

Sygn. akt KIO/UZP 1329 /08

**WYROK**  
**z dnia 4 grudnia 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:      Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie:            Ryszard Tetzlaff**

**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant:         Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: PxM Projekt Południe Sp. z o.o., Drogowa Trasa Średnicowa S.A., MP - Mosty Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** protestu z dnia **31 października 2008 r.**

przy udziale **MBI - Małopolskie Biuro Inwestycji Sp. z o. o. ul. F. Nullo 8/5, 31-543 Kraków, MGGP S.A. ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: PxM Projekt Południe Sp. z o.o., Drogowa Trasa Średnicowa S.A., MP - Mosty Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: PxM Projekt Południe**

**Sp. z o.o., Drogowa Trasa Średnicowa S.A., MP - Mosty Sp. z o.o.,  
ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: PxM Projekt Południe Sp. z o.o., Drogowa Trasa Średnicowa S.A., MP - Mosty Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: PxM Projekt Południe Sp. z o.o., Drogowa Trasa Średnicowa S.A., MP - Mosty Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków.**

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

Konsorcjum firm: PxM Projekt Południe Sp. z o.o., Drogowa Trasa Średnicowa S.A., MP Mosty Sp. z o.o. - zwane dalej odwołującym, wniosło protest wobec czynności odrzucenia jego oferty wskutek zastosowania przez zamawiającego przesłanki rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszone następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm), zwanej dalej ustawą:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez niejednolite prowadzenie postępowania w stosunku do poszczególnych wykonawców, a to w odniesieniu do opracowania wyceny prac objętych przedmiotem zamówienia, dokonywanej według kryteriów i zakresu tych prac wskazaniami i informacjami zawartymi w tym zakresie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ).
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, poprzez nieuprawnione przyjęcie, zwłaszcza wobec ustaleń zawartych w SIWZ, iż cena przedstawiona w ofercie

odwołującego spełnia kryteria ceny rażąco niskiej oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych w tym przedmiocie przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i o uznanie, iż cena tej oferty jest obliczona właściwie w stosunku do kryteriów i zakresu prac określonych w SIWZ,
3. powtórzenie czynności oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu protestu odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że cena przez niego oferowana, tj. 2 720 000,00 stanowi 45,8% wartości średniej z ofert nie odrzuconych przez zamawiającego (oferta nr 6 - 9) oraz 42,5% wartości wszystkich ofert, po odrzuceniu ofert skrajnych (nr 5 i 10). Podał, że w przypadku przetargu nr GDDKiA O/KR-R-2bk/284/35/08 pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową południowego obejścia Tarnowa odcinek węzeł Krakowska - węzeł Lwowska w ciągu DK-4 wybrana w dniu 14.07.2008r. oferta Lafrenz Polska Sp. z o.o. stanowiła 34,5% wartości średniej z ofert nie odrzuconych przez zamawiającego, zaś 45,8% wartości wszystkich ofert - po odrzuceniu ofert skrajnych, zaś w przypadku przetargu nr GDDKiA O/KR R-2mp/284/34/08 pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi związanymi z odnową nawierzchni drogi krajowej nr 28 Zator - Medyka -Granica Państwa odcinek Białka - Osielec wybrana w dniu 06.06.2008r. oferta KDI Raba Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o.o. stanowiła 51,3% wartości średniej z ofert nie odrzuconych przez zamawiającego oraz 57,8% wartości wszystkich ofert po odrzuceniu ofert skrajnych.

W związku z powyższymi danymi odwołujący uznał, że jego oferta nie odbiega od „cen rynkowych podobnych zamówień”, a zarzut zamawiającego za chybiony.

Wskazał, że nie kalkuluje ceny za usługę na podstawie wartości robót budowlanych, lecz przewidywanych kosztów, które należy ponieść podczas realizacji umowy; w przeciwnym wypadku ogłaszanie przetargów nieograniczonych, których jedynym kryterium jest cena nie miałyby sensu - należałoby przyjąć 1,5% wartości prac budowlanych, zaś wykonawcę wyłaniać na podstawie innych kryteriów. W ocenie odwołującego taki sposób rozumowania potwierdzają rozstrzygnięcia przetargów nieograniczonych, np.:

1. przetarg nr GDDK1A O/KR-R-2bk/284/35/08 pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową południowego obejścia Tarnowa odcinek węzeł Krakowska - węzeł Lwowska w ciągu DK-4: wybrana w dniu 14.07.2008 oferta stanowi 0,3% wartości robót budowlanych,

2. przetarg nr GDDKiA 0/ KR-7p/4/65/2006 pełnienie nadzoru inwestorskiego nad budową autostrady A4 na odcinku, węzeł Wieliczka - węzeł Szarów od km 436+000 do km 455+900: wybrana w dniu 20.02.2007r. oferta stanowi 0,87% wartości robót budowlanych.

Tym samym zarzut zamawiającego, że „(...) wynagrodzenie za nadzór inwestorski w stosunku do kosztów inwestycji wynosi (tylko !) 1,3 % (...) „ nie zaś „(...) od 1,5 do 2,5% (..)„ należy uznać za chybiony.

Odnosząc się do zarzutu braku wymaganego personelu odwołujący podał, że w odpowiedzi na pytanie 43 p. 4 dotyczące SIWZ zamawiający stwierdził:

„Wykonawca winien opracować ofertę w sposób rzetelny przestrzegając zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może ponosić odpowiedzialności za politykę cenową Wykonawcy”.

Wskazał też, że zgodnie z p. 11.2 w Rozdziale IV SIWZ „Poniższy wykaz personelu należy traktować jako założony do wyliczenia wartości oferty. (...). W zależności od tempa prowadzonych robót, Wykonawca (Konsultant) dostosuje ilość personelu do wielkości optymalnych, pozwalających na prawidłową /bez przestojów/ realizację robót.”

Podniósł, że Formularz cenowy nie jest dokumentem, który poświadcza, że Konsorcjum dysponuje wskazanym w Formularzu personelem, lecz dokumentem pomocnym do „wyliczenia wartości oferty”, ponadto jest dokumentem stanowiącym załącznik do umowy, umożliwiającym właściwe rozliczenie płatności.

Wyjaśnił, że w Formularzu cenowym ujął wszystkie osoby personelu zgodnie z wymogami SIWZ „Formularz cenowy”, tym samym potwierdził gotowość skierowania do wykonania zadania osoby wymagane w SIWZ.

Wyjaśnił także, że składając ofertę, bardzo wnikliwie przeanalizował warunki Kontraktu oraz warunki prowadzenia robót i na podstawie posiadanego doświadczenia (potwierzonego w ofercie) przyjął organizację pracy dostosowując „ilość personelu do wielkości optymalnych” potwierdzoną zarówno w formularzu cenowym jak i w wyjaśnieniach (pismo 469/10/2008).

Podkreślił, że zamawiający nie określił w SIWZ godzinowego (czasowego) zakresu zaangażowania personelu, zaś z praktyki, przy tego rodzaju zamówieniach, wynika, że nieuzasadnione jest wymaganie od wykonawcy „utrzymywanie” wszystkich osób personelu wskazanych w formularzu „Kalkulacja ceny jednostkowej” - na pełny etat. Interpretacja przedstawiona przez zamawiającego prowadziłaby do przypadków rażącej niegospodarności, czego ilustracją może być przykład archeologa, który według stanowiska zamawiającego, jako personel wykonawcy, winien być wykazany w kosztach jako obciążenie pełnym etatem przez okres 22 miesięcy. Wyjaśnił, że przyjmując zaangażowanie Inspektorów robót drogowych i obiektów inżynierskich na poziomie 2,2% wziął pod uwagę

zakres i wielkość inwestycji, czego efektem było przyjęcie jako wystarczające dla prawidłowej realizacji zamówienia, zatrudnienie na pełny etat jednego rezydenta ds. robót drogowych, natomiast kolejny inspektor nadzoru został uwzględniony tylko na zastępstwo. Podobne zasady przyjął w okresie realizacji usługi w przedłużonym czasie. Taka kalkulacja jest w ocenie odwołującego prawidłowa i zgodnie z jej założeniami odwołujący zapewnia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Dodał, iż skoro sam zamawiający wskazał, iż formularz cenowy, to jedynie szacunkowe założenie oraz zastrzegł, iż nie ingeruje w politykę cenową wykonawców, to kwestionowanie przez zamawiającego założeń oferty cenowej wykonawcy (a zwłaszcza cen jednostkowych) w chwili obecnej stoi w jaskrawej sprzeczności z tą wstępną deklaracją.

Zamawiający protest oddalił, wskazując w uzasadnieniu, że niezasadnym jest porównywanie niniejszego postępowania z innymi postępowaniami przeprowadzonymi przez zamawiającego, ponieważ zamawiający podchodzi do każdego postępowania indywidualnie, a fakt uznania ceny oferty za rażąco niską jest wypadkową wielu czynników, a nie jednego wskaźnika, jak sugeruje odwołujący.

Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie rażąco niskiej ceny pośrednio potwierdził sam odwołujący, przedstawiając w proteście matematyczne wyliczenia, z których wynika, że cena jego oferty stanowi 45,8% wartości średniej arytmetycznej z ofert nieodrzuconych. Wskazał, że podobne kryterium zastosował Sąd Okręgowy, rozpatrując problem rażąco niskiej ceny (wyrok 7 dnia 12 czerwca 2008 roku o sygnaturze akt XGa 140/08), który jednak odniósł cenę oferty najtańszej oraz średnią z cen ofert pozostałych do kwoty na jaką zamawiający oszacował zamówienie. Podał, że z wyroku wynika, że różnica 5,5 - 8,7% nie jest potwierdzeniem rażąco niskiej ceny, w niniejszym postępowaniu cena odwołującego stanowi 35,42% wartości zamówienia, zaś średnia arytmetyczna z cen ofert nieodrzuconych - 77,23% wartości zamówienia, zatem różnica jest znacząca i wynosi ok. 42%:

Zamawiający stwierdził, że podane w uzasadnieniu odrzucenia oferty dane liczbowe nie były przesłanką odrzucenia oferty, a stanowiły jedynie podstawę do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wyjaśnił, że przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę może być dopiero ocena złożonych wyjaśnień. Jeżeli ocena wyjaśnień dokonana zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 i 4 ustawy, potwierdza, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną, oferta musi zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 4 ustawy, jak w niniejszym postępowaniu.

Stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie tylko nie dały odpowiedzi na pytanie, jakie okoliczności umożliwiły przedstawienie tak niskiej ceny w ofercie, lecz

potwierdziły, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający zwrócił uwagę, że specyfikację istotnych warunków zamówienia należy czytać kompleksowo, a nie cytować wyrwane z kontekstu fragmenty oraz interpretować je w dowolny, korzystny dla siebie sposób. Wyjaśnił, że w pkt. 10 Instrukcji dla Wykonawców podał wymagania odnośnie sposobu obliczenia ceny i określił, iż minimalna ilość osób oraz czas ich zatrudnienia na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia podane zostały w pkt. 11 Opisu przedmiotu zamówienia. Cytowany przez odwołującego okrojony zapis pkt. 11.2 Opisu przedmiotu zamówienia, brzmi w całości następująco: „Poniższy wykaz personelu należy traktować jako założony do wyliczenia wartości oferty. Jeżeli Wykonawca niniejszego zamówienia uzna, że zaproponowany poniżej skład personelu nie pozwala na wypełnienie obowiązków omówionych w punkcie 5., może on przewidzieć zatrudnienie dodatkowych osób, których wynagrodzenie należy uwzględnić w wynagrodzeniu personelu podstawowego. W zależności od tempa prowadzonych robót, Wykonawca (Konsultant) dostosuje ilość personelu do wielkości optymalnych, pozwalających na prawidłową /bez przestojów/ realizację robót.”

W ocenie zamawiającego z powyższego zapisu wynika, iż w przypadku stwierdzenia przez wykonawcę, że ilość osób nie jest wystarczająca, może on dostosować (zwiększyć) ilość osób do wielkości je zdaniem optymalnych.

Zamawiający wyjaśnił także, że w niniejszym zamówieniu przewidziano, iż wynagrodzenie za wykonanie usługi nadzoru wyniesie nie więcej niż cena oferty i będzie wypłacane w okresach miesięcznych w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta oraz ceny jednostkowe zawarte w Formularzu cenowym oraz, że podstawą płatności będą zatwierdzone przez zamawiającego (Kierownika Projektu) miesięczne listy obecności (z podpisami) personelu Konsultanta i zbiorcze zestawienie czasu pracy personelu Konsultanta obrazujące stan wykorzystania kwoty umowy oraz „Raporty miesięczne” (ewentualnie „Raport zamknięcia”). Podaż, że zgodnie z artykułem 19 „Warunków ogólnych umowy” Konsultant musi prowadzić wykazy godzin pracy przepracowanych przez personel Konsultanta.

Zdaniem zamawiającego z powyższego wynika, że wynagrodzenie za pracę każdego eksperta jest proporcjonalne do czasu przez niego przepracowanego, a w przypadku, gdy dany ekspert nie będzie wykonywał nadzoru w danym miesiącu, to wykonawca nie będzie mógł naliczyć wynagrodzenia za jego pracę w tym okresie (stąd przykład archeologa podany przez odwołującego jest nietrafny).

W ocenie zamawiającego błędne jest również założenie odwołującego, iż wymagani „Inni eksperci”, w szczególności Inspektor Nadzoru robót drogowych oraz Inspektor Nadzoru obiektów inżynierskich zostali uwzględnieni tylko na zastępstwo. Gdyby taka była intencja

zamawiającego, nie byłoby oni wykazani w Formularzu cenowym, jako odrębne pozycje do wyceny Przyjęta przez odwołującego interpretacja stoi również w sprzeczności z zapisami artykułu 14 i 17 „Warunków ogólnych umowy”, gdzie podane zostały zasady postępowania w przypadku, gdy zachodzi potrzeba wprowadzenia zastępstwa lub zmian w składzie personelu.

Podobnie, jako sprzeczne z SIWZ, zamawiający ocenił przyjęcie przez odwołującego zasad wyceny za pracę personelu kluczowego w czasie realizacji usługi w przedłużonym okresie robót.

Wyjaśnił, że w odpowiedzi na pytanie „na czym polegają różnice w sprawowaniu nadzoru inwestorskiego w etapie podstawowym realizacji robót i w okresie ewentualnego przedłużenia realizacji robót?”, udzielił odpowiedzi „Nadzór inwestorski zarówno na etapie podstawowym realizacji robót jak i w okresie ewentualnego przedłużenia realizacji robót ma być prowadzony zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa budowlanego i z warunkami określonymi w dokumentach Kontraktowych”

Zamawiający podał też, że szczegółowo określił w pkt 10.64. „Instrukcji dla Wykonawców” składniki kosztów zatrudnienia ekspertów, a w pkt 5.1 „Opisu przedmiotu zamówienia” podstawowe obowiązki Konsultanta. Zakres tych obowiązków jest szeroki i aby wypełnić je w należyty sposób konieczne jest zaangażowanie personelu kluczowego w 100%. Przykładowo wskazał obowiązek „monitorowania i sprawdzania na bieżąco jakości robót i ilości wykonywanych robót w ramach kontraktu oraz wystawianie miesięcznych certyfikatów płatności, kiedy jakość robót jest akceptowalna” (stała obecność specjalisty ds. Obmiarów Rozliczeń). Podobnie Inżynier Rezydent, aby wypełnić w należyty sposób szczegółowe obowiązki określone w pkt 5.2. „Opisu Przedmiotu zamówienia”, winien w przedłużonym okresie robót uczestniczyć w pełnym wymiarze godzin w realizacji usługi. Przyjęcie znikomego zaangażowania personelu kluczowego w czasie realizacji usługi w przedłużonym okresie robót nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia oraz jest niezgodne z wymaganiami SIWZ.

Zamawiający przyznał rację odwołującemu, że Formularz cenowy jest dokumentem pomocnym do wyliczenia wartości oferty, stwierdził jednak, że dokument ten stanowi przede wszystkim podstawę oceny porównania złożonych ofert - gdyby żaden z wykonawców nie stosował się do zapisów SIWZ i w Formularzu Cenowym dowolnie przyjmował sposób wyliczenia ceny, to oferty byłyby nieporównywalne, co godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, argumentacje i żądania wskazane w proteście.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, oferty odwołującego, wyjaśnień złożonych przez odwołującego zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, złożonych w toku rozprawy**

I. skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

W Rozdziale I pkt 10.2. SIWZ zamawiający zażądał, aby wykonawca ujął w ofercie wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SIWZ, w szczególności w Rozdziale IV „Opis przedmiotu zamówienia”.

W Rozdziale I pkt. 10.6 zdanie ostatnie SIWZ zamawiający podał: „Przewidywana minimalna ilość osób oraz czas ich zatrudnienia na potrzeby niniejszego zamówienia została określona w pkt 11 Rozdziału IV Specyfikacji”.

Jednocześnie w pkt. 11.2. Opisu przedmiotu zamówienia, zatytułowanym „Przewidywany czas pracy personelu” zamawiający wskazał, że: „Poniższy wykaz personelu należy traktować jako założony do wyliczenia wartości oferty. Jeżeli Wykonawca niniejszego zamówienia uzna, że zaproponowany poniżej skład personelu nie pozwala na wypełnienie obowiązków omówionych w punkcie 5., może on przewidzieć zatrudnienie dodatkowych osób, których wynagrodzenie należy uwzględnić w wynagrodzeniu personelu podstawowego. W zależności od tempa prowadzonych robót, Wykonawca (Konsultant) dostosuje ilość personelu do wielkości optymalnych, pozwalających na prawidłową /bez przestoju/ realizację robót.”

W wykazie zamawiający wskazał wymagane stanowiska oraz czas zatrudnienia na tych stanowiskach osób liczony w miesiącach. Przykładowo dla osoby na stanowisku eksperta innego niż ekspert kluczowy Inspektora Nadzoru robót drogowych zamawiający przewidział czas zatrudnienia wynoszący 21 miesięcy w okresie „mobilizacji, realizacji robót i rozliczenia kontraktu, 12 miesięcy w okresie „ewentualnego przedłużenia realizacji robót”. Zamawiający nie przewidział, jak uczynił to dla wielu innych stanowisk, zatrudnienia Inspektora Nadzoru robót drogowych w okresie zgłaszania wad.

W złożonej ofercie odwołujący przewidział stanowisko Inspektora Nadzoru robót drogowych w okresie realizacji usługi w okresie podstawowym – ilość miesięcy – 21 oraz wycenił je: cena jednostkowa netto 150 zł, wartość netto 3 150 zł. W okresie realizacji usługi w przedłużonym okresie robót odwołujący przewidział stanowisko Inspektora Nadzoru robót budowlanych – ilość miesięcy – 12 oraz wycenił je: cena jednostkowa netto 50 zł, wartość netto 600 zł.

W załączonym do złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień wykazie, odwołujący podał również płace brutto, koszty bezpośrednie i ogólne dla wszystkich



stanowisk oraz przybliżone zaangażowanie wyrażone w procentach. Zaangażowanie to dla różnych stanowisk było różne i wynosiło od 0,4 do 100%. Dla wskazywanego powyżej przykładowo Inspektora Nadzoru robót drogowych / Inspektora Nadzoru robót budowlanych zaangażowanie to wynosiło odpowiednio do okresów 2,2 i 0,7%.

Wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosiła 4 196 574,36 zł, zł (po uwzględnieniu stawki podatku VAT w wysokości 22%).

Cena oferty odwołującego wynosi 2 719 999,96 zł, w tym 490 491,80 zł podatku VAT (2 229 508,16 zł netto)

## II. skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Wobec faktu, że cena oferty odwołującego stanowiła około 53 % wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o podatek VAT oraz około 45 % średniej wartości ofert nieodrzuconych, stwierdzić należy, że zamawiający zasadnie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Złożone wyjaśnienia, w szczególności załącznik stanowiący kalkulację cen jednostkowych podanych w Formularzu cenowym, dostarczyły zamawiającemu informacji, że odwołujący przypisał poszczególnym stanowiskom „przybliżone zaangażowanie” wyrażone w procentach, ustalone na podstawie dotychczasowych doświadczeń odwołującego. Była to informacja nowa, której nie można było wyczytać z treści Formularza cenowego, złożonego przez odwołującego w ofercie, a sporządzonego na podstawie opracowanego przez zamawiającego wzoru.

Kwestią kluczową dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu było ustalenie, czy zamawiający, wskazując stanowiska, jakie winny zostać przewidziane przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, przesądził jednocześnie o wymiarze czasowym pracy osób na tych stanowiskach, jaki wykonawcy mieli obowiązek wycenić w swoich ofertach, czy też pozostawił wykonawcom dowolność w tym zakresie.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający w SIWZ wprowadził wymóg co do czasu pracy wskazanych osób.

Stwierdzić należy, że opis przedmiotu zamówienia powinien między innymi wskazywać zakres zamówienia, a zatem, zgodnie z językowym rozumieniem tego słowa, winien wskazywać „granice zasięgu jakiegoś zjawiska, działania, faktu”. Innymi słowy opis przedmiotu zamówienia winien także wskazywać „ilość” zamówienia.

W niniejszym postępowaniu, którego przedmiotem jest usługa polegająca na pełnieniu nadzoru inwestorskiego, zamawiający w § 2 ust. 1 wzoru umowy (Rozdział III SIWZ) wskazał, że zakres usługi został określony w rozdziale „Opis przedmiotu zamówienia”. Również w rozdziale I SIWZ, w części dotyczącej opisu sposobu obliczenia ceny oferty,

zamawiający odesłał wykonawców - co do czasu zatrudnienia osób, do „Opisu przedmiotu zamówienia” (Rozdział IV SIWZ).

Z powyższego wynika, że w Rozdziale IV zamawiający zawarł swoje wymagania co do czasu pracy personelu wykonawcy, które to informacje wykonawcy winni uwzględnić, aby składane przez nich oferty były porównywalne.

Potwierdza to sam tytuł pkt. 11.2 Opisu przedmiotu zamówienia: „Przewidywany czas pracy personelu”.

Przypisanie temu sformułowaniu innego znaczenia niż to, że determinuje ono zaangażowanie czasowe konkretnych stanowisk byłoby równoznaczne z pominięciem tych wyznaczników czasowych i przyznaniem, że jedynym wymogiem zamawiającego jest, aby nadzór był prowadzony w terminie realizacji zamówienia, wskazanym w pkt. 5 Rozdziału I SIWZ, tj. w okresie 46 miesięcy. Tymczasem z treści pkt. 11.2 „Opisu przedmiotu zamówienia” wynika, że czas pracy osób na poszczególnych stanowiskach nie jest jednakowy, np. Inżynier Rezydent winien być zatrudniony w łącznym wymiarze 46 miesięcy (22+12+12), Inspektor Nadzoru robót drogowych winien być zatrudniony w łącznym wymiarze 33 miesięcy (21 + 12), podczas gdy geolog w wymiarze 18 miesięcy, przypadającym wyłącznie w okresie mobilizacji, realizacji robót i rozliczenia kontraktu. Jednocześnie brak jest w treści SIWZ postanowień, które pozwalałyby wykonawcom na różnicowanie czasu pracy osób na poszczególnych stanowiskach w miesiącu, wobec czego przyjmując należy, że wskazany w miesiącach czas pracy osób na poszczególnych stanowiskach obejmuje jednakową liczbę godzin pracy. Przyjęcie innego założenia oznaczałoby, że wskazanie przez zamawiającego czasu pracy, wyrażonego w miesiącach byłoby pozbawione sensu skoro w jednym przypadku miesiąc pracy oznaczałby np. 176 godzin (pełny etat – 8 godzinny dzień pracy), w innym np. 88 godzin (1/2 etatu) itd, a jeszcze w innym np. ze względu na zatrudnienie na podstawie umowy innej niż umowa o pracę, wielkości tej w ogóle nie można by wskazać. Niecelowe byłoby także wskazywanie dwóch stanowisk Inspektora Nadzoru robót drogowych oraz Inspektora Nadzoru obiektów inżynierskich skoro jeden wykonawca przypisałby do każdego z tych inspektorów czas w wymiarze 176 godzin miesięcznie, inny w wymiarze po 88 godzin.

Na fakt, że zamawiający czas pracy rozumiał przez pryzmat umowy o pracę wskazuje treść § 7 ust. 5 wzoru umowy, w którym zamawiający wykluczył możliwość dodatkowego wynagrodzenia z tytułu dni ustawowo wolnych od pracy oraz godzin nadliczbowych, treść § 7 ust. 3 lit. b, w którym mowa o listach obecności, a także treść art. 16 i 17 Ogólnych warunków umowy (tytuły: „Godziny pracy” oraz „Należne urlopy”), w których zamawiający przewidział, że dni i godziny pracy personelu zostaną ustalone w oparciu o obowiązujące prawo oraz przewidział konieczność uzgodnienia terminów urlopów wypoczynkowych

personelu, przypadających w oparciu o obowiązującego prawo (a zatem w oparciu o kodeks pracy).

W ocenie składu orzekającego Izby, powyższe przesądza o tym, że zamawiający nie przewidział dla wykonawców możliwości różnego definiowania czasu pracy osób na poszczególnych stanowiskach w podanych miesiącach.

Nadto skład orzekającego Izby uznał, że decyzja wykonawcy co do dostosowania ilości personelu, którą zamawiający przewidział w pkt. 11.2. „Opisu przedmiotu zamówienia”, nie dotyczy etapu sporządzania ofert, ale etapu realizacji usługi, o czym przesądza to, że podjęcie takiej decyzji zależy „od tempa prowadzonych robót”, co ewidentnie może zostać ostatecznie ocenione dopiero w trakcie realizacji usługi nadzoru.

Skład orzekający Izby uznał także za oczywiste stwierdzenie zamawiającego, że nie może on ponosić odpowiedzialności za politykę cenową wykonawcy. Stwierdzenie to w żaden sposób nie zmieniło wymogów SIWZ, w szczególności nie dało odwołującemu prawa do własnej oceny nakładu pracy poszczególnych osób w celu realizacji przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy skoro odwołujący objął ofertą (wycenił) inny niż żądany zakres zamówienia.

Jednocześnie skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że znacząco niższa w stosunku do innych ofert cena odwołującego była konsekwencją wyceny mniejszego zakresu usługi, brak natomiast podstaw, aby w tych okolicznościach uznać, że jest to cena rażąco niska.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....