot przyjętych z oferty a składowych kolumny 2 w/w tabeli.

Odwołujący podniósł, że zbiorcze zestawienie kosztów dla pierwszych trzech pozycji Formularza Cenowego w żaden sposób nie dowodzi rzekomej niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Poddanie w wątpliwość celowości zbiorczego zestawienia kosztów nie może stanowić (i nie stanowi) dowodu na niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że składając wyjaśnienia opierał się na dotychczasowych doświadczeniach, jak również na ustaleniach Krajowej Izby Odwoławczej dokonanych w postępowaniu na wybór Inżyniera dla budowy Obwodnicy Kościerzyny. Postępowanie to prowadzone było przez tego samego Zamawiającego i zawierało podobne warunki odnoszące się do cen jednostkowych. W pierwszym postępowaniu zostało wydane orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, w którym dokonano zupełnie innej interpretacji powołanego zapisu niż interpretacja dokonana (i dokonywana nadal w kolejnych postępowaniach) przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w treści wyjaśnień zwrócił uwagę na możliwość zorganizowania Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego w siedzibie Wykonawcy w Gdańsku przy ul. Zabytkowej 2, co skutkuje obniżeniem kosztów utrzymania Biura o minimum 10%.

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena jego oferty w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jest niższa o 2.298.830.74 zł brutto. Odwołujący podkreślał, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, ale jedynie o 24%.

Odwołujący podkreślał także, że Zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty Wykonawcy wyłącznie w przypadku, gdy ustali, że zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. W omawianym postępowaniu, ani zaoferowana przez Odwołującego cena, ani jej istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący argumentował, że przedmiotem zamówienia jest usługa pełnienia nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem. Oznacza to, że istotną częścią składową tego zamówienia jest usługa nadzoru i zarządzania. W odniesieniu do tej części składowej, Zamawiający zarzucił Odwołującemu brak przedstawienia sposobu wyceny oraz wykazania czy i w jaki sposób Odwołujący uwzględnił wszystkie koszty związane z tym działem. W szczególności Zamawiający zarzucił, że Odwołujący bezpodstawnie przyjął, że czas realizacji Robót zostanie skrócony o trzy miesiące.

Odwołujący podniósł, że dokonana przez niego kalkulacja (zawarta w piśmie z dnia 20.11.2017 r.) nie obejmowała skróconego okresu realizacji Robót, a została przygotowana dla okresu wskazanego w SIWZ. Odwołujący poza ujęciem całościowym wskazał dodatkowo potencjalne oszczędności, jakie mogą się pojawić w wyniku skrócenia deklarowanego okresu realizacji Robót.

Kolejny zarzut Zamawiającego dotyczył kosztów pozapłacowych. Zdaniem Zamawiającego, z wyjaśnień Wykonawcy nie wynika, w jaki sposób oferta Wykonawcy uwzględnia koszty pozapłacowe. Zarzut ten w ocenie Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący wyjaśnił w swoim piśmie, że Personel Kluczowy otrzymuje wynagrodzenie podstawowe w kwocie 3.500 zł brutto lub 5.000 zł brutto (w zależności od pełnionej funkcji) i dołączył do pisma przykładowe umowy o pracę potwierdzające powyższe. Pismo zawierało również wyliczenie wszystkich kosztów pracodawcy. Odnośnie zarzutu, że „Wykonawca nie wyjaśnił toku postępowania w przypadku niezadowolających wyników finansowych Spółki” Odwołujący wyjaśnił, że tok postępowania w przypadku niezadowolających wyników finansowych Spółki jest taki, że Personel Kluczowy otrzyma jedynie wynagrodzenie podstawowe. Taki tok postępowania jest pochodną wykazanego przez Odwołującego premiowego systemu wynagradzania i wydaje się oczywisty.

W ocenie Odwołującego, zarzut uwzględnienia jednej stawki dla kluczowych członków personelu Konsultanta jest również chybiony, bowiem średnie zarobki na tych stanowiskach są od kilku lat na zbliżonym poziomie, gdyż niejednokrotnie Inżynier Kontraktu przenosi część swoich uprawnień i obowiązków na głównych Inspektorów branży drogowej i mostowej nadając im tytuł Inżyniera Rezydenta. Jest to zgodne z duchem FIDIC i dopuszczone w realizowanych umowach.

Ponadto Odwołujący wskazał, że liczba dniówek wskazana przez Zamawiającego w HPPK jest większa niż liczba dniówek wynikająca z obowiązków Konsultanta zapisanych w umowie. Zamawiający umieszczając, na etapie postępowania przetargowego tabelę określającą liczbę dniówek nie dokonał jednocześnie żadnej modyfikacji umowy, sposobu dokumentowania pracy a tym bardziej sposobu rozliczania.

Dalej Odwołujący argumentował, że wskazując dla specjalisty ds. Roszczeń tylko 770 dni pracy, Zamawiający naruszył zapisy własnej umowy, ponieważ osoba ta tylko w okresie projektowania może być zatrudniona na pół etatu w związku z powyższym minimalna liczba dniówek powinna wynosić $15 \cdot 11 + 28 \cdot 21 + 15 \cdot 21 = 165 + 588 + 315 = 1068$. Zdaniem Odwołującego, nie zasługuje również na uwzględnienie twierdzenie Zamawiającego jakoby Wykonawca, pomimo wezwania do złożenia szczegółowych wyjaśnień, nie przedstawił należycie sposobu wyceny oraz nie wskazał czy, i w jaki sposób oferta Wykonawcy uwzględni wszystkie koszty związane z działem 2 Formularza Cenowego.

Poz. 1.1 Biuro Konsultanta, Poz. 1.2 Biuro Zamawiającego

Odwołujący wyjaśnił, że wykazał rozbitcie składowych cen jednostkowych dwóch pierwszych pozycji Formularza. Dalej wskazał, że biorąc pod uwagę okoliczność, że Biuro Zamawiającego jest częścią Biura Konsultanta, brak jest uzasadnienia, a nawet możliwości wydzielenia kosztu związanego z utrzymaniem Biura Konsultanta i odrębnie kosztu związanego z Biurem Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 20.11.2017 r. wyraźnie oświadczył, że 5250 zł netto to kwota za wynajem powierzchni biurowej wraz z kosztami eksploatacyjnymi. Na dowód przedstawił potwierdzenie wstępnych ustaleń spisanych z właścicielem nieruchomości. Ryczałt oznacza należną kwotę pieniężną w wysokości ustalonej z góry - bez rozliczania kosztów poszczególnych transakcji, zryczałtować to "ustalić kwotę wynagrodzenia lub opłaty bez podziału na szczegółowe pozycje". Oznacza to, że wszelkie koszty eksploatacyjne, w tym koszty energii elektrycznej oraz koszty usług telekomunikacyjnych, zostały uwzględnione.

Odnosząc się do kosztów mobilnego Internetu dla dwóch komputerów Zamawiającego Odwołujący podniósł także, że na cel kosztów mobilnego internetu przeznaczył dwa telefony komórkowe wyposażone w mobilny Internet.

Koszt wynajmu powierzchni biurowej w skali kraju obecnie utrzymuje się na poziomie od 18 do 27 zł za m². Wykonawca ofertuje w różnych częściach kraju i na bieżąco aktualizuje bazy cenowe na rynku nieruchomości. Wartość zależy od lokalizacji, stanu technicznego, wyposażenia, dostępności miejsc parkingowych itp. Powyższe zdaniem Odwołującego pokazuje, że wynegocjowane przez Wykonawcę koszty najmu powierzchni biurowych wraz

ze wszelkimi innymi kosztami eksploatacyjnymi mieszczą się w zakresie cen rynkowych i nie budzą podejrzania co do ich wiarygodności.

Oдноśnie zarzutu Zamawiającego, jakoby brak było potwierdzenia, że istniejące wyposażenie w pełni zaspokoi potrzeby licznego Zespołu Konsultanta oraz Zespołu Kierownika Projektu a także, jakoby brak było potwierdzenia spełnienia zapisów SIWZ, Odwołujący wskazał, że oferta Odwołującego spełnia zapisy i wymagania SIWZ.

Oдноśnie zarzutu, że przyjęty przez Odwołującego limit kilometrów i liczba samochodów jest niewystarczająca, Odwołujący oświadczył, że przyjmował limity kilometrów na podstawie faktycznie przejechanych kilometrów przez samochody służące Konsultantowi do bieżącej obsługi nadzorowanych kontraktów. Odwołujący podkreślił, że praca zespołu nadzoru nie składa się z jeżdżenia po budowie, przy robotach liniowych, zwłaszcza prowadzonych w nowym przebiegu, nie ma innej możliwości jak chodzić pieszo. Zza szyby samochodu nie da się określić jakości i postępu robót. Samochód na budowie służy w głównej mierze do dojazdu na teren budowy.

Oдноśnie zarzutu, że Wykonawca nie przewidział wyposażenia biura w telefonię stacjonarną, a przyjęta przez Wykonawcę ilość środków łączności Personelu (12 telefonów komórkowych) jest niewystarczająca, Odwołujący podniósł, że zgodnie z zapisem OPZ pkt.2.4 Konsultant ma wyposażyć swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności. Zamawiający mógł w SIWZ wskazać np. liczbę ale nie czyniąc tego i określając liczbę jako „odpowiednią”, Zamawiający pozostawia Wykonawcy wybór. Zdaniem Odwołującego, przyjęta przez niego ilość 12 jest odpowiednia. Odwołujący wyjaśnił, że posiadając dostęp do Internetu możliwe jest wykorzystanie VoIP, czyli Voice over Internet Protocol. Powyższe oznacza, że wyposażenia biura w telefonię stacjonarną nie jest konieczne dla prawidłowej realizacji Kontraktu.

Oдноśnie zarzutu, że Wykonawca przyjął kwotę miesięcznego utrzymania czystości biur o powierzchni 250 m² w wysokości 300 zł netto, Odwołujący wyjaśnił, że kwota ta jest wystarczająca do zapewnienia sprzątnięcia w częstotliwości raz na dwa tygodnie w Okresie Projektowania i raz w tygodniu w okresie Realizacji Robót.

Oдноśnie zarzutu, że Wykonawca skalkulował koszty dotyczące wysyłania korespondencji drogą pocztową na poziomie 50 zł/miesięcznie, Odwołujący podniósł, że na chwilę obecną wysyłanie korespondencji w sposób tradycyjny stanowi margines działalności.

Poz. 1.3 Personel biurowy/Poz. 1.4 Personel pomocniczy (W zakresie działu 1 Formularza Cenowego „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia”) oraz Poz. 4.3 Personel biurowy/Poz. 4.4 Personel pomocniczy (W zakresie działu 4 Formularza Cenowego „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego

Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności")

Zamawiający w treści odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że Odwołujący w sporządzonej kalkulacji przyjął wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określoną przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. a winien był przyjąć wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określoną przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. Ponadto Zamawiający wskazał, że Wykonawca w minimalnym koszcie zatrudnienia jednego pracownika na podstawie umowy o pracę w pełnym jej wymiarze w przeliczeniu na 1 miesiąc nie uwzględnił kosztu zastępstwa na czas urlopu (212,82 zł).

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego. W argumentacji podniósł, że pierwotny termin składania ofert był wyznaczony na dzień 19 września 2017 r. a wzmiankowane Rozporządzenie opublikowane zostało dopiero w dniu 15 września 2017 r. Ponadto, rozporządzenie to weszło w życie dopiero z dniem 1 stycznia 2018 r. co oznacza, że rozporządzeniem aktualnym na dzień składania ofert było Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. Przyjęcie odmiennej interpretacji stawiałoby pod znakiem zapytania sens regulacji zawartej w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Niemniej, Wykonawca przedstawił Zamawiającemu również kalkulację obejmującą wypłatę wynagrodzenia w oparciu o przepisy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, że Wykonawca w minimalnym koszcie zatrudnienia jednego pracownika na podstawie umowy o pracę w pełnym jej wymiarze w przeliczeniu na 1 miesiąc nie uwzględnił kosztu zastępstwa na czas urlopu (212,82 zł), Odwołujący potwierdził, że takiego kosztu nie uwzględnił. Odwołujący wyjaśnił, że żaden przepis prawa nie nakłada na Wykonawcę obowiązku uwzględnienia w koszcie zatrudnienia jednego pracownika na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze, kosztu zastępstwa na czas urlopu. Obowiązku takiego nie nakłada też żaden zapis Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca nie będzie zatrudniał nowej osoby w związku z pójściem etatowego pracownika na urlop wypoczynkowy. Organizuje pracę Personelu poprzez tworzenie i realizowanie planu urlopów. Plan ten określa zasady zastępstw w okresie urlopu danego pracownika i nie wymaga ani konieczności zatrudnienia nowej osoby ani konieczności wypłaty dodatkowego wynagrodzenia osobie zastępującej (każdy z pracowników będzie zarówno pracownikiem zastępującym jak i pracownikiem zastępowanym). Tym samym, Wykonawca nie będzie

ponosił kosztu zastępstwa na czas urlopu. Plan urlopów zostanie wykonany w ten sposób, aby umożliwić wykonywanie zadań osoby urlopowanej przez pozostały personel oraz z uwzględnieniem okresów, gdy wykonawca prowadzi roboty w okrojonym zakresie.

Poz. 3.3 Zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności

Odnosnie zarzutu Zamawiającego, że Wykonawca przedstawił sprzeczny zakres wyjaśnień (poprzez przedstawienie oferty na wykonanie 50 zdjęć a następnie stwierdzenie, że Wykonawca nie widzi potrzeby zlecenia tego typu usług na zewnątrz), Odwołujący wskazał, że z wyjaśnień jednoznacznie wynika, że Odwołujący zaproponował alternatywny sposób realizacji tej usługi: lub przez zlecenie tej usługi na zewnątrz lub przez zrealizowanie tej usługi środkami własnymi. Cena za oferowany zakres umożliwia zrealizowanie go w dwojaki sposób.

Poz. 3.4 Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia

Odnosnie zarzutu Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał kosztu przetworzenia materiałów filmowych wykraczających poza zakres posiadanego oprogramowania, Odwołujący podniósł, że nie miał obowiązku wykazywania kosztów przetworzenia materiałów filmowych z uwagi na dokonujący się postęp technologiczny. W chwili obecnej możliwe jest korzystanie z funkcji jaką dają smartfony, większość posiada kamery i aparaty do robienia zdjęć i filmów doskonałej jakości oraz wbudowaną pamięć na poziomie 50 GB. Liczba aplikacji służących do tego typu działań rośnie z każdym dniem. Prowadzeniem strony internetowej na zadaniach realizowanych dla tego samego Zamawiającego, czyli na zadaniu S7 Nowy Dwór Gdański - Elbląg, zajmuje się Główny Inspektor Branży Drogowej, a na zadaniu Budowa obwodnicy Kościerzyny Specjalista ds. rozliczeń. Obaj Panowie robią to w ramach swoich obowiązków i korzystają ze stworzonych wzorcowych projektów stron internetowych.

Poz. 3.5 Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia ostatecznego Świadcstwa Płatności

Odnosnie zarzutu Zamawiającego, że Wykonawca nie wykazał kosztu przetworzenia materiałów filmowych wykraczających poza zakres posiadanego oprogramowania, Odwołujący podniósł, argumentację jak powyżej.

Dodatkowo Odwołujący w całości podtrzymał swoje stanowisko złożone na etapie wyjaśnień treści oferty.

W wyjaśnieniach tych Odwołujący wskazał na możliwość zorganizowania Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego w siedzibie Wykonawcy w Gdańsku przy ul. Zabytkowej 2.

Zdaniem Odwołującego, nieuprawnione są twierdzenia Zamawiającego jakoby tego typu założenia były niezgodne z OPZ i Umową. Zamawiający nie wymagał, by w Okresie Przeглядów i Rozliczeń Biuro znajdowało się w odległości do 10 km od terenu budowy. Zamawiający wskazał jedynie, że „w Okresie Przeглядów i Rozliczeń Kontraktu Konsultant może przewidzieć zmniejszenie powierzchni biura i inną lokalizację, stosownie do charakteru pracy w tych okresach”. Zamawiający nie dodał zastrzeżenia - „do 10 km od terenu budowy”. Pomimo braku takiego zastrzeżenia, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego czyni Odwołującemu zarzut z faktu, że zaproponowana przez Odwołującego lokalizacja Biura znajduje się dalej niż 10 km od terenu budowy (33 km). Pomimo braku zastrzeżenia, Zamawiający czyni wobec Odwołującego zarzut, że Odwołujący zaproponował biuro w odległości większej niż 10 km. Zarzut ten nie jest podyktowany żadnymi merytorycznymi przesłankami, pozostaje również w sprzeczności z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał także, że zarzuty Zamawiającego nie dotyczą istotnych części składowych ceny zaoferowanej przez Odwołującego. W jego ocenie, kwestionowane przez Zamawiającego pozycje Formularza cenowego nie stanowią istotnych części składowych zaoferowanej ceny w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dla uznania, że oferta Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską konieczne jest, aby zaoferowana cena (globalnie) lub istotna część składowa tej ceny, były rażąco niskie. Nawet gdyby uznać, że w/w pozycje Formularza cenowego stanowią istotne części składowe zaoferowanej ceny w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to żadna z tych części nie zawiera ceny rażąco niskiej. Zakwestionowane przez Zamawiającego składniki ceny stanowią znikomą część ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i nie wezwanie Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień podniósł wyłącznie z ostrożności procesowej. W ocenie Odwołującego jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazuje, że niektóre odpowiedzi Odwołującego „utrudniły obiektywną ocenę poprawności przyjętych składowych ceny jednostkowej dla pozycji Biuro Konsultanta”, w ocenie Odwołującego uzasadnionym jest przyjęcie, że Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie nieobiektywnej oceny poprawności przyjętych składowych ceny jednostkowej.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający używa stwierdzeń typu: „uwzględniając powyższe można podejrzewać”, „Zamawiający poddaje w wątpliwość”, „przedstawiona zbiorcza tabela uniemożliwia obiektywną ocenę poprawności przyjętych składowych”. W takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do wezwania Wykonawcy do udzielenia Wyjaśnień w zakresie, w którym Zamawiający posiadał wątpliwości.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego pomimo, że Odwołujący zastrzegł, że informacje te nie mogą być udostępniane oraz wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zastrzegł, że przekazywane w wyjaśnieniach z dnia 18 grudnia 2017 r. informacje nie mogą być udostępniane i wskazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 12 stycznia 2018 r. odtajnił informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 18 grudnia 2017 r. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał, że wskazane informacje mają wartość gospodarczą. Odwołujący nie zgodził się z takim stwierdzeniem Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że w tym zakresie Zamawiający wymaga od Odwołującego udowodnienia, że wskazane informacje mają wartość gospodarczą, a to pozostaje wprost w sprzeczności z brzmieniem powołanego przepisu.

KIO 135/18

Odwołujący Lafrentz Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie (w zakresie części Część nr 2: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 4: w. Szemud (bez węzła) - w. Gdynia Wielki Kack (z węzłem)) od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, wyboru oferty Konsorcjum Lider: TPF Sp. z o.o., Partner: TPF Getinsa Euroestudios S.L. jako oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 4. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp - poprzez złamanie podstawowej zasady uregulowanej przepisami ustawy pzp, tj. równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego; naruszenie art. 89 ust.2 i 4 pzp - poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z SIWZ oraz z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP

poprzez dokonania wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty TPF Sp. z o.o., TPF Getinsa Euroestudios S.L., ponowienie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na okoliczność, że oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w tym zakresie odniósł się do wyceny przez Wykonawcę konkretnych pozycji Formularza Cenowego tj.: poz. 1.1 i 4.1 „Biuro Konsultanta”, poz. 1.2 i 4.2 „Biuro Zamawiającego”, Działu 2 „Usługi nadzoru i zarządzanie”.

Analizując treść oferty oraz złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, ani nie wykazał ujęcia w cenie oferty wszystkich wymogów SIWZ, w związku z czym zaszyły podstawy do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, że ujął on w cenie oferty w poz. 1.1, 1.2, 2.2, 2.3 oraz 4.1 i 4.2 Formularza cenowego wszystkie koszty realizacji przedmiotowego zadania.

Odwołujący wskazał na brzmienie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych i fakt, że jego nowe brzmienie dało Zamawiającemu szersze pole do analizowania cen składanych przez wykonawców. Zyskali oni nie tylko prawo do analizowania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do globalnej ceny oferty, ale również w stosunku do jej istotnych elementów.

Odwołujący podkreślił, że brak jest legalnej definicji „istotnych części składowych ceny”, a orzecznictwo czy doktryna pozostają w tej materii ubogie. W ocenie Odwołującego, nawet relatywnie niska cena za poszczególne, nieistotne elementy przedmiotu zamówienia, nie może stać się przesłanką do odrzucenia oferty wykonawcy, jeśli jednocześnie globalna cena oferty bądź jej istotne elementy nie odbiegają znacząco od cen rynkowych, mających swoje odzwierciedlenie w szczególności w cenach ofert innych wykonawców - co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zatem samo wystąpienie niskiej składowej ceny nie jest tożsame z zaistnieniem rażąco niskiej ceny oferty i należy każdorazowo brać pod uwagę charakter zamówienia, w tym przewidziany sposób obliczenia jego ceny.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nie miał prawa wzywać go do wyjaśnień w zakresie ceny dotyczących zwłaszcza pozycji 1.2, 4.1 i 4.2 Formularza cenowego, gdyż ceny te stanowią zaledwie bardzo mały procent łącznej ceny oferty.

Pozycja 1.1 Biuro Konsultanta: wartość netto 291 110,00 zł, co stanowi zaledwie ok. 3,5% wartości całej oferty, pozycja 1.2 Biuro Zamawiającego: Wartość netto 80 410,00 zł co stanowi zaledwie ok. 0,098% - a więc nie cały jeden) procent wartości całej oferty, pozycja 4.1 Biuro Konsultanta (cena jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.1) Wartość netto 49 800,00 zł, co stanowi zaledwie ok. 0.6%. wartości całej oferty, pozycja 4.2 Biuro Zamawiającego (cena jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.2), Wartość netto 13 800,00 zł, co stanowi zaledwie ok. 0,17% (słownie: siedemnaście setnych procenta) wartości całej oferty.

Zamawiający za nieprawidłowe uznał skalkulowanie oferty przez Odwołującego w poz. 1.3 i 1.4 w oparciu o stawki wynagrodzenia minimalnego określone w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. Zamawiający stoi na stanowisku, że wykonawca winien był do wyceny oferty przyjąć stawki wynikające z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Odwołujący podkreślił, że oferta Wykonawcy powinna odpowiadać przepisom prawa obowiązującym na dzień jej składania.

Wskazane przez Zamawiającego rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. weszło w życie dopiero z dniem 1 stycznia 2018 r., a więc dalece po terminie składania ofert. Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że posiłkując się treścią rozporządzenia dot. stawek minimalnych, obowiązującego na dzień składania oferty uczynił zadość wymaganiom Zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Odwołujący zwrócił także uwagę na treść projektu umowy (IPU), który przewiduje w § 6 waloryzację wynagrodzenia. Potwierdzają to również zapisy § 38 ust. 4 pkt 10, zgodnie z którymi zmiana postanowień Umowy może nastąpić w przypadku konieczności wprowadzenia zmian w związku z okolicznościami opisanymi w art. 142 ust. 5 Pzp. W ocenie Odwołującego, postanowienia Umowy pozwolą dostosować wysokość wynagrodzeń Personelu Biurowego i Pomocniczego do stawki minimalnego wynagrodzenia, która obowiązuje od 1 stycznia 2018 r.

W odniesieniu do tych samych pozycji Formularza cenowego, Zamawiający wskazał, że w stosunku do personelu pomocniczego i biurowego Odwołujący „winien dodatkowo ująć w wycenie koszty związane m.in. z urlopami pracowniczymi, a biorąc pod uwagę, iż każdemu

pracowników zatrudnionemu na umowę o pracę przysługuje minimalny, płatny urlop w wysokości 20 dni roboczych, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia zastępstwa na co najmniej 1 miesiąc w każdym roku trwania umowy. Odwołujący wskazał na wątpliwości w tym zakresie. Wskazał także, że w jego ocenie z postanowień SIWZ wynika, że Wykonawca obowiązany jest do zapewnienia zastępstw, a więc również ponoszenia wszelkich kosztów z nimi związanych, wyłącznie w stosunku do Personelu Konsultanta, a nie do Personelu biurowego oraz pomocniczego. Odwołujący wskazał także, że w pozycjach Formularza cenowego dotyczących Personelu biurowego oraz pomocniczego nie był obowiązany do uwzględnienia kosztu zastępstw. Wynika to przede wszystkim z przyjętego przez Odwołującego modelu świadczenia usługi, który stanowił podstawę kalkulacji oferty.

Odwołujący stwierdził także, że: „Lata prowadzonej działalności pozwoliły Odwołującemu na wypracowanie takich mechanizmów, które pozwalają na sprawne pozyskanie pracownika w miejsce tego, który w danym momencie nie wykonuje swojej pracy”.

Dalej Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie wskazał na nieprawidłowości w wycenie pozycji dotyczących Personelu biurowego oraz pomocniczego, a ograniczył się do tego jedynie w analogicznej ofercie Odwołującego złożonej na realizację zadania: Część nr 1: Powyższe wskazuje na niekonsekwencję Zamawiającego i jest kolejnym dowodem na brak rzetelności w jego działaniach.

Odwołujący podkreślił, że złożone przez niego wyjaśnienia z dnia 20.11.2017 r. odnoszące się do kalkulacji cen w pozycjach odnoszących się do Biura Konsultanta oraz Zamawiającego (poz. 1.1,1.2, 4.2 Formularza) należy uznać za kompleksowe i pozwalające Zamawiającemu na ocenę czy zaoferowana przez Lafrentz cena gwarantuje wypełnienie wszystkich wymagań SIWZ. Odwołujący wyjaśnił, że przedłożył odpowiednie dowody na poparcie swojego stanowiska, w szczególności umowy najmu lokali, które spełniały kryteria Zamawiającego. Mimo to Zamawiający uznał, że wyjaśnienia i przedłożone dowody nie potwierdzają spełniania wymagań SIWZ i uznał przedmiotowe wyjaśnienia za niewystarczające.

W ocenie Zamawiającego konieczne pozostawało jednoznaczne wykazanie przez Odwołującego kosztu każdego, bardzo szczegółowo wyliczonego w SIWZ elementu składowego kosztów związanych z Biurem. W opinii Odwołującego zaś, takie postępowanie prowadzi do bardzo niebezpiecznej dla wykonawców sytuacji - Zamawiający może żądać od wykonawców coraz to nowych dowodów na spełnienie wymagań SIWZ, a finalnie w sposób dowolny stwierdzić, że nie spełnił on obowiązku wykazania, iż oferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący argumentował, że Wykonawcy sporządzając ofertę bazują w pewnym zakresie na założeniach, czy też przyjmują uśrednione wartości niektórych elementów ceny z

uwagi na czas w jakim ma być świadczona usługa, tj. kilka lat. W konsekwencji nie sposób żądać od nich, aby w ramach ceny która obejmuje świadczenie usług przez kilka lat wycenione została najdrobniejsze elementy, w tym elementy, które są zmienne i często nieprzewidywalne.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu odrzuceniu podlegało sześć na osiem złożonych ofert. Ceny odrzuconych ofert (poza ofertą MGGP S.A.) znajdowały się na podobnym poziomie cenowym. Oszacowanie wartości zamówienia na takim poziomie przez znaczną część wykonawców świadczy zdaniem Odwołującego o tym, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania tj. 12 853 376,72 zł została skalkulowana błędnie, w oderwaniu od realiów rynkowych.

Trudno bowiem domniemywać, że praktycznie wszyscy oferenci - będący podmiotami profesjonalnie działającymi na rynku od wielu lat - wskazali ofertę niezgodą z SIWZ lub z ceną rażąco niską, niepozwalającą na faktyczne zrealizowanie zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że zdaje sobie sprawę z faktu, że jego oferta była niższa od ponad 30% od wartości zamówienia, co aktualizowało po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania go do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Przedmiotowa sytuacja nie wynikała jednak z faktu, iż to oferta Odwołującego została wyceniona zbyt nisko, a wyłącznie z faktu, iż budżet Zamawiającego został oszacowany zdecydowanie zbyt wysoko.

Dalej Odwołujący argumentował, że celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy PZP, jest bowiem definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Fakt, iż cena oferty Lafrentz jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia nie może świadczyć o tym, że jest ona ceną rażąco niską. Wyłącznie na tej podstawie nie można domniemywać, że cena oferty jest nierzeczywista lub nierynkowa.

Odwołujący zakwestionował podstawy badania ceny oferty w Dziale 2 Formularza cenowego „Usługi nadzoru i zarządzanie”. Wskazał, że rozliczenie tych pozycji odbywa się w oparciu o ryczałt. Mając to na uwadze, Odwołujący zakwestionował wnioskowanie przez Zamawiającego o rozbicie ceny, zwłaszcza tak szczegółowe jak to, o które Zamawiający wnosił w wezwaniu do wyjaśnień.

Odwołujący podkreślił, że przedłożył HPPK wraz z wyjaśnieniami z dnia 20.11.2017 r. i należy uznać to za wyraz szczególnej staranności. Odwołujący podkreślił, że postanowienia SIWZ w żadnym miejscu nie wymagają od wykonawcy przedkładania Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) jeszcze przed rozpoczęcie realizacji usługi. Jak stanowi § 11 ust. 3 projektu Umowy (IPU) dopiero „w terminie do 7 dni od daty rozpoczęcia świadczenia

Usługi, Konsultant przekaze Kierownikowi Projektu pierwszy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) określający planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usługi oraz uwzględniający terminy mobilizacji zasobów administracyjnych (...). Odwołujący podkreślił także, że proces budowlany charakteryzuje się znaczną dynamiką. W konsekwencji, już na etapie sporządzania oferty nie ma możliwości stworzenia harmonogramu, który w pełni odpowiadałby działaniom prowadzonym na placu budowy.

Odnosząc się do faktu podważenia przez Zamawiającego wartości umów podwykonawczych zawartych przez Odwołującego w celu realizacji usługi zgodnie z działem 2 Formularza cenowego, Odwołujący wskazał, że kwoty wynagrodzenia podwykonawców zawarte w stosownych oświadczeniach są wyłączną kwestią wewnętrznym ustaleń prywatnych przedsiębiorców. Żadne z przepisów prawa nie daje Zamawiającemu podstawy do kwestionowania ich wysokości.

Odwołujący wskazał także na błędy Zamawiającego w zakresie wyliczenia dniówek (np. dla specjalisty ds. rozliczeń - Zamawiający przyjął pół etatu, mimo, że w HPPK wykazano, że będzie on zatrudniony na pełen etat). Duża liczba błędnych danych, zdaniem Odwołującego podważa wiarygodność przedstawionych przez Zamawiającego wyliczeń.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

KIO 120/18

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZBM do złożenia wyjaśnień w zakresie części I zamówienia.

Izba ustaliła, że wartość zamówienia określona przez Zamawiającego (powiększona o podatek od towarów i usług) w części I wynosi: 10 878 655,21 zł (brutto). Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w tej części wynosi: 9 580 430,75 zł (brutto). Zamawiający wyjaśnił, że cena oferty wykonawcy ZBM była niższa odpowiednio o 22% i 11,43% od podanych wyżej wartości.

Już z tej okoliczności wynika, że nie zaistniały podstawy do wezwania wykonawcy ZBM do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w I części zamówienia. Zamawiający nie naruszył zatem art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Skoro zatem cena oferty wykonawcy ZBM nie była niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, to nie zachodziła konieczność wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Bez znaczenia pozostaje podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że Zamawiający dokonywał wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny także innych wykonawców, których ceny nie były niższe o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Treść cytowanego przepisu w tym zakresie jest jednoznaczna i w niniejszym postępowaniu nie można stwierdzić jego naruszenia.

Ponadto z przedstawionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (str. 11) tabelarycznego zestawienia poszczególnych elementów (ich wartości w odniesieniu do wartości szacunkowej, i ich wartości w odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert) wynika, że ceny jednostkowe tych elementów nie odbiegały znacząco od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że dokonał analizy poszczególnych cen jednostkowych złożonych ofert (w tym zakresie przedstawił dowód - Załącznik nr 2 do Protokołu z prac Komisji przetargowej z przeprowadzonego Badania wstępnego z dnia 8.11.2017 r.). Z ww. dowodu wynika, że ceny jednostkowe przyjęte przez wykonawcę ZBM nie przekraczają 30% względem szacowanych cen Zamawiającego. Z dowodu tego wynika także, że ceny za poszczególne elementy zamówienia nie były przez wykonawców kalkulowane jednakowo w zakresie części I i II zamówienia. Jak wskazał Zamawiający, siedmiu z ośmiu wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym sam Odwołujący, oparło się na odmiennych dla obu części cenach składowych elementów Formularza Cenowego. Oznacza to, że również wykonawcy przyjęli, że dla każdej z części zamówienia należy przyjąć różne koszty, zadania i ich zakres nie są bowiem jednakowe.

Odwołujący oparł stawiane zarzuty na domniemaniu, że wykonawca ZBM obliczył cenę oferty w Części 1 zamówienia opierając się na tych samych danych do wyliczenia ceny, jak w Części 2 i w konsekwencji stwierdził, że cena oferty tego wykonawcy w części 1 nosi znamiona rażąco niskiej ceny. W swojej argumentacji Odwołujący stwierdził, że: „obydwie części posiadają takie same zapisy OPZ, obydwa odcinki drogi są umiejscowione koło siebie, z jedyną różnicą, iż w części 1 długość budowanego odcinka to 10,3 km, a w części nr 2 to 20,2 km.”

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ocena ofert następuje odrębnie dla każdej z części postępowania. Jest to tym bardziej uzasadnione, że zakres zamówienia był dla każdej z części różny. Różna była bowiem długość odcinka i już ten fakt oznacza, że błędne jest założenie Odwołującego, że zakres prac jest taki sam dla każdej z części zamówienia. Należy podkreślić, że różna długość odcinka wpływa na zróżnicowane koszty transportu i łączności, różną ilość materiałów promocyjnych, a także na różną odległość od biura. Koszty środków transportu, ilości zużytego paliwa, wykonanych materiałów promocyjnych nie mogą być tożsame z kosztami na dłuższym odcinku zadania. Tym samym automatyczne przenoszenie kosztów nie jest uprawnione.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił (poza przedstawieniem swojego przekonania) okoliczności przeciwnej.

W konsekwencji należało zatem uznać, że twierdzenia Odwołującego nie są wiarygodne i nie dowodzą, aby cena zaoferowana przez wykonawcę ZBM była ceną rażąco niską.

Uzupełniająco należy wskazać, że nieprawidłowe były wyliczenia, które przyjął Odwołujący w swojej kalkulacji przedstawionej w treści odwołania. Jak wskazał Zamawiający, nie jest prawdziwe stwierdzenie, jakoby dla etapu projektowania, oprócz ośmioosobowego zespołu

Personelu Kluczowego, konieczne było zatrudnienie dodatkowych 33 osób w ramach ekspertów niekluczowych. Zamawiający wskazał, że w tym zakresie dokonał modyfikacji treści SIWZ i minimalny skład i czas zatrudnienia zespołu Konsultanta wynosi 27 osób (dla części I). Ponadto różna była ilość przyjmowanych przez Odwołującego w treści odwołania dni roboczych. Powyższe okoliczności wskazują, że Odwołujący do swoich obliczeń przyjmował błędne założenia. W związku z tym wyniki tych wyliczeń są niewiarygodne i w konsekwencji nie mogą stanowić dowodu na okoliczność uprawdopodobnienia, że cena w ofercie wykonawcy ZBM jest rażąco niska.

W konsekwencji należy uznać za bezpodstawny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający prowadził postępowanie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

KIO 133/18

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa podlega badaniu Zamawiającego. Już ta okoliczność wskazuje, że wykonawca jest zobowiązany wykazać zasadność zastosowanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykazać, a więc przedstawić uzasadnioną argumentację i ewentualne dowody w tym zakresie.

W ocenie Izby, trafne było stanowisko Zamawiającego, że w treści wyjaśnień Odwołujący nie wykazał, że wskazane informacje mają wartość gospodarczą. Okoliczności przeciwnej Odwołujący nie wykazał także ani w odwołaniu, ani w trakcie rozprawy. Przedmiotowe wyjaśnienia dotyczyły zaoferowania przez Odwołującego, dla Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, minimalnego wynagrodzenia za pracę. Informacje nie posiadają zatem wartości gospodarczej, gdyż jak trafnie zauważył Zamawiający, obowiązkiem, a nie przywilejem Odwołującego, jest spełnienie wymogu zatrudnienia Personelu biurowego i Personelu pomocniczego w oparciu o umowę pracę (wymagania SIWZ) z przynajmniej minimalnym wynagrodzeniem, o którym mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (wymóg ustawowy). Co więcej, trafnie zauważył

Zamawiający, że wyjaśnienia dotyczyły kwestii minimalnego wynagrodzenia, co nie stanowi żadnej informacji gospodarczej, jest to bowiem informacja jawna.

Tym samym, w ocenie Izby zasadne było odtajnienie przez Zamawiającego treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. W konsekwencji powyższego, Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w pkt. 15 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) zawarł zakaz przenoszenia kosztów do innych pozycji lub pokrywania ich z innych źródeł. Zgodnie z pkt. 15 IDW, cena oferty musiała być wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zawarty w Tomie IV SIWZ. Formularz ten należało wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca, obliczając cenę oferty, musiał uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym i nie mógł samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego. Ponadto każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu Cenowym, w związku z czym Wykonawca nie był uprawniony do przenoszenia kosztów między pozycjami. Wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia winny być wycenione wyłącznie w pozycjach do tego wyznaczonych. Z powyższego wynika, że Zamawiający jednoznacznie wskazał, że Wykonawca obliczając cenę oferty, musiał uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym i nie mógł samodzielnie wprowadzić żadnych zmian. Wprowadzenie zmian w tym zakresie, stanowi niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ.

W ocenie Izby, powołanie się przez Odwołującego w treści odwołania na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 1651/14) wydany w postępowaniu na wybór Inżyniera dla budowy Obwodnicy Kościerzyny pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Budowa obwodnicy M. Kościerzyna w ciągu DK nr 20 Stargard Szczeciński Gdynia”, jako uzasadnienie dokonanych przez Odwołującego zmian w sposobie obliczenia cen w niniejszym postępowaniu, jest niezasadne. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że każdego z wykonawców obowiązują postanowienia niniejszego postępowania, nie zaś postanowienia i wykładnia zastosowana w innym postępowaniu. Przyjęcie takiego postępowania, jak chciałby Odwołujący, prowadziłoby do

nierównego traktowania wykonawców, bowiem jeden z nich (właśnie Odwołujący) stosowałby postanowienia innej SIWZ, co jest wręcz absurdalne. Tym bardziej, że Zamawiający zaprzeczył, że wymagania w uprzednio prowadzonym postępowaniu dotyczące ceny oferty nie odbiegały od wymagań w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby, sformułowanie pkt. 15 IDW w niniejszym postępowaniu jest jednoznaczne i treść tego punktu powinna być rozstrzygająca.

Odwołujący w treści wyjaśnień z 20.11.2017 r. przedstawił zbiorcze zestawienie kosztów dla pierwszych trzech pozycji Formularza Cenowego „Niesobowe miesięczne koszty utrzymania biura Konsultanta, Zamawiającego oraz samochodu Zamawiającego”. Mimo szczegółowego wezwania Zamawiającego, jak i postanowień pkt 15.3 IDW, Odwołujący nie przedstawił rozbitcia składowych cen jednostkowych. Tym samym Odwołujący nie wykazał wszystkich istotnych kosztów dla pozycji wyspecyfikowanych w wezwaniu.

Jak wskazał Zamawiający, dowiodło to, że suma kosztów wchodzących, zgodnie z wykazem Odwołującego przedłożonym w ramach wyjaśnień z 20.11.2017 r., w skład pozycji 1.1 Biuro Konsultanta i 1.2 Biuro Zamawiającego Formularza Cenowego, nie wyczerpuje wszystkich wymagań SIWZ i jest wyższa od sumy w/w pozycji zawartych w Ofercie Odwołującego (jak wykazano poniżej, dotyczy to również pozycji 4.1 i 4.2 Formularza Cenowego).

Podkreślić należy, że ciężar dowodu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a także, że treść oferty odpowiada SIWZ, spoczywa na wykonawcy. Zatem Odwołujący nie tylko winien zastosować się do wymagań SIWZ, ale także jednoznacznie wykazać poszczególne koszty. Wykonawca, który nie odpowiada na wezwanie Zamawiającego, lub odpowiada w sposób uniemożliwiający dokonanie oceny wyjaśnień, a tym samym nie usuwa wątpliwości co do zgodności jego oferty z treścią SIWZ lub nie obala domniemania rażąco niskiej ceny, naraża się na sankcję w postaci odrzucenia oferty.

Zamawiający wskazał na sprzeczności pomiędzy treścią wyjaśnień Odwołującego i treścią złożonej przez niego oferty. Dotyczy to w szczególności pozycji 1.1, 1.2, 4.1 oraz 4.2 formularza cenowego. Suma kosztów w tych pozycjach formularza, wynikających z przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień, jest wyższa od sumy kosztów w tych samych pozycjach formularza zawartych w ofercie Odwołującego. W sytuacji, gdy składowe ceny wynikające z wyjaśnień są wyższe niż te same składowe ceny wynikające z oferty, oznacza, że doszło do zaniżenia ceny ofertowej. Treść wyjaśnień Odwołującego nie obala więc domniemania rażąco niskiej ceny. A to z kolei wskazuje na okoliczność, że Zamawiający słusznie uznał, że treść wyjaśnień Odwołującego potwierdza, że cena zawarta w jego ofercie nie jest realna.

Treść składanych wyjaśnień powinna utwierdzać w przekonaniu, że kalkulacja ceny została sporządzona prawidłowo i przy przyjęciu realnych kosztów. W przypadku, gdy kalkulacja zawarta w treści wyjaśnień zawiera inne składowe ceny niż zawarte w treści oferty, to jednoznacznie wskazuje to na niewłaściwe oszacowanie zamówienia, a zatem nie obala domniemania rażąco niskiej ceny. Na marginesie jedynie Izba wskazuje, że Zamawiający wykazał nieścisłości i dalsze niezgodności pomiędzy treścią wyjaśnień Odwołującego a treścią odwołania. Dotyczy to w szczególności kosztów eksploatacyjnych (str. 14 i 15 odpowiedzi na odwołanie).

W ocenie Izby bezzasadne są także wywody Odwołującego co do prawidłowości przyjętej przez niego kalkulacji stawki minimalnego wynagrodzenia.

W niniejszym postępowaniu jednym z wymogów było zatrudnienie w oparciu o umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, Personelu biurowego (poz. 1.3 i 4.3 Formularza cenowego) oraz Personelu pomocniczego (poz. 1.4 i 4.4 Formularza cenowego).

W ocenie Izby, do kalkulacji minimalnego wynagrodzenia (wbrew stanowisku Odwołującego) Odwołujący (w pozycji 1.3 1.4, 4.3 i 4.4 Formularza Cenowego) winien był przyjąć stawki wynikające z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r.

Jak trafnie zauważył Zamawiający, art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do konieczności uwzględniania przez wykonawców w kalkulacji kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, określonego na podstawie odrębnych przepisów. Kalkulacja kosztów pracy jest jednym z elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. Jak dalej wyjaśnił Zamawiający, zasady kształtowania wysokości minimalnego wynagrodzenia zostały uregulowane w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Art. 2 ust. 1 tej ustawy wskazuje na powtarzającą się cyklicznie, co roku, procedurę ustalania wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Procedura ta polega na negocjacjach w ramach Komisji Trójstronnej. Komisja Trójstronna uzgadnia wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w kolejnym roku do dnia 15 lipca każdego roku. Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę na rok 2018 została przyjęta Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. (Dz.U. z 2017 r., poz. 1747), opublikowanym w dniu 15 września 2017 r.

Izba orzekając miała na uwadze okoliczność, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął 17.10.2017 r, a więc już po dacie opublikowania ww. rozporządzenia

regulującego wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Powyższe oznacza, że wykonawcy znali w chwili składania ofert treść tego rozporządzenia. Zdaniem Izby, koszty osobowe związane z wykonaniem zamówienia, były w dniu składania ofert nie tylko możliwe do przewidzenia, ale wręcz konieczne do oszacowania. Przede wszystkim dlatego, że umowa realizowana będzie począwszy od roku 2018. Wykonawca, mając wiedzę o wysokości tych kosztów, winien przedłożyć Zamawiającemu realną ofertę, która powinna być powiązana z realnymi kosztami, które Odwołujący będzie ponosił.

W treści odwołania Odwołujący powoływał się na postanowienia umowy wskazujące na możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający w tym zakresie uwzględnił postanowienia art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i określił, w jakiej sytuacji przysługuje uprawnienie do wystąpienia o waloryzację. Zamawiający określił termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie; o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana; jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z postanowieniami IPU, waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od miesiąca, w którym została wystawiona pierwsza fakturą VAT, „dotycząca Okresu wykonywania Robót w celu realizacji Kontraktu”. Zgodnie zatem z postanowieniami umowy, prawo do waloryzacji przysługuje wykonawcy po okresie 15 miesięcy. Tym samym Odwołujący, posiadając powyższe informacje winien przewidzieć w cenie oferty koszty niezbędne do wypełnienia zobowiązań wynikających z przepisów dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r., co najmniej na okres pierwszych 15 miesięcy umowy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący swoim oświadczeniem złożonym w treści wyjaśnień i odwołania potwierdził, że nie uwzględnił kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę, określonego zgodnie z rozporządzeniem, którego moc obowiązująca rozpoczyna się w 2018 r. Już sam ten fakt wskazuje na brak należytego oszacowania ceny oferty przez Odwołującego. W ocenie Izby dopasowywanie kalkulacji i treści wyjaśnień względem stanowiska Zamawiającego jedynie potwierdza nierzetelność oszacowania ceny zamówienia. Jako takie, nie obala domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego.

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę powoduje, że Odwołujący dodatkowo winien być ująć w wycenie koszty związane m.in. z urlopami pracowniczymi, w związku z czym Odwołujący zobowiązany był do zapewnienia zastępstwa na co najmniej 1 miesiąc, w każdym roku trwania umowy i wykazać koszty w tym zakresie.

Izba miała na uwadze także okoliczność, że w równoległe prowadzonym postępowaniu przetargowym na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 2: w. Bożepole Wielkie (z węzłem) - w, Luzino (z węzłem), w którym otwarciu ofert miało miejsce w dniu 03.11.2017 r., tj. dwa tygodnie po otwarciu ofert w przedmiotowym postępowaniu, okres realizacji zamówienia jest tożsamy, a zapisy SIWZ dotyczące wymogów zatrudnienia Personelu biurowego i pomocniczego są takie same, Odwołujący przyjął do kalkulacji w Formularzu cenowym wartości zbieżne z wyliczeniami Zamawiającego, tj. w całości pokrywające wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotowych pozycji, co potwierdza, iż Odwołujący niewłaściwie skalkulował te pozycje w niniejszym postępowaniu. Potwierdza to także, że dokonanie takiej kalkulacji było możliwe. Ponadto Odwołujący miał świadomość, że właśnie prawidłowa kalkulacja to ta, na którą wskazuje Zamawiający.

W ocenie Izby niezasadny jest zarzut dotyczący nieuprawnionego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ceny pozycji, których dotyczyło wezwanie stanowią bardzo mały procent łącznej ceny oferty i nie można ich uznać za istotne części składowych ceny oferty, o których stanowi art. 90 ust. 1 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie zakwestionował w terminie przewidzianym w ustawie takiego wezwania. Powyższe oznacza, że Odwołujący zgodził się na udzielenie wyjaśnień także co do niewielkiej części kontraktu. Odwołujący nie kwestionował w czasie przewidzianym w ustawie tej czynności Zamawiającego, co oznacza, że nie uznawał w tamtym czasie, aby takie wezwanie naruszało przepisy ustawy. Kwestionowanie wezwania Zamawiającego na obecnym etapie jest działaniem spóźnionym.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, gdy jest ona niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług.

W niniejszym postępowaniu wezwanie skierowane do Odwołującego odnosiło się do poszczególnych elementów oferty, które stanowiły jej część, a tym samym miały wpływ na jej wartość całkowitą. Zamawiający wskazał w treści wezwania konkretne pozycje z Formularza cenowego, ze wszystkich jego działów. Tym samym nie sposób zarzucić Zamawiającemu, że jego działanie było nieuprawnione. Wyjaśnienia miały dotyczyć pozycji wyszczególnionych w Formularzu cenowym. Nadto, dotyczyły istotnych elementów – takich jak np. wynagrodzenia. Co więcej, nawet niewielki procent wartości kontraktu (np. 5%)

stanowi znaczną wartość przy wielomilionowej wartości całego kontraktu. Zatem nie sposób uznać, że są to elementy nieistotne.

Tym samym, w ocenie Izby bezzasadne są twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny pozycji 1.1, 1.2, 4.1, 4.2 Formularza cenowego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego wadliwe zastosowanie i nie wezwanie Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący wyjaśnił, że wymieniony wyżej zarzut podnosi wyłącznie z ostrożności procesowej. W ocenie Odwołującego, złożone do tej pory przez Odwołującego wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej. W jego ocenie, Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień tylko w zakresie, w którym Zamawiający posiadał wątpliwości.

Izba rozstrzygając zarzut miała na uwadze okoliczność, że Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wezwanie w sposób bardzo szczegółowy określało składowe cen jednostkowych, których ujęcia i sposobu wyliczenia wymagał Zamawiający. Zamawiający wskazał, że treść wyjaśnień zaprzeczyła, aby w cenie ujęto wszystkie wymagane w SIWZ składniki i koszty. Zamawiający zwrócił się dodatkowym pismem z 12.12.2017 r. o złożenie wyjaśnień, w celu ustalenia, czy część składowa oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ dla pozycji 1.3, 1.4, 4.3 i 4.4 Formularza Cenowego. Zamawiający wyjaśnił, że pomimo dodatkowego wezwania, Odwołujący nie oddalił wątpliwości Zamawiającego.

W ocenie Izby, Zamawiający nie był zobligowany do wystosowania kolejnego wezwania. Jeśli bowiem już z pierwotnej treści wezwania wynika, że oferta nie obejmuje wszystkich elementów i kosztów, nie jest zasadne kierowanie dodatkowych wezwań. Dodatkowe wyjaśnienia są niezbędne tylko w sytuacji, gdy treść dotychczasowych wyjaśnień nie jest jasna, pozostają dodatkowe kwestie do doszczegółowienia. Tymczasem w niniejszym postępowaniu już z treści pierwszych wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wynikało, że kalkulacja zaoferowanej przez Odwołującego ceny była nieprawidłowa, gdyż Odwołujący pominął niektóre koszty i składowe ceny. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na Odwołującym. To Odwołujący winien złożyć jasne i kompleksowe wyjaśnienia, tym bardziej, że treść wezwania była bardzo precyzyjna i szczegółowa.

W konsekwencji Izba za niezasadny uznała także powyższy zarzut i orzekła w sentencji o oddaleniu odwołania.

KIO 135/18

W ocenie Izby niezasadny jest zarzut dotyczący nieuprawnionego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny w pozycjach 1.1 Biuro konsultanta, 1.2 Biuro Zamawiającego, 4.1 Biuro Konsultanta (cena jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.1) i 4.2 Biuro Zamawiającego (cena jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.2), gdyż ceny te stanowią bardzo mały procent łącznej ceny oferty i nie można ich uznać za istotne części składowych ceny oferty, o których stanowi art. 90 ust. 1 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie zakwestionował w terminie przewidzianym w ustawie takiego wezwania. Powyższe oznacza, że Odwołujący zgodził się na udzielenie wyjaśnień także co do niewielkiej części kontraktu. Odwołujący nie kwestionował w czasie przewidzianym w ustawie tej czynności Zamawiającego, co oznacza, że nie uznawał w tamtym czasie, aby takie wezwanie naruszało przepisy ustawy. Kwestionowanie wezwania Zamawiającego na obecnym etapie jest działaniem spóźnionym.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, gdy jest ona niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług.

W niniejszym postępowaniu wezwanie skierowane do Odwołującego odnosiło się do poszczególnych elementów oferty, które stanowiły jej część, a tym samym miały wpływ na jej wartość całkowitą. Zamawiający wskazał w treści wezwania konkretne pozycje z Formularza cenowego, ze wszystkich jego działów. Tym samym nie sposób zarzucić Zamawiającemu, że jego działanie było nieuprawnione. Wyjaśnienia miały dotyczyć pozycji wyszczególnionych w Formularzu cenowym. Nadto, dotyczyły istotnych elementów – takich jak np. wynagrodzenia. Co więcej, nawet około 5% wartości kontraktu (na ok. taką wartość wskazuje Odwołujący w odwołaniu) stanowi znaczną wartość przy wielomilionowej wartości całego kontraktu. Zatem nie sposób uznać, że są to elementy nieistotne.

Trafnie wskazał Zamawiający, że przedmiotowe wezwanie odnosiło się również do dyspozycji art. 87 ust. 1 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i dotyczyło uwzględnienia przez Odwołującego w ofercie wszystkich wymagań zawartych w SIWZ.

Tym samym, w ocenie Izby, bezzasadne są twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny pozycji 1.1, 1.2, 4.1, 4.2 Formularza cenowego.

Podkreślenia wymaga fakt, że Odwołujący złożył wyjaśnienia w znacznie szerszym zakresie – treść tych wyjaśnień Odwołujący utajnił z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Co do tej części Odwołujący nie przedstawił argumentacji w treści odwołania – tym samym należy uznać, że w tym zakresie czynność Zamawiającego pozostaje w mocy. Zatem odrzucenie oferty Odwołującego uznać należy za zasadne.

W niniejszym postępowaniu jednym z wymogów było zatrudnienie w oparciu o umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, Personelu biurowego (poz. 1.3 i 4,3 Formularza cenowego) oraz Personelu pomocniczego (poz. 1.4 i 4.4 Formularza cenowego).

W ocenie Izby, do kalkulacji minimalnego wynagrodzenia (wbrew stanowisku Odwołującego) Odwołujący (w pozycji 1.3 1.4, 4.3 i 4.4 Formularza Cenowego) winien był przyjąć stawki wynikające z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r.

Jak trafnie zauważył Zamawiający, art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do konieczności uwzględniania przez wykonawców w kalkulacji kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, określonego na podstawie odrębnych przepisów. Kalkulacja kosztów pracy jest jednym z elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. Jak dalej wyjaśnił Zamawiający, zasady kształtowania wysokości minimalnego wynagrodzenia zostały uregulowane w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Art. 2 ust. 1 tej ustawy wskazuje na powtarzającą się cyklicznie, co roku, procedurę ustalania wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Procedura ta polega na negocjacjach w ramach Komisji Trójstronnej. Komisja Trójstronna uzgadnia wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w kolejnym roku do dnia 15 lipca każdego roku. Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę na rok 2018 została przyjęta Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. (Dz.U. z 2017 r., poz. 1747), opublikowanym w dniu 15 września 2017 r.

Izba orzekając miała na uwadze okoliczność, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 17.10.2017 r., a więc już po dacie opublikowania ww. rozporządzenia, regulującego wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Powyższe oznacza, że wykonawcy znali w chwili składania ofert treść tego rozporządzenia. Zdaniem

Izby, koszty osobowe, związane z wykonaniem zamówienia, były w dniu składania ofert nie tylko możliwe do przewidzenia, ale wręcz konieczne do oszacowania. Przede wszystkim dlatego, że umowa realizowana będzie począwszy od roku 2018. Wykonawca, mając wiedzę o wysokości tych kosztów, winien przedłożyć Zamawiającemu realną ofertę, która powinna być powiązana z realnymi kosztami, które Odwołujący będzie ponosił.

W treści odwołania Odwołujący powoływał się na postanowienia umowy wskazujące na możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający w tym zakresie uwzględnił postanowienia art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i określił, w jakiej sytuacji przysługuje uprawnienie do wystąpienia o waloryzację. Zamawiający określił termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie; o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana; jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z postanowieniami IPU, waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od miesiąca, w którym została wystawiona pierwsza fakturą VAT, „dotycząca Okresu wykonywania Robót w celu realizacji Kontraktu”. Zgodnie zatem z postanowieniami umowy, prawo do waloryzacji przysługuje wykonawcy po okresie 15 miesięcy. Tym samym Odwołujący, posiadając powyższe informacje winien przewidzieć w cenie oferty koszty niezbędne do wypełnienia zobowiązań wynikających z przepisów dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r., co najmniej na okres pierwszych 15 miesięcy umowy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący swoim oświadczeniem złożonym w treści wyjaśnień i odwołania potwierdził, że nie uwzględnił kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę, określonego zgodnie z rozporządzeniem, którego moc obowiązująca rozpoczyna się w 2018 r. Już sam ten fakt wskazuje na brak należytego oszacowania ceny oferty przez Odwołującego.

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę powoduje, że Odwołujący dodatkowo winien był ująć w wycenie koszty związane m.in. z urlopami pracowniczymi, w związku z czym Odwołujący zobowiązany był do zapewnienia zastępstwa na co najmniej 1 miesiąc, w każdym roku trwania umowy i wykazać koszty w tym zakresie.

Izba miała na uwadze także okoliczność, że w równoległe prowadzonym postępowaniu przetargowym na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 2: w. Bożepole Wielkie (z węzłem) - w. Luzino (z węzłem), w którym otwarcie ofert miało miejsce w dniu 03.11.2017 r., tj. dwa tygodnie po otwarciu ofert w przedmiotowym postępowaniu, okres realizacji zamówienia jest

tozsamy, a zapisy SIWZ dotyczące wymogów zatrudnienia Personelu biurowego i pomocniczego są takie same, Odwołujący przyjął do kalkulacji w Formularzu cenowym wartości zbieżne z wyliczeniami Zamawiającego, tj. w całości pokrywające wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotowych pozycji, co tylko potwierdza, iż Odwołujący niewłaściwie skalkulował te pozycje w niniejszym postępowaniu. Potwierdza to także, że dokonanie takiej kalkulacji było możliwe. Ponadto Odwołujący miał świadomość, że właśnie prawidłowa kalkulacja to ta, na którą wskazuje Zamawiający.

W ocenie Odwołującego, działania Zamawiającego, w tym wymaganie drobiazgowych kalkulacji cen, może prowadzić do niebezpiecznej dla wykonawców sytuacji, w której Zamawiający może żądać od wykonawców coraz to nowych dowodów na spełnienie wymagań SIWZ, a finalnie w sposób dowolny stwierdzić, że wykonawca nie spełnił obowiązku wykazania, iż oferowana cena jest rażąco niska.

W ocenie Izby również ten argument jest bezzasadny. Odwołujący nie podważył innych niż drobiazgowość działań Zamawiającego. Ponadto w sposób gołosłowny uznał swoje wyjaśnienia za kompleksowe i pozwalające Zamawiającemu na ocenę, czy zaoferowana cena gwarantuje wypełnienie wszystkich wymagań SIWZ. W ocenie Izby, Zamawiający był w pełni uprawniony, aby szczegółowo zweryfikować, czy wykonawcy dopełnili wymagań określonych w SIWZ i czy cena ich ofert jest realna, wykazana za pomocą dowodów i czy odpowiada obowiązującym przepisom. Należy podkreślić, że jednym z aspektów, coraz szerzej regulowanych ustawą Prawo zamówień publicznych, jest właśnie cena. Podlega ona coraz bardziej szczegółowym badaniom Zamawiającego i tak szczegółowe badanie w ocenie Izby jest jak najbardziej pożądane. Pozwala ono na etapie realizacji zamówienia uniknąć negatywnych konsekwencji, związanych z oparciem przez wykonawców cen na nieprawdziwych i nierealnych kalkulacjach cenowych. Nadto także sprawia, że wykonawcy mogą uczciwie konkurować, w oparciu o realne i prawdziwe ceny.

Odwołujący podniósł także argument, że w przedmiotowym postępowaniu odrzuceniu podlegało aż sześć na osiem złożonych ofert. W jego ocenie, oszacowanie wartości zamówienia na takim poziomie przez znaczną część wykonawców świadczy o tym, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania tj. 12 853 376,72 zł została skalkulowana błędnie, w oderwaniu od realiów rynkowych.

W tym zakresie Izba ponownie zauważa, że Odwołujący nie skorzystał ze środków ochrony prawnej i nie zakwestionował wezwania do wyjaśnienia elementów zaoferowanej ceny.

Odwołujący zakwestionował także podstawy badania ceny oferty w zakresie działu nr 2 Formularz cenowego „usługi nadzoru i zarządzanie” wskazując, że w tym zakresie

Odwołujący przyjął wynagrodzenie ryczałtowe. W ocenie Izby, nawet przyjmując założenie, że w tym dziale rzeczywiście należało określić cenę w formie ryczałtowej, to nie zwalnia to Odwołującego z przedstawienia (na wezwanie Zamawiającego) wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia te powinny być rzetelne, spójne i poparte dowodami. Sam fakt określenia wynagrodzenia jako wynagrodzenia ryczałtowego nie oznacza, że wykonawca jest zwolniony z konieczności dokonywania prawidłowej kalkulacji ceny, opartej o rzeczywiste dane i o realne ceny. Dodatkowo na etapie wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, zobligowany był on do rozbicia liczby dniówek na etapy: projektowania, realizacji oraz przeglądów i rozliczeń. Ta część wezwania nie była również kwestionowana przez Odwołującego. Pomimo tego Odwołujący nie dokonał tego rozbicia w swoich wyjaśnieniach z dnia 20.11.2017 r.

W konsekwencji Izba uznała, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty i argumentacja są bezzasadne i orzekła o oddaleniu odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....