

Sygn. akt: KIO 1018/13

WYROK

z dnia 20 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2013 r. przez BUD-INVENT Sp. z o.o. w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Instytut Audiowizualny w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża BUD-INVENT Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BUD-INVENT Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od BUD-INVENT Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Narodowego Instytutu Audiowizualnego w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Narodowy Instytut Audiowizualny w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadań w ramach postępowania pt. „Modernizacja budynku „A” Narodowego Instytutu Audiowizualnego w Warszawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP nr 118080 – 2013 w dniu 25.03.2013.

W dniu 26.04.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze oferty MBJ Corporation Sp. z o.o. w Warszawie jako najkorzystniejszej, a także o odrzuceniu oferty BUD-INVENT Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W dniu 30.04.2013 r. BUD-INVENT Sp. z o.o. w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający oceniając wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny winien brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia,

wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W złożonych przez nas wyjaśnieniach, niezależnie od załączonej kalkulacji ceny, podaliśmy szereg czynników o charakterze obiektywnym, które (m. in.) umożliwiły nam zaoferowanie takiej, a nie innej ceny. Wskazaliśmy mianowicie na:

- bliskość miejsca zamieszkania członków kadry inżynierskiej (czynnik obiektywnie zmniejszający koszty związane z dojazdami, zarówno bezpośrednie, jak ceny biletów lub benzyny, jak i pośrednie („miękkie”), jak zmęczenie dojazdami wpływające ujemnie na wydajność, czy ryzyko zachorowań i związanej z nimi absencji),
- nasz stosunkowo spory udział w rynku połączony z dużym portfelem zamówień powodujący zjawisko znane w ekonomii, jako „korzyści skali”, polegające na czerpaniu korzyści płynących z produkcji masowej (masowego świadczenia usług), które charakteryzują się malejącym przeciętnym kosztem jednostkowym, a za ich źródło uważa się (m. in.): większą specjalizację pracowników, wiążącą się ze zwiększoną wydajnością, wykorzystanie specjalistycznych technik zarządzania, malejące przeciętne koszty całkowite (rozkładają się na zwiększoną skalę działalności) - mniejsze przeciętne wydatki na energię elektryczną, transport, utrzymanie biura /por. np. Dach Zofia Mikroekonomia dla studiów licencjackich. Wydawnictwo Naukowe SYNABA. Kraków 2005/;
- naszą stabilną, ugruntowaną pozycję na rynku, powodującą małą wrażliwość czy też wręcz niewrażliwość na wahania koniunkturalne w gospodarce (nie musimy podwyższać cen świadczonych przez nas usług w związku z aktualnym kryzysem/spowolnieniem gospodarczym/);
- nasze wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia oraz w prawidłowej kalkulacji ich cen (zmniejszone ryzyko popełnienia błędu podczas kalkulacji ceny);
- niewrażliwość na potencjalne zbyt wygórowane żądania zatrudnionych osób w związku z dysponowaniem szeroką i wciąż poszerzaną kadrami.

Zamawiający jednakże, z zupełnie niezrozumiałych powodów nie wziął wzmiankowanych czynników pod uwagę, pomimo, iż są to czynniki obiektywne, tj. czynniki przedstawiane i oceniane w sposób zgodny ze stanem faktycznym, niezależnie od własnych opinii, uczuć i interesów (por. Słownik Języka Polskiego, dostępny on line pod adresem: www.sjp.pwn.pl; hasła: „obiektywny”, „obiektywizm”).

Uzasadniając odrzucenie złożonej przez nas oferty, Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu brało udział również trzech innych Wykonawców z Warszawy, którzy świadczą wiele usług na terenie sąsiadującym z przedmiotową inwestycją, dysponują

lokalnym personelem oraz znają lokalne uwarunkowania, zaś cena średnia z tych ofert to 586 464,00 zł brutto, czyli znacznie więcej niż cena złożonej przez nas oferty.

Nie sposób jednak zgodzić się z takim stanowiskiem, gdyż:

1)

Jak wskazano w orzecznictwie kształtującym się w Unii Europejskiej, sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji jest w zamówieniach publicznych jest automatyczne wyłączenie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawania za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego (por. orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88, czy Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2008 r., Sygn. akt KIO/UZP 765/08).

2)

Znaczne różnice w cenach pomiędzy złożonymi ofertami wynikają z niewymiernego po części charakteru usług będących przedmiotem zamówienia, które w istocie polegają na udostępnieniu Zamawiającemu ludzkiej wiedzy i doświadczenia w zakresie określonych dziedzin. Warto dodatkowo nadmienić, iż w orzecznictwie nie wykształcił się jednolity pogląd, co do wysokości różnicy ceny oferty, w porównaniu do wartości przedmiotu zamówienia (wraz z podatkiem VAT) lub średniej cen zbliżonych cenowo ofert, która powinna powodować wszczęcie procedury wyjaśniającej, określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., Sygn. akt KIO/UZP 1441/07). Tym bardziej więc, nie sposób automatycznie przyjmować, zwłaszcza na podstawie subiektywnego odczucia, iż rezultat któregośkolwiek z wzmiankowanych porównań może automatycznie przesądzać o uznaniu ceny oferty za rażąco niską.

3)

Zamawiający w swoich ocenach pomija w znacznym stopniu specyfikę przedmiotu zamówienia, zwłaszcza zaś - niewymierny charakter usługi, skutkujący pojawianiem się znacznych rozbieżności w poziomie cen. Zdaje się też nie dostrzegać, że nawet w zawartym w uzasadnieniu odrzucenia złożonej przez nas oferty, zestawieniu cen ofert trzech wykonawców z Warszawy występują znaczne rozbieżności np. pomiędzy ceną oferty „MBJ Corporation” Sp. z o.o. (349 812,00 zł), a ceną oferty „Integra EKO Investment” Sp. z o.o. (899 130,00 zł), co potwierdza podniesione przez nas argumenty, gdyż nie ma wystarczających podstaw do przyjęcia, że zjawisko rozbieżności cen nie może być uznane za normalne również w odniesieniu do złożonej przez nas oferty.

3.

Odnosząc się do uzasadnienia uznania zaoferowanej przez nas ceny za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, należy zauważyć, że:

1)

Podniesiony przez nas w złożonych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, argument związany z możliwością obsługi kilku kontraktów oraz bliskością innych nadzorowanych obiektów jest, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, doniosły i zasadny, gdyż, co prawda istnieje obowiązek „codziennej dostępności” we wszystkie dni robocze co najmniej 8 godzin dziennie dwóch członków personelu (kierownik nadzoru inwestorskiego oraz inżynier budowy) /por. § 5 ust. 2 wzoru umowy/, tym niemniej: po pierwsze - wzmiankowana „codzienna dostępność” niekoniecznie musi być rozumiana jako obecność na budowie przez 8 godzin dziennie, gdyż skoro celem przyszłej umowy jest zapewnienie nadzoru inwestorskiego, nie zaś obecności na budowie (w tym także bezczynnej obecności, w sytuacji gdyby ta obecność była zbędna) przez „codzienną dostępność” trzeba by raczej rozumieć codzienną gotowość do niezwłocznego przybycia na budowę, o ile zaistniałaby taka potrzeba oraz obecność na budowie w przypadku wcześniejszego powzięcia wiedzy, iż jest ona potrzebna; po drugie - nawet gdyby uznać, że wzmiankowany obowiązek jest równoznaczny z wymogiem obecności na budowie przez wszystkie dni robocze przez co najmniej 8 godzin dziennie, to i tak, wymóg ów dotyczyłby jedynie dwóch nie zaś wszystkich członków personelu, których (jak wynika choćby z pkt. V.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia winno być aż siedmiu)

2)

Warunki ustalane w umowach cywilnoprawnych i umowach o pracę są przedmiotem negocjacji pomiędzy przyszłymi Stronami tych umów, z zastrzeżeniem, iż nie mogą być sprzeczne z przepisami prawa. Warto również zauważyć, iż nawiązanie stosunku pracy lub stosunku cywilnoprawnego jest w pełni dobrowolne. Zatem twierdzenia o poziomie cen czy wynagrodzenia niemożliwym do osiągnięcia na danym rynku lokalnym nie są uzasadnione. Ponadto, nie sposób pomijać okoliczności, iż co najmniej 5 z siedmiu osób będzie (w ramach stosunków pracy) wykonywała nie tylko czynności związane z obsługą przedmiotowej inwestycji, lecz będzie zaangażowana także w realizację innych usług realizowanych przez Spółkę. Zwracamy też uwagę, iż po podzieleniu kwoty 154 800,00 zł brutto przez 17 miesięcy otrzymujemy kwotę 9 105,88 zł brutto na jeden miesiąc, co po podzieleniu przez 7 daje z kolei kwotę 1 300,84 zł brutto średnio na każdą osobą, co jest kwotą realną, zwłaszcza, iż jedynie w przypadku dwóch członków personelu wymagana jest „codzienna dostępność”.

3)

Koszty funkcjonowania biura na budowie zlokalizowanej w tym samym mieście co biuro Spółki są w pewnym zakresie wliczone w koszty stałe związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Dotyczy to np., materiałów eksploatacyjnych (jak papier). Jednocześnie, jak wskazaliśmy w złożonych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny: Posiadamy wyposażenie potrzebne do realizacji przedmiotowego zamówienia, które jest obecnie przechowywane, w związku z zakończeniem realizacji jednej z obsługiwanych inwestycji, co wyłącza potrzebę dokonywania nowych zakupów. Istotna jest również okoliczność, iż standard biura nie musi być wysoki, wystarczy bowiem, iż: po pierwsze - biuro będzie mogło służyć zadaniom związanym z realizacją usługi oraz oczywiście po drugie będzie spełniało minimalne wymogi wynikające z przepisów prawa i postanowień umowy.

4.

Jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., Sygn. akt KIO/UZP 1441/07), za ofertę z rażąco niską ceną, należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym przypadku, zaoferowana w złożonej przez nas ofercie cena nie odbiega jednak od cen rynkowych tego rodzaju usług dotyczących zadań o stopniu złożoności odpowiadającym stopniowi złożoności, co potwierdza treść złożonych przez nas wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z załącznikami. Okoliczność, iż przedmiot zamówienia, którego dotyczy postępowanie nie jest tożsamy z przedmiotami zamówień, których dotyczą przedstawione przez nas kwoty i referencje nie ma istotnego znaczenia, bowiem w praktyce nie występują identyczne zadania inwestycyjne, a więc identyczne przedmioty zamówień na roboty budowlane czy usługi dotyczące robót budowlanych. Nie stoi to jednak na przeszkodzie powszechnej praktyce dokonywania oceny zdolności do realizacji danego zamówienia na podstawie doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu zamówień, w istotnym stopniu podobnych, co dowodzi, iż należyte wykonanie zamówień podobnych za ceny podobne do zaoferowanej (zwłaszcza potwierdzone dowodami z dokumentów, jakimi są przecież referencje) stanowi bardzo poważny argument przemawiający za uznaniem ceny zaoferowanej za prawidłowo skalkulowaną. Trzeba również pamiętać, iż: po pierwsze - w praktyce w odniesieniu do realizacji podobnych zamówień publicznych, często spotyka się różne wymogi nie zawsze identyczne z wymogami występującymi w innych podobnych przypadkach; po drugie - poziom oceniając ewentualne zmiany w poziomie cen na przestrzeni kilku ostatnich lat trzeba zauważyć, iż w związku z kryzysem /spowolnieniem gospodarczym/ co prawda poziom cen podstawowych dóbr i usług wzrósł, lecz zjawisko to nie dotyczyło dóbr i usług o bardziej skomplikowanym charakterze, których poziom cen, w wielu przypadkach nie tylko nie wzrósł, ale nawet obniżył się.

Zatem, co prawda zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 powołanej ustawy, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże, w przedmiotowym przypadku, w odniesieniu do złożonej przez nas oferty przesłanki te nie zostały spełnione.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Szacunkową wartość zamówienia ustalono na poziomie: 489 974,80 zł.

W postępowaniu złożono oferty, z następującymi cenami (brutto):

- 899 130 zł
- 725 700 zł
- 510 450 zł
- 366 540 zł
- 349 812 zł
- 188 190 zł (oferta odwołującego)

W wezwaniu z dnia 18 kwietnia 2013 r. skierowanym do BUD-INVEST Sp. z o.o. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, wskazując przy tym, iż wątpliwości budzi fakt, iż wysokość żądanego wynagrodzenia brutto wynosi w tym przypadku ok. 31% szacunkowej wartości zamówienia oraz ok. 48% oferty, która uplasowała się na drugim miejscu pod względem wartości oferty.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 22 kwietnia 2013, odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in. szereg okoliczności, które pozwoliły mu skalkulować cenę na określonym poziomie (wieloletnia obecność na rynku i związane z tym doświadczenie; stabilność finansowa; wykonywanie licznych nadzorów na terenie całego kraju oraz woj. mazowieckiego, dysponowanie kadrą odpowiednio wykwalifikowaną do wykonywania czynności z zakresu zarządzania i nadzoru zadań inwestycyjnych, której członkowie wykonują czynności służbowe niedaleko miejsca wykonywania przedmiotu zamówienia, posiadanie niezbędnego wyposażenia, wdrożone systemy zarządzania i logistyki... etc.), w tym wskazał, iż z osobami jakie mają być zaangażowane została uzgodniona wysokość ewentualnego wynagrodzenia, która w ramach zaoferowanej ceny i przy uwzględnieniu wszystkich elementów jakie się na nią składają, pozwala na pokrycie kosztów realizacji usługi, a także wypracowanie zysku. Na dowód czego wykonawca przedłożył w załączeniu kalkulację zaoferowanej ceny.

Przy czym wykonawca wskazał, iż: „Należy również pamiętać, iż przedmiotem zamówienia publicznego jest usługa o charakterze, w znacznym stopniu niewymiernym, która w istocie polega na udostępnieniu Zamawiającemu ludzkiej wiedzy i doświadczenia w zakresie określonych dziedzin, czyli usługa o trudnej do oszacowania wartości, a zarazem taka, w przypadku której podstawy szacowania mogą ulegać szybkim i trudnym do przewidzenia zmianom; Przy takiej usłudze, jak już wzmiankowaliśmy, wyjątkowo istotnym czynnikiem cenotwórczym jest wynagrodzenie personelu, które z samej swej natury podlega negocjacom prowadzonym pomiędzy zainteresowanymi Stronami i niekoniecznie musi osiągać poziom stosowny do szacunkowej wartości zamówienia. Trzeba również przypomnieć, iż wysokość kosztów wynagrodzenia zaangażowanych osób została skalkulowana nie w oparciu o domysły i szacunki, lecz o treść istniejących zobowiązań cywilnoprawnych.”

W ramach powołanego dowodu (kalkulacji ceny) podano:

Lp.	Element kalkulacji	Cena brutto
1.	Utrzymanie biura, obejmujące m.in.: (opłaty za media: energia elektryczna, telefon, ogrzewanie, woda, koszty utrzymania czystości, koszty materiałów biurowych).	11 200,00 zł brutto
2.	Wynagrodzenie personelu, w tym: Kierownik Nadzoru inwestorskiego, Inspektor nadzoru robót ogólnobudowlanych, Inspektor nadzoru robót sanitarnych, Inspektor nadzoru robót elektrycznych i elektroenergetycznych, Specjalista ds. rozliczeń, Inżynier budowy, Specjalista ds. urządzeń multimedialnych, Inspektor w zakresie ochrony przed hałasem oraz inni specjaliści niezbędni do realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ. (ilość przewidywanych wizyt w tygodniu oraz	154 800,00 zł brutto
3.	Inne koszty m.in. gwarancja i inne wymagane SIWZ.	10 700,00 zł brutto
4.	Zysk	11 490,00 zł brutto
5.	Razem	188 190,00 zł brutto

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego, zawartym w piśmie z dnia 26 kwietnia 2013 r., zamawiający wskazał, iż wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych konkretnych informacji na temat sprzyjających warunków pozwalających wykonać mu zamówienie za zaoferowaną cenę.

Wskazano, iż „Przytoczone wyjaśnienia w zakresie możliwości obsługi kilku kontraktów oraz bliskości innych nadzorowanych obiektów nie mają żadnych podstaw w przypadku warunku, który postawił Zamawiający w przedmiotowym zamówieniu w zakresie obowiązku przebywania 2 osób personelu w pełnym wymiarze czasu pracy - 8 godzin (Kierownik nadzoru inwestorskiego oraz Inżynier budowy).”

Ponadto zamawiający podniósł:

„Wskazanie natomiast w kalkulacji kwoty 154 800 złotych brutto jako wynagrodzenie co najmniej 7 osób (z czego Zamawiający wymaga aby dwie osoby były w pełnym wymiarze czasu) wydaje się, że zostało podane bez uwzględnienia realnych kosztów tego typu usług.

Osoby wskazane w pełnym wymiarze czasu pracy zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy zatrudnione są na Umowę o pracę. Nawet przyjmując średnie wynagrodzenie krajowe (dane GUS za marzec 2013 - 3832,81) co w przypadku osoby z ponad 25 letnim doświadczeniem z uprawnieniami budowlanymi na stanowisku Kierowniczym oraz dla kolejnej osoby z ponad 3 letnim doświadczeniem w budownictwie z wykształceniem wyższym technicznym wydaje *4^ relatywnie niskie i praktycznie niemożliwe na rynku warszawskim oraz mnożąc te kwoty przez okres realizacji zamówienia (17 miesięcy) otrzymujemy kwotę 130 315 PLN. Do kwoty jtej należałoby dodać jeszcze koszty pracodawcy ale wówczas kwota wynagrodzenia staje się wyższa niż wskazana przez firmę BUD-INVENT w kalkulacji ceny.

Przyjmując zatem nawet kwotę bez kosztów pracodawcy pozostaje kwota 24 485 złotych brutto jako wynagrodzenie dla co najmniej 5 osób (Inspektor Nadzoru robót budowlanych, Inspektor nadzoru robót elektrycznych, Inspektor nadzoru robót sanitarnych, Specjalista ds. rozliczeń, specjalista ds. urządzeń multimedialnych i ewentualnie inne niezbędne) co daje kwotę miesięczną na każdą osobę w wysokości 288,05 złotych (słownie DWIEŚCIE OSIEMDZIESIĄT OSIEM ZŁOTYCH i 05/100).

Należy tu wskazać, że należy się spodziewać okresów w trakcie realizacji budowy, w których obecność poszczególnych inspektorów nadzoru będzie obowiązkowa praktycznie codziennie (zanikające roboty budowlane i instalacyjne, sprawdzenie i zatwierdzenia materiałów i urządzeń, kalkulacja i analiza ilościowa do rozliczeń oraz wiele innych czynności wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ).

Analogicznie sytuacja ma się do wskazanej kalkulacji za utrzymanie biura w kwocie 11 200,00 złotych brutto na cały okres realizacji co daje kwotę 658,82 złotych brutto miesięcznie. Zamawiający wymaga aby wykonawca ponosił wszelkie koszty wyposażenia i utrzymania biura na placu budowy (a więc ogrzewanie!, prąd, woda i ścieki, telefony, fax, xerokopie, komputery, korespondencja, raporty, dokumentacja fotograficzna, materiały eksploatacyjne i inne). Nie wydaje się możliwe zapewnienie nawet na najniższym poziomie realizacji działań i zadań wskazanych w SIWZ za przedstawioną kwotę.

Przekazane przez firmę BUD-INVENT w wyjaśnieniu referencji oraz przedstawienie kwot za przedmiotowe zamówienia nie jest tożsame z przedmiotowym zamówieniem oraz zakresem przedmiotu zamówienia wskazanym w SIWZ.”

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła następujące dowody przedłożone przez odwołującego dotyczące potwierdzenia wysokości wynagrodzeń poszczególnych członków jego personelu w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia:

- Oświadczenie Pana R..... S..... z dnia 11.04.2013 r. (nie wiadomo do kogo skierowane), w którym zadeklarował, iż oferuje wykonanie w ramach przedmiotowego zamówienia, obowiązków Kierownika Nadzoru inwestorskiego, za ryczałtową kwotę 40000 zł brutto.
- Oświadczenie Pana S..... W....., z dnia 11.04.2013 r. (nie wiadomo do kogo skierowane), w którym zadeklarował, iż oferuje wykonanie w ramach przedmiotowego zamówienia, obowiązków Inspektora nadzoru robót ogólnobudowlanych, za ryczałtową kwotę 26000 zł brutto.
- Oświadczenie Pana S..... B....., z dnia 11.04.2013 r. (nie wiadomo do kogo skierowane), w którym zadeklarował, iż oferuje wykonanie w ramach przedmiotowego zamówienia, obowiązków Inspektora nadzoru robót sanitarnych, za ryczałtową kwotę 19000 zł brutto.
- Oświadczenie Pana R..... D..... z dnia 11.04.2013 r. (nie wiadomo do kogo skierowane), w którym zadeklarował, iż oferuje wykonanie w ramach przedmiotowego zamówienia, obowiązków Inspektora nadzoru robót elektrycznych i elektroenergetycznych, za ryczałtową kwotę 19000 zł brutto.
- Oświadczenie Pani D..... N..... z dnia 11.04.2013 r. (nie wiadomo do kogo skierowane), w którym zadeklarowała, iż oferuje wykonanie w ramach przedmiotowego zamówienia, obowiązków Specjalisty ds. rozliczeń, za ryczałtową kwotę 15000 zł brutto.
- Oświadczenie Pana K..... P..... z dnia 11.04.2013 r. (nie wiadomo do kogo skierowane), w którym zadeklarował, iż oferuje wykonanie w ramach przedmiotowego zamówienia, obowiązków inżyniera budowy za ryczałtową kwotę 28000 zł brutto.
- Oświadczenie Pana S..... R..... z dnia 11.04.2013 r. (nie wiadomo do kogo skierowane), w którym zadeklarował, iż oferuje wykonanie w ramach przedmiotowego zamówienia, obowiązków specjalisty ds. urządzeń multimedialnych, za kwotę 7800 zł brutto.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomią postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Przed omówieniem kwestii powstania obowiązku obligatoryjnego zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia ceny w danej ofercie, konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia ceny rażąco niskiej.

Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzezona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat finansowych, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, ustawodawca przyjął następującą konstrukcję zapobiegania przyjmowania ofert z ceną rażąco niską:

Oferty tego typu odrzucane są na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o ww. przepis jest więc realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże powyższe nie może nastąpić bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy wyjaśnienia, że zaoferowana przezeń cena nie jest zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 1).

Podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy jest więc nic innego jak zaistnienie podejrzenia wystąpienia okoliczności opisanych w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. To wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy do ich przedstawienia (obowiązek ten sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy).

Odnosząc się natomiast do wspomnianego wyżej rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, iż cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, lub też, że wystąpiły okoliczności wskazujące na możliwość jej wystąpienia i tym samym obowiązek zastosowania dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje a także strona, która wystąpienia danych faktów podnosi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Wyżej opisany rozkład ciężaru dowodu może ulec odwróceniu, a przynajmniej bardziej skomplikowanemu rozłożeniu, jedynie w wypadku powstania domniemania faktycznego, że określone okoliczności powstały (a więc uprawnionego wniosku o wystąpieniu jednych faktów, na podstawie innych faktów, które oczywiście winny wystąpić w należyłym nagromadzeniu, wadze, a także zostać wykazane).

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy, Izba uznała, że w chwili wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający miał wystarczające podstawy aby przyjąć, iż zaoferowana przez odwołującego cena odbiega *in minus* od rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia. Do powstania domniemania faktycznego w tym przedmiocie uprawniały występujące w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, okoliczności związane z niniejszym postępowaniem, w szczególności: porównanie ceny ofertowej odwołującego z szacunkową wartością zamówienia oraz cenami innych ofert złożonych w przetargu, a przede wszystkim ocena wartości wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, niezbędnych do jego wykonania. Zwłaszcza należało w tym przypadku ocenić zakres i nakład pracy, który wykonać miał personel wykonawcy, biorąc w tym zakresie pod uwagę ewentualne koszty osobowe wykonawcy.

W związku z powyższym zamawiający zobowiązany był przed zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, do umożliwienia wykonawcy, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, wykazania, że zniżenie jego ceny ofertowej w stosunku do rynkowej przedmiotu zamówienia było z obiektywnych względów możliwe i uzasadnione (np. ze względu na zaistnienie okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp), albo też wykazania, iż samo założenie wystąpienia ceny rażąco niskiej w jego ofercie jest oparte na fałszywych przesłankach, co do rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia (np. w przypadku gdy ceny innych ofert i szacunkowa wartość zamówienia są zawyżone, albo założenia co do zakresu przedmiotu zamówienia i kosztowności jego wykonania przyjęte przez zamawiającego nie odpowiadają rzeczywistości... *etc.*). W przypadku wykazania, iż rzeczywista, tj. rynkowa (rynek należy w tym przypadku uznać za ostateczne odniesienie wartości dóbr i usług) wartość przedmiotu zamówienia odpowiada zaoferowanej przez wykonawcę cenie, bezprzedmiotowe jest dowodzenie okoliczności i powodów umożliwiających obniżenie ceny przez wykonawcę, a to ze względu, że żadne zniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie miało wtedy miejsca.

W rozpatrywanym przypadku wykonawca nie wykazał zamawiającemu żadnej z ww. okoliczności. Podał jedynie ogólne rozbieżności ceny ofertowej, a także powołał szereg, nie zawsze obiektywnych, a już z pewnością niekonkretnych okoliczności, które w żaden sposób nie obrazowały w jakim stopniu i zakresie mogą umożliwić obniżenie ceny zaoferowanej.

Przedmiotem niniejszego zamówienia są specjalistyczne usługi intelektualne, świadczone przez wysoce wykwalifikowany personel zapewniany przez wykonawcę (w tym osoby posiadające uprawnienia budowlane i wymagany przez zamawiającego poziom doświadczenia i kwalifikacji). Tym samym, jak słusznie wywodzą strony, główny element kosztotwórczy przy wykonaniu zamówienia, stanowią koszty osobowe, a więc wynagrodzenia personelu wykonawcy. Właśnie wycena tej części zamówienia nie odpowiada wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie wykazał z jakich względów mógł tak drastycznie element ten obniżyć (przy czym brak w tym przypadku możliwości wskazania, iż powyższe niedobory sfinansuje z nadwyżek przewidzianych w innych częściach globalnego wynagrodzenia za cały przedmiot zamówienia).

Jak wynika z powoływanych przez strony postanowień SIWZ, wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia codziennego, minimum 8-godzinnego, przebywania na budowie przez kierownika zespołu i inżyniera budowy przez cały okres realizacji zamówienia, a więc 17 miesięcy. Pozostali członkowie zespołu (5 osób) obowiązani są do wykonywania powierzonych zadań w miarę potrzeb wynikających z nadzorowanego procesu budowlanego (zwłaszcza inspektorzy nadzoru i specjalista ds. rozliczeń).

Jak wynika z dowodów przedstawionych na rozprawie, usługi kierownika zespołu i inżyniera budowy zamawiający wycenił na odpowiednio 40000 zł i 28000 zł brutto. Biorąc pod uwagę konieczność świadczenia przez nich w ramach deklarowanych „stosunków cywilnoprawnych”, pracy przez 17 miesięcy w pełnym wymiarze (z ewentualnością pracy w nadgodzinach) bez jakichkolwiek przerw urlopowych, kwoty wynagrodzeń oscylujące około 2000 zł/miesiąc (brutto) za usługi specjalistów z wykazanim doświadczeniem i kwalifikacjami, należy uznać za niewspółmierne do ich rzeczywistej wartości. Dla stwierdzenia powyższego skład orzekający Izby oparł się na własnym doświadczeniu życiowym wynikającym z rozpatrywania spraw odwoławczych, dotyczących usług tego typu i znajomością poziomu wynagrodzeń personelu kierowniczego i technicznego, tam uwidacznianych.

Równie niewiarygodne wydaje się wynagrodzenie inspektorów nadzoru inwestorskiego, jednakże w tym przypadku zamawiający nie wykazał rzeczywistego i konkretnego nakładu pracy, którą ww. inspektorzy będą zobowiązani wykonać w ramach jego przedmiotu zamówienia, tym samym w tym przypadku nie jest możliwe zakwestionowanie realności wyliczeń przyjętych przez wykonawcę w tym zakresie.

Za niewiarygodne uznano dowody przekładane przez odwołującego w przedmiocie wyceny usług, które dokonać miały osoby je wykonujące. Złożone przez poszczególnych członków zespołu oświadczenia, nie są zobowiązaniami, które potwierdzałyby, iż za tego typu kwoty wykonawca wskazane usługi może uzyskać. W szczególności mało prawdopodobne wydaje się, aby kontrahenci odwołującego zobowiązywali się do świadczenia na jego rzecz usług za ceny tak niewspółmierne do nakładu pracy i zakresu odpowiedzialności, który by na nich spoczywał. Należy raczej przyjąć, iż współmierne do przedmiotu zamówienia, wynagrodzenie za pracę na tym kontrakcie, osoby te otrzymywałyby z innych źródeł niż cena ofertowa. Wątpliwości budzi również forma i cel odbierania tego typu oświadczeń od własnych pracowników bądź współpracowników. Wszystkie oświadczenia zostały sporządzone według jednego wzoru, w tej samej dacie, według treści z góry ustalonej przez odwołującego. Przy czym do wycenienia zamówienia tego typu oświadczenia wcale nie były potrzebne – informacje o swoich szacunkach, co do wyceny własnej pracy na tym kontrakcie, członkowie personelu mogli przekazać wykonawcy w każdy inny sposób. Ponadto same w sobie oświadczenia te nie niosą żadnego skutku zobowiązaniowego. Sporządzone więc prawdopodobnie zostały jedynie dla celów dowodowych i to na potrzeby postępowania

odwoławczego, bo zamawiającemu, w ramach wyjaśnień elementów ceny, odwołujący nie raczył ich przedstawić, a nawet podać wynikającego z nich rozbitcia pozycji wynagrodzenia na poszczególnych członków zespołu. W wyjaśnieniach z dnia 22 kwietnia 2013 ograniczył się jedynie do przedstawienia „dowodu” w postaci rozbitcia ceny ofertowej na poszczególne pozycje kosztowe. Natomiast, jak słusznie wskazał zamawiający, nie wykazał mu żadnych konkretnych okoliczności, które pozwoliły na taką a nie inną wycenę poszczególnych elementów zamówienia.

Ponadto rzeczona kalkulacja/rozbitcie ceny ofertowej, samo w sobie nie dowodzące możliwości podanego w nim ukształtowania cen za poszczególne elementy zamówienia, w zestawieniu z dowodami z oświadczeń personelu przedłożonymi na rozprawie, przesądziło o zdyskredytowaniu zabiegów dowodowych odwołującego w tym zakresie. Odwołujący zapomniał chyba, iż załączona do wyjaśnień kalkulacja ceny, w zakresie wynagrodzeń personelu, nie odnosiła się li tylko do siedmiu osób, których oświadczenia przedstawił, ale również do personelu następującego: *„Inspektor w zakresie ochrony przed hałasem oraz inni specjaliści niezbędni do realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ”*. Tymczasem ryczałtowe wynagrodzenia osób, których oświadczenia wykonawca przedstawił, sumują się dokładnie do kwoty 154 800 zł, przedstawionej w kalkulacji z dnia 18 kwietnia 2013 r. jako kwota na pokrycie wynagrodzenia całego personelu, a nie tylko tych siedmiu osób.

Nie uwzględniono innych dowodów przedkładanych w sprawie, w szczególności w przedmiocie porównania wartości innych zamówień tego typu wykonywanych na rynku. Bez możliwości szczegółowego porównania zakresów zamówień i zasad ich wykonywania, samo porównanie cen umownych za inne zamówienia nie wnosi nic do sprawy.

Izba nie oceniała również kwestii związanych z ewentualnym nienależytym wykonywaniem przez odwołującego kontraktów wskazywanych przez zamawiającego, uznając, iż powyższe nie ma znaczenia dla stwierdzenia ceny rażąco niskiej w przedmiotowym przetargu. Izba nie rozstrzygała więc, chociażby na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, czy odwołujący, wykonujący nadzór inwestorski nad budową lotniska w Modlinie, ponosi odpowiedzialność za odebranie nieprawidłowego wykonania pasa lotniska.

Uwzględniając przedstawione okoliczności i argumentację, uznano, iż cena ofertowa odwołującego, w swojej zasadniczej części jaką są wynagrodzenia personelu, pozostawała rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie wykazał, żadnych obiektywnych względów, które pozwoliłyby na powyższe. Usiłował jedynie owo zniżenie ceny niejako przerzucić na swoich pracowników oraz współpracowników, i przez rażące zniżenie ich wynagrodzeń uzasadnić poziom ceny ofertowej. Ponadto w związku z przyjętym, „oszczędnym” poziomem wyceny pozostałych elementów zamówienia (np. koszt utrzymania biura) nie było możliwe uznanie, iż wskazane niedobory wynagrodzeń mogą zostać

zrekompensowane przez pozostałe części wynagrodzenia wykonawcy, otrzymanego za cały przedmiot zamówienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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).