

Sygn. akt: KIO 2054/14

WYROK
z dnia 16 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Justyna Tomkowska

Barbara Bettman

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 października 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r. przez **wykonawcę Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88 B. 51 BC/36** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5** reprezentowana przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88 B. 51 BC/36 i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88 B. 51 BC/36** tytułem wpisu od odwołania,

2.1 zasądza od **wykonawcy Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88 B. 51 BC/36** na rzecz **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5** reprezentowana przez **Generalną Dyrekcję**

Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53 kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. poniesionych kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę zarządzania kontraktem „Budowa obwodnicy miasta Wielunia w ciągu drogi krajowej nr 8”, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5 reprezentowana przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2014r. za numerem 2014/S 115-202925.

W dniu 24 września 2014r. zamawiający drogą faksową poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Biura Usług Inwestycyjnych C.&H. spółka jawna.

W dniu 3 października 2014r. wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88 B. 51 BC/36 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta samodzielnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 3 października 2014r. i nadana listem poleconym.

Odwołujący wniósł odwołanie na:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty firmy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. z uwagi na:
 - a) jej niezgodność z treścią SIWZ
 - b) posiadanie przez nią waloru ceny rażąco niskiej
- 2) wyboru oferty firmy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. (dalej: „wybrany wykonawca”), i uznania jej za najkorzystniejszą
- 3) zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy):

- art. 89 ust. 1 pkt 4 przez nieodrzućenie oferty wybranego wykonawcy mimo iż ta zawiera cenę rażąco niską
- art. 89 ust. 1 pkt 2 przez nieodrzućenie oferty wybranego wykonawcy mimo braku oświadczenia tego podmiotu o związaniu złożoną ofertą przez okres wymagany treścią SIWZ, a w konsekwencji naruszenie także
- art. 24 ust. 2 pkt 4 z uwagi na brak wykluczenia Wykonawcy z uwagi na niewniesienie wadium na żądany przez Zamawiającego okres

- art. 91 ust. 1 ze względu na wybór oferty wykonawcy wybranego i uznanie jej za najkorzystniejszą oraz nieuznanie za najkorzystniejszej oferty odwołującego

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert
- 3) wyboru i uznania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania, bowiem w świetle przyjętych kryteriów oceny oferty jego oferta niepodlegająca odrzuceniu winna być uznana za najkorzystniejszą, stąd niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia wybranego wykonawcy wprost powoduje pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, rodząc szkodę po jego stronie.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł, że zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego wyrażonym w treści wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, iż: „Ceny jednostkowe nie są wielkościami, które mają jedynie obrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, lecz są to ceny będące podstawą skalkulowania rzeczywistego wynagrodzenia Wykonawcy. Zatem, ceny jednostkowe są samodzielnymi cenami za wykonanie poszczególnych pozycji składających się na zamówienie (podobnie Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r., Sygn. Akt KIO/KD/30/14).”

Niezależnie od powyższego, zgodnie z punktem 10.2 IDW „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszty wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu Cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszący.” Dodatkowo wykonawca zobowiązany był do przeprowadzenia właściwych analiz i uwzględnienia wskazanej w umowie możliwości zmiany ilości Innych ekspertów, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy. Ponadto w § 10 ust 16 Umowy wskazano, iż „Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Eksperti zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem innych Ekspertów, których planowany czas pracy, określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu, nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. Zamawiający nie wyrazi pisemnej zgody, o której mowa powyżej, jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków przewidzianych w Umowie lub spowoduje wystąpienie konfliktu interesów.”

Z treści powyższych zapisów i charakteru zamówienia wynika konieczność ujęcia w cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji. Wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy i jest ustalane na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w Formularzu Cenowym oraz ilości przepracowanych dniówek dla danej pozycji. Oznacza to zdaniem odwołującego, iż nie istnieje możliwość „przerzucania” kosztów przez wykonawców na inne pozycje ujęte w Formularzu Cenowym. Po drugie wynagrodzenie jednostkowe musi uwzględniać znaczne ryzyko nie uzyskania zgody zamawiającego na dodatkowe zatrudnienie danej osoby a więc co do zasady podana kwota dniówki eksperta stanowi z jednej strony całkowity koszt ponoszony przez wykonawcę z tytułu zatrudnienia danej osoby a z drugiej stanowi co najwyżej ubruttowioną kwotę która jest płacona przez wykonawcę danemu ekspertowi.

Podane przez wybranego wykonawcę kwoty za pracę Głównego Technologa, Specjalisty ds. Przygotowania Umów, Współpracy z Gestorami Sieci, Inspektora Nadzoru Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych nr 1, Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych, Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych i Elektroenergetycznych, Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych oraz Specjalisty ds. Sprawozdawczości należy uznać za kwoty nierealistyczne, nierynkowe, grożące nienależytym wykonaniem przedmiotowego zamówienia. Za wyjątkiem Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych i Elektroenergetycznych (dniówka 100 zł), dla pozostałych ww. ekspertów dniówka została określona na poziomie 70 zł. Oznacza to że przyjmując nawet 25 dni robocze każdego miesiąca wynagrodzenie przysługujące Wybranemu Wykonawcy wyniesie 1750 zł netto. Należy zaznaczyć, iż jest to kwota niższa od kosztów pracodawcy związanych z zatrudnieniem pracownika na minimalną pensję. W tym kontekście odwołujący zwrócił uwagę na nowelizację art. 90 ust. 1 ustawy zgodnie z którym: „Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, pz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. „

O ile powyższa zmiana wejdzie w życie z dniem 19 października 2014 roku o tyle według odwołującego uregulowanie przez ustawodawcę w ten sposób kwestii badania ceny rażąco niskiej było znane na etapie prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zatem mogło stać się pewną dyrektywą postępowania przy ocenie istnienia bądź nieistnienia przymiotu rażąco niskiej ceny.

Nawet przy zatrudnieniu w oparciu o umowę zlecenie, a charakter przedmiotowego zamówienia wyklucza możliwość zatrudniania w oparciu o umowę o dzieło, wykonawca jest zobowiązany do ponoszenia składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w szczególności przy obowiązującym w trakcie trwania kontraktu zakazie podejmowania dodatkowych zajęć zarobkowych przez wskazanych ekspertów. Niezależnie od powyższego wskazane osoby winny legitymować się odpowiednim wykształceniem, kwalifikacjami i doświadczeniem co ma wpływ na wysokość żądanych na rynku pensji. Dodatkowo wykonawca musi wziąć pod uwagę inne czynniki mogące wpłynąć na koszt pracy eksperta takie jak: urządzenie stanowiska pracy, szkolenie personelu nadzoru, zakwaterowanie, delegacje, bhp, transport, łączność, urlopy i zwolnienia lekarskie.

Prawdziwe wartości i koszty ponoszone przez wykonawcę przy zatrudnieniu kwestionowanych przez odwołującego Ekspertów mogą zostać w łatwy sposób zweryfikowane i porównane na znacznej próbie - 12 innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Przykładowo w przypadku Głównego Technologa i Specjalisty ds. Przygotowania umów podane przez wybranego wykonawcę kwoty stanowią 28,69 % średniej wartości pozostałych cen za pracę tych ekspertów. W opinii odwołującego nie mogą istnieć żadne obiektywne czynniki pozwalające obniżyć kwestionowane kwoty do tak niskich pułapów. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, iż na 13 ofert złożonych przez doświadczonych i uznanych w branży wykonawców tylko oferta wybranego wykonawcy zawiera tak nierealistyczne stawki.

Zaznaczyć należy, iż kwestionowane stawki za dniówkę pracy eksperta przekładają się na ogólną cenę oferty wybranego wykonawcy. O ile ceny wskazane w kolejnych 4 ofertach oscylują wokół kwoty 7.700.000 zł brutto a pozostałe, choć również porównywalne przekraczają 8.000.000 zł brutto o tyle oferta wybranego wykonawcy jako jedyna znacząco odbiega od pozostałych wynosząc niecałe 6. 100.000 zł brutto.

Co do zarzutu braku oświadczenia o związaniu oferta przez okres wymagany treścią SIWZ, to odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy: „Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:

(...) 3) 60 dni —jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2. ”

Zgodnie z punktem 13.1 IDW: „Termin związania ofertą wynosi 60 dni Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert” Punkt 9.8 (Opis

sposobu przygotowania oferty) stanowił, iż: „Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Tomie I, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. ”

W punkcie 6 wzoru oferty zamawiający zawarł obowiązek umieszczenia następującego oświadczenia: „Jesteśmy związani ofertą przez czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. ” Tymczasem w treści oferty wybranego wykonawcy nie zawarto wyłącznie tego jednego oświadczenia. Wskazuje to, w ocenie odwołującego, na świadome działanie wybranego wykonawcy.

Celem żądania stosownego oświadczenia jest zabezpieczenie przez zamawiającego prawidłowości postępowania przez wskazany okres oraz możliwości skutecznego dochodzenia od wykonawcy w pierw wyborcu złożonej oferty jako najkorzystniejszej a potem podpisania umowy z tym wykonawcą. Brak takiego oświadczenia stanowi istotne ryzyko po stronie zamawiającego. Wskazać należy iż nawet najmniej restrykcyjny pogląd dotyczący możliwości wybrania oferty niezależnie od upływu terminu jej związania wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 roku (sygn. akt XXIII Ga 924/14) zakłada możliwość uchylenia się wykonawcy w takim przypadku od obowiązku podtrzymywania „ważności” swojej oferty a w konsekwencji od podpisania z takim wykonawcą umowy. W przedmiotowym postępowaniu nie wiadomo, kiedy upływa termin związania ofertą, swobodę ma tutaj wybrany wykonawca, który w każdej chwili przed upływem terminu 60 dni może oświadczyć iż złożona oferta już go nie wiąże. Co istotne termin związania ofertą nie może być także pośrednio wywodzony z treści żadanego wadium, które zostało wpłacone w pieniądzu, a tytuł wpłaty ani żadne inne postanowienia nie wskazują na związanie ofertą czy okres ważności wadium na czas wskazany w treści SIWZ. O ile możliwe jest istnienie „ważnej” oferty niezależnie od jej zabezpieczenia wadium (np. w sytuacji określonej w art. 46 ust 3 ustawy lub w przypadku braku takiego żądania przez zamawiającego) o tyle zabezpieczenie wadium nie ważnej (nie wiążącej) oferty pozbawione jest jakiegokolwiek sensu.

Powyższe wywody oznaczają, zdaniem odwołującego, także iż wybrany wykonawca składając oświadczenie o braku dalszego związania ofertą może uchylić się od konsekwencji zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 ustawy.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 15 października 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie zamawiającego, zarzut odwołującego dotyczący zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wybranej z powodu ceny rażąco niskiej, nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający podniósł, że podobnie jak w przypadku braku definicji rażąco niskiej ceny, ustawodawca nie określił również przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Problemem jest więc określenie poziomu rażąco niskiej ceny, tj. poziomu, przy którym na zamawiającym ciąży obowiązek wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Przesłanką wystąpienia o wyjaśnienia kalkulacji ceny winny być wątpliwości powzięte przez zamawiającego co do realności zaoferowanej ceny. Powzięcie wątpliwości zdaje się być bardzo subiektywnym kryterium, powodującym w praktyce podejmowanie przez różnych zamawiających zupełnie odmiennych decyzji i ich kwestionowanie przez wykonawców. W celu ujednoczenia praktyki w tym zakresie została uchwalona nowelizacja ustawy Pzp, na którą wskazuje odwołujący w treści odwołania.

Takiego przypadku jak opisany w nowelizacji w niniejszym postępowaniu nie ma. Ponadto, zamawiający zwrócił również uwagę na orzecznictwo ETS, który w wyroku z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C/103/88 stwierdził, że niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert (Informator Nr 6/2012), albo poniżej wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego (podobnie w wyroku KIO z dnia 8.03.2008r, sygn. akt KIO/UZP 142/08). Nawet, gdyby przyjąć samo arytmetyczne porównanie ofert, to: „Zamawiający zobowiązany jest wdrożyć procedurę wyjaśnienia rażąco niskich cen ofert wykonawców, jedynie wówczas, gdy całokształt zaistniałych okoliczności: w tym znanych zamawiającemu cen rynkowych podobnych zamówień, ceny innych złożonych ofert oraz wartość oszacowania, wskazują, iż cena najkorzystniejszej oferty, odbiega na tyle od realiów rynkowych, że nie jest wręcz możliwe i realne wykonanie całości przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę w sposób należyty oraz nieprzynoszący straty po stronie” (tak KIO w wyroku sygn. akt. KIO 318/11).

Zamawiający podkreślił, że każdorazowo to zamawiający rozważa, czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero

wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Przytoczył wyrok SO w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10.

Wskazał, że zgodnie z procedurą obowiązującą u zamawiającego, w związku ze złożeniem w przedmiotowym postępowaniu ofert, których ceny kształtują się na niższym poziomie od wartości zamówienia szacowanej przez zamawiającego, w trakcie badania i oceny ofert Komisja Przetargowa postanowiła zbadać czy nie zachodzi podejrzenie złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przeprowadził badanie wstępne w stosunku do ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu opierając się na poniższych kryteriach:

1. Kryterium arytmetyczne - punktem odniesienia jest w szczególności ustalona przez zamawiającego z należytą starannością szacunkowa wartość zamówienia, powiększona o podatek od towarów i usług;

2. Kryterium cen ofert - punktem odniesienia jest średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert lub grupy ofert do ceny danej oferty.

Na podstawie tego badania zamawiający ustalił, iż oferta wybranego wykonawcy wynosi 74,84% wartości zamówienia, natomiast stosunek tej oferty, która ze względu na kryterium ceny została sklasyfikowana jako najniższa, do średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert nieprzekraczających wartości zamówienia podstawowego brutto wynosi 78,76%. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosiła 8 424 842,85 zł. Wartość zamówienia podstawowego brutto 100% - 8 141 567,21 zł. Na podstawie tej analizy zamawiający ustalił, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty wybranego wykonawcy oznaczonej na etapie badania jako nr 5. W związku z tym zamawiający odstąpił od wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W załączeniu jako dowód zamawiający powołał notatkę Komisji Przetargowej ws. badania do rażąco niskiej ceny. Dokonując powyższej analizy zamawiający, jak wskazują powyższe wyliczenia, postępował według przyjętych przez siebie procedur, które nie są sprzeczne z cytowanymi przez odwołującego wytycznymi ustawy nowelizującej (art. 90 ust.1). Jednocześnie jednak pismem z dnia 29 sierpnia 2014 r. zn. GDDKiA-O/Gd-D-3/JW/284/1001/2014 zamawiający wezwał wybranego wykonawcę działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy o wyjaśnienia, w celu ustalenia czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, dotyczące elementów złożonej oferty. W szczególności zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy zgodnie z pkt 10.2 IDW każda cena jednostkowa zawarta w ofercie obejmuje całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu Cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące. Zamawiający prosił o wyjaśnienie odrębnie dla każdej niżej wymienionej pozycji:

- w jaki sposób wykonawca skalkulował/ustalił ceny jednostkowe dla danej pozycji tj. dla nw. ekspertów,

oraz

- czy zaoferowane przez wykonawcę stawki/ceny jednostkowe dla niżej wymienionych pozycji są realne i odzwierciedlają realną strukturę kosztów związanych ze świadczeniem usług przez każdego eksperta w odniesieniu do przedmiotu zamówienia,

oraz

- w jaki sposób wykonawca zamierza za takie stawki/ceny jednostkowe wykonać zamówienie w zakresie usług świadczonych przez każdego nw. eksperta. Zamawiający prosił o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty. Jednocześnie zamawiający poinformował wybranego wykonawcę, iż ocena wyjaśnień ma na celu ustalenie czy cena została rzetelnie skalkulowana i czy w związku z tym wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia, według wymagań zamawiającego, winny być merytoryczne, a wykonawca winien dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez zamawiającego oceny zaoferowanych w ofercie cen jednostkowych. Obok wyjaśnień zamawiający prosił także o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które wykonawca uzna za istotne, na temat sposobu obliczania przez niego cen jednostkowych, o których mowa w wezwaniu.

Wezwanie do wyjaśnień dotyczyło osób, wobec których odwołujący postawił zarzut rażąco niskiej ceny tj. Głównego Technologa, Specjalisty ds. Przygotowania Umów, Współpracy z Gestorami Sieci, Inspektora Nadzoru Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych nr 1, Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych, Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych i Elektroenergetycznych, Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych, oraz Specjalisty ds. Sprawozdawczości. A także asystentów Inspektora Nadzoru Robót Drogowych nr 1 i 2, Asystentów Inspektora Nadzoru Robót Mostowych nr 1 i 2 oraz Asystenta Technologa. W odpowiedzi na wezwanie wybrany wykonawca w dniu 5.09.2014 r. przedstawił bardzo obszerne wyjaśnienia wraz z dowodami w postaci przedwstępnych umów zlecenia potwierdzającymi, iż osoby te będą gotowe pełnić przewidziane dla nich funkcje za przewidziane w ofercie wybranego wykonawcy wynagrodzenie. Wyjaśnienie te odnosiły się do konkretnej sytuacji w jakiej znajduje się wybrany wykonawca, nie były lakoniczne i gołosłowne. Ich treść pozwoliła zamawiającemu uznać wiarygodność przyjętych założeń do obliczenia wskazanych w wezwaniu cen dniówek. Ponadto w wyjaśnieniach wybrany wykonawca odwołał się do analizy wyników innych, podobnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ogłaszanych przez różne oddziały Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad na przestrzeni kilku ostatnich lat, w

tym również postępowań w których brał sam udział wskazując, że skalkulowanie ceny dniówek na jeszcze niższym poziomie w stosunku do kwoty zamówienia nie oznaczało, że oferty te zawierały rażąco niską cenę.

Ze względu na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa zamawiający nie przedstawia w niniejszej odpowiedzi ich szczegółów.

Dla uznania, że cena jest rażąco niską, konieczne jest, w ocenie zamawiającego, wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Natomiast odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że przedmiotowe zamówienie nie może być wykonane za cenę zaoferowaną przez wybranego wykonawcę. Tymczasem, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego stosowanym w postępowaniu na podstawie art. 14 ustawy, to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie. Jedyne dowód, jaki odwołujący przedstawia na okoliczność rzekomo rażąco niskiej ceny w ofercie, to wskazanie, że cena ta jest niższa od kalkulacji ceny jego oferty.

Przytoczył wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 3/07 i podkreślił, że wyliczenia i wskazanie faktów musi dotyczyć konkretnego wykonawcy, a nie tylko odniesienia się do ceny innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Cytat z odwołania (..) „prawdziwe wartości i koszty ponoszone przez Wykonawcę przy zatrudnianiu kwestionowanych przez Odwołującego Ekspertów, niezależnie od formy ich zatrudnienia mogą zostać w łatwy sposób zweryfikowane i porównane na znacznej próbie - 12 innych zweryfikowane i porównane na znacznej próbie - 12 innych Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Przykładowo w przypadku Głównego Technologa i Specjalisty ds. Przygotowania umów podane przez Wybranego Wykonawcę kwoty stanowią 28,69 % średniej wartości pozostałych cen za pracę tych ekspertów. W opinii Odwołującego nie mogą istnieć żadne obiektywne czynniki pozwalające obniżyć kwestionowane kwoty do tak niskich pułapów. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, iż na 13 ofert złożonych przez doświadczonych i uznanych w branży Wykonawców tylko oferta Wybranego Wykonawcy zawiera tak nierealistyczne stawki."

Każdy z wykonawców pomimo iż funkcjonuje podobnie jak inni wykonawcy na tożsamym rynku usług, to jednak zwykle ma inne możliwości ustalenia ceny zakupu różnych usług lub ustalania wysokości wynagrodzeń tak w oparciu o umowę o pracę lub zlecenia. Każdy z nich prowadzi własną politykę kadrowo-płacową, współpracuje z innymi przedsiębiorcami, czasem w ramach wspomagającej się grupy kapitałowej, posiada inne koszty administracyjno-biurowe, różne też są warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie postanowień umożliwiających zatrudnienie ekspertów przy innych kontraktach.

Dlatego też należy mieć na uwadze, że rażąco niską cenę oferty należy odnosić zawsze do konkretnego wykonawcy. Tym samym nie zawsze zaoferowanie przez jednego lub kilku z wykonawców ceny ofertowej niższej od innych ofert w postępowaniu, musi wskazywać na rażąco niską cenę tych ofert. Możliwa jest sytuacja, że złożone oferty w tym samym postępowaniu, opracowane na bazie innych założeń są rażąco wysokie. Zdaniem zamawiającego taka sytuacja mogła mieć miejsce w niniejszym postępowaniu. Reasumując zamawiający wskazał, iż podstawą uznania, że wybrany wykonawca prawidłowo określił wysokość dniówek w swojej ofercie była ocena wyjaśnień tego wykonawcy z dnia 5 sierpnia 2014 r.. Przedstawione wyjaśnienia nie były lakoniczne i zawierały w swej treści wskazanie właściwych tylko temu wykonawcy okoliczności, które pozwalały na zaoferowanie cen niższych, bardziej konkurencyjnych. Drugim powodem uznania prawidłowości wyliczeń wybranego wykonawcy było porównanie wysokości zaoferowanych dniówek z cenami innych wykonawców w ofertach składanych zamawiającemu w trakcie zamówień na podobny przedmiot zamówienia . Twierdzenia odwołującego zamawiający uznał za całkowicie gołosłowne i nie zawierające żadnych dowodów uwiarygadniających, że cena oferty wybranego wykonawcy jest rażąco niska i że zamawiający dokonał wobec tego niewłaściwego badania i oceny tej oferty.

Co do zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy wybranego mimo braku oświadczenia tego podmiotu o związaniu złożona oferta przez okres wymagany treścią SIWZ, to zamawiający uważa, że zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał, iż art. 89 ust. 1 ustawy odnosi się wyłącznie do przesłanek odrzucenia oferty, a przesłanki te odnoszą się wprost wyłącznie do właściwości oferty, jej treści, zgodności z ustawą oraz innymi przepisami oraz do tego czy podmiot który ją złożył był do tego uprawniony. Katalog przesłanek zawartych w tym przepisie ma charakter zamknięty i nie może być dowolnie rozszerzany. Zamawiający uważa, iż nie znajduje zastosowania w zakresie czynności podejmowanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenia zamówienia związanych z utrzymaniem ważności oferty oraz jej prawidłowym zabezpieczeniem przy pomocy wadium. Podniósł, iż w przypadku upływu terminu związania ofertą i nie przedłużenia tego terminu przez wykonawcę, podlegałby on przecież wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże w żadnym wypadku nie miałyby zastosowania którejkolwiek z przesłanek enumeratywnie wyliczonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zauważył, iż nie dopatrywał się w ofercie wykonawcy wybranego jakichkolwiek okoliczności mogących skutkować odrzuceniem jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Taką okolicznością nie będzie również podnoszona przez odwołującego sytuacja

braku zawarcia w formularzu oferty oświadczenia o okresie związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślił, iż sama treść wspomnianego formularza ofertowego w zakresie oświadczeń w nim zawartych w pkt. 1 i 2 przedstawiała się następująco:

1. „Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.
2. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania”.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż wyłącznie na podstawie powyższych oświadczeń mógł stwierdzić, iż wykonawca wybrany oświadcza, iż akceptuje treść Działu 13 SIWZ („Termin do którego wykonawca będzie związany ofertą”), w którym to wskazano, iż termin związania ofertą wynosi 60 dni, co w zupełności zastępuje oświadczenie ze wzoru Formularza ofertowego, którego brak było w ofercie wybranego wykonawcy. Nadmienił, że zamawiający we wzorze Formularza ofertowego zawarł wzór oświadczenia (pkt 6 wzoru), w którym wykonawca miał oświadczyć jedynie, że „Jesteśmy związani ofertą przez czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, bez wskazania konkretnego okresu. W opinii zamawiającego oświadczenia z pkt 2 oraz pkt. 6 wzoru Formularza ofertowego w zakresie okresu związania ofertą się pokrywają.

Dodatkowo podniósł, iż samo brzmienie art. 85 ust. 1 ustawy wskazuje na związanie wykonawcy ofertą przez okres wskazany w SIWZ, a nie na możliwość związania wykonawcy, o ile złoży oświadczenie w tym zakresie wraz z ofertą. Zatem związanie wykonawcy ofertą przez wskazany w SIWZ okres następuje *ex lege*.

Powyższe, zdaniem zamawiającego, oznacza, iż wykonawca poprzez czynność złożenia oferty dokonuje akceptacji wszystkich wymogów i zapisów SIWZ, również tych w zakresie okresu terminu związania ofertą. Na poparcie swoich twierdzeń wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2009-07-24, KIO/UZP 893/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2009-06-16, KIO/UZP 694/09.

Zamawiający podkreślił, iż zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w przypadku komentowanej niezgodności złożonej przez wykonawcę oferty z załącznikiem do SIWZ (formularz ofertowy), stanowiłoby naruszenie tego przepisu, gdyż niezgodność ta dotyczy jedynie formy oferty i nie stanowi podstawy jej odrzucenia.

Odnosnie do zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy wybranego z uwagi na niewniesienie wadium na żądany przez zamawiającego okres, zamawiający

stwierdził, że także ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca wybrany wniósł przed pływem terminu składania ofert, wadium w wymaganej przez zamawiającego wysokości, w formie pieniądza na rachunek wskazany w SIWZ. Wadium było do dyspozycji zamawiającego przez cały, pierwotny, okres związania ofertą (60 dni), a potwierdzeniem woli wykonawcy wybranego dalszego bycia związanym złożoną ofertą było oświadczenie tego wykonawcy przesłane zamawiającemu w dniu 17.09.2014 r. pismo nr BIURO /BUI/2014/09/39, w którym zawarte zostało również zastrzeżenie, iż przedłużenie terminu związania ofertą obejmuje również wadium. Wskazuje to, zdaniem zamawiającego, w sposób niezbity, że wybrany wykonawca dołożył wszelkich starań aby utrzymać ciągłość okresu związania ofertą, która była przez cały czas prawidłowo zabezpieczona wadium w formie pieniądza, które było przez cały czas do dyspozycji zamawiającego i znajdowało się na jego rachunku bankowym. Sam fakt dysponowania tym wadium przez zamawiającego w sposób wskazany powyżej, dowodzi prawidłowego zabezpieczenia oferty przez wybranego wykonawcę.

Powyższe stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej np. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 2009-04-06, XIX Ga 102/09, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-03-20, KIO 507/13, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-10-03, KIO 2271/13. Zamawiający nie zgodził się z odwołującym również w zakresie podstawy prawnej wnoszonego zarzutu. Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż wyklucza się postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Zauważył, iż żadna z wymienionych w tym przepisie podstaw wykluczenia wybranego wykonawcy nie wystąpiła, w związku z czym jego zastosowanie wobec tego wykonawcy naruszyłoby przepisy ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy ze względu na wybór oferty wykonawcy wybranego i uznanie jej za najkorzystniejszą oraz nieuznanie za najkorzystniejszej oferty odwołującego, zamawiający uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący uzasadnienia dla podniesienia powyższego zarzutu odnajdował w zasadności zarzutów związanych z naruszeniem przepisów art. 89 ust 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, skoro żaden z tych zarzutów nie potwierdził się, nie możliwe stało się także naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez zamawiającego. Zamawiający bowiem prawidłowo nie wybrał odwołującego, a wybrał wykonawcę wybranego, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i która była najkorzystniejsza w przyjętych w SIWZ kryteriach oceny ofert.

W załączniku do odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił zestawienie posiadanych przez siebie danych dotyczących wysokości „dniówek” jakie przedstawili w

swoich ofertach różni wykonawcy, w aktualnie prowadzonych postępowaniach przetargowych na nadzory nad robotami budowlanymi oraz zarządzanie kontraktem prowadzonych przez Oddziały GDDKiA na terenie całej Polski, w tym również w przedmiotowym postępowaniu.

1. Główny Technolog - dniówki w wysokości 50 zł, 60 zł, 75 zł oraz 87,98 zł zaoferowane w poniższych postępowaniach prowadzonych przez następujące Oddziały GDDKiA:

- Gdańsk - Zarządzanie projektem: „Budowa obwodnicy miast Wielunia w ciągu drogi krajowej nr 8”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót;
- Katowice - „S69 Bielsko-Biała - Żywiec - Zwardoń, odcinek węzeł „Mikuszowice” („Żywiecka/Bystrzańska”) - Żywiec - kontynuacja budowy;
- Kraków - S7 Warszawa - Kraków ode. Kraków (węzeł Igołomska, dk79) - Kraków w. Christo Botewa (Rybitwy);
- Poznań - S5 Poznań, odcinek Żnin - Gniezno;
- Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław” w podziale na zadania;

2. Specjalista ds. przygotowywania umów, współpracy z gestorami sieci - dniówki w wysokości 50 zł, 65 zł, 70 zł oraz 80 zł zaoferowane w poniższych postępowaniach prowadzonych przez następujące Oddziały GDDKiA:

- Gdańsk - „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. BUDOWA OBWODNICY M. KOŚCIERZYNA W CIĄGU DK NR 20 STARGARD SZCZECIŃSKI - GDYNIA”;
- Gdańsk - Zarządzanie projektem: „Budowa obwodnicy miast Wielunia w ciągu drogi krajowej nr 8”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót;
- Kielce - S7 Warszawa - Kraków ode. koniec obw. Radomia - gr. woj. Mazowieckiego;
- Kielce - S7 Warszawa - Kraków ode. Jędrzejów (dk. 78, w. Piaski) - gr.woj. świętokrzyskiego;
- Opole - DK 46/41 obwodnica m. Nysa;
- Rzeszów - S19 Lublin - Rzeszów ode. w. Sokołów Małopolski Północ - Stobierna;
- Rzeszów - S19 Lublin - Rzeszów ode. w. Świlcza (DK 4 bez węzła) - w. Rzeszów Południe (d. Kielanówka).

3. Inspektor Nadzoru Robót Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych - dniówki w wysokości 50 zł, 60 zł, 65 zł, 70 zł, 80 zł, 76,44 zł oraz 90 zł,

zaoferowane w poniższych postępowaniach prowadzonych przez następujące Oddziały GDDKiA:

- Gdańsk - Zarządzanie projektem: „Budowa obwodnicy miast Wielunia w ciągu drogi krajowej nr 8”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót;
- Katowice - S69 Bielsko-Biała - Żywiec - Zwardoń, odcinek węzeł „Mikuszowice” („Żywiecka/Bystrzańska”) - Żywiec - kontynuacja budowy;
- Kielce - S7 Warszawa - Kraków ode. koniec obw. Radomia - gr. woj. Mazowieckiego;
- Opole - DK 46/41 obwodnica m. Nysa;
- Rzeszów - S19 Lublin - Rzeszów ode. w. Sokołów Małopolski Północ - Stobierna;
- Rzeszów - S19 Lublin - Rzeszów ode. w. Świlcza (DK 4 bez węzła) - w. Rzeszów Południe (d. Kielanówka);
- Wrocław - Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie trzema Kontraktami pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław” w podziale na 3 zadania;
- Zielona Góra - S3 Sulechów - Legnica ode. II jezdni obwodnicy Gorzowa Wielkopolskiego oraz ode. II jezdni obwodnicy Międzyrzecza.

4. Inspektor Nadzoru Robót Kolejowych- dniówki w wysokości 60 zł, 64 zł, 65 zł, 69,94 zł, 70 zł, 76,44 zł oraz 85 zł zaoferowane w poniższych postępowaniach prowadzonych przez następujące Oddziały GDDKiA:

- Gdańsk - Zarządzanie projektem: „Budowa obwodnicy miast Wielunia w ciągu drogi krajowej nr 8”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót;
- Olsztyn - Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51) - Płońsk (SIO) ode. Nidzica - Napierki (w. Napierki) z węzłem z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: Obwodnica Nidzicy - od węzła Nidzica - Północ (z węzłem) do węzła Nidzica - Południe (z węzłem) - długość ok. 9,1 km;
- Opole - DK 46/41 obwodnica m. Nysa;
- Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4): zadanie II od węzła Gaworzyce do węzła Kaźmierzów (bez węzła), o długości ok. 16,900 km tj. od km 16+400 do ok. km 33+300”;
- Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4)” w podziale na zadania: Zadanie III - od węzła Kaźmierzów do węzła Lubin Północ, o długości ok. 14,4 km tj. od km 33+300 do ok. km 47+678,08”;
- Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4)” w podziale na zadania: Zadanie IV - od węzła Lubin Północ (bez

węzła) do węzła Lubin Południe, o długości ok. 11,3 km tj. od km 47+678,08 do ok. km 58+951,75 (tj. do km 58+974 - ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinki);

- Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4)” w podziale na zadania: Zadanie V - od węzła Lubin Południe /bez węzła/ do węzła Legnica II (A-4), o długości około 22,6 km tj. odcinek od km 58+974 do ok. km 79+172,03 (tj. do km 79+164 - ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinki) i węzeł Legnica II od km 0+000 do ok. km 2+420;

5. Inspektor Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych - dniówki w wysokości 50 zł, 60 zł, 65 zł, 70 zł, 76,44 zł, 86 zł, 87 zł oraz 90 zł zaoferowane w poniższych postępowaniach prowadzonych przez następujące Oddziały GDDKiA:

- Gdańsk - Zarządzanie projektem: „Budowa obwodnicy miast Wielunia w ciągu drogi krajowej nr 8”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót;
- Katowice - S69 Bielsko-Biała - Żywiec - Zawadoń, odcinek węzeł „Mikuszowice” („Żywiecka/Bystrzańska”) - Żywiec - kontynuacja budowy;
- Kielce - S7 Warszawa - Kraków ode. koniec obw. Radomia - gr. woj. Mazowieckiego;
- Kraków - S7 Warszawa - Kraków ode. Kraków (węzeł Igołomska, dk79) - Kraków w, Christo Botewa (Rybitwy);
- Opole - DK 46/41 obwodnica m. Nysa;
- Rzeszów - S19 Lublin - Rzeszów ode. w. Sokołów Małopolski Północ - Stobierna;
- Rzeszów - S19 Lublin - Rzeszów ode. w. Świlcza (DK 4 bez węzła) - w. Rzeszów Południe (d. Kielanówka);
- Wrocław - Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie trzema Kontraktami pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław” w podziale na 3 zadania;
- Zielona Góra - S3 Sulechów - Legnica ode. II jezdnia obwodnicy Gorzowa Wielkopolskiego oraz ode. II jezdnia obwodnicy Międzyrzecza.

6. Asystent Inspektora Nadzoru Robót Drogowych - dniówki w wysokości 51 zł, 60 zł, 65 zł, 70 zł, 75 zł, 79,60 zł, 80 zł, 85 zł oraz 90 zł zaoferowane w poniższych postępowaniach prowadzonych przez następujące Oddziały GDDKiA:

- Gdańsk - Zarządzanie projektem: „Budowa obwodnicy miast Wielunia w ciągu drogi krajowej nr 8”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót;

- Lublin - S19 Lubartów - Kraśnik na ode. od węzła "Dąbrowica" do węzła "Konopnica";
- Olsztyn - Budowa drogi ekspresowej S-51 na odcinku Olsztyn - Olsztynek;
- Opole - DK 46/41 obwodnica m. Nysa;

7. Asystent Inspektora Nadzoru Robót Mostowych - dniówki w wysokości 51 zł, 60 zł, 70 zł, 75 zł, 79,60 zł, 80 zł, 85 zł oraz 90 zł zaoferowane w poniższych postępowaniach prowadzonych przez następujące Oddziały GDDKiA:

- Gdańsk - Zarządzanie projektem: „Budowa obwodnicy miast Wielunia w ciągu drogi krajowej nr 8”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót;
- Lublin - S19 Lubartów - Kraśnik na ode. od węzła "Dąbrowica" do węzła "Konopnica";
- Olsztyn - Budowa drogi ekspresowej S-51 na odcinku Olsztyn - Olsztynek;
- Olsztyn - Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51) - Płońsk (SIO) ode. Nidzica - Napierki (w. Napierki) z węzłem z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: Obwodnica Nidzicy -od węzła Nidzica - Północ (z węzłem) do węzła Nidzica - Południe (z węzłem) -długość ok. 9,1 km;
- Olsztyn - Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51) - Płońsk (SIO) ode. Nidzica - Napierki (w. Napierki) z węzłem z podziałem na zadania: Zadanie nr 2: odcinek od węzła Nidzica - Południe (bez węzła) do msc. Napierki - długość 13,6 km;
- Opole - DK 46/41 obwodnica m. Nysa;

8. Asystent Technologa - dniówki w wysokości 50 zł, 51 zł, 60 zł, 65 zł, 70 zł, 75 zł, 79,60 zł, 80 zł, 85 zł oraz 90 zł zaoferowane w poniższych postępowaniach prowadzonych przez następujące Oddziały GDDKiA:

- Gdańsk - Zarządzanie projektem: „Budowa obwodnicy miast Wielunia w ciągu drogi krajowej nr 8”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót;
- Kielce - S7 Warszawa - Kraków ode. Jędrzejów (dk. 78, w. Piaski) - gr. woj. świętokrzyskiego;
- Lublin - S19 Lubartów - Kraśnik na ode. od węzła "Dąbrowica" do węzła "Konopnica";
- Olsztyn - Budowa drogi ekspresowej S-51 na odcinku Olsztyn - Olsztynek;
- Olsztyn - Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51) - Płońsk (SIO) ode. Nidzica - Napierki (w. Napierki) z węzłem z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: Obwodnica Nidzicy - od węzła Nidzica - Północ (z węzłem) do węzła Nidzica - Południe (z węzłem) - długość ok. 9,1 km;
- Olsztyn - Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51) - Płońsk (SIO) ode. Nidzica - Napierki (w. Napierki) z węzłem z podziałem na zadania: Zadanie nr 2: odcinek od węzła

- Nidzica - Południe (bez węzła) do msc. Napierki - długość 13,6 km;
- Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4), zadanie I od węzła Nowa Sól Południe do węzła Gaworzycy (bez węzła), o długości ok. 16,400 km tj. od km 0+000 do ok. km 16+397,76 (tj. do km 16+400 ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinki)“
 - Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4): zadanie II od węzła Gaworzycy do węzła Kaźmierzów (bez węzła), o długości ok. 16,900 km tj. od km 16+400 do ok. km 33+300“; Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól -Legnica (A-4)“ w podziale na zadania: Zadanie III - od węzła Kaźmierzów do węzła Lubin Północ, o długości ok. 14,4 km tj. od km 33+300 do ok. km 47+678,08“; Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól -Legnica (A-4)“ w podziale na zadania: Zadanie IV - od węzła Lubin Północ (bez węzła) do węzła Lubin Południe, o długości ok. 11,3 km tj. od km 47+678,08 do ok. km 58+951,75 (tj. do km 58+974 - ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinki);
 - Wrocław - „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4)“ w podziale na zadania: Zadanie V - od węzła Lubin Południe /bez węzła/ do węzła Legnica II (A-4), o długości około 22,6 km tj. odcinek od km 58+974 do ok. km 79+172,03 (tj. do km 79+164 - ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinki) i węzeł Legnica II od km 0+000 do ok. km 2+420;

Zamawiający nadmienił, iż stawki dzienne Ekspertów wykazane w formularzu cenowym nie obejmują takich pozycji jak koszty administracyjne, personel biurowy i pomocniczy, co wykonawcy winni byli uwzględnić w innych pozycjach formularza cenowego, a miało zasadniczy wpływ na wysokość „dniówek” Ekspertów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert oraz wezwań zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2014r. kierowanych do wykonawcy wybranego, Drogowej Trasy Średnicowej i Integral, Euroconsult i Inko, Safege, URS, wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wybranego w dniu 5 września 2014r., protokołu postępowania, protokołu Komisji

Przetargowej w zakresie analizy oferty nr 5 pod kątem ceny rażąco niskiej, Raportu placowego 2014. Podsumowanie 2013.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że

W sekcji IV.3.7. ogłoszenia o zamówieniu publicznym zamawiający wskazał, że wykonawcy będą związani ofertą przez okres 60 dni od ustalonej daty składania ofert.

Analogiczne postanowienia w tym zakresie zawierał rozdział 1 pkt 13 siwz stanowiąc, że termin związania ofertą wynosi 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

W pkt 10 rozdziału 1 zamawiający opisał sposób obliczenia ceny wskazując m. in., że każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w formularzu cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące. Dodatkowo wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni wskazaną w umowie możliwość zmiany ilości Innych ekspertów, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy. Dla każdej pozycji wyszczególnionej na formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

Zamawiający w rozdziale 2 opracował wzór oferty, gdzie w pkt 6 zamieścił taki wzorzec oświadczenia:

„Jesteśmy związani ofertą przez czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na potwierdzenie powyższego wnieśliśmy wadium w wysokości w formie Wadium należy zwrócić: (...)”

We wzorze umowy zamawiający określił sposób obliczenia wynagrodzenia wykonawcy w § 4 wzoru i podał:

1. Wynagrodzenie będzie płatne w okresach miesięcznych, odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania Umowy, w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta oraz w przypadku pozycji ryczałtowych - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu i potwierdzeniu jej wykonania przez Kierownika Projektu.
2. Łączne Wynagrodzenie Konsultanta wynikające z Umowy, zgodnie z Ofertą Konsultanta (załącznik do Oferty - Formularz Cenowy), Strony szacują w oparciu o przewidywaną ilość czasu pracy Personelu Konsultanta i przewidywany czas trwania Kontraktu, na kwotę netto złotych (słownie złotych:) plus ... % podatek VAT w kwocie złotych, co łącznie stanowi kwotę brutto złotych (słownie złotych:).
3. Rzeczywista wysokość łącznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu i czasu świadczonej Usługi, przy czym maksymalna wartość zobowiązania za wykonywanie czynności będących Przedmiotem Umowy, z uwzględnieniem waloryzacji, wraz z naliczonym

podatkiem VAT, nie może przekroczyć (słownie:), obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto.

4. Łączne miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady:

1) wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia oraz kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności przysługuje w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;

2) wynagrodzenie z tytułu nabycia majątkowych praw autorskich przysługuje w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;

3) 50 % wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podstawowym – obliczone jako iloczyn stawki dziennej określonej w Załączniku do Oferty – Formularz cenowy, ilości faktycznie przepracowanych dniówek w danym miesiącu i współczynnika 0,5;

4) 0-50% wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podwyższonym – obliczone jako iloczyn stawki dziennej określonej w Załączniku do Oferty – Formularz cenowy, ilości faktycznie przepracowanych dniówek w danym miesiącu i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Współczynnik ten wyliczany jest według wzoru:

$$Wk = (Pj/Pjmax)*0,5$$

gdzie:

Wk- współczynnik wyliczony na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta

Pj- Suma punktów uzyskanych przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, przyznanych przez Kierownika Projektu w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta

Pjmax- Maksymalna suma punktów, które możliwe są do uzyskania przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, wskazanych w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta.

5. Wysokość stawki dziennej za pracę Personelu Konsultanta oraz wysokość pozycji ryczałtowych nie będą podlegały zmianom w stosunku do Formularza Cenowego.

Zaś w paragrafie 10 Potencjał kadrowy i zasoby administracyjne zamawiający przewidział m.in., że:

6. W terminie do 7 dni od Daty rozpoczęcia realizacji Usługi Konsultant prześle Kierownikowi Projektu, Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (zwany dalej „HPPK”), uwzględniający również terminy mobilizacji zasobów administracyjnych określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 1a do 1c i od 4a do 4c oraz terminy prowadzenia działań promocyjnych, określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 3.1 do 3.3.

7. W kolejnych okresach rozliczeniowych, tj. co miesiąc, Konsultant jest zobowiązany do aktualizacji HPPK, także na wniosek Kierownika Projektu.

8. HPPK określa planowaną liczbę Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usług przez Konsultanta, wraz ze wskazaniem ilości dniówek przewidzianych dla każdego członka Personelu Konsultanta. HPPK może również określać podział wykonywania Usług przez Konsultanta na etapy odzwierciedlające wykonywanie Kontraktu. HPPK obligatoryjnie określa także rezerwę w przypadku ewentualnego przedłużenia czasu realizacji Kontraktu.

9. Kierownik Projektu w ciągu 7 dni od przekazania przez Konsultanta HPPK jest uprawniony do zatwierdzenia HPPK bez uwag, lub do wprowadzenia w nim wiążących zmian, które są równoważne z zatwierdzeniem HPPK w zaproponowanej przez Kierownika Projektu formie. Zmiany HPPK mogą w szczególności dotyczyć skrócenia lub wydłużenia czasu świadczenia Usług przez członków Personelu Konsultanta, a także zwiększenia lub zmniejszenia liczby członków Personelu Konsultanta świadczących Usługę. Zmiany dotyczące zwiększenia liczby członków Personelu Konsultanta świadczących Usługę wejdą w życie w terminie wyznaczonym w HPPK przez Kierownika Projektu, nie wcześniej niż 14 dni od przekazania zaakceptowanego HPPK Konsultantowi, chyba że Strony uzgodnią inny termin.

16. Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Ekspertci zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem innych Ekspertów, których planowany czas pracy, określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu, nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

Zamawiający nie wyrazi pisemnej zgody, o której mowa powyżej, jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków przewidzianych w Umowie lub spowoduje wystąpienie konfliktu interesów.

26. Konsultant jest zobowiązany prowadzić elektroniczny system rejestracji czasu pracy Personelu Konsultanta, zawierający rzeczywiste godziny pracy (od – do) osób wchodzących w skład Personelu Konsultanta, np.: z wykorzystaniem kart magnetycznych.

27. Wydruki z elektronicznego systemu rejestracji czasu pracy Personelu Konsultanta Konsultant będzie przekazywać do weryfikacji przez Kierownika Projektu, według ustaleń z Kierownikiem Projektu, jednak nie rzadziej niż raz w miesiącu.

28. Wydruki z elektronicznego systemu rejestracji czasu pracy Personelu Konsultanta zawierające rzeczywiste godziny pracy (od – do) każdorazowo będą potwierdzane przez Inżyniera Kontraktu, poprzez złożenie podpisu.

29. Konsultant jest zobowiązany przechowywać dokumentację z elektronicznego systemu rejestracji czasu pracy Personelu Konsultanta, na zasadach określonych dla dokumentacji Kontraktowej Umowy.

W ofercie wybranej na str. 2 formularz ofertowy kończy się pkt. 5 o treści „Akceptujemy warunki płatności określone przez Zamawiającego w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia.”, zaś str. 3 rozpoczyna się zdaniem „Na potwierdzenie powyższego wnieśliśmy wadium w wysokości 150 000,00 PLN w formie pieniądza na wskazany w SIWZ rachunek bankowy. Wadium należy zwrócić : (...)”. Po tym fragmencie następuje 7 pkt. dotyczący podwykonawstwa. Na str. 5 w formularzu cenowym dla Głównego Technologa, Specjalisty ds. Przygotowywania umów, współpracy z Gestorami sieci, Inspektora Nadzoru Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych nr 1, Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych i Specjalisty ds. Sprawozdawczości podano cenę jednostkową netto 70zł., zaś dla Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych i Elektroenergetycznych podano cenę jednostkową netto 100zł. Ceny te były cenami dniówkowymi, a ilość dniówek została określona przez zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu złożono 13 ofert, których ceny całkowite kształtowały się następująco:

Wykonawca wybrany – 6 093 420,00zł.

Odwołujący – 7 653 306,00zł.

Getinsa po doliczeniu VAT 7 752 444,00zł.

ECMG i SGS – 7 766 232,30zł.

Euroconsult i Inko – 7 775 592,60zł.

URS – 8 416 572, 55zł.

Lafrentz – 8 455 552,11zł.

Safege – 8 683 800,00zł.

Konsorcjum Mott MacDonald – 8 883 060,00zł.

Egis – 9 326 659,50zł.

MGGP- 9 364 482,00zł.

Ayesa – 9 549 535,50zł.

Drogowa Trasa Średnicowa i Integral – 9 802 300,50zł.

Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 8 141 567, 21zł.

W dniu 29 sierpnia 2014r. zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał szereg wykonawców do złożenia wyjaśnień czy w swojej cenie uwzględnili treść postanowień pkt. 10.2 IDW i wezwał do wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawcy skalkulowali/ustalili ceny jednostkowe dla danej pozycji tj. dla wymienionych przez zamawiającego ekspertów, czy zaoferowane przez wykonawców stawki/ceny jednostkowe są realne i odzwierciedlają realną

strukturę kosztów związanych ze świadczeniem usług przez każdego eksperta w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i w jaki sposób wykonawcy zamierzają za takie stawki/ceny jednostkowe wykonać zamówienie w zakresie usług świadczonych przez każdego eksperta.

W odniesieniu do oferty wybranej zapytanie dotyczyło następujących ekspertów:

Głównego Technologa z ceną 70zł., Specjalisty ds. Przygotowywania umów, współpracy z Gestorami sieci z ceną 70zł., Inspektora Nadzoru Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych nr 1 z ceną 70zł. Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych – z ceną 70zł., Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych z ceną 70zł., Asystenta Inspektora Nadzoru Robót Drogowych nr 1 i 2 z ceną 70zł., Asystenta Inspektora Nadzoru Robót Mostowych nr 1 i 2 z ceną 70zł., i Asystenta Technologa z ceną 70zł.

W odniesieniu do oferty Drogowej Trasy Średnicowej i Integral dotyczyło to: Archeologa, Specjalisty ds. Inżynierii Ruchu, Prawnika, Herpetologa, Inspektora Nadzoru Robót Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych nr 1 i 2, Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych, Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych i Elektroenergetycznych, Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych, Asystenta Inspektora Nadzoru Robót Drogowych nr 1 i Asystenta Inspektora Nadzoru Robót Mostowych nr 1 z ceną 60zł.

Co do oferty Euroconsult i Inko wezwanie dotyczyło Technologa, Specjalisty ds. Nadzoru geotechnicznego, Specjalisty ds. Ochrony Środowiska, Specjalisty ds. Przygotowywania umów, Współpracy z Gestorami sieci, Archeologa, Specjalisty ds. Inżynierii Ruchu, Prawnika, Herpetologa, Inspektora Nadzoru Robót Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych nr 1 i 2, Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych, Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych i Elektroenergetycznych, Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych, Asystenta Inspektora Nadzoru Robót Drogowych nr 1 i 2, Asystenta Inspektora Nadzoru Robót Mostowych nr 1 i 2, Asystenta Technologa, z ceną 65zł.

W zakresie oferty Safège wezwanie dotyczyło Inspektora Nadzoru Robót Drogowych 1, Inspektora Nadzoru Robót Mostowych nr 1, Głównego Technologa Specjalisty ds. Przygotowywania umów, Współpracy z Gestorami sieci, Geodety, Inspektora Nadzoru Robót Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych nr 1 z ceną 60zł.

Wezwanie do oferty URS dotyczyło Inspektora Nadzoru Robót Drogowych 2, Inspektora Nadzoru Robót Mostowych nr 2, Technologa, Prawnika, Herpetologa, Inspektora Nadzoru Robót Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych nr 2, Asystenta Inspektora Nadzoru Robót Drogowych nr 2, Asystenta Inspektora Nadzoru Robót Mostowych nr 2, Asystenta Inspektora ds. Elektrycznych i Elektroenergetycznych z ceną 1zł.

oraz Archeologa z ceną 65,52zł. Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych i Elektroenergetycznych z ceną 57,33zł.

Wyjaśnienia wszystkich tych wykonawców zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wykonawca wybrany swoje wyjaśnienia złożył w dniu 5 września 2014r. z wyjaśnień tych wynika, że wykonawca przedstawił jakie koszty kalkulował przy ustalaniu cen jednostkowych, uzasadni stawki zaproponowane dla innych ekspertów, przedstawił kalkulację cen dla wskazanych przez zamawiającego inspektorów i asystentów, wskazał in inne postępowania prowadzone przez oddziały zamawiającego na terenie całej Polski i ceny oferowane w tych postępowaniach dla poszczególnych specjalistów, uzasadnił cenę oferty jako całości, a także dołączył dowody z postaci umów zawartych z poszczególnymi specjalistami w ilości 5 sztuk, a także wydruki ze stron internetowych dotyczące kosztów zakupu sprzętów ochrony indywidualnej, oraz kosztów przeprowadzenia szkoleń bhp.

Zamawiający nie wzywał wykonawców do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W dniu 17 września 2014r. zamawiający wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni.

W dniu 18 września 2014r. wykonawca wybrany wyraził zgodę na przedłużenie terminy ważności wadium o 60dni oraz wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni.

Zamawiający wykluczył z postępowania 5 wykonawców z powodu nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Z Raportu płacowego 2014. Podsumowanie 2013 wynika, że wynagrodzenie miesięczne Inżyniera Budowy wynosiło 4 - 7 tys. zł., Inżyniera Materiałowego – 5-7 tys. zł., Planisty – 7 – 12 tys. zł.

Izba oddaliła wniosek dowodowy z kopii oferty odwołującego złożonej w postępowaniu znak GDDKiA/BURI/2007/N/S/FS/WA i informacji o wyniku tego postępowania, albowiem dowód ten nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż podstawą odrzucenia oferty odwołującego w tym postępowaniu nie był jak w niniejszej sprawie odwoławczej brak oświadczenia o związaniu ofertą, takie bowiem oświadczenie było w kopii oferty odwołującego w pkt. 6 zawarte. Z tego względu dokumenty te nie mogły dowodzić sposobu postępowania zamawiającego w analogicznym stanie faktycznym.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, złożył bowiem ofertę, którą zamawiający ocenił jako niepodlegającą odrzuceniu, która pod względem kryteriów oceny oferty została sklasyfikowana przez zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert, zatem uwzględnienie odwołania otworzy odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 przez nieodrzućenie oferty wybranego wykonawcy mimo iż ta zawiera cenę rażąco niską

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę jeśli jej cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że na przedmiotowe zamówienie składa się przede wszystkim usługa świadczona przez poszczególnych Ekspertów. Podniósł, że wynagrodzenie wskazanych przez niego ekspertów po odjęciu kosztów jest niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę i kształtuje się na poziomie 7- 12,50zł. za godzinę, co w ocenie odwołującego może być realną stawką dla osoby nieposiadającej wykształcenia wykonującej podstawowe prace fizyczne. Izba oceniając przedmiotową argumentację wzięła pod uwagę zarówno postanowienia siwz jak i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wybranego wraz z dowodami, a także oferty innych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu i zaoferowane przez nich stawki za wynagrodzenia ekspertów. Izba oparła się także na stanowisku zamawiającego wskazującym na postępowania prowadzone przez zamawiającego w całej Polsce na podobny przedmiot zamówienia. Opierając się o ten materiał dowodowy Izba uznała, że wykonawca wybrany złożył wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienia wskazując na uwzględnione przez siebie koszty, mechanizm świadczonej usługi i sposób kalkulacji stawek wynagrodzeń dla poszczególnych ekspertów. Ponadto analiza ofert innych wykonawców w tym postępowaniu, których ceny całej oferty nie odbiegały od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i były droższe od oferty odwołującego, wykazała, że wykonawcy ci oferowali stawki dla tych samych lub innych ale niekluczowych ekspertów na poziomie niższym niż wykonawca wybrany. Podobnie stawki oferowane przez wykonawców w innych postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia kształtowały się na podobnej wysokości jak w ofercie wykonawcy wybranego. Wskazuje to w ocenie Izby na to, że oferta wykonawcy wybranego nie może być uznana za ofertę z ceną rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego zachowań niezgodnych z przepisami ustawy. Na marginesie Izba stwierdza, że nowelizacja ustawy, której wejście w życie jeszcze nie nastąpiło i która nie ma zastosowania do przedmiotowego postępowania, może być

brana przez Izbę pod uwagę tylko jako pewna dyrektywa celowa, ale nie jako obowiązujący przepis prawa.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 przez nieodrzućenie oferty wybranego wykonawcy mimo braku oświadczenia tego podmiotu o związaniu złożoną ofertą przez okres wymagany treścią SIWZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o obowiązku odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz. Jednak art. 85 ustawy nie daje zamawiającemu swobody w ukształtowaniu w siwz ani obowiązku wykonawcy pozostawiania związanym złożoną przez siebie ofertą, ani terminu przez, jaki ten obowiązek trwa. Zamawiający dopiero na etapie oceny ofert (a nie w siwz) ma możliwość samodzielnego podjęcia decyzji, czy wydłużyć termin związania ofertą, czy nie i na jaki okres chce to zrobić. Tym samym postanowienia siwz w zakresie terminu związania ofertą są powtórzeniem wymagań ustawowych, tym samym ich naruszenie przez wykonawcę będzie świadczyć o niezgodności oferty z ustawą, a nie o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Stąd rację należy przyznać zamawiającemu, że wskazana przez odwołującego podstawa prawna postawionego zarzutu nie jest prawidłowa. Nie mniej jednak należy ocenić czy odwołujący nie złożył oferty niezgodnej z ustawą przez brak złożenia oświadczenia o terminie związania ofertą. Izba uznała, że nie. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika bowiem, że zamawiający określił w IV.3.7. ogłoszenia o zamówieniu publicznym i rozdziale 1 pkt 13 siwz zgodny z ustawą 60 dniowy termin związania ofertą, zaś zgodnie ze wzorem formularza ofertowego od wykonawców oczekiwał oświadczenia, że „Jesteśmy związani ofertą przez czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”. Bezsporne, że tej treści oświadczenia zabrakło w ofercie wybranej, jednak w ocenie Izby nie dowodzi to, że wykonawca wybrany nie czuł się związany postanowieniami siwz w zakresie terminu związania ofertą, gdyż jak słusznie zauważył zamawiający z pkt. 2 formularza oferty wybranej wynika, że wykonawca oświadczył, że zapoznał się z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania". Skoro wykonawca wybrany uznał się za związanego wszystkimi określonymi w siwz zasadami i postanowieniami, a rozdział 1 pkt 13 siwz zawierał postanowienia dotyczące wymaganego przez zamawiającego terminu związania ofertą, to słusznie zamawiający uznał, że wykonawca czuje się związany postanowieniami siwz o terminie związania ofertą, określającymi ten termin na 60 dni. To, że rozumowanie zamawiającego było prawidłowe potwierdziło także oświadczenie wykonawcy wybranego z dnia 17 września 2014r., w który oświadczył on o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużeniu ważności wadium, zatem składając ofertę składał ją uznając się za związanego ofertą przez

okres wymagany w siwz. Tym samym Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 z uwagi na brak wykluczenia Wykonawcy z uwagi na niewniesienie wadium na żądany przez Zamawiającego okres

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy stanowi, że zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania tych wykonawców, którzy:

1. nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert – ten przypadek nie zachodzi, bo wykonawca wybrany przed upływem terminu składania ofertą wniósł wadium w wymaganej przez zamawiającego wysokości w formie gotówkowej na wskazane przez zamawiającego konto i do dnia dzisiejszego tej kwoty nie odebrał,
2. nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania oferta – wykonawca wybrany w dniu 18 września 2014r. oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie ważności wadium, więc również ta przesłanka nie ziściła się,
3. nie wnieśli wadium w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 – zamawiający nie zwrócił wykonawcy wybranemu wadium, ani wykonawca ten nie wnosił odwołań i nie był mu wyznaczany termin do ponownego wniesienia wadium – również ta przesłanka wykluczenia w badanym stanie faktycznym nie zaistniała.
4. nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą - wykonawca wybrany w dniu 18 września 2014r. oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą – zatem należało uznać, że brak jest możliwości wykluczenia wykonawcy wybranego w oparciu o tę normę.

Izba po dokonaniu powyższej analizy doszła do przekonania, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ze względu na wybór oferty wykonawcy wybranego i uznanie jej za najkorzystniejszą oraz nieuznanie za najkorzystniejszej oferty odwołującego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak słusznie zauważył zamawiający zarzut ten jest wynikiem przekonania odwołującego o zasadności zarzutów poprzedzających. Do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy mogłoby dojść bowiem wtedy, gdyby wybrany został wykonawca, którego oferta podlegała odrzuceniu, lub gdyby wykonawcę oceniono według innych kryteriów niż zawarte w treści siwz. W przedmiotowej sprawie zgromadzony materiał dowodowy nie dał podstaw do uznania, że oferta wybrana była ofertą podlegającą odrzuceniu. Jedynym kryterium oceny ofert była cena, stąd należało uznać, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b w związku z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów zastępstwa prawnego z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący.....

Członkowie: :.....

.....