

Sygn. akt: KIO 646/12

Sygn. akt: KIO 653/12

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o., 02-285 Warszawa, ul. Szyszkowa 34**

B. w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59**

przy udziale:

A. wykonawcy **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o. o., 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 646/12 oraz KIO 653/12 po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECMG GmbH, Ingenieria IDOM Internacional S.A., 1010 Wiedeń, Zelinkagasse 10** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 646/12 oraz KIO 653/12 po stronie zamawiającego

C. wykonawcy **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 646/12 po stronie zamawiającego

D. wykonawcy **TPF Sp. z o.o., 02-285 Warszawa, ul. Szyszkowa 34** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 653/12 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TPF Sp. z o.o., 02-285 Warszawa, ul. Szyszkowa 34** i wykonawcę **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o., 02-285 Warszawa, ul. Szyszkowa 34** i wykonawcę **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **TPF Sp. z o.o., 02-285 Warszawa, ul. Szyszkowa 34** i wykonawcy **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** kwotę **4 458 zł 75 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt osiem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **2 229 zł 38 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dziewięć złotych trzydzieści osiem groszy) od wykonawcy **TPF Sp. z o.o., 02-285 Warszawa, ul. Szyszkowa 34** oraz kwotę **2 229 zł 37 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dziewięć złotych trzydzieści siedem groszy) od wykonawcy **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182**

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 646/12

Sygn. akt KIO 653/12

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

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i przebudowa drogi S8 odc. Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odc. Węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.12.2011r. pod nr Dz.U./S S247-401615.

Sygn. akt KIO 646/12

W dniu 22 marca 2012 r. Odwołujący: TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02 - 285 Warszawa powziął informację o rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania.

Nie zgadzając się z wynikiem prowadzonego postępowania Odwołujący w dniu 2.04.2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w związku z:

1. wyborem, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firmy: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13 (dalej jako: ZBM) z ceną ofertową - 10 884 446,14 zł,
2. zaniechaniem wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uczestników procedury oferujących realizację zamówienia za rażąco niskim wynagrodzeniem, których oferty zostały sklasyfikowane wyżej niż oferta Odwołującego,
3. zaniechaniem odrzucenia oferty ZBM,
4. zaniechaniem odrzucenia ofert następujących wykonawców:
 - 1) Konsorcjum firm: URS Polska Sp. z o.o., 02-516 Warszawa, ul. Rejtana 1, URS Scott Wilson Ltd Wielka Brytania Scott House, Alencon Link, Basingstoke RG21 7PP, reprezentowany przez URS Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, 02-516 Warszawa, ul. Rejtana 1 (dalej jako: Konsorcjum URS) z ceną ofertową - 17 863 932,53 zł brutto,

2) Konsorcjum firm: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., 00-672 Warszawa, ul. Piękna 43/11, KV Consultores de ingenieria, proyectos y obras, S.L., c/Claudio Coello 52-1 planta, 28001 Madryt (dalej jako: Konsorcjum KV) z ceną ofertową - 14 952 421,57 zł brutto,

3) Konsorcjum firm: Safege Parc de nie 15- 27 rue du Port, 92000 Nanterre, Francja, do korespondencji: SAFEGE Oddział w Polsce, 00-410 Warszawa, ul. Solec 22, Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35 (dalej jako: Konsorcjum Safege) z ceną ofertową - 16 481 325,94 zł brutto,

4) Konsorcjum firm: ECMG GmbH, Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń, Ingenieria IDOM Internacional S.A., Avenida Monasterio de El Escorial 4, 28049 Madryt (dalej jako: Konsorcjum ECMG) z ceną ofertową - 11 028 438,66 zł brutto,

5) Firmy WS Atkins-Polska Sp. z o.o., 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17 (dalej jako: WS Atkins) z ceną ofertową - 16 068 460,00 zł brutto,

6) Firmy Egis Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182 (dalej jako: Egis) z ceną ofertową - 13 526 426,34 zł brutto.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: ZBM, Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis - pomimo złożenia ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: ZBM, Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis - pomimo tego, że złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: ZBM, Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis - pomimo złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Składając odwołanie i wnosił o:

1. wydanie wyroku:

1) unieważniającego czynność rozstrzygnięcia postępowania,

2) nakazującego powtórzenie czynności oceny wykonawców i oferty przy uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu,

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Dla wykazania interesu we wniesieniu odwołania Odwołujący podniósł, że działanie Zamawiającego polegające na wybraniu oferty ZBM, którego oferta winna być odrzucona z postępowania, a także zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Według Odwołującego zmiana decyzji Zamawiającego w odniesieniu do wskazanych uczestników postępowania doprowadzi do stworzenia Odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany. Zauważył, że w rankingu złożonych ofert Odwołujący uzyskał 42,95 pkt, co w przypadku prawidłowo rozstrzygniętego postępowania przetargowego pozwalałoby na uzyskanie zamówienia.

Zarzucił, że w przedmiotowym postępowaniu zachodzą okoliczności wskazujące na obowiązek odrzucenia ofert ZBM, Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis z uwagi na to, że złożone oferty zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

W ocenie Odwołującego, ZBM, Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis za wykonanie przedmiotu umowy zaoferowali cenę, która jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym oferty ww. podmiotów powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Nadmienił, że przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 10 ofert z cenami jak wyżej wskazano, przy czym Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 25 343 851,74 zł brutto. Ponadto dwie firmy złożyły oferty z ceną wyższą niż cena Odwołującego: wykonawca -Konsorcjum firm: MGGP SA, 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6, AGUA Y ESTRUKTURAS S.A., 41092 Sewilla, ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja z ceną 28 035 549,62 zł brutto i wykonawca - Halcrow Group Limited, Elms House, 43 Brook Green, London W6 7EF z ceną 28 793 778,36 zł brutto.

Poza tym podkreślił, iż zgodnie z informacją podaną przed otwarciem ofert, na realizację zamówienia Zamawiający zaplanował kwotę w wysokości: 27 097 316,97 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego z zestawienia cenowego w powyższym przetargu wynika, że różnica pomiędzy wybraną ofertą, a zakładanym budżetem przeznaczonym na realizację zamówienia wynosi 59,83 % i występuje także znacząca różnica pomiędzy cenami kolejnych sześciu wykonawców, a zakładanym budżetem (od 59,3 % do 34,07 %) oraz cenami wykonawców (w tym ceną Odwołującego), którzy skalkulowali wynagrodzenie w wysokości korespondującej z planami organizatora postępowania.

W ocenie Odwołującego tak znaczne różnice wskazują na zaoferowanie wynagrodzenia rażąco niskiego w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Zamawiający powinien cenę oferty porównać do kwoty, jaką zamawiający zarezerwował na realizację zadania. Jeżeli pomiędzy porównywanymi wartościami występują istotne różnice to cena taka powinna budzić wątpliwości Zamawiającego.

Drugim elementem, na który zwrócił uwagę Odwołujący, który musi być brany pod uwagę przez Zamawiającego jest różnica cenowa pomiędzy najtańszą ofertą a cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców, w tym w szczególności cenami skalkulowanymi na poziomie zbliżonym do szacunków Zamawiającego. Dostrzegł znaczne różnice cenowe pomiędzy trzema wykonawcami (Odwołujący, Konsorcjum firm: MGGP S.A. i AGUA Y ESTRUKTURAS SA, Halcrow Group Limited), a pozostałymi ofertami w połączeniu z ogromną różnicą pomiędzy teoretycznie najkorzystniejszą ofertą, a szacowanym budżetem, które mogą wskazać na skalkulowanie wynagrodzenia bez uwzględnienia wszystkich kosztów, jakie muszą być poniesione w związku z realizacją zamówienia.

Praktyka postępowań mających za przedmiot usługi związane z nadzorowaniem realizacji robót budowlanych pozwala - w przekonaniu Odwołującego - określić pewne wartości graniczne, których przekroczenie jednoznacznie wskazuje na możliwość zaoferowania rażąco niskiego wynagrodzenia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że wynagrodzenia firm inżynierskich są kalkulowane w oparciu o wiele elementów, spośród których najważniejszym czynnikiem cenotwórczym są koszty wynagrodzeń osób bezpośrednio zaangażowanych przy realizacji usługi, a koszty te stanowią największy procent zaoferowanej ceny bez względu na to, czy osoby są angażowane do realizacji usługi na podstawie umowy o pracę, czy też na podstawie umów cywilnoprawnych.

W ocenie Odwołującego realizacja tak poważnego przedsięwzięcia czy to za cenę w wysokości 10 884 446,14 zł brutto (ZBM), czy to za cenę w wysokości 17 863 932,53 zł brutto (Konsorcjum URS) nie może być dokonana przy kalkulacji wszystkich, kosztów, jakie są konieczne do poniesienia w związku z wykonaniem usługi. Odwołujący uważa, że przed podjęciem decyzji w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający był i jest zobligowany do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego bezprawnie zaniechał.

Przypomniał również, że zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wynagrodzenie skalkulowane za realizację usługi winno (pkt 9.2. SIWZ) obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w Tomach II i III SIWZ.

Odwołujący twierdził, że wynagrodzenia firm oferujących usługi na poziomie niższym niż 20 000 000 zł brutto nie obejmują wszystkich kosztów obliczonych zgodnie z powyższymi wytycznymi.

Wywodził, iż zaoferowana przez ZBM cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi o braku wiarygodności oferty, a sformułowany zarzut odnosi się zarówno do globalnej ceny za wykonanie zamówienia, jak również do cen jednostkowych, według których wyceniono prace poszczególnych ekspertów, z uwagi na zaproponowanie nierealistycznych wartości za wykonywane usługi.

W swoim odwołaniu powołał przykładowe tabelaryczne zestawienie stawek wynagrodzenia poszczególnych ekspertów (ceny jednostkowe i zakładane miesięczne wynagrodzenie) u siedmiu z wykonawców, których wysokość – w ocenie Odwołującego - odbiega od powszechnie przyjętych standardów.

Wskazał na rozbieżności tych stawek – zdaniem Odwołującego - dowodzą, że przy zachowaniu reguł rynkowych, wykonanie umowy przez Wykonawców byłoby dla nich nieopłacalne w związku z tym, że Wykonawcy oferują swoje usługi za kwotę znacząco odbiegającą od ich realnej wartości.

Podniósł, że rażąca dysproporcja wynagrodzenia wynika z porównania stawek zaoferowanych przez uczestników postępowania, którzy skalkulowali oferty na poziomie zbliżonym do kwoty, jaka została założona przez Zamawiającego, co pozwala na uznanie, że wyłoniony przez Zamawiającego Wykonawca jak również Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis przygotowali swoje oferty pomijając aktualne stawki, realia rynku.

Zdaniem Odwołującego, który ustalił stawki na podstawie dokładnej analizy rynku, nie ma możliwości wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia publicznego za dzienną stawkę dla np. Inspektora nadzoru robót gazowniczych niższą niż 375,00 zł netto, a takie działanie ZBM przekreśla wiarygodność jego oferty i pozwala stwierdzić, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę (a także pozostałych konkurentów) może grozić niebezpieczeństwem zarówno niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający poprzez swoje zaniechanie nie tylko naruszył art. 90 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ale także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, w wyniku, czego doszło do bezpodstawnego wyboru oferty ZBM i zaniechania odrzucenia oferty ZBM, a także ofert Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że występują okoliczności wskazujące na obowiązek odrzucenia ofert ZBM, Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis z uwagi na złożenie ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Zdaniem Odwołującego oferta ZBM oraz oferty Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis powinny zostać odrzucone, ponieważ kalkulacja poszczególnych stawek wynagrodzeń dla ekspertów narusza treść SIWZ poprzez nie uwzględnienie wszystkich elementów jakie musiały być ujęte w kalkulacji i dotyczy cen skalkulowanych zarówno dla okresu projektowania i budowy jak i wydłużonego czasu realizacji prac projektowych lub robót.

Zauważył, że zgodnie z pkt. 9.1. Cena Oferty (w PLN) miała zostać wyliczona przez Wykonawcę w Formularzu Cenowym, którego wzór został umieszczony w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ (załącznik do Oferty - Formularz Cenowy), zaś skalkulowane wynagrodzenie dla personelu przewidzianego do realizacji zamówienia w okresie projektowania i budowy jak i w okresie wydłużenia okresu realizacji projektowania lub robót miało uwzględniać m.in.

- 1) wynagrodzenia wraz z narzutami,
- 2) urządzenia stanowiska pracy,
- 3) szkoleń personelu nadzoru,
- 4) zakwaterowania i delegacji,

- 5) wyposażenia bhp,
- 6) transportu i łączności,
- 7) wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty - Formularzu Cenowym,
- 8) urlopów i zwolnień,
- 9) wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

Z powyższych sformułowań SIWZ (wynagrodzenie, urlop, zatrudnienie, praca) wynika – według Odwołującego - konieczność przyjęcia do kalkulacji zasad obowiązujących przy kalkulowaniu wynagrodzenia w ramach stosunku pracy, a zatem z uwzględnieniem m.in. przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Nawet gdyby przyjąć, iż wynagrodzenie poszczególnych ekspertów mogłoby być kalkulowane przy założeniu nawiązania współpracy w ramach umów cywilnoprawnych, to i tak stawki wynagrodzenia ekspertów nie mogą być kalkulowane bez uwzględnienia wytycznych, o jakich stanowi pkt 9 SIWZ.

W oparciu o wyniki przeprowadzonej przez siebie analizy rynku ekspertów wymaganych do obsługi kontraktu stwierdził, iż oferowanie usług ekspertów na poziomie np. 70,51 zł dziennie (Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych w ofercie firmy ZBM), 90,00 zł dziennie (Główny weryfikator (sprawdzający) dokumentacji projektowej robót drogowych w ofercie firmy ECMG), 100,00 zł dziennie (Inspektor Nadzoru robót energetycznych w ofercie firmy EGIS), 80,00 zł dziennie (Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót gazowniczych w ofercie firmy KV), 128,00 zł dziennie (Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót mostowych w ofercie firmy Atkins), 200,00 zł dziennie (Główny weryfikator (sprawdzający) dokumentacji projektowej robót drogowych w ofercie firmy Safège), 65,00 zł dziennie (Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót energetycznych w ofercie firmy URS) nie znajduje uzasadnienia, ponieważ na rynku ekspertów nie można znaleźć osób, które świadczyłyby pracę, czy też usługi za tak niskie stawki.

Oświadczył, że w ramach powyższej analizy, Odwołujący zwrócił się również do firm specjalizujących się w pośrednictwie zatrudniania pracowników, czy też pośrednictwie w poszukiwaniu ekspertów współpracujących w ramach umów cywilnoprawnych i żaden z pośredników nie był w stanie znaleźć osób, które godziłyby się realizować obowiązki opisane w SIWZ, za stawki wskazane w ofercie wybranej firmy, czy też ofertach Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safège, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis.

Odwołujący stanął na stanowisku, że kalkulacja wynagrodzenia:

1) w ofercie ZBM m.in. dla Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych, dla Inspektor Nadzoru robót elektroenergetycznych, dla Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót elektroenergetycznych,

2) w ofercie Konsorcjum URS m.in. dla Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót elektroenergetycznych, dla Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót konstrukcyjno -budowlanych, dla Specjalisty ds. roszczeń,

3) w ofercie Konsorcjum KV m.in. dla Główny weryfikator (sprawdzający) dokumentacji projektowej robót drogowych, dla Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót gazowniczych, dla Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót tramwajowych,

4) w ofercie Konsorcjum Safege m.in. dla Inspektor Nadzoru robót telekomunikacyjnych, dla Główny weryfikator (sprawdzający) dokumentacji projektowej robót drogowych, dla Główny weryfikator (sprawdzający) dokumentacji projektowej robót mostowych,

5) w ofercie Konsorcjum ECMG m.in. dla Główny weryfikator (sprawdzający) dokumentacji projektowej robót drogowych, dla Inspektor Nadzoru robót elektroenergetycznych, dla Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót elektroenergetycznych,

6) w ofercie WS Atkins m.in. dla Inspektor Nadzoru robót konstrukcyjno - budowlanych, dla Główny weryfikator (sprawdzający) dokumentacji projektowej robót drogowych, dla Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych,

7) w ofercie Egis m.in. dla Główny weryfikator (sprawdzający) dokumentacji projektowej robót drogowych, dla Projektant ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych, dla Inspektor Nadzoru robót wodociągowych, kanalizacyjnych i melioracyjnych, została przeprowadzona z uchybieniem wymagań SIWZ regulujących zasady kalkulacji ceny, w tym w szczególności z pkt 9.3.2. SIWZ.

Przytoczył przykład wskazanej przez ZBM dziennej stawki wynagrodzenia dla osoby pełniącej funkcję Projektanta ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych w wysokości 70,51 zł netto. Przy założeniu pięciodniowego tygodnia pracy wynagrodzenie dla osoby pełniącej ww funkcję wyniesie 1 551,22 zł netto. Według Odwołującego tak obliczona kwota wynagrodzenia nie może obejmować ww obowiązkowych elementów, tym bardziej że wymagania stawiane Projektantowi ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych wskazują na potrzebę skierowania na to stanowisko osoby ze znacznym doświadczeniem zawodowym, a co za tym idzie osoby, która z uwagi na nabyte doświadczenie nie świadczy usług za stawkę w wysokości 1 551,22 zł netto miesięcznie.

W ocenie Odwołującego zaniżenie wartości pozycji określającej wynagrodzenie personelu skierowanego do realizacji zamówienia oprócz w/w osoby dotyczy także m.in. Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych, Inspektora nadzoru robót gazowniczych, Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych, Inspektora nadzoru robót wodociągowych, kanalizacyjnych i melioracyjnych, Projektanta ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót mostowych.

Wskazał również na przykład skalkulowania w ofercie ZBM wynagrodzenia Eksperta przewidziany na stanowisko Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych w sposób niezgodny z SIWZ, bowiem osoba skierowana do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych miała posiadać odpowiednie uprawnienia do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej. Zdaniem Odwołującego obowiązujące na rynku stawki wynagrodzenia dla osób posiadających wskazane powyżej doświadczenie i kwalifikacje nie zbliżają się do kwoty w wysokości 103,16 zł netto za dzień pracy, co skłania do stwierdzenia, iż tak skalkulowana stawka nie obejmuje wszystkich elementów opisanych w pkt 9.3.2. SIWZ.

Dodatkowo zauważył, że na nieprawidłowości w sposobie kalkulacji ceny wskazują też ogólnodostępne dane obrazujące aktualny poziom wynagrodzeń. Powołał się w tym zakresie na Komunikat Prezesa Głównego Urzędu z dnia 16 marca 2012 r. w sprawie przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w lutym 2012 r. określający przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w lutym 2012 r. na poziomie 3568,15 zł.

Zaznaczył, że przeciętne miesięczne wynagrodzenie jest niższe od średniego wynagrodzenia kadry inżynierskiej, które waha się w zależności od pełnionych funkcji na poziomie od 5 000,00 do 15 000,00 miesięcznie.

Odwołujący wywodził, że symulacja kalkulacji ceny dla osoby pełniącej funkcję Projektanta ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych oraz osoby pełniącej funkcję Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych w ofercie ZBM (przy obliczeniu przyjęto wynagrodzenie minimalne w wysokości 1.500,00 zł zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2012 r.) przy przestrzeganiu wszystkich elementów jakie muszą być wzięte pod uwagę przy kalkulacji pokazuje, że wynagrodzenie tych osób powinno wynosić odpowiednio w takim przypadku ok. 2 100,00 zł i ok. 2 600,00 zł.

W kontekście powyższego symulacja kalkulacji ceny dla osoby pełniącej funkcję Projektanta ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych oraz osoby pełniącej

funkcję Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych (przy obliczeniu przyjęto średnie wynagrodzenie 6 000,00 zł i 8 000,00 zł według aktualnej oferty pośredników przedstawiających oferty kadry inżynierskiej) przy przestrzeganiu wszystkich elementów jakie muszą być wzięte pod uwagę przy kalkulacji pokazuje - według Odwołującego, że wynagrodzenie tych osób powinno wynosić odpowiednio w takim przypadku ok. 7 500,00 zł i 10 400,00.

Natomiast symulacja kalkulacji ceny dla osoby pełniącej funkcję Projektanta ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych oraz osoby pełniącej funkcję Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych (przy obliczeniu przyjęto średnie wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw w wysokości: 3568,15 zł) przy przestrzeganiu wszystkich elementów jakie muszą być wzięte pod uwagę przy kalkulacji pokazuje – zdaniem Odwołującego, że wynagrodzenie tych osób powinno wynosić odpowiednio w takim przypadku ok. 4 600,00 zł i 5 100,00 zł.

Przywołane powyżej zestawienia obrazują – w mniemaniu Odwołującego - stopień rozbieżności zaproponowanego wynagrodzenia dla Projektanta ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych i Inspektora nadzoru robót inżynierskiej oraz przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku.

Jego zdaniem z przedstawionych danych wynika, że nawet przy przeprowadzeniu kalkulacji, w której wartością wyjściową jest płaca minimalna koszty pracy osoby pełniącej funkcję Projektanta ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych nie może być mniejszy niż 2 100,00 zł miesięcznie, a dla osoby pełniącej funkcję Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych nie może być mniejszy niż 2 600,00 zł. Tymczasem Odwołujący wskazał, że w ofercie wybranego wykonawcy stawki te obliczono na poziomie 1 551,22 zł miesięcznie dla osoby pełniącej funkcję Projektanta ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych, a dla osoby pełniącej funkcję Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych na poziomie 2 269,52. zł miesięcznie. Odwołujący uważał, że podane wartości nie korespondują także z średnim wynagrodzeniem, jakie jest wypłacane w Spółce ZBM, jak również w pozostałych podmiotach, których oferty zostały sklasyfikowane wyżej niż oferta Odwołującego.

Podał również, że analogiczne bądź podobne zarzuty dotyczą także innych ekspertów wskazanych w ofercie ZBM i ofertach Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis. Przedstawione wyliczenia stanowią – zdaniem Odwołującego - dowód skalkulowania wynagrodzenia ekspertów w ofercie ZBM oraz ofertach Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege,

Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis na warunkach uniemożliwiających uwzględnienie wszystkich elementów wymaganych postanowieniami SIWZ, a w takiej sytuacji aktualizuje się przesłanka odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że obowiązek kalkulowania stawek wynagrodzenia przy przestrzeganiu zasad opisanych w pkt 9 SIWZ obowiązuje uczestników procedury, także w odniesieniu do cen skalkulowanych w tzw. „wydłużonym czasie realizacji prac projektowych lub robót” (pkt 9.7 SIWZ).

Tymczasem z oferty ZBM oraz ofert Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis wynika – jak twierdzi Odwołujący, iż zaniżone stawki w okresie podstawowym zostały dodatkowo obniżone o wskaźnik korekcyjny, co powoduje, że stawki przyjęte do wyceny nie korespondują w żaden sposób z wymaganiami SIWZ, ani z minimalnymi wartościami, o jakich mowa np. w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2012 r. (Dz.U. z 2011 r. nr 192 poz. 1141).

Dalej wywodził, że zastosowanie wskaźnika korekcyjnego powoduje, że w rozpatrywanym powyżej przypadku wynagrodzenie Projektanta ds. weryfikacji dokumentacji projektowej robót drogowych oraz Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych zaproponowanych w ofercie ZBM ulegnie obniżeniu o zaoferowany wskaźnik korekcyjny, tj. o 50 % i będzie wynosić miesięcznie odpowiednio 775,61 zł i 1 134,76 zł netto przy założeniu przepracowania pełnych ośmiu godzin w każdym roboczym dniu miesiąca, a taki sam wskaźnik procentowy ulegnie obniżeniu wynagrodzenie pozostałych ekspertów przewidzianych do obsługi kontraktu. Twierdził, że zastosowanie wskaźnika korekcyjnego powoduje kolejne obniżenie stawek, które w okresie przedłużonego czasu realizacji kontraktu nie mogą w żaden sposób pokryć kosztów świadczenia usługi.

Reasumując, podał, że u każdego z wymienionych oferentów tzn. w ofertach ZBM, Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS Atkins, Egis, cenę jednostkową w okresie projektowania i budowy lub w okresie wydłużonego czasu realizacji prac projektowych lub robót, dla co najmniej 1 Eksperta skalkulowano bez pełnego uwzględnienia w niej kosztów wynagrodzenia danego Eksperta oraz dodatkowych elementów, jakie powinna zawierać cena jednostkowa wg. wymagań zawartych w SIWZ pkt. 9.1.

Ostatecznie powołał się na okoliczności wskazujące na obowiązek odrzucenia ofert ZBM, Konsorcjum URS, Konsorcjum KV, Konsorcjum Safege, Konsorcjum ECMG, WS

Atkins, Egis z uwagi na to, że złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp).

Odwołujący podniósł, że oferując świadczenie usług przez personel przewidziany do realizacji kontraktu za wynagrodzeniem skalkulowanym poniżej powszechnie dostępnych cen, ZBM oraz pozostali wykonawcy utrudniają innym przedsiębiorcom swobodne i wolnorynkowe konkurowanie o udzielenie zamówienia. Takie działanie prowadzi również do naruszenia zasad uczciwego postępowania i są próbą bezprawnego wyeliminowania innych firm z rynku.

Zarzucił konkurencyjnym wykonawcom, że jedyną przyczyną podawania tak niskich kwot wynagrodzeń ekspertów, a w konsekwencji wycenienia ofert na nie więcej niż 40,17% zakładanego budżetu postępowania, była chęć uzyskania przez nich maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert, a nie chęć wyceny oferty według rzeczywistej wartości kosztów wytworzenia usługi.

W dniu 5.04.2011r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca ZBM oraz po stronie Odwołującego wykonawca Egis.

Wykonawca ECMG również zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w dniu 6.04.2012r.

Sygn. akt KIO 653/12

Zamawiający dokonał w dniu 22 marca 2012r. wyboru oferty ZBM, jako najkorzystniejszej i w tej samej dacie Odwołujący: EGIS Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa powziął wiadomość o przedmiotowej czynności.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 2.04.2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnosząc odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Zakład Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (dalej: „ZBM”), jako oferty najkorzystniejszej, nie wykluczeniu z postępowania ZBM i nieodrzczeniu oferty Konsorcjum firm: ECMG GmbH, IDOM International S.A. (dalej: „ECMG”).

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez nie wykluczenie ZBM z postępowania mimo złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania dot. posiadanego przez ZBM doświadczenia i doświadczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia, względnie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania, mimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

- art. 90 ust. 1 - 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty i wyjaśnień udzielonych przez ZBM i ECMG i zaniechanie odrzucenia oferty ZBM i ECMG, mimo że złożone wyjaśnienia są niewystarczające i nie uzasadniają zaoferowanej ceny, a oferty tych wykonawców zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania oferty ZBM, wykluczenia ZBM z postępowania, względnie odrzucenia oferty ZBM,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ECMG z postępowania,
- nakazanie dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzucił, że ZBM złożyło szereg informacji nieprawdziwych skutkujących wykluczeniem ZBM z postępowania, a nadto ZBM i ECMG uchybiło obowiązkowi należytego wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co winno skutkować odrzuceniem ofert tych wykonawców.

Wskazał, że wykonawca konkurencyjny ZBM podał nieprawdziwe informacje w zakresie swojego doświadczenia, które zgodnie z pkt 6.2.2) IDW wykonawca musiał udowodnić poprzez wykazanie doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, co najmniej 2 usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją robót, których przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi, w tym: a) jednej usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją robót, których przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi klasy minimum S o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN (brutto) oraz b) 1 usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją robót, których przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi klasy minimum GP o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN (brutto).

Zauważył, że jako wykonanie zadania należało rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadcstwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z FIDIC)/Protokołu odbioru (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru, a do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie.

Zwrócił uwagę, że ZBM w wykazie „wiedza i doświadczenie” wskazało dwie usługi mające potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2.2) IDW, przy czym w poz. 1 ZBM podało usługę „Pełnienie funkcji Inżyniera na Budowie Trasy Siekierkowskiej w Warszawie” wg FIDIC z terminem wykonania zadania 04.11.2009r., a w wykazie przy tej poz. ZBM wskazał nadto, że w ramach tej umowy wykonano kilka zadań - IB+IC, NA, IV, VI, IIB. Zadania te opisuje nadto załączona referencja z dnia 05.11.2010r.

Według Odwołującego nieprawdziwa jest informacja, iż ZBM zakończył opisaną usługę 04.11.2009r. i nawet gdyby przyjąć, że usługa ta zakończyła się w terminie zakreślonym przez Zamawiającego w SIWZ, ZBM nie wykazał, wbrew art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, że usługa to została wykonana należycie.

Powołał się na pismo Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych z dnia 05.03.2012r., z którego wynika, że poszczególne zadania obejmujące „Pełnienie funkcji Inżyniera na Budowie Trasy Siekierkowskiej w Warszawie” zostały zakończone, jak następuje:

1. Zad. IA Most Siekierkowski - 20.09.2002,
2. Zad. IBC Węzeł Wał Miedzeszyński - 27.09.2002,
3. Zad. IIA Odcinek Trasy od Węzła Wał Miedzeszyński do Węzła Bora-Komorowskiego - 12.10.2006,
4. Zad. V ul. Wał Miedzeszyński na odcinku od ul. Wersalskiej do ul. Trakt Lubelski - 20.08.2007,
5. Zad. IV Odcinek Trasy od ul. Idzikowskiego do Wału Zawadowskiego - 13.08.2003,
6. Zad. VI ul. Beethovena od ul. Sobieskiego do ul. Witosa - 12.04.2005,
7. Zad. IIB na odcinku od Węzła Bora-Komorowskiego do ul. Płowieckiej - 30.11.2007.

Zdaniem Odwołującego powyższe daty zakończenia poszczególnych zadań podane przez inwestora w żaden sposób nie pokrywają się z datą zakończenia wskazaną przez ZBM w wykazie, a zatem data zakończenia podana przez ZBM w wykazie w zestawieniu z

referencjami od inwestora datowanymi na dzień 05.11.2010 r. miała, więc na celu potwierdzenie spełniania warunku z pkt 6.2.2) IDW.

Twierdził, że zadania wskazane przez ZBM składające się na usługę z pkt 1 wykazu, wykonane należycie wg referencji, nie spełniają wymagań SIWZ w zakresie czasu wykonania tych zadań (zostały wykonane wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert - 08.02.2012r.).

Podniósł również, iż z punktu widzenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ZBM nie wykazało w celu spełnienia przedmiotowego warunku całej umowy z inwestorem - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, a jedynie konkretne zadania, i to właśnie informacje dot. tych zadań przesądzają o konieczności wykluczenia ZBM z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wywodził, że ZBM wykazał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonanie zadań, które zostały ukończone przed dniem, od którego liczony winien być trzyletni okres, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a referencje załączone do oferty ZBM odnoszą się do tych samych zadań, a co za tym idzie potwierdzają jedynie należyte wykonanie usług świadczonych do 2007r.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, choć dokumenty i oświadczenia załączone do jego oferty wskazywały na okoliczność przeciwną. Dopuszczenie możliwości uzupełnienia jego oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oznaczałoby obejście przepisów odnoszących się do skutków złożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Podkreślił, że wykonawca składając ofertę miał świadomość, iż prace wymienione w wykazie usług były świadczone do listopada 2007r. (vide: data zakończenia ostatniego zadania z wykazu i referencji wg informacji inwestora z dnia 05.03.2012r.), a co za tym idzie nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zarzucił, że konkurent wykorzystał okoliczność, że posiadane przez niego referencje nie wskazują na daty wykonywania usługi, jako datę wykonania usługi wskazał datę 04.11.2009r., a więc datę, która pozwalała uznać sporne usługi za wykonane w okresie ostatnich trzech lat, a zatem złożył on nieprawdziwą informację, co do daty wykonania usługi, aby w ten sposób udowodnić, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Kolejny zarzut dotyczył doświadczenia personelu ZBM w osobie Tomasza Czerwca i Mieczysława Węgrzyniaka.

Przypomniał, że zgodnie z pkt 6.2.3)b)8) IDW wykonawca miał spełnić warunek w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji Głównego weryfikatora (sprawdzającego) dokumentacji projektowej robót drogowych, a kandydat miał się wykazać 5-letnim doświadczeniem w projektowaniu dróg klasy min. S, w tym opracowanie lub zweryfikowanie dokumentacja projektowej branży drogowej, składającej się co najmniej z projektu budowlanego dla budowy lub przebudowy odcinka drogi klasy min. S o długości min. 5 km - na stanowisku Kierownika Zespołu Projektowego lub Głównego Projektanta lub Głównego Projektanta branży drogowej lub Głównego Weryfikatora lub Głównego Weryfikatora branży drogowej.

Odwołujący powołując się na pismo GDDKiA Oddział Wrocław z dnia 01.03.2012 zakwestionował oświadczenie ZBM zawarte w wykazie potencjału kadrowego, że Pan Czerwiec był na projekcie:

- poz. 1 wykazu - A4 Wądroże Wielkie - Bielany Wr. - Głównym Projektantem branży drogowej
- poz. 3 wykazu - A8 AO Wrocławia - Głównym Projektantem branży drogowej, mimo iż w rzeczywistości na projektach tych Pan Czerwiec był projektantem branży drogowej.

W drugim przypadku dotyczącym zarzutu skierowanego przeciwko personelowi wskazał, że zgodnie z pkt 6.2.3)b)9) IDW wykonawca miał spełnić warunek w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji Głównego weryfikatora (sprawdzającego) dokumentacji projektowej robót mostowych. Kandydat miał się wykazać 5-letnim doświadczeniem w projektowaniu obiektów mostowych na obciążenie klasy A, w tym opracowaniem lub zweryfikowaniem dokumentacji projektowej branży mostowej, składającej się z co najmniej z projektu budowlanego dla budowy lub przebudowy obiektu mostowego na obciążenie klasy A oraz rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m lub długości obiektu co najmniej 500 m - na stanowisku Kierownika Zespołu Projektowego lub Głównego Projektanta lub Głównego Projektanta branży mostowej lub Głównego Weryfikatora lub Głównego Weryfikatora branży mostowej.

Powołując się na pismo Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu z dnia 27.02.2012r. stwierdził, że w wykazie doświadczenia Pana Węgrzyniaka ZBM wskazał 3 pozycje potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu:

- poz. 1 wykazu - projekt zamienny Mostu przez Odrę w ciągu obwodnicy Północnej Opola wraz z projektem posadowienia i podpór- jako Sprawdzający projekt, mimo iż w rzeczywistości weryfikatorem projektu była Pani Ewa Kordek, zaś Pan Węgrzyniak był jedynie autorem adaptacji projektu do zmian posadowienia i podpór, będących jedyne częściami obiektu mostowego (w sytuacji gdy SIWZ wymagał całego projektu dla budowy lub przebudowy obiektu mostowego o określonych parametrach);

- poz. 2 wykazu - weryfikacja projektu budowlano-wykonawczego wraz z projektem wykonawczym posadowienia - Estakada „Gądowianka” we Wrocławiu - jako Generalny Weryfikator projektu budowlano-wykonawczego, pomimo iż w rzeczywistości Pan Węgrzyniak był jedynie autorem projektu posadowienia.

Z uwagi na fakt, iż poz. 3 wykazu obejmuje obiekt mostowy o parametrach nie odpowiadających wymaganiu SIWZ, nie może budzić wątpliwości zdaniem Odwołującego, iż nieprawdziwe informacje, jak wyżej, mają wpływ na wynik postępowania.

Wskazał również, że ustawodawca dodając zwrot „mogące mieć wpływ” rozszerzył zakres przesłanek uzasadniających zastosowanie sankcji wykluczenia z postępowania o sytuacje, w których informacje te mogły mieć jakiegokolwiek znaczenie na ocenę składanych przez wykonawców wniosków lub ofert i nie jest niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu.

Zdaniem Odwołującego wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskom.

Podkreślił również, że zestawienie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp wyraźnie odróżnia wykluczenie z postępowania z powodu nieprawdziwych informacji od niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Kolejny zarzut był oparty na wskazaniu przez Odwołującego faktu nie obalenia domniemania rażąco niskiej ceny przez ZBM i ECMG w świetle ogólnikowych wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołał okoliczność wystąpienia dysproporcji pomiędzy ceną zaoferowaną przez ZBM i ECMG a szacunkową wartością zamówienia oraz średnią ceną zaoferowaną przez wykonawców, którzy znaleźli się na kolejnych pozycjach listy rankingowej, która skłoniła Zamawiającego do wystąpienia pismem z dnia 15.03.2012r. z wezwaniem do niektórych

wykonawców do złożenia, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zauważył, że w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie ECMG i ZMB pismami z dnia 20.03.2012r. wskazali na następujące okoliczności pozwalające im zaoferować niższą cenę niż konkurenci:

- ECMG:

1. Wykonawca wziął pod uwagę wymagania SIWZ;
2. Nie jest możliwe konkretne sprecyzowanie stawek, kosztów miesięcznych w realnym zakresie całości trwania usługi, określenie czasu zaangażowania danego specjalisty;
3. Realizacja wielu kontraktów na terenie Europy, dla GDDKiA, w tym nabyte doświadczenie, ma wpływ na koszt biur i zatrudnienia personelu;
4. Możliwość uzyskania upustu przy pozyskiwaniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
5. Posiadanie zaplecza biurowego;
6. Zatrudnianie personelu na podstawie umów cywilnoprawnych, do obsługi wielu kontraktów;

-ZBM:

1. Wykonawca wziął pod uwagę wymagania SIWZ;
2. Możliwość wynegocjowana niskich stawek wynagrodzenia personelu;
3. Zatrudnianie personelu na podstawie umów cywilnoprawnych, samozatrudnienie personelu;
4. Zatrudnienie personelu miejscowego;
5. Posiadanie zaplecza biurowego;
6. Prowadzenie polityki obniżenia kosztów (leasing zaplecza biurowego);
7. Zysk poniżej 5%.

Zdaniem Odwołującego uznanie przedmiotowych wyjaśnień przez Zamawiającego za wystarczające, tj. potwierdzające, iż cena ZBM i EMCG nie jest ceną rażąco niską jest niesłuszne.

Zwrócił uwagę, że przepisy ustawy Pzp nakazują Zamawiającemu, w razie powzięcia wątpliwości do realności ceny ofertowej, wezwanie wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień i skorzystanie przez niego z wezwania do złożenia wyjaśnień we wskazanym trybie warunkuje możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wywodził, że z faktu wezwania w niniejszej sprawie Wykonawców do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wynika domniemanie rażąco niskiej ceny, które musi być przez Wykonawców obalone. Na tej zasadzie Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień uzasadniających zaoferowaną przez niego cenę, które nie mogą być lakoniczne czy ogólnikowe.

Zarzucił, że z treści wyjaśnień nie było możliwe wywiedzenie, że nadzwyczaj sprzyjające okoliczności uzasadniały tak znaczącą różnicę w cenie w stosunku do cen rynkowych. Przyznał, że ustawa pozostawia Zamawiającemu pewną swobodę w ocenie wyjaśnień, jednak ocena ta nie może być dokonana w oderwaniu od okoliczności konkretnej sprawy, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia i wymagań SIWZ dot. kształtowania ceny ofertowej.

Odwołujący zakwestionował wyjaśnienia ECMG i ZBM w zakresie elementów wspólnych ceny twierdząc, że są nierealne, tj. nie dają rękojmi należytego wykonania umowy.

Zwrócił uwagę na fakt, iż zamówienie, którego spór dotyczy to zarządzanie i nadzór nad projektowaniem i robotami budowlanymi dotyczącymi złożonej inwestycji infrastrukturalnej obejmującej m.in. przebudowę przeprawy przez Wisłę (tj. Most Grota-Roweckiego) oraz przebudowę 5 dużych węzłów komunikacyjnych zlokalizowanych w Warszawie, a o złożoności inwestycji świadczy również fakt, iż pomimo widocznej ostatnio w przetargach organizowanych przez GDDKiA „tendencji” do stawiania coraz „niższych” wymagań dotyczących doświadczenia personelu, jaki wykonawcy powinni skierować do realizacji zamówienia, w przypadku przedmiotowego zamówienia, Zamawiający postawił wysokie wymagania odnośnie doświadczenia personelu, w szczególności względem personelu, który będzie weryfikował dokumentację projektową.

Ponadto wskazał, że zgodnie z formularzem cenowym (Formularz 2.2) Zamawiający wymagał zatrudnienia do realizacji zamówienia 11 ekspertów kluczowych, 32 innych ekspertów i 20 innych osób składających się na personel administracyjny i pomocniczy.

Zwrócił uwagę, że termin realizacji zamówienia zgodnie z pkt. 5 IDW (str. 6 SIWZ) wynosi 41 miesięcy, na które składają się:

- 2 miesiące - wsparcie Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Kontynuację projektowania i przebudowę drogi S8 odc.

Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odc. węzeł Powązkowska -węzeł Modlińska" (okres przed rozpoczęciem Kontraktu),

- 27 miesięcy nadzoru w okresie projektowania oraz wykonywania robót na Kontrakcie (termin obejmuje również okresy zimowe),
- 12 miesięcy w Okresie Przeglądów i rozliczenia Kontraktu.

Wskazał na szacowaną przez Zamawiającego w Formularzu cenowym (Formularz 2.2.) liczbę « dniówek » zatrudnienia poszczególnych osób, które zawierają ogólne założenia, jakimi kierował się Zamawiający: dla większości Kluczowych ekspertów oraz dla części personelu pomocniczego Zamawiający przewidywał zatrudnienie przez 810 dni, czyli praktycznie na tzw. « pełny etat » (to znaczy ok. 21 dni w każdym miesiącu projektowania i realizacji robót i w okresie przeglądów i rozliczania kontraktu), natomiast dla większości pozostałego personelu Zamawiający przewidywał zatrudnienie przez 540 dni, czyli praktycznie « na pełen etat » w całym okresie projektowania i realizacji robót.

Dodatkowo przytoczył postanowienia art. 15 Warunków Ogólnych Umowy - Godziny pracy:

15.1. Konsultant powinien tak zorganizować codzienną pracę swojego całego personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawcy Robót w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu.

15.2. Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości:

a) stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” - z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 8 pełnych godzin w danej dobie;

b) połowy stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” - z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 4 pełne godziny i nie większym niż 8 pełnych godzin w danej dobie

15.3. W przypadku, gdy członek Personelu Konsultanta w danej dobie świadczy usługi w wymiarze mniejszym niż 4 pełne godziny, Konsultantowi przysługuje wynagrodzenie w wysokości 1/8 stawki dziennej członka Personelu Konsultanta określonej w tabeli „Formularz Cenowy”

15.4. Za dobę w rozumieniu art. 152 i 15.3 rozumie się 24 godziny liczone od chwili rozpoczęcia świadczenia usług przez członka Personelu Konsultanta w danym dniu kalendarzowym.

Z powyższych postanowień wynika w ocenie Odwołującego, że aby wykonawcy otrzymali w ramach wynagrodzenia całkowite stawki wskazane w swoich Formularzach

cenowych dla poszczególnych osób, osoby te muszą pracować na kontrakcie praktycznie codziennie przez min. 8 godzin, a to z kolei oznacza, że personel ten nie ma praktycznie żadnych możliwości dodatkowego równoległego zatrudnienia na innych kontraktach w celu uzyskania dodatkowego wynagrodzenia ponad wynagrodzenie oferowane mu przez wykonawcę ZBM czy wykonawcę ECMG.

Wywodził, że wykonawcy nie mogą przy kalkulacji ceny, a potem na etapie jej wyjaśniania przyjąć, jak próbuje czynić to ECMG, że zaproponowane stawki jednostkowe uwzględniają pracę w niepełnym wymiarze.

Przyznał, że faktycznie w poprzednio prowadzonych postępowaniach przez tego Zamawiającego „dniówka” była bliżej nieokreśloną liczbą godzin, jednak obecnie wg SIWZ dniówka oznacza minimum 8 godzin i tyle czasu musi dany ekspert przepracować na rzecz projektu, by dostać pełną dniówkę.

Twierdził, że nawet zakładając jednoczesną pracę ekspertów na innych projektach, to ich ilość (prawie wszystkie stanowiska poniżej inspektorów, czyli przede wszystkim asystenci), może świadczyć o braku możliwości należytego wykonania i zapewnienia odpowiedniej jakości usługi w związku z równoległą pracą dużej części zespołu na innych projektach.

Dokonując analizy średnich stawek (netto) wskazanych w Formularzach Ofertowych wykonawcy ZBM i wykonawcy ECMG dla poszczególnych grup personelu Odwołujący doszedł do wniosku, że ponad 80% całego personelu Wykonawcy ZBM i ponad 50% personelu Wykonawcy ECMG zarabiać będzie miesięcznie kwoty na poziomie niższym lub równym przeciętnemu wynagrodzeniu krajowemu, które za 2011 rok wyniosło 3 399,52 zł.

W przypadku Wykonawcy ECMG dodatkowo podniósł, że ponad 1/3 całego personelu zarabiać będzie miesięcznie kwoty na poziomie niższym niż minimalne wynagrodzenie krajowe, które wynosi obecnie 1500 zł brutto, a jedynie 17% personelu - i to jedynie personelu Kluczowego, od którego wymagane jest największe doświadczenie i kwalifikacje - zarabiać będzie powyżej przeciętnego krajowego wynagrodzenia.

Podkreślił, iż zgodnie z informacjami publikowanymi przez Główny Urząd Statystyczny w opracowaniu „Zatrudnienie i wynagrodzenia w gospodarce narodowej w I półroczu 2011r.” przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze działalności profesjonalnej, naukowej i technicznej (a do takiej można zaliczyć usługi inżynierskie) wynosi dla sektora prywatnego 5 505,21 zł brutto.

Zaznaczył jednak, że w praktyce w tej branży, o której traktuje przedmiot zamówienia, gdzie wymagane jest świadczenie usług inżynierskich na wysokim poziomie przez wysoce wykwalifikowanych ekspertów, którzy podejmują się udziału w tego typu przedsięwzięciu, za co najmniej dwukrotność wskazanego przeciętnego wynagrodzenia, kwoty przeznaczone na ten cel przez zarówno przez Wykonawcę ZBM, jaki i Wykonawcę ECMG są zdecydowanie zaniżone, przez co nie jest możliwe wykonanie zamówienia.

Podniósł także, iż płaca minimalna na poziomie 1500 zł brutto, nie obejmuje wszystkich obligatoryjnych kosztów, jakie ponosi pracodawca. Z tymi kosztami pracodawcy (ok 19%) koszt zatrudnienia pracownika miesięcznie wynosi: $1500 \times 1,1974 = 1796,10$ zł, co z kolei daje dniówkę 85,53 zł (przy założeniu 21 dni pracy/miesiąc). Jest to czysty koszt pracodawcy zatrudnienia personelu, bez zysku, urlopów, kosztów miejsca pracy i innych składowych wg SIWZ.

Twierdził, że stawki wskazane w formularzu cenowym powinny zawierać nie tylko „goły koszt” wynagrodzenia personelu, jaki ponosi wykonawca, ale także inne dodatkowe elementy szczegółowo opisane przez Zamawiającego w pkt. 9 IDW - sposób obliczenia ceny (str. 15-18 SIWZ), i tak na przykład w pozycji „Usługi nadzoru w okresie projektowania i budowy”, dla każdej ze wskazanych w ofercie osób koszty, m. in.: wynagrodzenia wraz z narzutami, urządzenia stanowiska pracy, szkoleń personelu nadzoru, zakwaterowania i delegacji, wyposażenia bhp, transportu i łączności, wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty - Formularzu Cenowym, urlopów i zwolnień, wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

Według Odwołującego koszty powyższe dotyczyć powinny całego okresu projektowania i budowy, a zatem realne wynagrodzenie personelu będzie jeszcze niższe od wskazanego w powyższej tabeli.

Jako kolejną istotną kwestię Odwołujący potraktował fakt, że zgodnie z SIWZ konieczna jest redukcja wynagrodzenia w okresie ew. przedłużenia. Wskazał, że zgodnie z pkt 5 IDW termin realizacji zamówienia został określony przez Zamawiająco szacunkowo na 41 miesięcy i termin ten zależy od okresu realizacji robót budowlanych, nad którymi sprawowany będzie nadzór, co oznacza w praktyce konieczność skalkulowania w ofercie wydłużenia czasu realizacji przedmiotu umowy (a biorąc pod uwagę złożoność inwestycji i inne porównywalne inwestycje należy powiedzieć, że ryzyko opóźnień w realizacji robót jest niezwykle wysokie). Z uwagi na fakt, iż Zamawiający wprowadził tzw. wskaźnik korekcyjny w

okresie „rezerwy” (wydłużonego okresu realizacji projektowania lub robót), wykonawcy winni obniżenie wynagrodzenia uwzględnić w stawkach jednostkowych wyliczonych dla okresu podstawowego (vide pkt 9.5 i nast. IDW, § 4 ust. 4 umowy).

Przy tak ukształtowanym czasie pracy wykonawcy i zasadach wynagrodzenia część kosztów pracy w okresie rezerwy – według Odwołującego - musi być w kalkulowana w stawki okresu podstawowego. Jest to obiektywnie niemożliwe przy tak niskich stawkach jednostkowych, poniżej płacy minimalnej.

Uznał tłumaczenia zarówno Wykonawcy ZBM, jaki i Wykonawcy ECMG dotyczące zaproponowania w ofercie tak niskiej ceny z powodu złej koniunktury na rynku usług inżynierskich oraz mniejszej liczby inwestycji budowlanych za bezzasadne.

W oparciu o dane statystyczne publikowane przez GUS odnośnie przeciętnego wynagrodzenia brutto w gospodarce narodowej, które wyniosło odpowiednio: w 2008 r. - 2 943,88 zł, w 2009 r.- 3 102,96 zł, w 2010 r. - 3 224,98 zł, a 2011 r. - 3 399,52 zł. stwierdził, że poziom wynagrodzenia nawet w okresie recesji nieznacznie wzrastał.

Odwołujący stwierdził, że nie znajduje logicznego uzasadnienia argumentacja Wykonawcy ZBM, jaki i Wykonawcy ECMG, jakoby koszt zatrudnienia personelu był minimalizowany poprzez zatrudnianie osób na podstawie umów cywilno-prawnych lub osób prowadzących własną działalność gospodarczą, gdyż w takiej sytuacji - przy braku możliwości uzyskania „dodatkowego” wynagrodzenia z uwagi na konieczność pracy praktycznie „na pełny etat” przy realizacji przedmiotowego zamówienia - oznaczałoby to, że osoby zatrudnione w wyżej opisanej „formie” musiałyby otrzymywać jeszcze niższe wynagrodzenie niż wynagrodzenie minimalne czy przeciętne krajowe.

W ocenie Odwołującego, wszystkie ceny jednostkowe zaproponowane poniżej kwoty 85,53 zł/dzień (zgodnie z obliczeniami kosztu pracodawcy zatrudnienia osoby z wynagrodzeniem minimalnym krajowym) nie spełniają wymogów SIWZ i jako niższe od minimalnej płacy są rażąco niskie, a bez wątpienia skalkulowane niezgodnie z SIWZ.

Gdyby jednak założyć, że wszyscy eksperci i asystenci zatrudnieni są w ramach tzw. samozatrudnienia, to – zdaniem Odwołującego przyjąć można, że zaproponowane stawki jednostkowe, np. 70,51 zł w ofercie Wykonawcy ZBM, dają 1.551,11 zł netto miesięcznie, co wg powyższych obliczeń, daje takiej osobie wynagrodzenie dzienne w okolicach 30 zł i jako 2x niższe od minimalnej krajowej jest nierynkowe.

Uprzedzając ewentualne argumenty Wykonawcy ZBM i Wykonawcy ECMG, że mogli dowolnie kalkulować swoje ceny i rozkładać koszty w różnych pozycjach Formularza Cenowego, w tym np. w pozycji dot. kosztów utrzymania biura, wskazał, iż zgodnie z pkt. 9 IDW - sposób obliczenia ceny: „wartość sumy pozycji „Koszt utrzymania biura w okresie projektowania i budowy” oraz pozycji „Koszt utrzymania biura w Okresie Przeglądów i rozliczenia Kontraktu” nie może przekroczyć 10% ceny oferty netto.

Argumentował, że wyżej wskazane pozycje kosztowe dot. biura były niejako z góry ograniczone przez Zamawiającego, co uniemożliwia wykonawcom sztuczne zwiększanie tych stawek poprzez dodawanie tak kosztów innych niż faktycznie z biurem związanych.

Zauważył także, że ZBM obliczał swoje koszty biura w pozycji „Koszt utrzymania biura w okresie projektowania i budowy” oraz w pozycji „Koszt utrzymania biura w Okresie Przeglądów i rozliczenia Kontraktu” odpowiednio na poziomie 29 339,33 zł netto/miesiąc i 7000,00 zł/miesiąc, a wykonawca ECMG na poziomie 26 000,00 zł/miesiąc i 12 000,00 zł/miesiąc, co biorąc pod uwagę niżej cytowane zapisy pkt. 2.2. OPZ oraz biorąc pod uwagę nawet najniższe warszawskie ceny utrzymania biura, jest kosztem bardzo niskim, szczególnie, że w okresie robót i projektowania biuro powinno pomieścić ok. 60 osób.

Na marginesie dodał, że niezrozumiałym jest także stwierdzenie na str. 3, pkt. 4 wyjaśnień ceny wykonawcy ECMG, gdzie wskazuje on, iż posiada jakieś bliżej nieskonkretyzowane biura, mimo że SIWZ wymagała założenia odrębnego biura 1 km od placu budowy (vide pkt 2.2 OPZ, str. 81 SIWZ):

„Biuro może być wykorzystywane wyłącznie dla prowadzenia nadzoru stanowiącego przedmiot niniejszej umowy. Przez okres projektowania i realizacji robót a także przez pierwsze 5 miesięcy po zakończeniu robót Konsultant zapewni pomieszczenia biurowe zgodnie z powyższym opisem w odległości nie większej niż 1 km od placu budowy. W okresie pozostałych 7 miesięcy Okresu Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu Konsultant może przewidzieć zmniejszenie powierzchni biura i inną lokalizację (na terenie województwa), stosownie do charakteru pracy w tych okresach, przy czym nie obowiązują warunki dotyczące zapewnienia miejsca dla Kierownika Projektu i powierzchni parkingowej.)”.

Dodatkowo podniósł, biorąc pod uwagę również fakt, że racjonalny podmiot gospodarczy zazwyczaj oczekuje zysku realizując zamówienia publiczne oraz sfinansowania części kosztów ogólnych przedsiębiorstwa - jak choćby koszty ubezpieczenia, koszty działalności zaplecza finansowo-księgowego etc, istnieje uzasadnione podejrzenie, że cena zaproponowana przez Wykonawcę jest rażąco niską, gdyż realizacja usługi za taką cenę jest niemożliwa.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien szczególnie wnikliwie pochylić się nad wyjaśnieniami ECMG. Wskazał na okoliczność, że Lider ECMG - Spółka ECMG GmbH została założona w sierpniu ubiegłego roku przez ECM Group Polska Sp. z o.o. z kapitałem 35.000 EURO. Z kolei ECM Group Polska Sp. z o.o. podlegałaby wykluczeniu z niniejszego postępowania z mocy art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp wobec wypowiedzenia tej spółce przez GDDKiA Oddział w Zielonej Górze umowy na „Zarządzanie i nadzór inwestorski nad budową obwodnicy Łęknicy w ciągu DK nr 12 od km 0-066,25 do km 3+667,00”. Powyższa okoliczność – według Odwołującego - uzasadnia przekonanie, iż Spółka ECMG GmbH została utworzona de facto w celu umożliwienia ECM Group Polska Sp. z o.o. ubiegania się w GDDKiA o zamówienia, co z kolei powinno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum ECMG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, tj. jako oferty nieważnej na podstawie przepisów odrębnych - art. 58 § 1 k.c.

Odwołujący podniósł, że złożona oferta ma na celu obejście ustawy, chociaż formalnie nie istnieją podstawy do wykluczenia tej spółki z postępowania - spółka ta dotychczas nie realizowała umów na rzecz GDDKiA - niemniej w rzeczywistości zamówienie, w wyniku wyboru jej oferty, będzie realizowane przez te same podmioty, które realizują umowy zawierane przez ECM Group Polska Sp. z o.o. i które już raz pokazały, że nie są w stanie wykonać w sposób prawidłowy umowy o zamówienie publiczne.

Z uwagi na przepis art.6 k.c. nakładający na Odwołującego ciężar wykazania powyższej okoliczności, odstąpił on jednak od stawiania w toku postępowania odwoławczego przedmiotowego zarzutu. Odwołujący przyznał, że nie dysponuje środkami dowodowymi, które pozwoliłyby mu na przeprowadzenie takiego dowodu.

Niemniej jednak okoliczność ta, która została przez Odwołującego, co najmniej uprawdopodobniona, nie może być, w jego ocenie, całkowicie pomijana przez Zamawiającego przy dokonywaniu oceny oferty konsorcjum ECMG w kontekście rażąco niskiej ceny.

Z uwagi na fakt, iż Spółka ECMG jest spółką niedawno powstałą, Odwołujący założył z dużym prawdopodobieństwem, że Spółka ta będzie bazować na pracownikach swojej spółki matki - ECM Group Polska Sp. z o.o. - oraz na jej strukturach organizacyjnych w Polsce. Tymczasem, ECM Group Polska Sp. z o.o. utraciła wskazany powyżej kontrakt na „Zarządzanie i nadzór inwestorski nad budową obwodnicy Łęknicy w ciągu DK nr 12 od km 0-066,25 do km 3+667,00" z powodu jego nienależytego wykonania.

Wyjaśnił, że jedną z okoliczności, która przyczyniła się do tego, była w ocenie Odwołującego nierealna cena, jaką za wykonanie przedmiotowego zamówienia zaoferowała ECM Group Polska Sp. z o.o. W tym postępowaniu o zamówienie publiczne ECM Group Polska Sp. z o.o. zaoferowała się wykonać przedmiot umowy za cenę 1.768.731,60 zł brutto, gdzie cena kolejnego wykonawcy wynosiła 2.508.907,53 zł brutto, zaś najdroższa oferta wyniosła 4.423.299,41 zł.

Zwrócił uwagę, że oferta ECM Group Polska Sp. z o.o. nie została wtedy odrzucona, jako oferta zawierająca rażąco niską cenę, niemniej tak duża dysproporcja pomiędzy jej ceną a cenami konkurentów musiała mieć wpływ na sposób wykonania przedmiotu umowy zawartej z Zamawiającym. Wywodził, że skoro już raz spółka z tej samej grupy kapitałowej, która z racji swoich powiązań ma wpływ na sposób kalkulacji ceny przez ECMG pokazała, że jej sposób wyceny nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia publicznego, to kolejne wyceny dokonywane de facto przez te same osoby winny być poddane szczególnej weryfikacji.

Podkreślił, że samo zwrócenie się o złożenie wyjaśnień nie oznaczało, iż Zamawiający dopełnił wszystkich obowiązków związanych z ustaleniem, czy oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny, a jego obowiązkiem zamawiającego była rzetelna ocena treści wyjaśnień, która pozwalałaby na przyjęcie, iż ceny mogą być uznane za realne i pozwalają na wykonanie przedmiotu zamówienia.

W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był – zdaniem Odwołującego - do odrzucenia oferty ZBM i ECMG w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 5.04.2011r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca ZBM, a w dniu 6.04.2012r. wykonawca ECMG.

Wykonawca TPF zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w dniu 5.04.2012r.

Sygn. akt KIO 646/12
Sygn. akt: KIO 653/12

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonych ofert, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, wyjaśnień wykonawców dotyczących rażąco niskiej ceny, protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego(druk ZP-PN), wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22.03.2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień i pism Izba postanowiła oba odwołania oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpis został przez Odwołujących uiszczony, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

Sygn. akt KIO 646/12

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust.1, art.89 ust.2, 3, 4, art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych(Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia, czy Zamawiający miał obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w aspekcie rażąco niskiej ceny w stosunku do siedmiu wykonawców składających oferty z cenami poniżej 20 000 000 zł i w zależności od tych ustaleń odrzucić oferty zawierające rażąco niską cenę oraz, czy wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w granicach obowiązującego prawa.

Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, iż złożone przez uczestników przedmiotowego postępowania oferty z cenami poniżej 20 000 000 zł mogły zawierać rażąco niską cenę, co uzasadniałoby wdrożenie procedury, o której mowa w art.90 ust.1 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie posiada definicji legalnej na gruncie obowiązującego prawa, lecz niewątpliwie wolą ustawodawcy wprowadzającego ten termin do porządku prawnego była eliminacja z rynku wykonawców nierzetelnych.

Izba reprezentuje zapatrywanie, że rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca mu zysku, zaoferowana poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji.

Intencją ustawodawcy jednak nie było stworzenie mechanizmu prawnego, który każdorazowo dawałby podstawę do uruchomienia przez Zamawiającego postępowania w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp, w przypadku wystąpienia różnic cenowych złożonych ofert. Takie różnice normalnie występują w każdym postępowaniu konkurencyjnym. Natomiast rażąco niska cena powoduje, że te różnice cenowe są drastyczne, a istnienia takiej sytuacji Odwołujący nie wykazał.

Zdaniem Izby Odwołujący nie dowiódł możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, a zgodnie z regułą wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Przedłożone przez Odwołującego na rozprawie pismo A.P.P. Wakat z dnia 10.04.2011r. stanowi informację o wynagrodzeniach personelu nadzoru budowlanego oferowanych jedynie u tego pośrednika. Izba nie ma pewności, jaki jest sposób dochodzenia do wartości zadeklarowanych przez powyższego pośrednika czy oferowane stawki są przez niego ustalane, czy przez jego klientów, czy wreszcie samych zainteresowanych.

Dane o wynagrodzeniu personelu pozyskane z jednego źródła nie świadczą o tym, że na rynku obowiązują jedynie ceny tam wskazane. Zatem Izba uznała ten dowód za całkowicie nieprzydatny do wykazania istnienia rażąco niskiej ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Również oświadczenia konkretnych osób z personelu nadzoru budowlanego, wszystkie wystawione w tej samej dacie - 2.04.2012r., załączone przez pełnomocnika Odwołującego na rozprawie nie wskazują konkretnie w ramach, jakiego stosunku prawnego takie wynagrodzenia powstają. Cena zaoferowana przez Odwołującego może potwierdzać, że są to stawki u niego obowiązujące.

Izba uznała również za nieprzydatne dla potrzeb wykazania istnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Odwołującego zestawienia i wyliczenia kosztów, które mogą odzwierciedlać sposób kalkulowania wynagrodzenia w ramach stosunku pracy obowiązujący – w ocenie Izby - u samego Odwołującego. Wykonawcy w swoich wyjaśnieniach zwrócili uwagę, że eksperci będą realizować usługę na podstawie umowy zlecenia lub umowy o dzieło, co znacznie obniża koszty zamówienia. Z postanowień SIWZ nie wynika, że wykonawcy będą zobowiązani zatrudniać ekspertów na podstawie umowy o pracę.

Jeżeli przy kalkulowaniu wynagrodzenia jest mowa w SIWZ o urządzeniu stanowiska pracy, szkoleniach personelu nadzoru, zakwaterowaniu i delegacji, wyposażeniu bhp, transporcie i łączności, urlopach i zwolnieniach, to postanowienia te nie oznaczają obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę. Regulacje te należy stosować odpowiednio, w zależności od wybranej przez przedsiębiorcę formuły prawnej zatrudnienia, w taki sposób, aby wykonawcy nie mogli domagać się od Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia za powyższe elementy składowe wynagrodzenia.

Nadto Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o tym, że jego konkurenci w swoich rachubach będą musieli wartościować kosztowo wszystkie powyższe pozycje w sytuacji posiadania już wyposażonego stanowiska pracy.

Izba wzięła również pod uwagę, że przy szacowaniu wynagrodzenia, wykonawcy mogli w niektórych pozycjach nie wykazywać kosztów z różnych przyczyn lub określać je na stosunkowo niższym poziomie. Przykładowo trudno jest mówić o kosztach w warunkach, gdy osoba zatrudniająca się u wykonawcy na umowę o dzieło czy umowę zlecenia posiada już własne wyposażenie BHP, samochód czy inny środek transportu i łączności, a poza tym nie ma możliwości korzystania z urlopu, a wszystkie te kwestie są uregulowane w wynegocjowanej przez wykonawcę umowie, w sposób dla niego korzystny.

Z tych wszystkich względów Izba nie mogła oprzeć się na takich wyliczeniach, jakie proponuje Odwołujący.

Również, jeśli chodzi o wynagrodzenia personelu Izba reprezentuje zapatrywanie, że obowiązujące przepisy nie przewidują sztywnych stawek przy zawieraniu umów cywilnoprawnych. Na gruncie przepisów kodeksu cywilnego obowiązuje zasada swobodnego kształtowania stosunku prawnego, a zatem wartości te mogą być w zasadzie kształtowane w sposób nieskrępowany.

Odwołujący zatem nie udowodnił sprzeczności treści złożonej przez wykonawców oferty z treścią SIWZ.

Dostrzegając powyższe aspekty w rozpoznawanej sprawie Izba nie mogła podzielić argumentacji Odwołującego, na podstawie, której można by wyprowadzić wniosek o istnieniu zawsze rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy wybrane pozycje kosztowe nie są odpowiednio oszacowane. Przepisy art.89 ust.1 pkt. 4 i art.90 ust.1 ustawy Pzp odnoszą się do rażąco niskiej ceny, jako wartości całkowitej, a nie poszczególnych jej elementów.

Z zestawienia cenowego zawartego w powołanym na wstępie protokole postępowania wynika, że cena brutto wynosi: ZBM - 10 884 446,14 zł, ECMG - 11 028 438,66 zł, Egis - 13 526 426,34 zł, Konsorcjum KV - 14 952 421,57 zł, WS Atkins - 16 068 460,00 zł, Konsorcjum Safege - 16 481 325,94 zł, Konsorcjum URS - 17 863 932,53 zł, podczas gdy cena Odwołującego 25 343 851,74 zł. Ponadto dwie firmy złożyły oferty z ceną wyższą niż cena Odwołującego: wykonawca - Konsorcjum firm: MGGP SA, 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6, AGUA Y ESTRUKTURAS S.A., 41092 Sewilla, ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja z ceną 28 035 549,62 zł brutto i wykonawca - Halcrow Group Limited, Elms House, 43 Brook Green, London W6 7EF z ceną 28 793 778,36 zł.

Zdaniem Izby wszystkie zaoferowane ceny miały charakter rynkowy, bowiem różnice procentowe pomiędzy pierwszą zaoferowaną ceną, a kolejnymi zaproponowanymi cenami pozostają w stosunku do siebie w obiektywnej i realnej relacji wartościowej wskazującej na bardzo konkurencyjny charakter tych cen.

Analiza rozpoznawanej sprawy prowadzi również do wniosku, że działanie Zamawiającego świadczy o jego pewnej ostrożności, co do potencjalnej możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, skoro w stosunku do trzech wykonawców oferujących trzy kolejne najniższe ceny wdrożył procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Wyniki tego postępowania zdaniem Izby mieściły się w granicach przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp i nie dawały Zamawiającemu podstaw do odrzucenia złożonych ofert na zasadzie art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Złożone wyjaśnienia wykonawców w całej rozciągłości wykazywały istnienie okoliczności opartych na obiektywnych czynnikach wpływających na oszczędność metody wykonania zamówienia i istnieniu wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia dostępnych dla wykonawcy, wyjaśnienia te były – w ocenie Izby – logiczne, spójne i porównywalne.

Izba wzięła pod uwagę, że wpływ na wysokość ceny miały okoliczności znacznego ograniczenia inwestycji drogowych i przez to powstania sytuacji zwiększenia podaży personelu nadzorującego te inwestycje. Nadto również nie bez znaczenia na poziom kosztów miały formy samo zatrudnienia i zatrudniania na zasadzie umowy zlecenia lub umowy o dzieło, co zmniejsza między innymi koszty socjalne.

Zatrudnienie w 100 % personelu miejscowego – zdaniem Izby – ma również wpływ na uzyskanie znacznych oszczędności, bowiem redukuje koszty zakwaterowania, diet, podróży służbowych.

Na możliwość uzyskania oszczędności może wpływać także fakt zakończenia innych dużych kontraktów infrastrukturalnych w Warszawie, co pozwoli na wykorzystanie wyposażenia biura będącego w posiadaniu wykonawcy, takiego jak komputery, telefony, faksy, drukarki, kopiarki, meble, środki transportu, korzystanie z jednego operatora, który zapewni możliwość bezpłatnych rozmów w sieci wewnętrznej wykonawcy.

Poza tym również kalkulowanie zysku na poziomie niższym niż 5% może również uzasadniać niską cenę ofertową. Za wyjątkowo korzystne warunki wykonywania zamówienia można uznać możliwość równoległego wykonywania wielu zamówień w tym samym czasie, co pozwala na zwielokrotnienie zysków, bez konieczności dążenia, aby każdy element składowy ceny obciążony był marżą.

Niestosowanie w swojej działalności rozwiązań technicznych, lecz zarządzenie projektami, w oparciu o wypracowane, sprawdzone procedury organizacyjne pozwala również na ograniczenie kosztów działalności wykonawcy.

Wszystkie te obiektywne uwarunkowania są w ocenie Izby dostatecznie umotywowane dla przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Należy przy tym wskazać, że Zamawiający nie uczynił ścisłej instrukcji wskazującej na zakres żądanego wyjaśnienia poszczególnych elementów cenotwórczych oferty, lecz w sposób dosyć ogólny oczekiwał wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, co oznacza, że wykonawcy nie mieli obowiązku przedkładać szczegółowych kalkulacji kosztów, lecz wykazać jedynie przesłanki z art.90 ust.2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Zamawiający po przeprowadzeniu prawem przewidzianej procedury wyjaśniającej, miał pełne podstawy do uznania wskazanych czynników obiektywnych za wystarczające, również w oparciu o własne doświadczenie wynikające z prowadzonych rozlicznie postępowań w przedmiotowej branży.

W stosunku do pozostałych wykonawców Izba uznała, iż Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej jedynie w wypadku powzięcia uzasadnionych wątpliwości, co do możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że jego znajomość cen rynkowych nie uzasadniała przeprowadzenia spornego postępowania w stosunku do pozostałych wykonawców, tym bardziej, że ich ceny kształtowały się na wyższym poziomie niż wykonawców składających oferty z trzema najniższymi cenami.

Izba przyjęła za prawdziwy fakt, że szacunkowa wartość zamówienia i kwota, jaką Zamawiający zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia była kalkulowana niezbyt dokładnie. Na rozprawie Zamawiający oświadczył, że prawdopodobnie przeszacował wartość zamówienia, jak to bywa przy tego rodzaju usługach.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że odniesienie ceny ofertowej do wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej w powyższy sposób, nie może mieć znaczenia, w rozpatrywanej sprawie, w aspekcie badania zasadności zarządzenia przez Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a następnie oceny występowania rażąco niskiej ceny. Inne rozumowanie musiałoby prowadzić do wniosku, że siedem złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu może posiadać rażąco niską cenę, co zdaniem Izby nie wydaje się prawdopodobne. Z powyższych względów nie potwierdził się również zarzut złożenia oferty będącej czynem nieuczciwej konkurencji.

Zatem Izba doszła do przekonania, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje wystarczających podstaw do uznania całkowitych cen wykonawców składających oferty z siedmioma najniższymi cenami za ceny rażąco niskie. Można, co najwyżej powiedzieć, że ceny te są niskie, lecz z całą pewnością nie są rażąco niskie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z

uwzględnieniem przepisów 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).

Sygn. akt KIO 653/12

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust.1, art.24 ust.2 pkt. 3 i 4, art.89 ust.4, art. 90 ust. 1 - 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych(Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia, czy Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę ZBM z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, względnie z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz czy miał obowiązek po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w aspekcie rażąco niskiej ceny w stosunku do wykonawców składających oferty z dwoma najniższymi cenami odrzucić te oferty, jako zawierające rażąco niską cenę oraz, czy wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w granicach obowiązującego prawa.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że wykonawca ZBM nie złożył nieprawdziwych informacji w swojej ofercie w wykazie na stronie 012 pod poz.1. Z załączonej do akt sprawy umowy nr 2/2000/RP/ZBT i MS wraz z aneksami do niej oraz referencji ZMID z dnia 12.03.2010r., a także pisma ZMID z dnia 3.01.2012r. i z dnia 5.04.2012r.wynika, że ZBM pełnił nieprzerwanie funkcję Inżyniera, w tym również w okresie wymaganym przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że umowa ta ma charakter ciągły i posłużenie się przez ZBM datą 4.11.2009r. było w pełni uprawnione z tego powodu, że w tej dacie zostało poświadczono wypełnienie obowiązków wykonania i zakończenia robót objętych świadectwem wypełnienia gwarancji oraz usunięcia wszelkich usterek w tych robotach.

Należy wskazać, że jako wykonanie zadania zgodnie z treścią SIWZ należało rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z FIDIC)/Protokołu odbioru (w przypadku zamówień, w których nie

wystawia się Świadczenia Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru, a do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie.

Z powyższego sformułowania, „co najmniej” Izba wnioskuje, że Zamawiający żądał również innych dokumentów odbiorczych o treści szerszej niż samo świadectwo przejęcia.

Izba stoi na stanowisku, że świadectwo wypełnienia gwarancji jest dokumentem dalej idącym niż świadectwo przejęcia robót. Świadectwo wypełnienia gwarancji również potwierdza doświadczenie wykonawcy nabyte w okresie świadczenia usług gwarancyjnych z tej samej umowy.

Przedłożone na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego pismo ZMID z dnia 5.04.2012r. wzmacnia tylko przekonanie Izby o posiadaniu wymaganego doświadczenia przez wykonawcę ZBM, bowiem nadal zdobywa on żądane przez Zamawiającego doświadczenie.

W zakresie zarzutu dotyczącego podania nieprawdziwych informacji odnośnie osoby Tomasza Czerwca to Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że nie był on głównym projektantem przy realizacji wskazanego zamówienia. Izba opierając się na stanowisku Marka Suchego, który był głównym Projektantem autostrady i współpracował z Tomaszem Marcem uznała wyjaśnienia tego pierwszego zawarte w piśmie z dnia 12.04.2012r., że ten drugi był głównym projektantem branży drogowej w zespole drogowym, za wiarygodne.

Odnośnie Mieczysława Węgrzyniaka Izba doszła do przekonania, że informacje dotyczące tej osoby były oparte na prawdzie. Z pisma ZDIUM we Wrocławiu z dnia 12.04.2012r. wynika, że Mieczysław Węgrzyniak był sprawdzającym branży mostowej Projektu Architektoniczno – Budowlanego, opracowanego dla potrzeb budowy estakady nad ul. Strzegomską i terenami PKP w ciągu obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu.

Okoliczności te potwierdza również oświadczenie samego Mieczysława Węgrzyniaka z dnia 12.04.2012r., iż w projekcie zamiennym mostu przez rzekę Odrę w ciągu obwodnicy północnej Miasta Opola stanowisko projektanta z uwagi na zakres prac odpowiadało funkcji generalnego projektanta i taką informację przekazał wykonawcy ZBM na etapie składania ofert. Natomiast w projekcie budowlano-wykonawczym estakady gądowskiej we Wrocławiu oświadczył, że był generalnym weryfikatorem.

Powyższe dowody wskazują – w ocenie Izby, że wykonawca ZBM nie podał nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Kolejny zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny ofert wykonawców ZBM i ECMG nie został poparty żadnymi mocnymi dowodami.

Przedłożona przez Odwołującego symulacja ceny ofertowej ZBM i ECMG oraz kosztów pracy personelu ma – zdaniem Izby - charakter jedynie hipotetyczny, nie ma natomiast waloru dowodowego.

Z tego powodu Izba nie znalazła podstawy do przypisywania wykonawcom kosztów, które nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy i stanowią jedynie przypuszczenie Odwołującego, co do właściwej kalkulacji kosztów.

To samo dotyczy załączonej przez Odwołującego tabeli nr 5 z przeciętnym wynagrodzeniem brutto dla działalności profesjonalnej naukowej i technicznej, która nie uwzględnia podmiotów gospodarczych o liczbie pracujących do 9 osób.

Wymaga wskazania, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie posiada definicji legalnej na gruncie obowiązującego prawa, lecz niewątpliwie wolą ustawodawcy wprowadzającego ten termin do porządku prawnego była eliminacja z rynku wykonawców nierzetelnych.

Izba reprezentuje zapatrywanie, że rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca mu zysku, zaoferowana poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji.

Zdaniem Izby Odwołujący nie dowiódł możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, a zgodnie z regułą wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, na podstawie której można by wyprowadzić wniosek o istnieniu zawsze rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy wybrane pozycje kosztowe nie są odpowiednio oszacowane. Przepisy art.89 ust.1 pkt. 4 i art.90 ust.1 ustawy Pzp odnoszą się do rażąco niskiej ceny, jako wartości całkowitej, a nie poszczególnych jej elementów.

Z zestawienia cenowego zawartego w powołanym na wstępie protokole postępowania wynika, że cena brutto wynosi: ZBM - 10 884 446,14 zł, ECMG - 11 028 438,66 zł, Egis - 13 526 426,34 zł, Konsorcjum KV - 14 952 421,57 zł, WS Atkins - 16 068 460,00 zł, Konsorcjum Safege - 16 481 325,94 zł, Konsorcjum URS - 17 863 932,53 zł, podczas gdy cena Odwołującego 25 343 851,74 zł. Ponadto dwie firmy złożyły oferty z ceną wyższą niż cena Odwołującego: wykonawca - Konsorcjum firm: MGGP SA, 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6, AGUA Y ESTRUKTURAS S.A., 41092 Sewilla, ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja z ceną 28 035 549,62 zł brutto i wykonawca - Halcrow Group Limited, Elms House, 43 Brook Green, London W6 7EF z ceną 28 793 778,36 zł.

Zdaniem Izby wszystkie zaoferowane ceny miały charakter rynkowy, bowiem różnice procentowe pomiędzy pierwszą zaoferowaną ceną, a kolejnymi zaproponowanymi cenami pozostają w stosunku do siebie w obiektywnej i realnej relacji wartościowej wskazującej na bardzo konkurencyjny charakter tych cen.

Analiza rozpoznawanej sprawy prowadzi również do wniosku, że działanie Zamawiającego świadczy o jego pewnej ostrożności, co do potencjalnej możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, skoro w stosunku do trzech wykonawców oferujących trzy kolejne najniższe ceny wdrożył procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Wyniki tego postępowania zdaniem Izby mieściły się w granicach przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp i nie dawały Zamawiającemu podstaw do odrzucenia złożonych ofert na zasadzie art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Złożone wyjaśnienia wykonawców w całej rozciągłości wykazywały istnienie okoliczności opartych na obiektywnych czynnikach wpływających na oszczędność metody wykonania zamówienia i istnieniu wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia dostępnych dla wykonawcy, wyjaśnienia te były – w ocenie Izby – logiczne, spójne i porównywalne. Należy nadmienić, że wyjaśnienia Odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny, które zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa, w swojej treści były bardzo zbliżone do wyjaśnień innych wykonawców.

Izba wzięła pod uwagę, że wpływ na wysokość ceny miały okoliczności znacznego ograniczenia inwestycji drogowych i przez to powstania sytuacji zwiększenia podaży personelu nadzorującego te inwestycje. Nadto również nie bez znaczenia na poziom kosztów miały formy samo zatrudnienia i zatrudniania na zasadzie umowy zlecenia lub umowy o dzieło, co zmniejsza koszty socjalne.

Zatrudnienie w 100 % personelu miejscowego – zdaniem Izby – ma również wpływ na uzyskanie znacznych oszczędności, bowiem redukuje koszty zakwaterowania, diet, podróży służbowych.

Na możliwość uzyskania oszczędności może wpływać także fakt zakończenia innych dużych kontraktów infrastrukturalnych w Warszawie, co pozwoli na wykorzystanie wyposażenia biura będącego w posiadaniu wykonawcy, takiego jak komputery, telefony, faksy, drukarki, kopiarki, meble, środki transportu, korzystanie z jednego operatora, który zapewnia możliwość bezpłatnych rozmów w sieci wewnętrznej wykonawcy.

Poza tym również kalkulowanie zysku na poziomie niższym niż 5% może również uzasadniać niską cenę ofertową. Za wyjątkowo korzystne warunki wykonywania zamówienia można uznać możliwość równoległego wykonywania wielu zamówień w tym samym czasie, co pozwala na zwielokrotnienie zysków, bez konieczności dążenia, aby każdy element składowy ceny obciążony był marżą.

Niestosowanie w swojej działalności rozwiązań technicznych, lecz zarządzenie projektami, w oparciu o wypracowane, sprawdzone procedury organizacyjne pozwala również na ograniczenie kosztów działalności wykonawcy.

Wszystkie te obiektywne uwarunkowania są w ocenie Izby dostatecznie umotywowane dla przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Należy przy tym wskazać, że Zamawiający nie uczynił ścisłej instrukcji wskazującej na zakres żądanego wyjaśnienia poszczególnych elementów cenotwórczych oferty, lecz w sposób dosyć ogólny oczekiwał wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, co oznacza, że wykonawcy nie mieli obowiązku przedkładać szczegółowych kalkulacji kosztów, lecz wykazać jedynie przesłanki z art.90 ust.2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Zamawiający po przeprowadzeniu prawem przewidzianej procedury wyjaśniającej, miał pełne podstawy do uznania wskazanych czynników obiektywnych za wystarczające, również w oparciu o własne doświadczenie wynikające z prowadzonych rozlicznie postępowań w przedmiotowej branży.

Izba przyjęła za prawdziwy fakt, że szacunkowa wartość zamówienia i kwota, jaką Zamawiający zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia była

kalkulowana mało dokładnie. Na rozprawie Zamawiający oświadczył, że prawdopodobnie przeszacował wartość zamówienia, jak to bywa przy tego rodzaju usługach.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że odniesienie ceny ofertowej do wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej w powyższy sposób, nie może mieć znaczenia, w rozpatrywanej sprawie, w aspekcie badania zasadności zarządzenia przez Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a następnie oceny występowania rażąco niskiej ceny.

Zatem Izba doszła do przekonania, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje wystarczających podstaw do uznania całkowitych cen wykonawców składających oferty z dwoma najniższymi cenami za ceny rażąco niskie. Można, co najwyżej powiedzieć, że ceny te są niskie, lecz z całą pewnością nie są rażąco niskie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....