

Sygn. akt: KIO 1492/15

Wyrok
z dnia 27 lipca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2015 roku przez wykonawcę: **Zachodnie Centrum Konsultingowe „EURO INVEST” Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, ul. Sikorskiego 111/307, 66-400 Gorzów Wielkopolski,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Miasto Gorzów Wlkp., ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski,**

przy udziale - wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Lucjana Szenwalda 20, 71-281 Szczecin,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1492/15 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Zachodnie Centrum Konsultingowe „EURO INVEST” Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy),** uiszczoną przez wykonawcę: **Zachodnie Centrum Konsultingowe „EURO INVEST” Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim,** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Zachodniego Centrum Konsultingowego „EURO INVEST” Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** na rzecz Zamawiającego: **Miasto Gorzów Wlkp.** kwotę **3 988 zł 65 gr**

(słownie: trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt pięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz tytułem kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Gorzów Wlkp. (zwane dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla inwestycji: Budowa systemu odprowadzania wód opadowych z rejonu zachodniej części miasta Gorzowa Wlkp.*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 czerwca 2015 roku (pozycja: 136370). Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało opublikowane w dniu 16 czerwca 2015 roku (pozycja: 145778).

W dniu 9 lipca 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia – za pośrednictwem poczty elektronicznej - zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania wraz z informacją o odrzuceniu oferty wykonawcy: Zachodniego Centrum Konsultingowego „EURO INVEST” Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim.

W dniu 14 lipca 2015 roku wykonawca: Zachodnie Centrum Konsultingowe „EURO INVEST” Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - w związku z wadliwym przyjęciem przez Zamawiającego, iż zaproponowana przez Odwołującego cena ofertowa jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, bez uwzględnienia okoliczności związanych z dodatkową obsadą Kluczowego Personelu dla kontraktu na stanowisku inspektora branży konstrukcyjno-budowlanej oraz pozostawieniem w zatrudnieniu pracowników Odwołującego się również w okresie rękojmi i gwarancji udzielonej przez wykonawcę robót, co ma wpływ na możliwość kształtowania ceny ofertowej.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 9 lipca 2015 roku, tj. ogłoszenia o wyniku przetargu oraz odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie kwestionował sformułowanych w ofercie zapisów, skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego, a wskazana ww. przyczyna odrzucenia nie została w sposób wyczerpujący uzasadniona, a także brak odniesienia lub uwag do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie doświadczenia zawodowego inspektora branży konstrukcyjno-budowlanej, co oznaczałoby zgodność oferty z treścią SIWZ, a co więcej nie ma podstaw do uznania, że niezgodność z SIWZ oznacza wadliwą metodologię w zakresie ustalenia ceny ofertowej;
- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez dowolne założenie, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał obliczeń według własnego uznania i metody, bez ustalenia sposobu wyliczenia przyjętego przez Odwołującego dla złożonej oferty, zwłaszcza gdy metodologia wyliczenia ceny ofertowej nie wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skutkującej odrzuceniem oferty Odwołującego, a wskazana przyczyna odrzucenia nie została w sposób wyczerpujący uzasadniona, a ewentualne błędy mogłyby dotyczyć obciążeń publicznoprawnych, w tym stawki VAT.

Z kolei w oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 9 lipca 2015 roku ogłoszenia o wyniku przetargu oraz odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto, Odwołujący wnosił o:

- umorzenie postępowania przed KIO na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu;
- przeprowadzenie dowodu z dokumentów: umowy o pracę J. K., umowy o pracę W. S., umowy o pracę S. B.-K. na okoliczność potwierdzenia zatrudniania osób wskazanych w ofercie jako personel kluczowy;
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, iż złożył on ofertę z ceną ofertową 250.920,00 zł (brutto), wskazując najniższą cenę i proponując Kluczowy Personel, odpowiadający warunkom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stwierdził, że w dniu 24 czerwca 2015 roku Zamawiający zwrócił się do niego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie doświadczenia zawodowego inspektora branży konstrukcyjno-budowlanej oraz zaproponowanej ceny.

W dniu 29 czerwca 2015 roku Odwołujący udzielił wyjaśnień, wskazując wymagane przez Zamawiającego informacje i wyjaśnienia, w tym również w zakresie szczegółowej kalkulacji ceny. Jednocześnie podkreślił, iż wskazał w wyjaśnieniach, że tzw. Kluczowy Personel pozostaje w zatrudnieniu w firmie Odwołującego, zarówno na podstawie umów o pracę, jak i umów cywilnoprawnych. Zauważył, że okoliczność ta nie była kwestionowana przez Zamawiającego, a zdaniem Odwołującego, wiązała się z możliwością oszacowania niższych kosztów pracy personelu, gdyż stanowiła ona kwotę ponad dotychczasowe stałe wynagrodzenie osób mających realizować zamówienie, które Odwołujący ponosi na bieżąco. Stwierdził również, że zastrzeżenia dotyczące możliwości zapewnienia kadry w ilości wynikającej z SIWZ przez Inżyniera Kontraktu w istocie nie odpowiadają treści oferty, a co więcej nie mogą stanowić zarzutu polegającego na arytmetycznym wyliczeniu wymiaru części etatu, jakoby cena ofertowa była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też obciążona błędami w obliczeniu ceny. Podniósł, że na etapie składania oferty wskazywał, że korzysta ze stałej obsady kadrowej firmy, pracującej w funkcjonującym biurze Odwołującego, przy czym kalkulacja ceny obejmuje marżę zysku na poziomie ponad 15% i rezerwę na tzw. koszty nieprzewidziane w kwocie 10.000,00 zł. Podkreślił też, że wbrew zastrzeżeniom Zamawiającego, prawidłowo założył okres obowiązywania umowy, z uwzględnieniem okresu rękojmi i gwarancji. W ocenie Odwołującego, stałe zatrudnianie przez niego personelu, powoduje możliwość zapewnienia niezmienionej obsady, również w okresie rękojmi i gwarancji, w sposób analogiczny do założeń wskazanych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział zapłatę wynagrodzenia, zgodnie z par. 5 umowy (stanowiącej załącznik do SIWZ) w następujący sposób: 5% po wyborze Wykonawcy Robót i podpisaniu Kontraktu, 90% podczas realizacji robót, proporcjonalnie do zaawansowania robót wynikających ze Świadectw Płatności i ich zatwierdzeniu, 5% po zatwierdzeniu Sprawozdania Końcowego oraz rozliczenia kontraktu dowodami OT. Odwołujący podniósł, że przyjęcie przez Zamawiającego płatności wynagrodzenia ryczałtowego w 3 transzach powoduje, iż utrzymanie dotychczasowych obowiązków Kluczowego Personelu będzie obejmować również okres rękojmi i gwarancji, jednak bez pozostawiania przez Zamawiającego części wynagrodzenia za ww. okres. Wobec czego, zdaniem Odwołującego, nie było potrzeby dodatkowego kwantyfikowania okresu rękojmi i gwarancji, co jest jednoznaczne z utrzymaniem ustalonej w zamówieniu kadry przez cały okres obowiązywania Kontraktu, ale już po rozliczeniu z Zamawiającym.

Ponadto, Odwołujący zauważył, iż wskazał również możliwość obniżenia kosztów transportu wobec funkcjonowania w miejscowości siedziby Zamawiającego oraz wobec korzystania z pojazdów służbowych Odwołującego przez jego współpracowników w dotychczasowym zakresie. W jego ocenie, obydwie czynniki, rozłożenie płatności i koszty dojazdów, w znacznym stopniu pozwalają na szacowanie ceny ofertowej, przy jednoczesnym zachowaniu rentowności przedsięwzięcia.

W dalszej kolejności, odnosząc się do zarzutu niewłaściwego przyjęcia czasu pracy, który winien być przeznaczony na obsługę kontraktu, Odwołujący podniósł, że wskazana kwota stanowi dodatkowe wynagrodzenie ponad otrzymywane przez personel i w granicach ich dotychczasowego zatrudnienia, które obejmuje pełen wymiar etatu. Z ostrożności procesowej wskazał również, że nie oznacza to planowania godzin nadliczbowych, lecz ma stanowić dodatkowe wynagrodzenie w związku z obowiązkami wynikającymi z założeń określonych w SIWZ przez Zamawiającego dla przedmiotowego kontraktu. Dodał, że wobec tego wyspecyfikowane kwoty nie muszą się odnosić do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, w związku z czym obliczenia dokonane przez Zamawiającego nie mogą się ostać jako podstawa do ustaleń, czy kwota wynagrodzenia oferenta jest rażąco niska czy też nie. Podniósł, iż w przypadku osób zatrudnionych w ramach umów cywilnoprawnych wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę jest zachowana. Odwołujący stwierdził, że nawet przy abstrakcyjnym przyjęciu, iż zachodziłaby sytuacja niedoboru realizowanych godzin zgodnie z SIWZ w stosunku do oczekiwań Zamawiającego, to ewentualne niedoszacowanie obejmowałoby kwotę 3.645 złotych przez cały okres prowadzenia robót budowlanych, co Zamawiający miał możliwość ponownie wyjaśnić z Odwołującym. Odwołujący podkreślił, że w takiej sytuacji, jego wynagrodzenie w dalszym ciągu przewidywałoby zysk i zachowywałoby rentowność przedsięwzięcia. W jego ocenie, w przypadku powzięcia wątpliwości, wystarczające byłoby wezwanie go do przedłożenia stosownych dokumentów bądź poświadczeń.

Następnie Odwołujący wskazał, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie posiada swojej legalnej definicji, przy czym rażąco niska to cena za całość oferowanego świadczenia, stąd też nie można uznać za rażąco niską cenę taką, która w jednym z elementów odbiega od cen rynkowych. Stwierdził również, że zasadność ewentualnego odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny powinna być analizowana indywidualnie w każdym przypadku. Zauważył też, że punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość, co nie oznacza jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący ponadto powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do kwestii rażąco niskiej ceny.

Podkreślił, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza opiewała na kwotę 288.435,00 zł, podczas, gdy Odwołujący się zaoferował cenę oferty - 250.920,00 zł.

Następnie Odwołujący wskazał, że mimo, iż ustawa nie definiuje pojęcia „błąd w obliczeniu ceny”, to przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Stwierdził, że błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wówczas, gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego. Podkreślił również, że Zamawiający nie podał metodyki obliczenia ceny, a jedynie wskazał elementy, które końcowa cena oferty musi zawierać. Dodał, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty, gdy zawarte w treści oferty niezgodności z SIWZ stanowią omyłki możliwe do uzupełnienia, a nie stanowią istotnych zmian w treści oferty. Powołał się również na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt: X Ga 23/07, LEX 621254). Zdaniem Odwołującego jako niecelowe należy uznać działanie Zamawiającego, gdy mimo braku wcześniejszych uwag, wskazywał jako podstawę sprzeczność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia oraz, że jest on obowiązany zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje, przy czym punktem odniesienia dla Zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych Wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą, prawa popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. W jego ocenie ustawodawca celowo użył określenia „cena rażąco niska”, co oznacza, że jest niska w sposób zauważalny, narzucający w sposób nieodparty takie wnioski.

Odwołujący wskazał, że przepisy uprawniają Zamawiającego do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykaże obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy. Zauważył też, że na to na zamawiających ciąży obowiązek zamieszczenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ - braki w tym zakresie nie mogą działać na niekorzyść wykonawców, którzy nie mają obowiązku domyślać się co było intencją

zamawiającego. Odwołujący podzielił poglądy orzecznictwa, iż wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach nie musi wymieniać wprost czynników, o których mowa w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, przy czym dopuszczalne jest podanie przez wykonawcę dowolnych przyczyn, które uzasadniają dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny i dający się zweryfikować.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że zaproponował cenę ofertową odpowiadającą faktycznie ustalonej przed niego wartości zamówienia. Wskazał, że wybrana przez Zamawiającego oferta jest wręcz tożsama, co do kwoty, zaproponowanej przez Odwołującego, przy czym Odwołujący miał możliwość obniżenia kosztów w związku z funkcjonowaniem w bezpośrednim sąsiedztwie Zamawiającego, co z kolei powoduje brak konieczności ponoszenia kosztów transportu i organizowania odrębnego dla projektu biura i powinno stanowić argument przemawiający za wyborem Odwołującego jako Wykonawcy. Stwierdził też, że zastrzeżenia w zakresie niezgodności z treścią SIWZ i błędu w kalkulacji ceny są co najmniej chybione, a przede wszystkim nieuzasadnione i jako takie nie powinny się ostać.

W dniu 17 lipca 2015 roku wykonawca - Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie - (zwany dalej: „Przystępującym”), doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1492/15 po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że ww. wykonawca, zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, w formie pisemnej, w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpienie do postępowania odwoławczego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony, jak również przedstawił dowody przesłania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, a tym samym, że ww. wykonawca skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 23 lipca 2015 roku Zamawiający – za pośrednictwem faksu – przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na jego rzecz oraz, w której przedstawił szczegółową argumentację uzasadniającą jego stanowisko w sprawie.

W tym samym dniu, tj. 23 lipca 2015 roku, Przystępujący - za pośrednictwem faksu – przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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*, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba uwzględniła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), oferty złożonej przez Odwołującego, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia (dotyczącej wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) oraz ogłoszenia o wyniku przetargu.

Dowody z dokumentów w postaci kopii umów i aneksów do umów zawartych z osobami wchodzącymi w skład Personelu Kluczowego, załączonych do odwołania i przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie, Izba uznała za spóźnione. Dowody te powinny być złożone bowiem Zamawiającemu na etapie postępowania wyjaśniającego.

Nadto, Izba rozważyła stanowisko Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w pismach i wyrażone ustnie do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia są usługi polegające na sprawowaniu funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji: Budowa systemu odprowadzania wód opadowych z rejonu zachodniej części miasta Gorzowa Wlkp., która będzie realizowana w oparciu o postanowienia Warunków Ogólnych Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę [Warunki Ogólne, wydanie angielsko-polskie 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999)] oraz wprowadzonych Warunków Szczególnych – sekcja II, pkt II.1.4) ogłoszenia o zamówieniu.

Wykonawca - Zachodnie Centrum Konsultingowe „EURO INVEST” Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim złożył ofertę w ramach zamówienia, o którym mowa powyżej, z ceną 250.920,00 zł brutto.

W rozdziale XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) Zamawiający zawarł opis sposobu obliczania ceny oferty wskazując w pkt 1, że: *„Obliczona przez Inżyniera Kontraktu cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie jakie Inżynier Kontraktu uważa za niezbędne do poniesienia dla terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk Inżyniera Kontraktu oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty przy uwzględnieniu wszelkich elementów ryzyka wynikającego ze stopnia złożoności, rozmiaru i wymogów przedmiotu zamówienia, w tym:*

- a) *wynagrodzenie zespołu nadzorującego,*
 - b) *koszty transportu, delegacji, itp.,*
 - c) *koszty utrzymania biura,*
 - d) *zakwaterowania personelu,*
 - e) *koszty sprzętu pomiarowo-kontrolnego i wyposażenia technicznego,*
 - f) *koszt ubezpieczeń i gwarancji,*
 - g) *koszt pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w okresie gwarancji i rękojmi,*
 - h) *koszt rozliczenia budowy po upływie okresu gwarancji i rękojmi*
- oraz uwzględniać wszelkie elementy i ryzyka wynikające ze stopnia złożoności, rozmiaru i wymogów przedmiotu Umowy”.*

Ponadto, w rozdziale III SIWZ w pkt 1 *Opis przedmiotu zamówienia*, Zamawiający określił, że Inżynier kontraktu jest zobowiązany do utworzenia zespołu osób, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia (tzw. Kluczowy Personel), który winien składać się co najmniej z następujących osób: Inżynier Kontraktu – 1 osoba, inspektor

nadzoru branży sanitarnej – 2 osoby, inspektor nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej – 1 osoba, inspektor nadzoru branży drogowej – 1 osoba, inspektor nadzoru branży elektrycznej – 1 osoba, specjalista do spraw rozliczeń – 1 osoba. Jednocześnie Zamawiający podał, że oczekuje od Inżyniera Kontraktu m.in. „zapewnienia obecności Inżyniera Kontraktu na terenie budowy co najmniej 2 dni w tygodniu po minimum 4 godziny (...)”. Następnie w pkt 4 tego rozdziału Zamawiający oznaczył termin realizacji zamówienia przyjmując, że przewidywany termin realizacji robót to: III kw. 2015 roku – IV kw. 2016 roku, okres gwarancji i rękojmi wyznaczony dla Wykonawcy Robót wynosi 36 miesięcy, zaś okres rękojmi dla Inżyniera Kontraktu 12 miesięcy.

Jednocześnie Zamawiający wprowadził dodatkowe kryterium oceny ofert w postaci: *ilość dodatkowych pobyków Inżyniera Kontraktu na budowie – 9 % (rozdział XX pkt 1 SIWZ), wskazując, iż: „Ocenie zostanie poddana dodatkowa (powyżej wymaganych 2 pobyków) ilość dni w tygodniu, w których Inżynier Kontraktu będzie obecny na terenie budowy przez min. 2 godziny”.*

W tym miejscu należy zaznaczyć, że Odwołujący w swojej ofercie zadeklarował 4 dodatkowe pobyty Inżyniera Kontraktu.

W dniu 24 czerwca 2015 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w tym do złożenia dowodów oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego obiektywne czynniki, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia i 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, pomocy publicznej. Zamawiający wskazał też, że wykonawca jest zobowiązany przedstawić wyliczenie sporządzone w oparciu o zakres przedmiotowy zamówienia opisany w SIWZ, obejmujący wszelkie niezbędne czynności podejmowane w celu należytego wykonania usługi, przy czym wyliczenie winno uwzględniać czynności i wielkości podane w Specyfikacji Technicznej podanej w SIWZ.

Odwołujący w dniu 29 czerwca 2015 roku udzielił wyjaśnień przedstawiając szczegółową kalkulację ceny. W przedmiotowych wyjaśnieniach Odwołujący m. in. wskazał, że założył, iż czas realizacji inwestycji wyniesie 18 miesięcy. Podał, że na cenę oferty miały wpływ wyszczególnione przez niego koszty, w tym koszty pracy zespołu osób wyznaczonych do realizacji zadania, koszty utrzymania biura, zwiększone koszty ubezpieczenia w związku z realizacją kontraktu, rezerwa na koszty nieprzewidziane związane z realizacją kontraktu

(poślizg czasowy wykonawcy robót) oraz kwota zysku (marża 15,25%). Odnosząc się do kosztów osobowych Odwołujący wskazał przyjęte przez niego kwoty netto w podziale na poszczególne stanowiska (7 osób), przy czym 3 osoby, tj. Inżyniera Kontraktu, inspektora nadzoru inwestorskiego robót sanitarnych oraz specjalistę ds. rozliczeń, wskazał jako zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Wyjaśnił, że podana kwota stanowi ryczałt wyliczony jako dodatkowy koszt odpowiadający 1/3 etatu w okresie trwania Kontraktu (dla Inżyniera Kontraktu), ryczałt wyliczony jako dodatkowy koszt odpowiadający 1/3 etatu w okresie 16 miesięcy (dla inspektora nadzoru inwestorskiego robót sanitarnych) bądź odpowiadający 1/4 etatu w okresie trwania Kontraktu (specjalista ds. rozliczeń). Pozostałe 4 osoby wskazał jako osoby zatrudnione na podstawie umowy zlecenia w okresie 16 miesięcy, przy czym przyjęte kwoty miały odpowiadać cenie ryczałtowej. Odnosząc się do kosztów utrzymania biura w związku z realizacją Kontraktu (8.000 zł netto) Odwołujący wyjaśnił, że są to wyłącznie koszty eksploatacyjne, gdyż posiada własne biura i salę wykładową do prowadzenia spotkań czy rady budowy. Nadto, jak już wcześniej wspomniano podał kwoty netto tytułem kosztów ubezpieczenia (5.000 zł), rezerwy na koszty nieprzewidziane (10.000 zł) oraz kwotę zysku (27.000 zł).

Jednocześnie Odwołujący wskazał w swoich wyjaśnieniach, że: *„względnie niskie koszty osobowe wynikają z faktu, iż osoby przewidziane do realizacji zamówienia są pracownikami ZCK „EURO INVEST” lub stałymi współpracownikami. Dodatkowo są dyspozycyjni przez cały okres realizacji Kontraktu z uwagi na miejsce zamieszkania w Gorzowie Wielkopolskim oprócz jednej osoby. Stawki wynagrodzenia zostały uzgodnione z osobami zainteresowanymi. Są to albo pracownicy spółki albo wieloletni współpracownicy z którymi realizujemy także inne kontrakty”*.

Do wyjaśnień Odwołujący – na dowód stosowanych przez niego cen - załączył poświadczenia od innych zamawiających dla 4 kontraktów, które miały pokazywać udział procentowy wynagrodzenia do wartości robót.

W dniu 9 lipca 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia dokument zatytułowany: *Ogłoszenie o wyniku przetargu* zawierający informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym podał, że zaproponowana cena ofertowa jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Następnie Zamawiający przedstawił szczegółową argumentację w tym zakresie podnosząc m.in., że wykonawca nie skalkulował całego okresu trwania umowy na realizację przedmiotowego zamówienia, gdyż koszty pracy Inżyniera Kontraktu, jak i pozostałych członków personelu nadzorującego nie obejmowały kosztów związanych

z obsługą kontraktu w okresie rękojmi i gwarancji udzielonej przez Wykonawcę Robót, która wynosi 36 miesięcy. Wskazał ponadto, że wycena kosztu pracy Inżyniera Kontraktu jest obciążona błędem, ponieważ Odwołujący ustalił tę wartość jako ryczałt odpowiadający 1/3 etatu, a zatem wartość ta została ustalona przy założeniu 13,3 godzinowego czasu pracy w tygodniu, zaś rzeczywisty czas pracy, jaki winien być przyjęty wynosi 16 godzin tygodniowo (przy uwzględnieniu dodatkowych pobytów na terenie budowy, wynikających z oferty). Zamawiający stwierdził ponadto, iż Odwołujący dokonując kalkulacji kosztów personelu nie poparł tego żadnymi dowodami, że wskazane osoby zaoferowały współpracę na tym kontrakcie na cały okres trwania zamówienia i za wskazane kwoty. Podkreślił również, że wykonawca ten pominął koszty transportu związane z dojazdem personelu na budowę. W dalszej kolejności Zamawiający stwierdził, że 3 z 4 poświadczeń załączonych przez Odwołującego do wyjaśnień, dotyczą inwestycji drogowych, które są inwestycjami zupełnie nie przystającymi swoim rodzajem i zakresem do przedmiotowego zamówienia, dlatego ich porównywalność nie jest adekwatna. Jedyne zamówienie jakie Zamawiający uznał za porównywalne to dotyczące *Ochrony przeciwpowodziowej zlewni kanału Siedlickiego – Etap I*, dodając przy tym, że w ramach tamtego zamówienia wymagania zamawiającego były mniejsze zarówno w zakresie ilości i składu personelu, jak i w zakresie ilości i czasu trwania pobytów poszczególnych członków nadzoru. Podniósł, że procent udziału kosztów nadzoru do wartości inwestycji wyniósł 1,06 %, a w ramach przedmiotowego zamówienia kształtuje się na poziomie 0,72% i jest zdecydowanie niższy, co może wskazywać na niedoszacowanie ceny ofertowej za realizację zamówienia. Powołał też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądu powszechnego odnoszące się do kwestii wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zwrócił też uwagę na lakoniczność i ogólnikowość złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Reasumując stwierdził, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o ponad 30%. Zamawiający dodał również, iż z ostrożności procesowej informuje, że oferta Odwołującego podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 6 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ i zawiera błąd w obliczeniu ceny. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ wykonawca nie uwzględnił całego terminu realizacji przedmiotu umowy (przewidywany termin zakończenia umowy określony został na grudzień 2019 roku). Nadto, wykonawca nie stosując się do zaleceń Zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny, a tym samym nie uwzględniając w cenie ofertowej wszystkich elementów i założeń, o których mowa w Rozdziale III: pkt 1 ppkt X, pkt 4.1 oraz w Rozdziale XIX pkt 1 SIWZ spowodował, iż zaproponowana cena ofertowa została obliczona błędnie.

Mając powyższe ustalenia na uwadze, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez wadliwe przyjęcie przez Zamawiającego, iż zaproponowana przez Odwołującego cena ofertowa jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, bez uwzględnienia okoliczności związanych z dodatkową obsadą Kluczowego Personelu dla kontraktu na stanowisku inspektora branży konstrukcyjno-budowlanej oraz pozostawaniem w zatrudnieniu pracowników Odwołującego się również w okresie rękojmi i gwarancji udzielonej przez wykonawcę robót, co ma wpływ na możliwość kształtowania ceny ofertowej, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: *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, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Zamawiający wypełniając dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp prawidłowo zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu tym oprócz odwołania się do czynników mogących mieć wpływ na cenę oferty, a wymienionych w powołanym powyżej przepisie prawa, Zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany przedstawić wyliczenie sporządzone w oparciu o zakres przedmiotowy zamówienia opisany w SIWZ, obejmujący wszelkie niezbędne czynności podejmowane w celu należytego wykonania usługi, przy czym wyliczenie winno uwzględniać czynności i wielkości podane w Specyfikacji Technicznej podanej w SIWZ.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty 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.

Powołane powyżej przepisy ustawy Pzp wprost nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., wydanym w sprawie o sygn. akt V Ca 2214/06, z którego wynika, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby, ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, prowadzi do wniosku, że są one niespójne, nieprecyzyjne i nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. W ocenie Izby, Odwołujący nie wyjaśnił w sposób rzetelny wszystkich elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie potwierdzają, iż prawidłowo skalkulował cenę oferty i że nie jest ona rażąco niska. Przede wszystkim ze złożonych wyjaśnień nie wynika, aby w kosztach wynagrodzeń osób, wchodzących w skład Personelu Kluczowego, w tym Inżyniera Kontraktu, było kalkulowane wynagrodzenie również związane z obsługą kontraktu w okresie rękojmi i gwarancji, na co wskazywał Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Należy zważyć, że okres rękojmi i gwarancji udzielonej przez Wykonawcę Robót wynosi 36 miesięcy, a treść SIWZ określa obowiązki Inżyniera Kontraktu również w okresie rękojmi i gwarancji udzielonej przez Wykonawcę Robót. Nadto, Zamawiający określając w SIWZ postanowienia odnoszące się do opisu sposobu obliczenia ceny oferty wskazał, że powinna ona zawierać m.in. koszty pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w okresie rękojmi i gwarancji. Tymczasem treść samych wyjaśnień wskazuje, że wykonawca zakładał, iż czas realizacji inwestycji wyniesie 18 miesięcy. Odnosząc się do wynagrodzenia dla Inżyniera Kontraktu wykonawca wyjaśnił, że jest to pracownik spółki zatrudniony na podstawie umowy o pracę, i, że kwota ta stanowi ryczałt wyliczony jako dodatkowy koszt odpowiadający 1/3 etatu w okresie trwania kontraktu. Przy pozostałych osobach (za wyjątkiem specjalisty ds. rozliczeń, gdzie podana kwota stanowiła ryczałt wyliczony jako koszt odpowiadający 1/4 etatu w okresie trwania kontraktu) wykonawca podał ryczałt dla okresu 16 miesięcy. Wyjaśnienia, złożone przez wykonawcę, nie referują w ogóle do okresu rękojmi i gwarancji, i ewentualnych kosztów z tym związanych. Twierdzenia Odwołującego, przedstawione w treści odwołania i na rozprawie, iż prawidłowo założył okres obowiązywania umowy, z uwzględnieniem okresu gwarancji i rękojmi oraz, że stałe zatrudnienie przez Odwołującego powoduje możliwość zapewnienia niezmienionej obsady również w okresie gwarancji i rękojmi, nie potwierdza, że koszty z tego tytułu też zostały skalkulowane w cenie oferty, gdyż nie wynika to z treści samych wyjaśnień,

a wręcz można uznać, że z wyjaśnień Odwołującego wynika przeciwny wniosek. Odwołujący przedstawiając swoją argumentację w tym zakresie odwoływał się do zasad zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego z tytułu realizacji umowy w ramach przedmiotowego zamówienia, wskazując, że przyjęcie przez Zamawiającego płatności wynagrodzenia ryczałtowego w 3 transzach powoduje, że utrzymanie dotychczasowych obowiązków Kluczowego Personelu będzie obejmować także okres gwarancji i rękojmi, jednak bez pozostawiania przez Zamawiającego części wynagrodzenia za ten okres. Wobec czego, w ocenie Odwołującego, nie było potrzeby dodatkowego kwantyfikowania okresu rękojmi i gwarancji, co dla Odwołującego było jednoznaczne z utrzymaniem ustalonej kadry przez cały okres obowiązywania Kontraktu, także po rozliczeniu z Zamawiającym. Należy jednak podnieść, że kwestia zasad wypłacenia wynagrodzenia przez Zamawiającego z tytułu realizowanej przez wykonawcę umowy, nie ma w tym przypadku bezpośredniego wpływu na zasady kalkulacji kosztów personelu. Przede wszystkim, co raz jeszcze należy podkreślić, takie wyjaśnienie pojawiło się dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a w żaden sposób nie wynika z przedstawionej przez Odwołującego w ramach wyjaśnień szczegółowej kalkulacji ceny. W wyjaśnieniach wykonawca wprost wskazał, że założył czas realizacji inwestycji - 18 miesięcy, a wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu obliczył jako ryczałt wynagrodzenia odpowiadający 1/3 etatu za okres trwania Kontraktu. Dodatkowo, jak słusznie zwrócił uwagę Przystępujący na rozprawie, Odwołujący nie mógłby z góry zapłacić wynagrodzenia Inżynierowi Kontraktu, nawet jeśli umowa przewidywałaby pozostawianie pracownika w dyspozycji do realizacji zadań wynikających z Kontraktu także przez okres rękojmi i gwarancji, a pracodawca zobowiązałaby się zapłacić z tego tytułu wynagrodzenie, bowiem przepisy ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks pracy (j.t. Dz. U. z 2014 r., poz. 1502, z późn. zm.), regulują sposób wypłaty wynagrodzenia z tytułu umowy o pracę.

Ponadto, z wyjaśnień Odwołującego, nie wynika, aby w kalkulacji kosztów pracy Inżyniera Kontraktu, uwzględnił 4 dodatkowe pobyty na budowie, które sam zadeklarował w treści oferty. Otóż, wykonawca odnośnie kosztów pracy Inżyniera Kontraktu wskazał, jak już była mowa powyżej, że jest to pracownik spółki zatrudniony na umowę o pracę, przy czym podana kwota stanowi ryczałt wyliczony jako dodatkowy koszt odpowiadający 1/3 etatu w okresie trwania Kontraktu. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że zgodnie z Kodeksem pracy tygodniowy czas pracy pracownika zatrudnionego na pełen etat wynosi 40 godzin. Oznacza to, według Zamawiającego, że 1/3 etatu zabezpiecza 13,3 godziny tygodniowo. Zgodnie z SIWZ Zamawiający oczekiwał obowiązkowo zapewnienia obecności Inżyniera Kontraktu na terenie budowy co najmniej 2 dni w tygodniu po minimum 4 godziny (co daje łącznie 8 godzin). Ponadto, zgodnie z SIWZ, wykonawca mógł zadeklarować dodatkowe pobyty Inżyniera Kontraktu na budowie, oznaczające ilość dni

w tygodniu, w których będzie on obecny na terenie budowy przez min. 2 godziny, które to pobyty miały być dodatkowo punktowane w ramach kryterium oceny ofert. Wykonawca zadeklarował 4 takie pobyty. Powyższe oznacza, że zgodnie z treścią SIWZ i treścią oferty Inżynier Kontraktu miał być obecny na terenie budowy łącznie co najmniej 16 godzin tygodniowo. Wobec czego, należy uznać, że przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie tego elementu nie korespondują z treścią złożonej przez niego oferty i są nieprawidłowe.

Jak słusznie Zamawiający wskazał, Odwołujący w ogóle pominął koszty transportu związane z dojazdem na budowę osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego. Z wyjaśnień wynika, że osoby te, za wyjątkiem jednej zamieszkują na terenie Gorzowa Wielkopolskiego. Jednak z tych wyjaśnień nie wynika, że będą ponosić koszty transportu we własnym zakresie, co Odwołujący wywodził w toku rozprawy. Ponadto, w toku rozprawy sam Odwołujący przyznał, że może ponosić marginalne koszty związane z udostępnieniem samochodów służbowych swoim pracownikom w ramach realizacji zadań wynikających z Kontraktu. Odwołujący wskazywał przy tym, że koszty te zostały już ujęte w ramach pozycji: *Koszty utrzymania biura*. Niemniej jednak, i w tym przypadku, w ocenie Izby, twierdzenia powoływane przez Odwołującego nie korespondują z treścią wyjaśnień, choćby z uwagi na fakt, że w wyjaśnieniach odnośnie kosztów utrzymania biura, Odwołujący wskazywał, że są to „*wyłącznie koszty eksploatacyjne, gdyż posiadamy własne biura i salę wykładową do prowadzenia spotkań czy rady budowy*”. W ocenie Izby trudno uznać za wiarygodne twierdzenia przedstawiane na etapie postępowania odwoławczego, że w ramach tej pozycji wykonawca kalkulował np. koszty związane z udostępnieniem samochodów służbowych.

Należy też wskazać, że Odwołujący w toku rozprawy wyjaśniał, iż z uwagi na rezerwy na koszty nieprzewidziane związane z realizacją Kontraktu i zakładaną kwotą zysku, to nawet w przypadku hipotetycznego niedoszacowania pewnych elementów mających wpływ na cenę oferty, z uwagi na to, że w jego ocenie są to kwoty niewielkie, i tak wypracuje zysk. Podkreślić jednak należy, że istotą postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny jest złożenie wiarygodnych wyjaśnień, które przekonują, iż cena oferty została rzetelnie skalkulowana i nie jest rażąco niska. Tylko i wyłącznie stwierdzenie, że wykonawca ujął w cenie oferty wszystkie istotne elementy, może powodować pozytywną ocenę wyjaśnień, a tym samym kwalifikację oferty do dalszego postępowania. Zdaniem Izby, ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, nie potwierdza, że cena oferty została rzetelnie skalkulowana i, że nie jest ona rażąco niska.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja Odwołującego przedstawiona na rozprawie, iż może on osiągnąć dodatkowe oszczędności, bowiem, będzie mógł

zrezygnować ze świadczenia usług przez Pana Z. G. – inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, którego obowiązki przejmie dodatkowo Inżynier Kontraktu – Pan J. K. . Podkreślić należy, że wynagrodzenie Pana Z. G. było ujęte w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach i takie też wyjaśnienia były przedmiotem oceny Zamawiającego. Kwestię tą winien wykonawca ewentualnie podnosić na etapie składanych wyjaśnień.

Należy również podnieść, że wyjaśnienia Odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami, oprócz poświadczeń w zakresie innych realizowanych projektów, z których miał wynikać stosunek wartości wykonanych robót do wartości usługi nadzoru inwestorskiego. Jak wskazał Zamawiający tylko jedno z tych zamówień było zamówieniem o podobnym charakterze w zakresie rodzaju robót, jak i z uwagi na sposób realizacji zamówienia w systemie zaprojektuj i wybuduj. Ponadto, mało miarodajne wydaje się porównywanie udziału procentowego wynagrodzenia do wartości robót z różnych przetargów, gdyż tak naprawdę każde postępowanie cechuje się swoją specyfiką, z uwagi, choćby na rodzaj i zakres robót, objętych przedmiotem zamówienia, czy będzie on realizowany w systemie zaprojektuj i wybuduj, czy tylko wybuduj, jak i choćby z uwagi na zakres obowiązków i wymagania w stosunku do personelu itd. Bardziej miarodajne byłoby przedstawienie umów zawartych z osobami, mającymi realizować zadania, które to umowy zostały przedłożone przez Odwołującego dopiero na etapie postępowania odwoławczego, co Izba uznała za spóźnione.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy stwierdzić, co następuje.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Podkreślić należy, że z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego datowanej na dzień 9 lipca 2015 roku wynika, że oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w ogłoszeniu o wyniku przetargu, odnosząc się do oferty złożonej przez Odwołującego, użył sformułowania, że: „*oferta Wykonawcy została odrzucona*”.

Następnie podał:

„Uzasadnienie prawne: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

„Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający odrzucił ofertę Zachodniego Centrum Konsultingowego EURO INVEST Sp. z o. o., gdyż zaproponowana cena ofertowa jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W dalszej kolejności Zamawiający przedstawił szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, w oparciu o wskazaną powyżej podstawę prawną i faktyczną, a reasumując stwierdził, że: *„Mając powyższe na względzie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (...) Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez firmę Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o. o. (...) z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, a także jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o ponad 30%”.*

Zamawiający wskazał również, że: *„Ponadto z ostrożności procesowej Zamawiający informuje, że oferta Wykonawcy podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 6 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ i zawiera błąd w obliczeniu ceny. Treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, gdyż Wykonawca nie uwzględnił całego terminu realizacji przedmiotu umowy (...). Poza tym, Wykonawca nie stosując się do zaleceń Zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny, a tym samym nie uwzględniając w cenie ofertowej wszystkich elementów i założeń, o których mowa w Rozdziale III: pkt 1 ppkt X, pkt 4.1 oraz w Rozdziale XIX pkt 1 SIWZ spowodował, iż zaproponowana cena ofertowa została obliczona błędnie”.*

W ocenie Izby sposób sformułowania informacji dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego, prowadzi do wniosku, że Zamawiający odrzucił tą ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, o czym świadczy chociażby sformułowanie użyte w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp: *„oferta Wykonawcy została odrzucona”, „uzasadnienie prawne”, „uzasadnienie faktyczne”, „Zamawiający odrzucił ofertę”.*

Natomiast odnosząc się do podstaw odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający wskazywał jedynie, że: *„oferta Wykonawcy podlega również odrzuceniu”, „z ostrożności procesowej Zamawiający informuje, że”.*

Powyższe, zdaniem Izby, świadczy o tym, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego wyłącznie w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Natomiast nie odrzucił oferty z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, czy zawiera błędy w obliczeniu ceny. W ocenie Izby pozostałe dwie przesłanki odrzucenia oferty zostały wskazane wykonawcy jedynie sygnalizacyjnie, iż również z innych względów jego oferta podlega odrzuceniu. Jednak nie stanowiły one podstawy czynności Zamawiającego dokonanej względem oferty Odwołującego. Skoro więc, Zamawiający w istocie nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, to tym samym wykonawca nie mógł podnieść w tym zakresie zarzutów.

Mając powyższe na uwadze, Izba pozostawiła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp bez rozpoznania.

Na marginesie, niezależnie od powyższej argumentacji, warto zauważyć, że nawet, gdyby uznać, że oba powyższe zarzuty potwierdziłyby się to i tak odwołanie podlegałoby oddaleniu, ze względu na fakt, że w ocenie Izby, Zamawiający dokonał prawidłowo czynności odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 i pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 ww. Rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania w niniejszej sprawie wynosi 7.500 zł. Natomiast z brzmienia przepisu § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia, o którym mowa powyżej, wynika, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis, koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę (posiedzenie) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, nie wyższe niż 3 600 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Ponadto, Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego i zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 988 zł 65 gr, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł) oraz tytułem kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby (388,65 zł).

Przewodniczący: