

WYROK

z dnia 28 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2016 r. przez wykonawcę **DDG spółka z o.o. spółka komandytowa, ul. Warszawska 100, 21-500 Biała Podlaska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ZBM Inwestor Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88, B.51BC, lok. 36, 03-215 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **DDG spółka z o.o. spółka komandytowa, ul. Warszawska 100, 21-500 Biała Podlaska**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DDG spółka z o.o. spółka komandytowa, ul. Warszawska 100, 21-500 Biała Podlaska** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **DDG spółka z o.o. spółka komandytowa, ul. Warszawska 100, 21-500 Biała Podlaska** na rzecz zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami związanymi z realizacją zadania inwestycyjnego pn. budowa ul. Nowolazurskiej na odcinku od Al. Jerozolimskich do Trasy AK, w tym: zadanie C. odcinek od ul. Sterniczej do ul. Górczewskiej*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 080-142510.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Przystępujący” lub „ZBM”) i zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy, wskazując na naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZBM, mimo, że wyjaśnienia złożone przez ZBM potwierdzają, że cena oferty ZBM jest ceną nierealną, a w konsekwencji zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r., Nr 47, poz. 211 ze zm., dalej: „ustawa znk”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZBM, mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia;
- 3) art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy znk poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień ZBM, dotyczących rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień w zakresie, dotyczącym podstaw zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa mimo, iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i ZBM nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego trwania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. ujawnienia złożonych przez ZBM wyjaśnień dotyczących ceny oferty (w szczególności złożonych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 23 września 2016 r. oraz 20 czerwca 2016 r.), w tym uzasadnienia ZBM, dla którego ww. wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;
4. odrzucenia oferty złożonej przez ZBM;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis art. 90 ustawy Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy wezwanego do udzielenia wyjaśnień. Innymi słowy, jak podał Odwołujący, przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na wykonawcę, jako na podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego, ZBM był zatem zobowiązany do udowodnienia, iż zaferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie ZBM obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zniżenie ceny oferty. ZBM powinien był przedstawić, w opinii Odwołującego, wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości (w treści wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 23 września 2016 r. Zamawiający kilkakrotnie wskazał, że oczekuje złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, a zatem udokumentowania adekwatności wyliczonej ceny do ponoszonych kosztów).

Obowiązkiem Zamawiającego, jak zauważył Odwołujący, była natomiast prawidłowa ocena złożonych przez ZBM wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez ZBM okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienie o podobnej skali i wartości. Odwołujący

podniósł, że złożone wyjaśnienia powinny być wykazywać brak rażąco niskiej ceny. Ponadto, wyjaśnienia powinny być, w ocenie Odwołującego, wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów, z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i przyzwoitego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest m.in., jak podał Odwołujący, wysokość kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, którą Zamawiający określił na poziomie 862.353,00 zł brutto oraz wysokość szacunkowej wartości zamówienia wynoszącej 525.825,00 zł netto (bez zamówień uzupełniających), co stanowi 646.764,75 zł brutto.

Odnosząc wysokość cen ofertowych do wysokości tzw. budżetu Zamawiającego, różnice procentowe, jak podał Odwołujący, kształtują się w następujący sposób: 1) Konsorcjum firm: NBQ SI Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz NBQ Realizacje Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (oferta odrzucona) – 36,09 % budżetu Zamawiającego, 2) Odwołujący – 88,20% budżetu Zamawiającego, 3) ECM Group S.A. z siedzibą w Warszawie (oferta odrzucona) – 103,13% budżetu Zamawiającego, 4) ZBM – 53,48% budżetu Zamawiającego, 5) Konsorcjum firm: Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (oferta odrzucona) – 43,93% budżetu Zamawiającego.

Z powyższego zestawienia, zdaniem Odwołującego, wynika, że cena oferty ZBM stanowi tylko 53,48% wartości budżetu Zamawiającego. Takie dysproporcje cenowe, w ocenie Odwołującego, mogą rodzić wątpliwości, co do możliwości zrealizowania zamówienia w sposób należyty, za cenę zaoferowaną przez ww. Wykonawcę.

Odwołujący podał, że punktem odniesienia w kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej są także ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. Odwołujący zauważył, że ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, są one bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań Zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu ceny wszystkich ofert, oprócz ofert odrzuconych z uwagi na rażąco niską cenę (pozycja nr 1 i 3 poniżej), są zdecydowanie wyższe niż cena ofertowa ZBM, tj.: 1) Konsorcjum firm: NBQ SI Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz NBQ Realizacje Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (oferta odrzucona) – 311.190,00 zł; 2) Odwołujący – 760.632,00 zł; 3) ECM Group S.A. z siedzibą w Warszawie (oferta odrzucona) – 889.290,00 zł; 4) ZBM – 461.250,00 zł; Konsorcjum firm:

Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (oferta odrzucona) – 378.840,00 zł. Nadto, Odwołujący podał, że średnia wartość wszystkich ofert (w tym odrzuconych z uwagi na rażąco niską cenę) wynosi 560.240 zł, zaś średnia wartość wszystkich ofert (bez ofert odrzuconych z uwagi na rażąco niską cenę) – 703.724,00 zł.

Zdaniem Odwołującego, także zestawienie cen w postępowaniu jest dowodem na to, że oferta złożona przez ZBM nosi znamiona rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oraz znacząco odbiega od cen rynkowych, których średnia wartość (jak pokazuje powyższe zestawienie) jest o ponad 100.000,00 zł wyższa, przy uwzględnieniu ofert, które zostały odrzucone z uwagi na rażąco niską cenę, a bez tych dwóch ofert (pozycja 1 i 3 powyżej) różnica ta wynosi około 240.000,00 zł.

W opinii Odwołującego, cena ZBM na zaoferowanym poziomie jest ceną nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, niepozwalającą na jego prawidłowe wykonanie z zapewnieniem zysku. Złożenie oferty z tak niską ceną jest ewidentnie, zdaniem Odwołującego, sprzedażą usługi będącej przedmiotem zamówienia poniżej kosztów jej świadczenia, i jako takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez ZBM wskazuje jednoznacznie, że ZBM nie uwzględnił wszystkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania usługi, zgodnie z wymaganiami SIWZ. W szczególności Odwołujący wskazał, że rażąco niska cena zaoferowana przez ZBM wynika z nieuwzględnienia bądź rażącego zaniżenia kosztów:

- A. Wynagrodzeń pracowników, m.in. za prace w dodatkowych godzinach nadliczbowych, wynikających z ciągłego wykonywania nadzoru nad robotami budowlanymi (zarówno uwzględniając miesięczne wynagrodzenia personelu zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, jak i na umowę zlecenia lub dzieło), a także kosztów zakwaterowanie personelu.

Odwołujący podał, że zgodnie § 9 ust. 4 wzoru umowy: Wykonawca Nadzoru ma obowiązek zapewnić do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędny personel, w tym, co najmniej: 1) Inspektora nadzoru robót drogowych - koordynator, 2) Inspektora nadzoru robót instalacyjno - sanitarnych, 3) Inspektora nadzoru robót elektrycznych, 4) Inspektora nadzoru robót teletechnicznych, 5) Inspektora robót gazowych, 6) Inspektora nadzoru robót branży zieleni, 7) Inspektora ds. materiałowych - technolog, 8) Specjalistę ds. rozliczeń robót budowlanych i kosztorysowania, 9) Geodetę, 10) oraz pozostałych specjalistów w miarę potrzeb w trakcie budowy.

Dalej Odwołujący wskazał, zgodnie § 9 ust. 5 wzoru umowy (tak samo w pkt 2.4 OPZ): „Personel Wykonawcy Nadzoru zatwierdzony do realizacji niniejszej Umowy nie

będzie w okresie wykonywanej Usługi podejmował się jakiegokolwiek innej pracy kolidującej z realizacją umowy". W praktyce oznacza to, zdaniem Odwołującego, że osoby wchodzące w skład ww. personelu, niezbędnego do realizacji zamówienia (z uwagi na konieczność stałego nadzorowania robót budowlanych - o czym szerzej poniżej), nie mogą podejmować innej pracy.

Zdaniem Odwołującego, niezmiernie istotne jest, że w pkt 2.5.28 oraz 2.5.29 OPZ zostały określone konkretne wymagania, co do godzin pracy, tj.:

- Inspektorów wchodzących w skład Zespołu Nadzorującego muszą być dostosowane do godzin pracy Wykonawcy Robót.
- Inspektor nadzoru koordynujący czynności Nadzoru Inwestorskiego lub w uzasadnionych przypadkach jego zastępca będzie na stałe na budowie w godzinach pracy wykonawcy robót.

W tym miejscu Odwołujący dodał, że normą jest wykonywanie robót budowlanych przez około 12 godzin dziennie, przez 6 dni w tygodniu. Jeżeli zatem, Zamawiający wymaga, żeby Inspektor nadzoru koordynujący czynności Nadzoru Inwestorskiego był stale na budowie w trakcie trwania prac, oznacza to, zdaniem Odwołującego, że ZBM powinien przewidzieć dwie osoby na to stanowisko na pełen etat (a czego ZBM nie uwzględnił w cenie ofertowej).

- Inspektorzy nadzoru poszczególnych branż będą na budowie codziennie w czasie wykonywania robót branżowych.

Odwołujący wskazał, że z takiego wymagania Zamawiającego wynika, że każdego dnia w trakcie wykonywania robót branżowych - na placu budowy będą obecni od - do inspektorzy (zasadą jest bowiem, że przy inwestycjach infrastrukturalnych liniowych prace z poszczególnych branż są wykonywane jednocześnie, ale na innych odcinkach).

- Inspektor nadzoru koordynujący czynności inspektorów Nadzoru Inwestorskiego zobowiązany jest do ciągłego monitorowania działań podległego personelu w zakresie niezbędnym dla właściwej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia przez cały okres trwania robót - zakończony odbiorem końcowym.

Odwołujący podał, że bez względu na formę zatrudnienia pracowników, jaką przyjmie ZBM, koszt ten znacząco przewyższa cenę najtańszej oferty złożonej na tę część zamówienia. Odwołujący zauważył, że czynnik ludzki stanowi najważniejszy aspekt kosztowy przy realizacji usługi nadzoru. Z analizy ceny oferty ZBM oraz niezbędnego nakładu pracy personelu wskazanego w § 9 ust. 5 wzoru umowy i pkt 2.4 OPZ wynika, zdaniem Odwołującego, że cena zaoferowana przez ZBM nie uwzględnia kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (co wynika wprost z art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Odwołujący zauważył, że zgodnie z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 1385), od dnia 1 stycznia 2016 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 1850 zł brutto, co stanowi 2.231,29,00 zł łączny koszt pracodawcy.

Dalej Odwołujący przedstawił podstawową kalkulację kosztów wynagrodzenia wyłącznie 10 osób wchodzących w skład personelu wymaganego przez Zamawiającego (przy czym nie uwzględniono w niej wielu ryzyk i czynników wskazanych przykładowo w ostatniej kolumnie).

Łączna ilość personelu	Wysokość kosztów ZBM	Czas trwania robót budowlanych	Podstawowe koszty ZBM	Uwagi
10 osób	2.231,29 zł	16 miesięcy	357.006,00 zł	<ul style="list-style-type: none"> - wyliczenie obejmuje wyłącznie podstawowy czas realizacji robót budowlanych (16 miesięcy) bez uwzględnienia ryzyka przedłużenia czasu trwania robót oraz okresu rękojmi. Zgodnie z pkt V ppkt 2 SIWZ: maksymalny czas świadczenia usługi wynosi: 16 miesięcy + 96 miesięcy + 12 miesięcy okres rękojmi Wykonawcy nadzoru. - wykonawca robót drogowych zawsze wykonuje prace dłużej niż 8 godz. dziennie, normą jest praca 12 godzin dziennie przez 6 dni w tygodniu (zatem koszt wynagrodzenia m.in. inspektora nadzoru robót drogowych jest wyższy niż 2231,29 zł lub powinny być zatrudnione dwie osoby na to stanowisko) - wynagrodzenie inspektorów nadzoru jako kadry wykwalifikowanej jest w rzeczywistości wyższe niż wynagrodzenie minimalne, tym bardziej w Warszawie. - koszt wynagrodzenia geodety jest zdecydowanie wyższe niż 2231,29 zł, z uwagi na konieczność posiadania sprzętu pomiarowego - nie uwzględniono kosztów osobowych sekretariatu, księgowej, zarządu itd.

Zdaniem Odwołującego, z przedstawionej powyżej kalkulacji jednoznacznie wynika, że cena zaoferowana przez ZBM nie zawiera wszystkich niezbędnych elementów, w tym podstawowego, jakim jest koszt wynagrodzenia personelu wymaganego przez Zamawiającego, bowiem uwzględnienie wszystkich okoliczności towarzyszących realizacji zamówienia oraz wymaganiom określonym w SIWZ spowodowałoby, że sama wysokość kosztów wynagrodzenia pracowników (bez uwzględnienia pozostałych poniżej przedstawionych kosztów oraz bez zysku) przekraczałaby wysokość ceny ofertowej ZBM.

Warto również dodać, w ocenie Odwołującego, że doświadczenie ZBM nie wyróżnia tego wykonawcy na tyle, żeby stanowiło czynnik umożliwiający mu obniżenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia, chociażby w stosunku do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, czy wysokości kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia.

B. Administracyjno-biurowych, w tym: sprzęt biurowy, wynajem powierzchni na 30 dni (tutaj koszty: wody, energii elektrycznej, wywozu odpadów), koszty zarządu, koszty księgowości.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 4.5 OPZ: „Do czasu udostępnienia biura przez Wykonawcę Robót (nie później niż do 30 dnia od podpisania umowy o roboty budowlane) Wykonawca/inspektor Nadzoru zorganizuje Tymczasowe biuro na swój koszt w rejonie Placu budowy”.

W zakresie kosztów związanych z utrzymaniem pracowników pomocniczych - sekretariatu, Zamawiający, jak wskazał Odwołujący, wezwał do wyjaśnień ZBM. Zdaniem Odwołującego, ZBM nie ujął jednak w szczegółowej kalkulacji wszystkich kosztów administracyjno - biurowych.

W tym miejscu Odwołujący zauważył, że posiadanie siedziby w Warszawie nie stanowi okoliczności, które wyróżniałyby ZBM na tle pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że oferta złożona przez ECM Group Polska S.A., który to wykonawca również ma siedzibę w Warszawie, była wyższa o kwotę 428.040,00 zł brutto od oferty ZBM, co jednoznacznie wskazuje, że nawet posiadanie siedziby w miejscowości, w której prowadzone będą roboty budowlane nie determinuje obniżenia ceny przez ZBM.

Zdaniem Odwołującego, uzasadnieniem dla bezprawnego zaoferowania rażąco niskiej ceny nie jest również fakt, że ZBM sprawuje jednocześnie nadzór nad innymi robotami budowlanymi, a zatem koszt związany z funkcjonowaniem biura, zarządu, księgowości itd. ZBM „rozkłada” na inne równoległe świadczone usługi. Taka sytuacja, jak zauważył Odwołujący, dotyczy bowiem każdego z wykonawców, biorących udział w postępowaniu i czynnik podziału kosztów administracyjno - biurowych jest wkalkulowany w każdą usługę. Co więcej, jak podał Odwołujący, ww. koszt w Warszawie jest wyższy niż w innych miejscowościach.

Odwołujący podkreślił, że należy również mieć na uwadze, iż koszty te wznoszą w przypadku dużej spółki (jaką jest ZBM), która wymaga wielkopowierzchniowego biura i całego wachlarza pracowników - stróżów, ochroniarzy, dyspozytorów, kosztorysantów, kadrowców, księgowych, pracowników porządkowych do sprzątnięcia biura czy bhp-owca.

Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, w udzielonych wyjaśnieniach ZBM nie wskazało, w jakim stopniu posiadanie siedziby w Warszawie, w tym „rozłożenia” kosztów administracyjno - biurowych w sposób proporcjonalny, na wszystkie aktualnie realizowane usługi, przekłada się na tak niską cenę złożonej oferty, jakiego rodzaju i w jakiej wielkości są to oszczędności w ponoszonych kosztach realizacji zamówienia. W konsekwencji, w opinii Odwołującego, cena oferty ZBM jest zaniżona i nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

C. *Badań kontrolnych i sprzętu pomiarowego, w tym; wykonania kontrolnych pomiarów geodezyjnych i archeologicznych (nie tylko do kosztów zatrudnienia jednego geodety).*

Odwołujący podał, że zgodnie ofertą ZBM w zw. z pkt 2.5.11 OPZ do obowiązków Inspektora Nadzoru Inwestorskiego należy przeprowadzanie badań własnych w ilości m.in. 20% tożsamyh badań wykonywanych przez Wykonawcę Robót. Zgodnie z pkt 4.4 OPZ cena ofertowa powinna obejmować m.in. koszty sprzętu pomiarowo - kontrolnego, wyposażenia technicznego oraz badań laboratoryjnych i innych kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, ZBM nie ujął wszystkich niezbędnych kosztów związanych z prowadzeniem aż 20% tożsamyh badań wykonywanych przez Wykonawcę Robót, co świadczy o rażąco niskiej cenie oferty ZBM. Niedopuszczalne byłoby także, zdaniem Odwołującego, wkalkulowanie ww. kosztów badań w wynagrodzenie pracowników, gdyż badania te są przeprowadzane przez niezależne instytuty.

Jedynie w wynagrodzeniu geodety, jak podał Odwołujący, możliwe byłoby uwzględnienie kosztów sprzętu pomiarowo-kontrolnego, przy czym wtedy wysokość wynagrodzenia geodety znacznie wzrasta i przewyższa kwotę 2.231,29 netto (co potwierdza zestawienie Odwołującego wskazane w części A. powyżej).

D. *Samochodów (amortyzacji), paliwa, utrzymania, ubezpieczenia pojazdów.*

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 4.4 OPZ cena ofertowa powinna obejmować m.in. koszty transportu i inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. W pkt 4.5 OPZ zastrzeżono, że „ Wykonawca/Inspektor będzie dysponował własnym transportem samochodowym”.

Odwołujący wyjaśnił, że w tym zakresie Zamawiający skierował wezwanie do wyjaśnień ZBM. W ocenie Odwołującego, udzielona odpowiedź wskazuje na zaoferowanie ceny poniżej kosztów zaoferowanej usługi. Założyć należy, zdaniem Odwołującego, że ZBM nie ujął w cenie wszystkich kosztów: paliwa (mając na uwadze czas trwania robót budowlanych oraz odległości od siedziby ZBM, lokalizacje instytucji, o których wspomniał Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień czy też długości modernizowanej trasy), amortyzacji, utrzymania czy ubezpieczenia pojazdów.

W tym miejscu Odwołujący podniósł, że posiadanie bazy sprzętowej, w tym samochodu, nie stanowią okoliczności, które wyróżniałyby ZBM na tle pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie można zatem uznać, zdaniem Odwołującego, że okoliczności te uzasadniają zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie, jak oferta ZBM, w tym dlatego, że flotę samochodową również należy wymieniać lub leasingować.

Poza tym, na co Odwołujący zwrócił uwagę, oprócz wskazania samego dysponowania samochodem konieczne jest wykazanie i udokumentowanie, w jakim stopniu okoliczność ta przekłada się na cenę złożonej oferty, jakie rodzaju i w jakiej wielkości są to oszczędności w ponoszonych kosztach realizacji zamówienia, czego ZBM nie dokonał.

E. Sprzętu.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 4.4 OPZ cena ofertowa powinna obejmować m.in. koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że w pkt 4.5 OZP wskazano, że Inspektor nadzoru wyposaży biuro w niezbędny sprzęt, tj.:

- komputery z oprogramowaniem koniecznym do prawidłowego wykonania czynności objętych zamówieniem.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że mimo, iż Zamawiający nie wskazał, jakiego oprogramowania żąda, to standardowo używanymi oprogramowaniami w tego rodzaju usługach są: oprogramowanie SEKOCENBUD; oprogramowania zawierające tzw. pakiet biurowy (np. Microsoft Office, który zawiera: Word, Excel, PowerPoint, OneNote, Outlook, Access, Publisher, InfoPath, SharePoint Workspace, Lync). Niezbędne jest również zapewnienie dostępu do Internetu.

Zaznaczyć należy, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał konkretnej liczby komputerów, jaką ma dysponować Wykonawca Nadzoru. Oczywistym jest jednak, w ocenie Odwołującego, że komputerami wraz z oprogramowaniem powinna dysponować każda z osób, należąca do personelu (wskazanego w pkt 2.4 OPZ).

- min. 1 telefon;

Odwołujący zauważył, że mimo, iż Zamawiający określił wymóg posiadania minimum 1 telefonu, to zasadne jest uwzględnienie w cenie oferty ZBM kosztów telefonu (bądź samego abonamentu) dla każdej z osób należącej do personelu (wskazanego w pkt 2.4 OPZ)

- min. 1 kserokopiarkę;
- min. 1 fax;

oraz inne sprzęty i urządzenia w tym miejscu niewyszczególnione, a niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Przewidziano również, że koszt zaplecza pokrywa wykonawca nadzoru.

Dodatkowo, jak podał Odwołujący, zgodnie z pkt 2.5.25 OPZ obowiązkiem wykonawcy jest sporządzanie dokumentacji fotograficznej, zatem oczywistym jest, że wykonawca w ofercie powinien również ująć koszt aparatu, a także dronu z kamerą.

Ponownie Odwołujący zauważył, że nawet posiadanie bazy sprzętowej nie stanowi okoliczności, które wyróżniałyby ZBM na tle pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Nie można zatem uznać, zdaniem Odwołującego, że okoliczności te

uzasadniają zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie, jak oferta ZBM.

Zdaniem Odwołującego, poza wskazaniem samego dysponowania bazą sprzętową, konieczne jest wykazanie i udokumentowanie, w jakim stopniu okoliczność ta przekłada się na cenę złożonej oferty, jakie rodzaju i w jakiej wielkości są to oszczędności w ponoszonych kosztach realizacji zamówienia.

W tym zakresie, jak wyjaśnił Odwołujący, Zamawiający również skierował wezwanie do wyjaśnień w dniu 23 września 2016 r. Zdaniem Odwołującego, odpowiedź ZBM nie przedstawiała rzetelnych kalkulacji w zakresie kosztów sprzętu, co po raz kolejny wskazuje, że ZBM złożył ofertę z rażąco niską ceną.

F. Zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że istotnym kosztem usługi jest koszt zabezpieczenia umowy, który ZBM, w wysokości 5% wynagrodzenia brutto, zobowiązany jest do wniesienia przed zawarciem umowy, co w przypadku ZBM stanowi 23.062,00 zł (zgodnie z pkt XVIII ppkt 1 SIWZ).

Odwołujący wskazał, że 70% tego kosztu zostanie zwrócone ZBM po wykonaniu usługi (czyli najwcześniej za 16 miesięcy od podpisania umowy, przy czym okres ten uzależniony jest od terminu zakończenia robót budowlanych), a pozostałe 30 % zabezpieczenia zwrócone zostanie Wykonawcy po okresie rękojmi za wady, czyli po okresie 60 miesięcy.

Odwołujący podał, że ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy ZBM może zostać dokonane w formie pieniężnej ze środków własnych lub poprzez uzyskanie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej, co również powinno być skalkulowane w ofercie ZBM.

G. Ryzyka wydłużenia terminu realizacji robót budowlanych.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt V ppkt 2 SIWZ: maksymalny czas świadczenia usługi wynosi: 16 miesięcy + 96 miesięcy + 12 miesięcy okres rękojmi wykonawcy nadzoru. Natomiast, jak wskazał Odwołujący, zgodnie z pkt XIV ppkt 1-3 oraz 7 SIWZ: Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o całkowity zakres prac przedstawiony w Opisie przedmiotu zamówienia i uznaje się, że w całości pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać całość przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. W przypadku zmiany zakresów rzeczowych i finansowych nadzorowanych robót oraz wydłużenia terminów zakończenia robót i odbiorów, wynagrodzenie Inspektora nadzoru nie ulega zwiększeniu (tak samo § 5 ust. 3 wzoru umowy oraz pkt 4.2. OPZ). Wynagrodzenie umowne obejmuje również pełnienie usługi w okresie rękojmi robót, nad

którymi sprawowany jest nadzór. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że w tym zakresie ZBM został wezwany do wyjaśnień poprzez wskazanie, czy uwzględnił w swojej ofercie ww. ryzyko przedłużenia terminu realizacji robót budowlanych (w tym do wskazania, w której pozycji szczegółowej kalkulacji ujął to ryzyko) oraz do przedstawienia dowodów w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego, ZBM nie ujął w swojej ofercie cenowej ww. ryzyka.

Co więcej, zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne byłoby założenie przez ZBM, że termin realizacji robót budowlanych nie zostanie przedłużony, bowiem z doświadczenia życiowego wynika, że harmonogram realizacji tego typu inwestycji (realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj”) praktycznie zawsze ulega wydłużeniu. Obrazuje to nawet, w ocenie Odwołującego, uchybienie wstępnego/planowanego terminu rozpoczęcia robót budowlanych ustalonego przez Zamawiającego na III. kwartał 2016 r. (tak: w pkt 7.2. OPZ).

H. tzw. odroczonej płatności wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 5 ust. 3 i 4 wzoru umowy ustalono, że zapłata do 90% wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie przejściowych faktur VAT wystawianych przez Wykonawcę Nadzoru nie częściej niż raz na miesiąc w wysokości 2% wartości netto (bez podatku VAT) faktur przejściowych wystawionych przez Wykonawcę robót w danym miesiącu. Podstawą do wystawienia faktury przez Inspektora będzie Sprawozdanie Miesięczne sporządzone przez Wykonawcę Nadzoru i zaakceptowane przez Zamawiającego. Pozostałe 10% wynagrodzenia zostanie rozliczone, na podstawie faktury końcowej wystawionej przez Wykonawcę Nadzoru na podstawie protokołu odbioru końcowego wykonanych robót budowlanych. Sposób ustalenia wynagrodzenia został określony w pkt 5 OPZ.

Powyższej przedstawiony sposób wypłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy Nadzoru wskazuje, zdaniem Odwołującego, że uzależnione jest ono od przerobu robót budowlanych. Oczywistym jest przy tym, w opinii Odwołującego, że okres pierwszej połowy trwania robót budowlanych polega na: mobilizacji, zatwierdzaniu podwykonawców, zatwierdzaniu materiałów do wbudowania, pomiarach geodezyjnych, wycince drzew, robotach rozbiórkowych, usuwaniu kolizji z istniejącymi sieciami, oraz robotami ziemnymi. Powoduje to, jak wyjaśnił Odwołujący, że wysokość miesięcznych przerobów robót budowlanych jest niska w porównaniu z przerobami w drugiej połowie kontraktu, gdzie wykonawca wykonuje już kosztowne prace związane wykonywaniem podbudów i nawierzchni. Dla Nadzoru powoduje to, jak podał Odwołujący, że pierwsze miesiące sprawowania nadzoru (w którym będzie on wykonywał pełny zakres usług) będą *de facto*

finansowane ze środków własnych lub ze środków uzyskanych z kredytów/pożyczek. W ocenie Odwołującego, ZBM nie uwzględnił takiego kosztu w cenie oferty, a nawet jakby uwzględnił to nie na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia.

1. Zysku.

Odwołujący zauważył, że każdy wykonawca, biorący udział w przedmiotowym postępowaniu, powinien dokonać wyceny realizacji przedmiotu umowy, zakładając uzyskanie zysku na odpowiednim poziomie procentowym. Uwzględniając w cenie oferty wszystkie elementy kosztotwórcze, wymagane przez Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, dojść należy do przekonania, iż zaoferowana cena przez ZBM jest nie tylko nieadekwatna do zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, ale również nie zawiera zysku (nawet na minimalnym poziomie).

Odwołujący zauważył, że konieczność poniesienia ww. kosztów wynika wprost z przedmiotu zamówienia, zatem nieuwzględnienie lub nienależyte uwzględnienie przez ZBM wskazanych elementów kosztowych uniemożliwia uznanie wyjaśnień złożonych przez ZBM za odpowiadające wymogom przepisów ustawy Pzp i wskazujące rzetelność zaoferowanej ceny. Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, złożenie przez ZBM oferty, zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy znk.

Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei przepis § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) stanowi, iż Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy znk, aby informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa: to pierwsze - informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie - informacja nie może zostać

ujawniona do wiadomości publicznej oraz po trzecie - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Tym samym, jak zauważył Odwołujący, sferą tajemnicy można objąć tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób. Obszar ten nie może się rozciągać na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. W szczególności nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które raz już ujawniono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (czyli zostały ujawnione do wiadomości publicznej).

Odwołujący zauważył, że tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Przy czym, podkreślenia wymaga, zdaniem Odwołującego, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Potwierdza to również orzecznictwo KIO, w tym m.in. wyrok, w którym stwierdzono, iż: *„W ocenie Izby w przypadku wystąpienia przez Zamawiającego o wyjaśnienia to na wykonawcy, spoczywa ciężar wykazania zaistnienia przesłanek uprawniających wykonawcę do zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa”* (wyrok KIO z dnia 9 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 392/12).

Zdaniem Odwołującego, ZBM nie wykazał, iż wyjaśnienia, dotyczące rażąco niskiej ceny oraz same uzasadnienie, dotyczące zastrzeżenia ww. wyjaśnień, jako tajemnica przedsiębiorstwa zawiera nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Odwołujący podał, że jak wskazuje jednolite orzecznictwo KIO, zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony. Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Wykonawca, który zamierza zastrzec część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa winien, zdaniem Odwołującego, w zakresie niezbędnym i uzasadnionym przepisami prawa, wskazać wiadomości mające zostać poufnymi, a następnie na wezwanie zamawiającego w sposób pełny i precyzyjny odnieść się do każdego zastrzeżonego dokumentu lub do jego utajnionej części. Te wyjaśnienia winny być na tyle pełne, jak podał Odwołujący, aby umożliwić zarówno zamawiającemu, jak KIO, rozpatrującej ewentualne odwołanie w tym zakresie, odniesienie się do zastrzeżonych informacji.

Jednocześnie wskazać należy, w ocenie Odwołującego, że nie jest dopuszczalne

całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, że w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem ZBM, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu, jak zauważył Odwołujący, mogą podlegać jedynie konkretne informacje - wyrażenia/sformułowania, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący stoi na stanowisku, iż utajnienie wyjaśnień, dotyczących rażąco niskiej ceny oraz utajnienie samego uzasadnienia, dotyczącego zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło pomimo braku podstaw do skorzystania z tego prawa, a Zamawiający niesłusznie uznał, że ich utajnienie jest zasadne.

Zarzut dotyczący naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający dokonał nienależytej oceny oferty Odwołującego, czego skutkiem było bezpodstawne odrzucenie tej oferty. Konsekwencją ww. uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na kwotę 1.051.650,00 zł netto (1.293.529,50 zł brutto), w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających określono na poziomie 350.550,00 zł (431.176,50 zł brutto). Powyższe ustalono na podstawie protokołu postępowania – pkt 2. Oznacza to, że wartość szacunkowa tego zamówienia wynosi 862.353,00 zł brutto. Wskazaną kwotę Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (protokół postępowania – pkt 8).

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 5 ofert. Ceny tych ofert kształtują się następująco: 1) Konsorcjum firm: NBQ SI Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz NBQ Realizacje Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (oferta odrzucona) – 311.190,00 zł; 2) Odwołujący – 760.632,00 zł; 3) ECM Group S.A. z siedzibą w Warszawie (Wykonawca wykluczony z postępowania, oferta odrzucona) – 889.290,00 zł; 4) ZBM – 461.250,00 zł; Konsorcjum firm: Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (oferta odrzucona) – 378.840,00 zł. Nadto, Odwołujący

podał, że średnia wartość wszystkich ofert (w tym odrzuconych z uwagi na rażąco niską cenę) wynosi 560.240 zł, zaś średnia wartość wszystkich ofert (bez ofert odrzuconych z uwagi na rażąco niską cenę) – 703.724,00 zł. Powyższe ustalono na podstawie protokołu postępowania – pkt 9, 11, 12, 17.

Zgodnie z § 9 ust. 4 wzoru umowy i pkt 2.4 OPZ „Wykonawca Nadzoru ma obowiązek zapewnić do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędny personel, w tym, co najmniej: 1) Inspektora nadzoru robót drogowych – koordynator, 2) Inspektora nadzoru robót instalacyjno – sanitarnych, 3) Inspektora nadzoru robót elektrycznych, 4) Inspektora nadzoru robót teletechnicznych, 5) Inspektora robót gazowych, 6) Inspektora nadzoru robót branży zieleni, 7) Inspektora ds. materiałowych – technolog, 8) Specjalistę ds. rozliczeń robót budowlanych i kosztorysowania, 9) Geodetę, 10) oraz pozostałych specjalistów w miarę potrzeb w trakcie budowy”.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że „personel Wykonawcy Nadzoru zatwierdzony do realizacji niniejszej Umowy nie będzie w okresie wykonywanej Usługi podejmował się jakiegokolwiek innej pracy kolidującej z realizacją Umowy” (§ 9 ust. 4 wzoru umowy).

Zgodnie z wymogami Zamawiającego „godziny pracy Inspektorów nadzoru wchodzących w skład Zespołu Nadzorującego muszą być dostosowane do godzin pracy Wykonawcy robót, inspektor nadzoru koordynujący czynności Nadzoru Inwestorskiego lub w uzasadnionych przypadkach jego zastępca będzie na stałe na budowie w godzinach pracy wykonawcy, inspektorzy nadzoru poszczególnych branż będą na budowie codziennie w czasie wykonywania robót branżowych” (pkt 2.5 ppkt 2.5.28 OPZ). „Wykonawca zapewni pobyty inspektorów nadzoru w zakresie niezbędnym do prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia; wszystkie pobyty na budowie muszą być udokumentowane podpisami na liście obecności i w miarę potrzeb wpisami do dziennika budowy. Inspektor nadzoru zobowiązany jest do bezpośredniego uczestniczenia i nadzorowania istotnych dla właściwej realizacji elementów robót; Inspektor nadzoru zobowiązany jest do zgłoszenia się na budowie w celu odbioru lub kontroli robót/budowy nie później niż w ciągu 24 godzin od zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego, w tym również zgłoszenia telefonicznego; Inspektor nadzoru koordynujący czynności inspektorów Nadzoru Inwestorskiego zobowiązany jest do ciągłego monitorowania działań podległego personelu w zakresie niezbędnym dla właściwej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia przez cały okres trwania robót – zakończony odbiorem końcowym” (pkt 2.5 ppkt 2.5.29 OPZ).

„Do czasu udostępnienia biura przez Wykonawcę robót (nie później niż do 30 dnia od podpisania umowy o roboty budowlane) Wykonawca/Inspektor Nadzoru zorganizuje Tymczasowe biuro na swój koszt w rejonie Placu budowy” (pkt 4 ppk 4.5 OPZ).

Wśród zadań nadzoru inwestorskiego w czasie realizacji kontraktu wymieniono

również „egzekwowanie od Wykonawcy robót wymaganych badań i pomiarów, przeprowadzenie badań własnych w ilości min. 5% tożsamyh badań wykonywanych przez Wykonawcę Robót” (pkt 2.5 ppkt 2.5.11. OPZ).

„Cena ofertowa powinna obejmować koszty sprzętu pomiarowo – kontrolnego, wyposażenia technicznego, koszty transportu, badań laboratoryjnych i innych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia” (pkt 4 ppkt 4.4 OPZ).

„Wykonawca/Inspektor Nadzoru będzie dysponował własnym transportem samochodowym” (pkt 4 ppk 4.5 OPZ).

„Inspektor nadzoru wyposaży biuro w niezbędny sprzęt, tj.:

- komputery z oprogramowaniem koniecznym do prawidłowego wykonania czynności objętych niniejszym zamówieniem,
- min. 1 telefon,
- min. 1 kserokopiarkę,
- min. 1 fax,

oraz inne sprzęty i urządzenia w tym miejscu nie wyszczególnione, a niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia” (pkt 4 ppkt 4.5 OPZ).

Zgodnie z rozdziałem XVIII pkt 1 SIWZ „Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą sumę 5% zaoferowanej ceny brutto, w jednej lub kilku następujących formach: (...)”.

„Maksymalny czas świadczenia usługi wynosi: 16 miesięcy + 96 miesięcy + 12 miesięcy okres rękojmi Wykonawcy nadzoru. (...) Wykonawca Robót będzie zobowiązany do udzielenia rękojmi i gwarancji. Okres rękojmi i gwarancji wynikał będzie z zawartej umowy z Wykonawcą robót. Okres rękojmi nie będzie krótszy niż 60 miesięcy i dłuższy niż 96 miesięcy” (rozdział V pkt 2 SIWZ).

„Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o całkowity zakres prac przedstawiony w Opisie przedmiotu zamówienia i uznaje się, że w całości pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać całość przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. W przypadku zmiany zakresów rzeczowych i finansowych nadzorowanych robót oraz wydłużenia terminów zakończenia robót i odbiorów, wynagrodzenie Inspektora nadzoru nie ulega zwiększeniu. Wynagrodzenie umowne obejmuje również pełnienie usługi w okresie rękojmi robót, nad którymi sprawowany jest nadzór” (rozdział XIV pkt 1, 2 i 3 SIWZ).

„W przypadku zmiany zakresów rzeczowych i finansowych nadzorowanych robót oraz wydłużenia terminów zakończenia robót i odbiorów, wynagrodzenie Inspektora nadzoru nie ulega zwiększeniu. Wynagrodzenie umowne obejmuje również pełnienie usługi w okresie rękojmi i gwarancji robót, nad którymi sprawowany jest nadzór” (§ 5 ust. 2 wzoru umowy, pkt

4 ppkt 4.2 OPZ).

„Ustala się, że zapłata do 90% wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie przejściowych faktur VAT wystawianych przez Wykonawcę Nadzoru nie częściej niż raz na miesiąc w wysokości 2% wartości netto (bez podatku VAT) faktur przejściowych wystawionych przez Wykonawcę robót w danym miesiącu. Postawą do wystawienia faktury przez Inspektora będzie Sprawozdanie Miesięczne sporządzone przez Wykonawcę Nadzoru i zaakceptowane przez Zamawiającego. Pozostałe 10% wynagrodzenia zostanie rozliczone, na podstawie faktury końcowej wystawionej przez Wykonawcę Nadzoru na podstawie protokołu odbioru końcowego wykonanych robót budowlanych” (§ 5 ust. 3 i 4 wzoru umowy).

W dniu 20 czerwca 2016 r. Zamawiający skierował do Przystępującego pismo następującej treści: *„Działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz po spełnieniu przez Wykonawcę przesłanki tj. zaoferowanie ceny oferty niższej o 30% od wartości zamówienia, Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności dotyczących obiektywnych okoliczności niedostępnych dla innych Wykonawców takich jak:*

- oszczędność metody wykonania zamówienia;*
- wybrane rozwiązania techniczne;*
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy.*

Zamawiający wymaga wskazania konkretnych uwarunkowań i czynników jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (merytorycznego jak i finansowego) na wysokość ceny. Przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami mają na celu ocenę możliwości wykonania przez Wykonawcę przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Kalkulacja winna obejmować wszystkie elementy zamówienia niezbędne do jego należytego wykonania. Wymagane jest także złożenie dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń kosztowych. Ocena wiarygodności i rzetelności założonych kosztów dokonana zostanie w świetle przedstawionych przez Wykonawcę obiektywnych czynników. Zamawiający przypomina iż zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp: „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 24 czerwca 2016 r.) Przystępujący przedstawił następujące wyjaśnienia: *„Na wstępie Wykonawca pragnie oświadczyć, że cena określona w ofercie złożonej przez Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. uwzględnia wszystkie elementy związane z należytyym wykonaniem zamówienia oraz*

gwarantuje należyte wykonanie zamówienia w zakresie opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej przedmiotowego postępowania. Zgodnie z zapisami pkt. III/I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Określenie Przedmiotu Zamówienia, § 1 ust. 1 wzór umowy ZP/3/PN/2/16 oraz pkt. 1.1. Opisu Przedmiotu Zamówienia, przedmiotem zamówienia jest: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami związanymi z realizacją zadania inwestycyjnego pn. budowa ul. Nowolazurowej na odcinku od Al. Jerozolimskich do Trasy AK, w tym: zadanie C. odcinek od ul. Sterniczej do ul. Górczewskiej.

Zgodnie z pkt. 111/3 SIWZ „Zakres zamówienia obejmuje kompleksowy nadzór inwestorski nad robotami związanymi z budową ul. Nowolazurowej od ul. Sterniczej (ok. km 4+450, granica robót zrealizowanych w ramach budowy ul. Nowolazurowej - zadanie D) do ul. skrzyżowania z ul. Górczewską (ok. km 6+340, granica rozwiązania docelowego wykonanego w ramach budowy ul. Górczewskiej), łącznie z kontrolowaniem rozliczeń budowy, o następującym zakresie robót:

- 1) roboty drogowe
- 2) odwodnienie jezdni
- 3) budowa oświetlenia
- 4) przebudowa kabli energetycznych
- 5) przebudowa sieci gazowej
- 6) przebudowa sieci wodociągowej
- 7) przebudowa urządzeń telekomunikacyjnych
- 8) mury oporowe
- 9) zabezpieczenia ekologiczne
 - 10) stała organizacja ruchu
 - 11) zieleni

Zakres szczegółowy przedmiotu zamówienia został określony w Opisie Przedmiotu Zamówienia

Podstawą do obliczenia ceny ofertowej Wykonawcy stanowią zapisy SIWZ dotyczące przedmiotowego postępowania, a w szczególności, m.in. zapisy zawarte w:

- pkt. III SIWZ - Określenie przedmiotu zamówienia,
- pkt. V SIWZ oraz § 2 i § 3 Projektu Umowy ZP/3/PN/2/16 - Termin wykonania zamówienia,
- pkt. VI ppkt 1.3 SIWZ oraz pkt. 2.4. OPZ - Potencjał kadrowy,
- pkt. XIV SIWZ - Opis sposobu obliczania ceny,
- Załączniku nr 3 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia,
- Projekcie Umowy ZP/3/PN/2/16.

Zatem oczywistym i wynikającym z przytoczonych powyżej zapisów faktem jest, że zasadniczymi elementami kształtującymi i składającymi się na zaproponowaną przez Wykonawcę cenę ofertową były:

- koszty pracy personelu odpowiadającemu warunkom opisanym w SIWZ do sprawowania funkcji zarządzania, kontroli i nadzoru, w tym koszty wynagrodzeń powiększone o obowiązkowe składki na ubezpieczenia społeczne i podatki;
- pozostałe koszty wykonania przedmiotu zamówienia (w tym, między innymi, koszty wyposażenia zaplecza Wykonawcy i jego eksploatacji, koszty transportu, BHP, ubezpieczenia, gwarancji, etc.);
- narzuty kosztów ogólnych Wykonawcy, w tym koszty obsługi prawnej;
- zysk Wykonawcy;

Jednocześnie bazą do obliczenia ceny ofertowej Wykonawcy był:

- wymagany termin wykonania zamówienia, określony w pkt. V SIWZ, § 2 oraz § 3 Wzoru umowy oraz w pkt. 9 Opisu przedmiotu Zamówienia,
- wymagany skład personelu nadzoru, określony w pkt. VI, ppkt. 1.3 SIWZ oraz w pkt. 2.4. OPZ (jak również warunki jego zatrudnienia),
- zakres planowanych do wykonania robót budowlanych w ramach Kontraktu na Roboty podlegających nadzorowi - określony w pkt. 1.3 Załącznika nr 3 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia.

Podkreślamy raz jeszcze, że w ofercie Wykonawcy uwzględniono wszystkie aspekty wykonania zamówienia oraz wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, a mające wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Wykonawcę - Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A.

Jednocześnie, w aspekcie art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca w dalszej części wyjaśnienia wskaże obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia jak również wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, które miały wpływ na zaoferowaną cenę i przy uwzględnieniu tych czynników wykaże, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

OSZCZĘDNOŚĆ METODY WYKONANIA ZAMÓWIENIA

Istotnym czynnikiem mającym wpływ na cenę ofertową Wykonawcy i uzyskanie oszczędności przy wykonywaniu zamówienia jest fakt ukończenia przez Wykonawcę w ostatnim czasie dużych kontraktów infrastrukturalnych w Warszawie i poza Warszawą, co pozwoli na wykorzystanie na przedmiotowym kontrakcie wyposażenia biura będącego w posiadaniu Wykonawcy, takiego jak komputery, telefony, faxy, drukarki, kopiarki, meble, środki transportu, etc., bez ponoszenia znacznych kosztów jakie powstałyby przy zakupie nowego wyposażenia.

Kalkulacja naszej ceny ofertowej uwzględnia również politykę stosowaną przez Wykonawcę w zakresie uzyskania oszczędności poprzez obniżanie kosztów, transportu i łączności poprzez zawieranie umów leasingowych na większą ilość środków transportu, co pozwala na obniżenie kosztów ich wynajmu. Ponadto gromadzimy środki łączności u jednego operatora i dzięki temu mamy możliwość bezpłatnych rozmów w zakresie wewnętrznej sieci komórkowej Wykonawcy.

Rozpatrując poszczególne składniki kosztów składających się na cenę ofertową wyjaśniamy, że wynagrodzenia dla personelu ustalono na podstawie realnych stawek wynagrodzeń, które są negocjowane i mają zastosowanie na rynku nadzorów inwestorskich. Nie bez znaczenia na możliwość wynegocjowania niższych stawek wynagrodzenia personelu wpływa obecna sytuacja na rynku budowlanym. Od ubiegłego roku nastąpiło znaczne ograniczenie rozstrzygniętych postępowań o udzielenie zamówienia w zakresie zarządzania i/lub nadzoru inwestorskiego nad dużymi projektami infrastrukturalnymi, co przekłada się na zmniejszenie zapotrzebowania na kadrę do pełnienia nadzorów inwestorskich, a więc i większe możliwości Wykonawcy do wynegocjowania niższych stawek wynagrodzenia przy dużej podaży personelu w sytuacji kończących się obecnie dużych kontraktów infrastrukturalnych i w ten sposób uzyskania oszczędności w kosztach osobowych będących częścią składową zaoferowanej ceny.

Te możliwości negocjacyjne Wykonawca zwiększa również poprzez powszechne stosowanie takich form zatrudnienia jak osób prowadzących własną działalność gospodarczą, czy też na umowę - zlecenie, co przynosi również oszczędności w kosztach socjalnych i pozwala na zastosowanie niższych stawek wynagrodzenia niż w przypadku zatrudnienia pracowników etatowych.

Opisana powyżej sytuacja, która powstała na rynku inwestycji budowlanych i nadzorów inwestorskich z nimi związanych, jak również poczynione przez Wykonawcę założenie zatrudnienia personelu miejscowego przy realizacji przedmiotowego zamówienia pozwoliło na uzyskanie znacznych oszczędności z tytułu kalkulowania niższych stawek wynagrodzenia niż to miało miejsce w latach znacznie lepszej koniunktury oraz braku konieczności kalkulowania kosztów zakwaterowania, diet, podróży służbowych, etc, tj. kosztów występujących przy zatrudnieniu personelu zamiejscowego.

**WYJĄTKOWO SPRZYJAJĄCE WARUNKI WYKONYWANIA ZAMÓWIENIA DOSTĘPNE
DLA WYKONAWCY**

Wykonawca pragnie również podkreślić, że w okresie planowanego terminu realizacji przedmiotowego zamówienia będą występować wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy.

Wykonawca informuje, że prowadzi obecnie w Warszawie nadzór w Okresie Zgłaszania Wad na dwóch zakończonych inwestycjach tj. Budowa Mostu Północnego - Etap

I i II oraz budowa drogi ekspresowej S8 - Etap II - odc. Powązkowska odc. Modlińska i dysponuje w ten sposób dwoma zespołami inspektorów nadzoru, które będzie mógł z powodzeniem wykorzystać do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Powyższe okoliczności oraz analiza zakresu robót podlegających nadzorowi, charakter umów z Wykonawcą (umowy ryczałtowe) na w/w zadaniach i zadaniu przedmiotowym, jak również realizacja wszystkich wymienionych zamówień zlokalizowanych w jednym mieście, w bliskim sąsiedztwie stworzyły przesłanki do wystąpienia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania przedmiotowego zamówienia, dostępnych Wykonawcy. Warunki te umożliwiły zatem Wykonawcy przyjęcie takich założeń organizacyjnych, które pozwolą na wykorzystanie niezbędnej części zespołów Inżyniera do obsługi przedmiotowego zamówienia, realizowanego w zbliżonym czasie, bez uszczerbku dla jakości i efektywności usług zarządzania i nadzoru. Stworzyło to możliwości kalkulacji częściowych wynagrodzeń w niepełnym wymiarze zatrudnienia w odniesieniu do jednego kontraktu i uzyskanie w ten sposób oszczędności w kosztach osobowych.

Wykonawca prowadzi również kontrakt ryczałtowy na zarządzanie i nadzór inwestorski nad inwestycją na rzecz ZMID oraz MPWiK, tj.: „Świadczenie usług związanych z zarządzaniem, kontrolą i nadzorem nad realizacją umowy o roboty budowlane polegające na rozbudowie ciągu ulic Zwoleńskiej i Żegańskiej na odcinku od ul. Pożaryskiego do ul. Mrówczej w dzielnicy Wawer z przeprowadzeniem ruchu pod linią kolejową relacji Warszawa-Lublin i dwoma jezdniami ul. Patriotów.” Kontraktowy termin zakończenia w/w robót ustalono na 28.09.2016 r. Wykonawca dysponuje w w/w usłudze zespołem inspektorów nadzoru, który również będzie mógł wykorzystać do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej Wykonawcy wraz z wyliczeniem oszczędności oraz podaniem uwarunkowań i czynników, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny znajduje się w załączniku nr 1 do niniejszego pisma.

Wykonawca szacując cenę ofertową ustalił zysk na poziomie 3% ze względu na występujące obecnie trudne warunki koniunktury gospodarczej. Należy przy tym wskazać, że Wykonawca nie musi przewidywać maksymalnego zarobku na konkretnym zamówieniu, gdyż realizuje tak wiele zamówień różnych rodzajów, że jest w stanie kalkulować zysk wspólny. Dzięki temu Wykonawca nie musi dążyć do tego, aby każdy element składowy ceny obarczany był marżą gwarantującą maksymalizację zysku z każdego wykonywanego zamówienia. W pełni opłacalne jest dla nas kalkulowanie naszego zysku z konkretnej oferty na stosunkowo niższym poziomie, gdyż wykonujemy wiele zamówień i dzięki temu łącznie osiągamy satysfakcjonujące nas zyski. Należy jednak w tym miejscu podkreślić, że także zysk z każdego wykonanego zamówienia jest dla nas zadowalający i w pełni opłacalny. Natomiast zwielokrotnienie tych zysków daje nam możliwość osiągnięcia

zmaksymalizowanych zarobków. Oferowana przez nas cena jest przede wszystkim skutkiem decyzji biznesowych w zakresie budowania naszej oferty.

WYBRANE ROZWIĄZANIA TECHNICZNE

Analizując kolejne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wskazujemy, iż Wykonawca w swojej działalności nie stosuje rozwiązań technicznych sensu stricto, bowiem nie jest bezpośrednim wykonawcą robót, lecz zarządza projektami, a zatem stosuje przede wszystkim rozwiązania organizacyjne i ekonomiczne wykorzystując ustalone przez lata działalności schematy działania zawarte w Organizacji i Metodologii Nadzoru Inwestorskiego - opracowaniu własnym Wykonawcy stosowanym z powodzeniem na wielu kontraktach, wykorzystując także wiedzę techniczną potencjału ludzkiego, którym dysponuje. Właściwa organizacja nadzoru inwestorskiego ujęta w schematy działania, precyzyjnie określająca zakresy odpowiedzialności i procedury działań zespołu Wykonawcy jest kluczem do obniżki kosztów, uniknięcia wystąpienia kosztów z tytułu niewłaściwej organizacji zarządzania i nadzoru inwestorskiego i uzyskania w ten sposób oszczędności metody wykonywania zamówienia. Takie założenia były dla nas przesłanką przy kalkulacji ceny ofertowej w przedmiotowym postępowaniu.

Wpływ Pomocy Publicznej w ofercie Wykonawcy nie występuje.

Wykonawca - Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. sporządził rzetelną kalkulację ceny ofertowej, w oparciu o zapisy SIWZ i rzeczywiste warunki realizacji usług oraz jego możliwości. Kwoty określone przez nas podczas oszacowania ceny ofertowej wynikają z realnych stawek. Działamy w oparciu o rachunek ekonomiczny, w celu osiągnięcia zysków z prowadzonej działalności. Przedstawiona przez nas cena oferty odpowiada rynkowym kosztom realizacji przedmiotu zamówienia i zapewnia wykonanie wszystkich usług zgodnie z wymogami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji przetargowej.

Przechodząc do analizy zaoferowanej ceny w odniesieniu do budżetu ujawnionego przez Zamawiającego w trakcie sesji otwarcia ofert, Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, że Zamawiający faktycznie nie mając wiedzy o wszystkich wymienionych w niniejszym piśmie wyjątkowo korzystnych dla Wykonawcy warunkach mógł zakładać, że cena zaproponowana przez nas jest rażąco niska.

Pragniemy zwrócić uwagę, iż istotnym elementem cenotwórczym jest fakt, iż Wykonawca jest spółką w 100% kapitału polskiego z jednoosobowym zarządem właścicielskim, co znacznie obniża koszty funkcjonowania i gwarantuje stabilność ceny ofertowej przez cały okres realizacji zamówienia.

Ponadto pragniemy podkreślić, że Zamawiający podczas szacowania wartości przedmiotu zamówienia, do której to wartości zazwyczaj porównuje się cenę ofertową, nie może posiadać wiedzy w zakresie potencjału technicznego, administracyjnego, wartości

umów z personelem Wykonawcy oraz innych współczynników cenotwórczych, znanych dokładnie Wykonawcy. Zaproponowanie zatem niższych cen realizacji zamówienia w stosunku do wartości szacunkowej nie stanowi okoliczności przesądzającej, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Powyższa zasada wynika z ukształtowanego już orzecznictwa poczynwszy od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP/1137/08. We wskazanym wyroku KIO uznała, że dla oceny czy dana cena jest rażąco niska należy uwzględnić całokształt okoliczności występujących w sprawie, w tym specyfikę rynku, którego dotyczy realizowane zamówienie (charakteryzuje się np. zmianami cen, agresywną polityką cenową przedsiębiorców działających w danym segmencie rynku, etc).

Nie bez wpływu na konieczność opisanych powyżej metod obniżania kosztów przy kalkulacji ceny ofertowej Wykonawcy pozostaje również utrzymujący się od ubiegłego roku trend oferowania usług nadzoru inwestorskiego i uzyskiwania kontraktów w branży budowlanej, na poziomie poniżej 50% budżetów inwestorskich, szczególnie w sektorze infrastruktury drogowej. Najniższe ceny oferowane w ostatnich latach są na poziomie już od 12,78 % budżetów Zamawiających.

Zwracamy uwagę, że cena zaoferowana przez Wykonawcę - ZBM IZ stanowi 53,49% budżetu Zamawiającego, natomiast na przełomie lat 2014/2016 wskaźniki obrazujące poziom najniższych oferowanych cen w nadzorach inwestorskich w stosunku do budżetów Zamawiających w sektorze infrastruktury drogowej w Polsce kształtowały się, między innymi, na poziomach :

- 25,76 % - droga wojewódzka nr 747 w m. Lipsko,
- 30,35 % - łącznik DK8 z DW 655 w m. Raczki,
- 38,48 % -ul. Marsa - Żołnierska,
- 12,78 %-ul. Zwoleńska,
- 27,56 % -ul. Wołoska,
- 32,85% - DW 631 Zielonka.

Zatem oczywistym jest, że Wykonawca, kalkulując cenę ofertową w przedmiotowym postępowaniu, musiał wziąć pod uwagę aktualną sytuację na rynku nadzorów inwestorskich, która charakteryzuje się oferowaniem cen w wielu przypadkach na poziomie daleko odbiegającym od poziomu budżetów Zamawiających i poprzez opisane powyżej metody zaoferować cenę na podanym poziomie, która jak wykazaliśmy poprzez opisane powyżej metody uzyskania oszczędności, nie posiada znamion ceny rażąco niskiej i jest oparta o wiarygodny rachunek ekonomiczny.

Wszystkie powyżej wymienione czynniki pozwoliły Wykonawcy zaoferować cenę wiarygodną i pokrywającą wszystkie koszty, narzuty oraz zysk Wykonawcy, co zostało udokumentowane dowodem w postaci Załącznika nr 1 do niniejszego pisma.

Reasumując, cena naszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu z całą pewnością nie stanowi zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego, skoro jej wysokość zagwarantowaliśmy dzięki opisanym wyżej w naszych wyjaśnieniach możliwościom czynienia oszczędności oraz wyjątkowo sprzyjającym warunkom wykonywania zamówienia dostępnym Wykonawcy.

Zaproponowana przez nas cena z całą pewnością nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, wartości zamówienia, cen ofert konkurencyjnych i cen rynkowych.

Wyrażamy nadzieję, że powyższe argumenty są wystarczające i jasno wskazują, iż zaoferowana cena gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w dokumentacji przetargowej i z całą pewnością nie może zostać uznana za rażąco niską”.

Jednocześnie wraz z przedmiotowymi wyjaśnieniami Przystępujący przedłożył „Szczegółową kalkulację do ceny (...)”, stanowiącą Załącznik nr 1, której poufność została przez Przystępującego zastrzeżona ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą złożył Odwołujący oraz o odrzuceniu oferty Przystępującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że „uznał, iż Wykonawca złożył wyjaśnienia w stopniu niewystarczającym, by dowieść, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i że Wykonawca jest w stanie wykonać to zamówienie za cenę wskazaną w ofercie”.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2016 r. Przystępujący wniósł odwołanie, w szczególności wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, braku oceny lub braku prawidłowej oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę oraz z uwagi na złożenie wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana cena jest rażąco niska i zaniechania wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu, m.in. naruszenie:

- 1) przepisów art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp „poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz poprzez uznanie, iż ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego uzasadnia wniosek, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a także poprzez zaniechania dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień”,

- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp „poprzez zaniechanie kolejnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jeśli pierwsze wyjaśnienia wydały się Zamawiającemu niewystarczające”.

Odwołujący zgłosił przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego, jednakże „na podstawie art. 185 ust. 2 Pzp, Izba postanowiła nie dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcy DDG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., ponieważ wykonawca nie wykazał, że wywiązał się z obowiązku, związanego z przekazaniem kopii przystąpienia wszystkim stronom postępowania. W tym przypadku brak jest potwierdzenia przekazania kopii przystąpienia do postępowania odwoławczego Odwołującemu. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że ww. wykonawca nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego” (postanowienie KIO z dnia 1 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1562/16).

Pismem z dnia 31 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że „uznaje zarzuty zawarte w odwołaniu w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego i wezwania go do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Zamawiający informuje, że unieważni czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a wobec pozostających nadal wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, Zamawiający dokona ponownego wezwania Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących prawidłowej kalkulacji ceny oferty Odwołującego oraz przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny”.

Izba mając na względzie powyższe, na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp umorzyła przedmiotowe postępowanie (postanowienie KIO z dnia 1 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1562/16).

Pismem z dnia 13 września 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Przystępującego.

Pismem z dnia 23 września 2016 r. skierował do Przystępującego pismo następującej treści: „Działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty oraz przedstawienia dowodów (np.: umowy, wyceny) dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w niżej podanym zakresie:

1. Czy Wykonawca przewidział w swojej ofercie koszt wystąpienia okoliczności wskazanych projekcie Umowy (§ 5 ust. 2) tj. zmiana zakresów rzeczowych i finansowych nadzorowanych robót, oraz wydłużenie czasu realizacji, jeśli tak, to w której pozycji szczegółowej kalkulacji i w jakiej wysokości?
2. Czy Wykonawca w swojej ofercie przewidział koszty związane z utrzymaniem kluczowych specjalistów i personelu spowodowane wydłużeniem terminu realizacji, w szczególności wynagrodzenie poszczególnych specjalistów w przypadku wydłużenia czasu prowadzenia robót budowlanych, zgodnie z wystąpieniem okoliczności wskazanych w § 5 ust. 2 Umowy, jeśli tak, to w której pozycji szczegółowej kalkulacji i w jakiej wysokości?
3. W której pozycji szczegółowej kalkulacji i w jakiej wysokości, Wykonawca uwzględnił wynagrodzenie pracowników pomocniczych - pozycja Sekretariat, w okresie realizacji przedmiotu zamówienia jak również w okresie rękojmi i gwarancji?
4. W której pozycji szczegółowej kalkulacji i w jakiej wysokości, Wykonawca uwzględnił koszty pomieszczeń biurowych, wyposażenie biura i zaplecza oraz koszty „Sekretariatu” w okresie rękojmi i gwarancji robót?
5. W której pozycji szczegółowej kalkulacji i w jakiej wysokości, Wykonawca uwzględnił koszt transportu kluczowych specjalistów i pozostałego personelu. W szczególności dotyczy to Inspektora robót drogowych oraz Specjalisty ds. rozliczeń robót budowlanych i kosztorysowania, którzy zgodnie z przedstawioną kalkulacją Wykonawcy będą stale obecni w okresie projektowania i wykonywania robót?
6. Czy Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił koszty transportu kluczowych specjalistów lub innego personelu, wynikające z konieczności obecności na spotkaniach w siedzibie Zamawiającego lub w innych jednostkach miejskich (np. Biura Koordynacji Inwestycji i Remontów w Pasie Drogowym) oraz obecności na Radach budowy, jeśli tak, to w której pozycji szczegółowej kalkulacji i w jakiej wysokości?
7. Czy cena ofertowa zawiera nieprzewidziane koszty związane z ryczałtowym charakterem zamówienia?
8. Z czego wynika różnica w cenie zaoferowanej przez Wykonawcę ZBM w odniesieniu do ofert złożonych w postępowaniu, a niespełniających przesłanek wynikających z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych? Udział procentowy ceny Wykonawcy ZBM w ofertach pozostałych Wykonawców wynosi odpowiednio: 51,86 % i 60,64 %, co budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym prosimy o przedstawienie dodatkowych kalkulacji cenowych, uwzględniających wątpliwości wskazane przez Zamawiającego z wykazaniem pozycji „zysk” i/lub „rezerwa”. Zamawiający oczekuje, iż wykonawca odpowie na powyższe pytania jednoznacznie i konkretnie”.

Pismem z dnia 27 września 2016 r. Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 23.09.2016 r., znak ZMID.ZP.26.17.2016 MAS(56) wzywające do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, Wykonawca przedstawia dodatkową kalkulację cenową z wykazaniem pozycji „rezerwa”.

Pozycja „rezerwa” została skalkulowana w oparciu o promesy zawarcia umów z członkami personelu Wykonawcy, których uwierzytelnione kopie przedkładamy w załączeniu do niniejszego pisma.

Jednocześnie Wykonawca przedstawia odpowiedzi na pytania postawione w wezwaniu Zamawiającego jak poniżej:

Ad 1 Wykonawca przewidział koszt wystąpienia okoliczności wskazanych w § 5 ust. 2 w pozycji 1.1. „rezerwy” załączonej kalkulacji. Wstępnie przewidziano dodatkowe koszty inspektora nadzoru robót konstrukcyjno - budowlanych - koordynatora na poziomie (...) zł oraz pozostałych inspektorów wg załącznika nr 1.

Ad 2 Wykonawca przewidział koszty związane z utrzymaniem kluczowych specjalistów i pozostałego personelu w pozycji „rezerwa” w pkt. od 1.1. do 3.9.C. W przypadku pozycji 1.1. jest to kwota pomniejszona o ewentualne koszty wynikające z okoliczności wskazanych w pkt 3 pisma Zamawiającego oraz koszty transportu wskazane niżej.

Ad 3 Informacja ta zawarta jest w pkt. 2 załączonej kalkulacji. Z uwagi na niewielki zakres prac, do realizacji Umowy (przez cały okres jej trwania) założono wykorzystanie istniejącego sekretariatu centrali Wykonawcy w Warszawie (tj. obsługi sekretariatu, pracownika administracyjnego, informatyka i pracownika ds. bhp, do których stałych obowiązków należy obsługa kontraktów realizowanych przez Wykonawcę). W związku z powyższym nie spowoduje to powstania dodatkowych kosztów po stronie Wykonawcy. Co więcej Wykonawca wdrożył u siebie również procedurę skanowania wszelkich wychodzących i przychodzących dokumentów oraz umieszczania i udostępniania danych na wirtualnych dyskach sieciowych typu Onedrive, co przynosi znaczne oszczędności administracyjne i pozwala członkom personelu Wykonawcy również na zdalną pracę (w zakresie pracy biurowej).

Ad. 4 Pomieszczenia biurowe w okresie robót dostarcza Wykonawca Robót zgodnie z pkt. 4.5. Opisu Przedmiotu Zamówienia. Część wyposażenia miejsc pracy tj. komputery, telefony, kserokopiarka, meble, będzie pochodzić z niedawno zakończonych przez Wykonawcę kontraktów lub kontraktów na końcowym etapie realizacji takich jak: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzania Kontraktem pn.: „Kontynuacja projektowania i przebudowa drogi S8 odc. Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odc. Węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska” na rzecz GDDKiA O/Warszawa; Świadczenie usług związanych z zarządzaniem, kontrolą i nadzorem nad realizacją umowy o roboty

budowlane polegające na rozbudowie ciągu ulic Zwoleńskiej i Żegańskiej na odcinku od ul. Pożaryskiego do ul. Mrówczej w dzielnicy Wawer z przeprowadzeniem ruchu pod linią kolejową relacji Warszawa - Lublin i dwoma jezdniami ul. Patriotów na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy - Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. oraz budowa sieci kanalizacyjnych i przepompowni w Warszawie, w tym: budowa kolektora Zawadowskiego w ul. Bruzdowej oraz przepompowni ścieków „Zawady 2” i „Zawady 3”; odtworzenie nawierzchni ulic oraz kanalizacji ściekowej w rejonie Kolektora „W” (ul. Trakt Lubelski); modernizacja przepompowni ścieków Saska Kępa 1 - S2 na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.

W okresie Rękojmi i Gwarancji robót budowlanych, Wykonawca wykorzysta pomieszczenia Centrali Wykonawcy w Warszawie przy ul. Jagiellońskiej, gdzie znajdują się stanowiska pracy dla inspektorów nadzoru inwestorskiego każdej branży. Dodatkowo w kalkulacji przewidziano koszty na środki bhp i wyposażenie w kwocie (...) zł oraz materiały biurowe w kwocie (...) zł, co razem daje kwotę (...) zł (pozycja V.1 załączonej kalkulacji).

Ad 5 i 6 Ze względu na bardzo dobre skomunikowanie placu budowy (pętla autobusowa) nie przewidziano samochodów dla wszystkich inspektorów. Koszty te przewidziano dla koordynatora, geodety oraz inspektora ds. materiałowych w wysokości ok. połowy pozycji „rezerwy” dla ww. osób.

Ad 7 Oferta Wykonawcy zakłada nieprzewidziane koszty związane z ryczałtowym charakterem zamówienia, w tym jak już wyżej wspomniano koszty związane ze zmianą zakresów rzeczowych i finansowych nadzorowanych robót oraz wydłużenia czasu realizacji robót. Ponadto Wykonawca kalkulując swoje wynagrodzenie kierował się również postanowieniami pkt. 4.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z którym w przypadku udzielenia zamówień dodatkowych lub uzupełniających Wykonawcy Robót, Zamawiający udzieli Wykonawcy zamówień na nadzór nad zamówieniami dodatkowymi lub uzupełniającymi. Wycena Wykonawcy tych usług nie przekroczy wartości 2% wyceny Wykonawcy Robót sporządzonej zgodnie z Kontraktem i będzie stanowić podstawę do negocjacji. Zamówienia dodatkowe i uzupełniające będą udzielane w trybie Prawa zamówień publicznych.

Ad 8 Różnica w cenie zaoferowanej przez Wykonawcę w odniesieniu do ofert złożonych w postępowaniu, a niespełniających przesłanek z art. 90 ust. 1 Pzp wynika przede wszystkim z okoliczności wskazanych wyżej oraz tych wymienionych i opisanych w piśmie Wykonawcy L.dz. IZ 175/06/2016 z dnia 24.06.2016 r. tj. z:

- oszczędności metody wykonania zamówienia,*
- wybranych rozwiązań technicznych,*
- wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla*

Wykonawcy.

Reasumując, cena naszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu z całą pewnością nie stanowi zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego, skoro jej wysokość zagwarantowaliśmy dzięki opisanym wyżej w naszych wyjaśnieniach możliwościom czynienia oszczędności oraz wyjątkowo sprzyjającym warunkom wykonywania zamówienia dostępnym Wykonawcy.

Zaproponowana przez nas cena z całą pewnością nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, wartości zamówienia, cen ofert konkurencyjnych i cen rynkowych.

Wyrażamy nadzieję, że powyższe argumenty są wystarczające i jasno wskazują, iż zaoferowana cena gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w dokumentacji przetargowej i z całą pewnością nie może zostać uznana za rażąco niską”.

Z przedmiotowymi wyjaśnieniami Przystępujący przedłożył promesy zawarcia umów świadczenia usług oraz „Szczegółową kalkulację do ceny (...)”, stanowiącą Załącznik nr 1. Przedmiotowe dokumenty oraz część wyjaśnień nie przytoczonych wyżej Przystępujący zastrzegł jako poufne ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 4 uznk.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentu, w postaci „*Informacji z otwarcia ofert w oparciu o art. 86 ust. 5 ustawy pzp*” w postępowaniu pn.: „*Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe – funkcja inżyniera przy realizacji Projektu pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 814 Radzyń Podlaski – Suchowola – Żminne na odcinku od km 6+600 do km 20+815 o dł. 14,215 km*” oraz „*Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania*” z dnia 9 maja 2016 r. prowadzonego przez Miejski Zarząd Dróg w Toruniu na „*Zarządzanie i nadzór inwestorski nad robotami realizowanymi w ramach zadania pn.: „Przebudowa i rozbudowa ul. Łódzkiej w Toruniu*” na okoliczność, że ceny realizacji usług nadzoru inwestorskiego nie spadły oraz występowania na rynku takiej tendencji, że budżet zamawiającego, przeznaczony na realizację danego zamówienia, jest mniejszy niż cena ofert.

Powodem zaniechania przeprowadzenia dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego jest okoliczność, iż ustalenia, które miałyby być dokonane w wyniku przeprowadzenia rzeczonych dowodów nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. W ocenie Izby, sytuacja panująca na rynku zamówień publicznych, jeśli chodzi o realizację usług nadzoru inwestorskiego (brak spadku cen ofert, a wręcz przeciwnie, jak twierdzi Odwołujący, kwota przeznaczona przez zamawiających na realizację przedmiotu zamówienia jest niższa niż cena oferty najkorzystniejszej), nie może stanowić

podstawy do oceny, czy w tym konkretnym postępowaniu zaoferowana przez Przystępującego cena jest rażąco niska.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp rozstrzygające znaczenie w tym przedmiocie mają wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, wezwanego do ich złożenia z tego powodu, iż cena przez niego zaoferowana wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Powyższe wskazuje, że ocenie podlegają okoliczności wskazane przez wykonawcę w treści wyjaśnień i jego dotyczące, a nie okoliczności zewnętrzne, którą jest sytuacja na danym rynku. Wskazywane przez Odwołującego okoliczności mogłyby być ewentualnie podstawą do oceny, czy wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest uzasadnione, ale przedmiotowa okoliczność nie stanowi przedmiotu sporu.

Na marginesie należy również wskazać, niezależnie od tego, że powołane dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu, iż na podstawie dwóch informacji, powołanych przez Odwołującego, nie sposób ustalić określonej tendencji występującej na rynku usług nadzoru inwestorskiego, nie mówiąc już o tym, że dla oceny, czy ceny na rynku nie spadły, a wręcz wrosły, niewystarczająca jest znajomość cen, bez jakiegokolwiek znajomości zakresu i przedmiotu danego zamówienia. Oznaczałoby to bowiem konieczność porównywania cen, które mogłyby się okazać nieporównywalne, wobec nieznaności warunków, stanowiących podstawę do ich kalkulacji.

Dalej, dostrzec należy, że przeprowadzenie rzeczonych dowodów jest niemożliwe z przyczyn formalnych. Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 3 ustawy Pzp dowodem w sprawie mogą być w szczególności dokumenty. O dokumentach, jako środkach dowodowych, mowa również na gruncie przepisów k.p.c., stąd też w celu wyjaśnienia, w jaki sposób należy rozumieć dokument i, w jakiej formie należy go składać, aby można było mówić o dokumencie, wypada odwołać się do orzecnictwa Sądu Najwyższego, gdzie wskazuje się, iż przez „dokument” rozumie się jego oryginał, a wyjątki, kiedy oryginał może być zastąpiony przez odpis (kserokopię), określa ustawa. Niepoświadczona podpisem strony kserokopia nie jest dokumentem. Mieści się ona w stosowanym w Kodeksie pojęciu odpisu (jako odwzorowanie oryginału), jednak poświadczenie jej zgodności z takim oryginałem mieści w sobie jednocześnie oświadczenie strony o istnieniu dokumentu o treści i formie odwzorowanej kserokopią. Zwykła odbitka ksero (to jest odbitka niepotwierdzona, niestanowiąca dokumentu) nie może zastąpić dokumentu, na którego bazie powstała (R. Schmidt: *Dokument prywatny mający moc dokumentu urzędowego jako podstawa wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym*, cz. I, Monitor Prawniczy z 2010 r. nr 8, s. 441 i n. oraz uzasadnienie uchwały SN z dnia 29 marca 1994 r., sygn. akt: III CZP 37/94, OSNCP 1994, nr 11, poz. 206).

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że przedłożone przez Odwołującego kserokopie powołanych wyżej dokumentów,

niepoświadczony przez fachowego pełnomocnika, który reprezentował Odwołującego, nie mogą być traktowane jako dokumenty.

Przedłożoną przez Odwołującego kalkulację przedmiotowego zamówienia należy uznać, zdaniem Izby, za stanowisko strony w postępowaniu, została bowiem sporządzona przez Odwołującego. Jednocześnie rzeczona kalkulacja stanowi próbę uzupełnienia zarzutów odwołania, co jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 180 ust. 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z SIWZ na „*świadczenie usług związanych zarządzaniem, kontrolą i nadzorem nad realizacją umowy o roboty budowlane polegające na rozbudowie ciągu ulic Zwoleńskiej i Żegańskiej na odcinku od ul. Pożaryskiego do ul. Mrówczej w dzielnicy Wawer z przeprowadzeniem ruchu pod linią kolejową relacji Warszawa – Lublin i dwoma jezdniami ul. Patriotów*” uznając po pierwsze, iż dotyczy on okoliczności związanych z udziałem personelu (kluczowych specjalistów) w realizacji przedmiotowego zamówienia, która to okoliczność na tym etapie postępowania nie może być kwestionowana, bowiem nie jest związana z treścią wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w dniu 23 września 2016 r. Po drugie zaś, okoliczność ta nie jest kwestionowana. Przystępujący już w wyjaśnieniach z dnia 20 czerwca 2016 r. przyznał, że realizuje przedmiotowe zamówienie.

Izba nie dopuściła dowodu z umów: nr 07/DDG/2014 z dnia 1 lutego 2014 r., nr 03/DDG/2014 z dnia 2 stycznia 2014 r., nr 06/DDG/2014 z dnia 2 stycznia 2014 r., nr 01/DDG/2014 z dnia 2 stycznia 2014 r., nr 007/2010 z dnia 1 czerwca 2010 r., nr 2/2015 z dnia 2 marca 2015 r. oraz aneksów do nich, zawartych przez Odwołującego z osobami do pełnienia odpowiednio funkcji: inspektora nadzoru branży drogowej, inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej, inspektora nadzoru inwestorskiego branży sanitarnej, inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej, inspektora nadzoru inwestorskiego branży geodezyjnej, inspektora nadzoru inwestorskiego branży elektroenergetycznej, uznając po pierwsze, iż dotyczy on okoliczności związanych z kalkulacją wynagrodzeń personelu (kluczowych specjalistów) w realizacji przedmiotowego zamówienia, która to okoliczność na tym etapie postępowania nie może być kwestionowana, bowiem nie jest związana z treścią wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w dniu 23 września 2016 r. Po drugie, nawet gdyby rozpoznawać przedmiotową kwestię, to zdaniem Izby, zaoferowane dowody byłyby nieprzydatne dla ustalenia okoliczności wskazanych przez Odwołującego, a mianowicie, wynagrodzenia kluczowych członków personelu, jakie należało przyjąć dla skalkulowania ceny oferty. Na podstawie przedmiotowych umów możliwe byłoby jedynie ustalenie, jakie wynagrodzenie Odwołujący płaci swym specjalistom, a nie, jaka jest

choćby średnia wynagrodzeń w danej branży, nie mówiąc już o tym, że aktualność tych wynagrodzeń mogłaby budzić wątpliwości biorąc pod uwagę fakt, że umowy pochodzą głównie z roku 2014, a nawet 2010. Dodatkowo, biorąc pod uwagę dynamikę tego rynku i okoliczności konkretnego zamówienia nie sposób na ich podstawie dokonać ustaleń, o jakie wnosił Odwołujący.

Izba dopuściła dowody z ofert następujących podmiotów: Dyrekcja Inwestycji Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, Budotechnika M. M. K. D. s.j. z siedzibą w Kraśniku, Inbud Control Kontrola i Obsługa Inwestycji Budowlanych s.c. W. P. i W. D. z siedzibą w Białej Podlaskiej na okoliczność oferowanych cen za obsługę laboratoryjną dla badań kontrolnych realizowanych przez Inżyniera Kontraktu w tym postępowaniu. Izba ustaliła, że ceny wahają się w przedziale od 64.000,00 zł do 78.000,00 zł, przy czym cena najwyższa zawiera również koszty dojazdu do miejsca badań i transport pobranych próbek, zaś kwota najniższa kosztów tych nie zawiera.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z umowy generalnej o udzielenie ubezpieczeniowych gwarancji kontraktowych Nr GG06/0595 zawartej w dniu 4 lipca 2014 r. pomiędzy InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie a Odwołującym na okoliczność kosztu gwarancji ubezpieczeniowej w zakresie należytego wykonania umowy. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że dowód ten nie służy ustaleniu okoliczności stanowiących przedmiot tezy dowodowej. Na podstawie rzeczowego dowodu można jedynie ustalić, jakie koszty w tym przedmiocie ponosi Odwołujący.

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Przystępującego co do przeprowadzenia dowodu z bilansu zysku i strat, z tego powodu, iż Odwołujący nie sformułował tezy dowodowej.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z: Harmonogramu rzeczowo-finansowego dotyczącego Zadania 1A – Roboty budowlane związane z: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 645 i 648 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku: granica województwa – m. Nowogród” w ramach projektu pt. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 645 na odcinku granica województwa – Nowogród wraz z ostem przez rzekę Pisę w miejscowości Morgowniki”, Harmonogramu płatności dotyczącego ulicy Wojska Polskiego w Grajewie, Aktualizacji harmonogramu rzeczowo – finansowego robót dotyczącej budowy i rozbudowy drogi powiatowej nr 2399 L (...), Harmonogramu rzeczowo – finansowego dotyczącego przebudowy drogi krajowej nr 2 (...) oraz przebudowy skrzyżowania w m. Iganie (...) na okoliczność tzw. odroczonej

płatności. W pierwszej kolejności wskazać należy, że pierwszy i ostatni z wymienionych dowodów nie posiadają cech dokumentu, nie można na ich podstawie stwierdzić, że określona osoba złożyła oświadczenie o określonej treści. Jeśli idzie o pozostałe dokumenty, to stanowią one kserokopię, co dyskwalifikuje rzeczony dokumenty, o czym była mowa wyżej.

Niezależnie od przyczyn formalnych, które legły u podstaw niedopuszczenia zawnioskowanych dowodów stwierdzić należy, że występowanie tzw. odroczonej płatności w niniejszym postępowaniu w istocie nie było kwestionowane, a zatem dowody te należy uznać za bezprzedmiotowe.

Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa.

W toku rozprawy Izba odtajniła wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w dniu 20 czerwca br. i 23 września br. oraz uzasadnienie, dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa rzeczonych wyjaśnień, zachowując poufność kwot wskazanych w przedmiotowych wyjaśnieniach i załączników do rzeczonych wyjaśnień.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący potrzymał jedynie zarzuty dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji nieodtajnionych w toku rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż punktem odniesienia dla oceny, czy cena oferty Przystępującego ma charakter rażąco niskiej stanowi szacunkowa wartość zamówienia, kwota przeznaczona na realizację, a także ceny konkurencyjnych ofert. W ocenie Izby, podane okoliczności, w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mogą stanowić jedynie podstawę do powzięcia wątpliwości, co do możliwości realizacji zamówienia za zaproponowaną przez Przystępującego cenę i powodować, że rzeczona cena wydawać się może Zamawiającemu rażąco niska. Niemniej okoliczność ta nie jest brana pod uwagę w niniejszym postępowaniu, bowiem przedmiotem sporu nie jest, czy Zamawiający winien wezwać Przystępującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, gdyż takie wezwania do Przystępującego zostały skierowane, a osią sporu pomiędzy stronami jest właśnie ocena złożonych wyjaśnień.

Reasumując, dokonywanie przez Odwołującego porównań ceny oferty Przystępującego w świetle szacunkowej wartości zamówienia, kwoty przeznaczonej na jego realizację, cen innych ofert, a także rzekomych tendencji na rynku, jeśli idzie o tego rodzaju usługi, nie mogło mieć żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Wskazane okoliczności, w świetle przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, są bowiem irrelevantne dla oceny, czy cena zaoferowana przez Przystępującego ma charakter rażąco niskiej.

W tym miejscu należy wskazać, że mocą przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, o tym, czy wykonawca zaoferował rażąco niską cenę przesądza treść wyjaśnień. Zamawiający nie ma więc uprawnienia do dokonania oceny, jak chciałby tego Odwołujący, w oparciu o inne okoliczności niż te, wynikające ze złożonych wyjaśnień.

Zauważyć należy, że Odwołujący, dostrzegając, bowiem w treści odwołania to wskazuje, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień winien wykazać, że cena ma charakter realny. Zdaje sobie więc sprawę, jakie znaczenie mają rzeczony wyjaśnienia, ale jednocześnie domaga się oceny w oparciu również o inne okoliczności, co w świetle przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jest nieuzasadnione.

W dalszej kolejności należy zatem przejść do oceny poszczególnych elementów cenotwórczych, których sposób kalkulacji Odwołujący kwestionuje. Niemniej jednak uprzednio należy uczynić bardzo istotną uwagę. Otóż, nie można stracić z pola widzenia, że Zamawiający pierwotne wyjaśnienia Przystępującego zakwestionował, odrzucając jego ofertę, z czym nie zgodził się Przystępujący, wnosząc odwołanie. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający przyjął argumentację Przystępującego i postanowił go ponownie wezwać do złożenia wyjaśnień, ale już w ściśle określonym zakresie. Odwołujący zaś do postępowania odwoławczego, wywołanego wniesionym przez Przystępującego odwołaniem, skutecznie nie zgłosił przystąpienia, a zatem nie dochował należytej staranności, aby bronić własnych interesów.

Tymczasem instytucja „przystąpienia do postępowania odwoławczego” ma na celu właśnie taką ochronę. Wykonawca, który z niej nie skorzystał nie może, zdaniem Izby, na dalszym etapie postępowania domagać się przywrócenia tej możliwości. Tak bowiem, a nie inaczej, należałoby potraktować stanowisko Odwołującego, który kwestionuje pierwotne wyjaśnienia Przystępującego złożone w przedmiocie rażąco niskiej ceny i w istocie domaga się ponownej oceny przedmiotowych wyjaśnień.

Celem wprowadzenia rzeczony instytucji jest możliwość obrony własnych interesów wykonawcy na określonym etapie postępowania. Ustawodawca uznał, że jeśli odwołanie koncentruje się na zarzutach, których uwzględnienie mogłoby się okazać niekorzystne dla danego wykonawcy, to ma on środek ochrony prawnej, który przysługuje mu na etapie postępowania odwoławczego, umożliwiając, poprzez uprawnienie do prezentacji własnego stanowiska, uzyskanie korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia.

Dla niniejszej sprawy oznacza to tyle, że skoro Odwołujący nie zadbał, aby na etapie postępowania odwoławczego zaprezentować własne stanowisko, czy też wobec

uwzględnienia w tym przedmiocie zarzutów odwołania przez Zamawiającego, zgłosić sprzeciw, tym samym pozbawił się możliwości obrony swoich racji, a próby ich przenoszenia na dalszy etap postępowania należy uznać za nieskuteczne.

W konsekwencji, Odwołujący w tym postępowaniu odwoławczym może domagać się jedynie oceny oferty Przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny, jednakowoż jedynie w świetle wyjaśnień złożonych w dniu 23 września 2016 r. Okoliczność, że Zamawiający dokonał ponownej oceny oferty Przystępującego i wyboru oferty najkorzystniejszej pozostaje bez wpływu na przedmiotową ocenę, bowiem Zamawiający już w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 sierpnia 2016 r. poinformował, że wezwie Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień i tak uczynił, ograniczając rzeczony wezwanie do ściśle określonych kwestii, co oznacza, że wątpliwości Zamawiającego budziły wyłącznie przedmiotowe okoliczności i one były podstawą oceny oferty Przystępującego przy dokonywaniu kolejnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Niemniej jednak Izba postanowiła się odnieść w treści uzasadnienia przedmiotowego wyroku do wszystkich okoliczności podnoszonych przez Odwołującego, a świadczących, w jego opinii, o zaferowaniu ceny rażąco niskiej. Izba uczyni to w odniesieniu do tychże okoliczności niejako na marginesie, zachowując jednakże chronologię prezentowania wszystkich zarzutów, przyjętą w odwołaniu, aby zachować pewną spójność treści.

A. Koszty wynagrodzenia pracowników.

W przedmiotowej kwestii Izba wypowie się na marginesie, mając na względzie uwagi uczynione powyżej. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Odwołujący zarzucając nieprawidłową kalkulację kosztów wynagrodzenia pracowników przyjął błędną interpretację treści SIWZ. Otóż, w § 9 ust. 5 wzoru umowy zawarto postanowienie, że personel wykonawcy nadzoru nie będzie w okresie wykonywanej usługi podejmował się jakiegokolwiek innej pracy kolidującej z realizacją umowy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie oznacza to wcale, że rzeczony personel nie może wykonywać jakiegokolwiek innej pracy.

Po pierwsze, nie wynika to z treści powoływanego postanowienia wzoru umowy, po drugie zaś, Odwołujący nie wykazał, że roboty budowlane, nad którymi będzie pełniony nadzór, wykonywane będą w taki sposób, iż niemożliwa byłaby realizacja jakichkolwiek innych obowiązków w tym okresie przez personel nadzoru. W istocie, Zamawiający uczynił jedynie zastrzeżenie, aby godziny pracy zespołu nadzorującego były dostosowane do godzin pracy wykonawcy robót. Jednakże w oparciu o powyższe postanowienie nie sposób przyjąć, że prace z poszczególnych branż przy inwestycjach liniowych wykonywane są jednocześnie, a zatem ta stała obecność inspektorów z poszczególnych branż w każdym dniu jest niezbędna. Dowodu na tę okoliczność brak, zaś doświadczenie życiowe okoliczności tej nie potwierdza. Jedynym wyjątkiem, jaki Zamawiający uczynił, to stała obecność na budowie w

godzinach pracy wykonawcy robót inspektora nadzoru koordynującego czynności nadzoru inwestorskiego, co pośrednio potwierdza, że nie ma konieczności zapewnienia stałej obecności inspektorów (każdego dnia) z innych branż.

Odwołujący stoi na stanowisku, że normą jest wykonywanie robót budowlanych przez 12 godzin dziennie 6 dni w tygodniu, a zatem Przystępujący powinien przewidzieć dwie osoby na stanowisko inspektora nadzoru koordynującego czynności nadzoru inwestorskiego na pełen etat. Niezależnie od tego, że Odwołujący nie wykazał, że takie normy przy realizacji kontraktów są zachowywane, a już tym bardziej, że obowiązują wykonawcę robót budowlanych, nad którymi ma być pełniony sporny nadzór, to jeszcze dodatkowo doświadczenie życiowe tego nie potwierdza.

Nadto, nie sposób nie zauważyć, że Odwołujący mówi o pełnych etatach, co wskazywałoby, że chodzi o konieczność zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, którego to wymogu Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł. Odwołujący pomija, że świadczyć pracę można również na podstawie umowy cywilnoprawnej z wynagrodzeniem ryczałtowym, przewidując jednocześnie możliwość zastępstwa na tym stanowisku. Nie ma zatem obowiązku kalkulowania wynagrodzenia w oparciu o pełnoetatowe zatrudnienie dwóch pracowników w oparciu o umowę o pracę.

Jeśli idzie o kwestię obecności inspektorów nadzoru poszczególnych branż na budowie, to Zamawiający wymaga obecności, co prawda codziennej, ale w czasie wykonywania robót branżowych. Nie ma żadnego uzasadnienia, a tym bardziej dowodu, że wedle twierdzeń Odwołującego, przy tego rodzaju inwestycjach prace z poszczególnych branż są wykonywane jednocześnie. Zatem, niemożliwym jest przyjęcie, że kalkulacja wynagrodzeń dla rzeczonych inspektorów powinna uwzględniać ich codzienną obecność na budowie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że inspektor nadzoru koordynujący czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego zobowiązany jest do ciągłego monitorowania działań podległego personelu, w zakresie niezbędnym do właściwej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia przez okres trwania robót – zakończony odbiorem końcowym, jednakże w tym aspekcie nie formułuje konkretnego zarzutu. Tymczasem nie budzi wątpliwości rola koordynatora inspektorów nadzoru i konieczność stałej jego obecności na budowie w godzinach pracy wykonawcy robót, o czym była mowa wyżej.

Podkreślenia wymaga, że kalkulacja kosztów pracowniczych przedstawiona przez Odwołującego po pierwsze, oparta jest na założeniu, że wszyscy kluczowi specjaliści będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę i będą stale obecni na budowie. Teza ta jednakże, zdaniem Izby, nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ, o czym była mowa wyżej. Z wyjaśnień Przystępującego wynika, że będzie on korzystał z innej formy współpracy z rzeczonymi specjalistami, zaś wynagrodzenie, jakie skalkulował dla tychże specjalistów

przekracza stawki wskazywane przez Odwołującego. Nadto, Przystępujący potwierdził w *Szczegółowej kalkulacji*, stanowiącej załącznik do wyjaśnień, że koordynator inspektorów lub jego zastępca będą obecni codziennie na budowie.

Mając powyższe na uwadze, kwestia wynagrodzenia w godzinach nadliczbowych w ogóle nie wystąpi, skoro wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Zaś, aspekt kosztów zakwaterowania personelu został jedynie przez Odwołującego zasygnalizowany, co powoduje, że nie poddaje się ocenie.

Tym samym Izba nie ma jakichkolwiek wątpliwości, że kalkulacja wynagrodzenia kluczowego personelu jest prawidłowa. Skoro bowiem rzeczony wynagrodzenie przekracza poziom, o którym mówi Odwołujący, czyli przekracza wysokość minimalnego wynagrodzenia i to w sposób znaczny, to tym samym brak podstaw do twierdzenia, że kalkulacja sporządzona przez Przystępującego jest obarczona błędem. Dodatkowo, nie można pominąć, że Odwołujący przedłożył wraz z wyjaśnieniami promesy zawarcia umowy świadczenia usług z dnia 26 maja 2016 r., w których potwierdzono nie tylko chęć podjęcia współpracy z Przystępującym w ramach realizacji przedmiotowego kontraktu, ale również warunki tej współpracy, m.in. co do wysokości wynagrodzenia i jego ryczałtowego charakteru.

Reasumując stwierdzić należy, że kalkulacje Odwołującego i Przystępującego w zakresie kosztów pracy kluczowego personelu różnią się w sposób istotny ze względu na przyjęte założenia. Odwołujący przyjął inną formę zatrudnienia i inną filozofię pracy członków personelu (wszyscy obecni codziennie na budowie, choć brak takiego obowiązku), co spowodowało, że przyjęte przez Odwołującego koszty w tym zakresie różniły się. Nie tyle zatem, Przystępującemu kalkulację kosztów kluczowego personelu na określonym poziomie umożliwiło doświadczenie, które wyróżnia go względem innych wykonawców, ile trzymanie się ściśle wskazań SIWZ i realizacja obowiązków tam wyartykułowanych. Przyjęcie innej strategii zatrudnienia i realizacji pracy *de facto* odróżnia Przystępującego od Odwołującego, co pozwoliło na odmienne skalkulowanie spornego wynagrodzenia.

Na marginesie należy zauważyć, że gdyby przyjąć, wedle umów przedstawionych przez Odwołującego, że wynagrodzenie kluczowych specjalistów inżyniera kontraktu powinno wynosić około 6.000,00 zł miesięcznie, to same koszty osobowe związane z realizacją zamówienia, przy zaangażowaniu czasu, na który wskazuje Odwołujący, wynosiłyby ponad 900.000,00 zł, a zatem przewyższałyby cenę oferty Odwołującego. Powyższe pokazuje, że przedłożona w toku rozprawy kalkulacja i dowody z umów są elementem strategii procesowej i obliczone są jedynie na uzyskanie korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, a przez to niewiarygodne.

B. Koszty administracyjno-biurowe.

W tej kwestii Odwołujący skupił się w głównej mierze na aspekcie zorganizowania tymczasowego biura przez wykonawcę nadzoru do czasu udostępnienia biura przez wykonawcę robót. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że koszty funkcjonowania przedmiotowego biura miały być skalkulowane na maksymalnie 30 dni, tyle bowiem czasu ma wykonawca robót na zorganizowanie biura. Nadto, rozważając powyższy zarzut nie można tracić z pola widzenia nie tylko czasookresu funkcjonowania rzeczzonego biura na koszt wykonawcy nadzoru, ale również okoliczności, ze względu właśnie na ten fakt i strukturę kosztów w tym zamówieniu (głównymi kosztami są koszty osobowe), iż te koszty w tych warunkach nie mogłyby być tak wysokie, aby zdecydowały o cenie rażąco niskiej.

Odnosząc się natomiast do pierwszego argumentu Odwołującego w tym przedmiocie, a mianowicie, że posiadanie siedziby w Warszawie nie stanowi okoliczności, która wyróżniałaby Przystępującego i powodowała możliwość obniżenia ceny, to wskazać należy, że przykład firmy ECM Group Polska S.A., której oferta jest o ponad 420.000,00 zł droższa od oferty Przystępującego, choć wykonawca ten również posiada siedzibę w Warszawie, jest nieadekwatny. Odwołujący prezentując rzeczzone stanowisko jest niekonsekwentny, sam bowiem podkreślał, że koszty osobowe są głównym czynnikiem cenotwórczym w tym zamówieniu i tę dużą różnicę pomiędzy cenami wymienionych ofert należy wiązać właśnie z tymi kosztami cenotwórczymi, a nie z faktem utrzymania biura przez 30 dni.

Jeśli idzie o argument, że koszt funkcjonowania biura, zarządu i księgowości „rozkłada” się na inne równoległe usługi i twierdzenie, że okoliczność ta nie wyróżnia Przystępującego, bowiem dotyczy każdego z wykonawców, to po pierwsze wskazać należy, że uwzględnienie tej okoliczności jest indywidualne dla każdego z wykonawców. Każde przedsiębiorstwo ma inne koszty funkcjonowania, te koszty obciążają realizację różnych zamówień, nie wiadomo nawet ilu, w jakim czasie, a zatem argumentacja Odwołującego jest w tym przedmiocie nieweryfikowalna. Przyjęcie, że koszty te wzrastają w przypadku dużej spółki, jaką jest Przystępujący, choć Odwołujący tej okoliczności nie udowodnił, jest niemożliwe, bowiem brakuje tu jakichkolwiek danych.

Odwołujący w toku rozprawy przedstawił kalkulację tych kosztów, ale po pierwsze, twierdzenia te należy uznać za spóźnione, bowiem nie były objęte zarzutem. W odwołaniu brak jakichkolwiek danych co do kosztów. Tymczasem zarzut na gruncie Prawa zamówień Publicznych stanowi substrat okoliczności faktycznych i prawnych i podlega ocenie tylko w tym zakresie (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Odwołujący na rozprawie ma możliwość przedkładania dowodów na poparcie twierdzeń wyartykułowanych w SIWZ (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), natomiast nie ma możliwości uzupełniania zarzutów. Tymczasem kalkulacja przedłożona na rozprawie w istocie stanowi uzupełnienie stanowiska Odwołującego z odwołania, nie jest zaś dowodem.

Bez wpływu na powyższą ocenę postaje fakt, że Odwołujący nie znał treści wyjaśnień

Przystępującego, powyższe nie stało bowiem na przeszkodzie przedstawieniu pewnego minimalnego szacunku kosztów, których poniesienie niezbędne jest do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Natomiast nawet, gdyby przyjąć do rozważań, przygotowaną przez Odwołującego kalkulację, złożoną w toku rozprawy, to stwierdzić należy, że oprócz podania wysokości kosztów, jakie zdaniem Odwołującego, należy ponieść, brak jakiegokolwiek uzasadnienia, że wskazana przez Odwołującego kwota jest adekwatna. Komentarz Odwołującego, że uwzględniono koszty wynagrodzenia prezesa zarządu, członków rady nadzorczej, (choć ci wynagrodzenia nie pobierają), prokurenta, księgowości, obsługi sekretariatu, pracownika ds. BHP, obsługi prawnej itp. nie może służyć za podstawę ustaleń i przyjęcie, że podane kwoty są uzasadnione.

Twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał, w jakim stopniu posiadanie siedziby w Warszawie i możliwość „rozłożenia” kosztów administracyjno-biurowych na wszystkie realizowane usługi przekłada się na cenę oferty Przystępującego jest gołosłowne. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach i przedstawionej kalkulacji wskazał, jakie koszty i w jakiej wysokości uwzględnił i w ocenie Izby nie budzą one wątpliwości, zaś Odwołujący nie wykazał, dlaczego przyjęcie kosztów w tym przedmiocie na takim na nie innym poziomie jest uzasadnione.

C. Koszty badań kontrolnych i sprzętu pomiarowego.

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie ujął w oferowanej cenie kosztów badań kontrolnych i sprzętu pomiarowego. Na dowód powyższego Odwołujący przedstawił oferty firm wykonujących rzeczne badania. Izba ustaliła, że proponowane ceny zawarte były w przedziale od 64.000,00 zł (bez kosztów dojazdu na miejsce badań i transportu próbek) do 78.000,00 zł (z uwzględnieniem rzeczonych kosztów dojazdu i transportu). Uwzględniając, że Przystępujący do przeprowadzenia przedmiotowych badań korzysta z podmiotu mającego siedzibę w niewielkiej odległości od Warszawy i konkurencję rynkową należy przyjąć, że sporne koszty na poziomie około 60.000,00 zł byłyby adekwatne dla potrzeb niniejszego zamówienia. Na marginesie dostrzec należy, że powyższe znajduje również potwierdzenie kalkulacji przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie. Jednocześnie analiza *Szczegółowej kalkulacji*, przygotowana przez Przystępującego, pozwala na stwierdzenie, że koszty te oscylują wokół tego poziomu, a zatem należy uznać, że są uzasadnione.

Odwołujący stoi na stanowisku, że w wynagrodzeniu geodety byłoby możliwe ujęcie kosztów sprzętu pomiarowo-kontrolnego, pod warunkiem, że wysokość wynagrodzenia geodety nie stanowi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Niezależnie od faktu, że wysokości tego wynagrodzenia nie należy utożsamiać z minimalnym wynagrodzeniem o pracę, bowiem tej formy zatrudnienia Zamawiający nie narzucił, to stwierdzić należy, że

Przystępujący w swojej *Szczegółowej kalkulacji* wskazał kwotę znacznie przekraczającą wysokość minimalnego wynagrodzenia w przeliczeniu na miesiąc.

Tym samym zarzuty Odwołującego w tym przedmiocie należało uznać za chybione. Dodatkowo zauważyć należy, że zarzut ten został oceniony niejako z ostrożności, bowiem czas na kwestionowanie rzeczonych okoliczności minął, o czym była mowa wyżej, gdyż rzeczony fakt nie był przedmiotem wyjaśnień z dnia 23 września 2016 r.

D. Koszty samochodów, paliwa, utrzymania, ubezpieczenia pojazdów.

Formułując rzeczony zarzut Odwołujący w istocie poprzestał na konstatacji, że Przystępujący nie ujął w kalkulacji swojej ceny rzeczonych kosztów. Dopiero w toku rozprawy Odwołujący przedstawił kalkulację, z której wynika, w jakiej wysokości, zdaniem Odwołującego, koszty te należało przyjąć. Jednakże twierdzenia te należało uznać za spóźnione, bowiem w istocie stanowią element zarzutu, jako okoliczności faktyczne. Izba powyżej wskazała i do tego należy się ponownie odwołać, że zarzuty muszą być objęte treścią odwołania (art. 180 ust. 3 ustawy Pzp), zaś jedynie dowody mogą być przedstawione do zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). Nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący już w treści odwołania zaprezentował rzeczoną kalkulację.

Niezależnie od tego, nawet gdyby przyjąć, na podstawie przygotowanej przez Odwołującego kalkulacji, sporne koszty we wskazanej wysokości, choć Odwołujący nawet nie wykazał ani też nie uprawdopodobnił, że ta wysokość jest adekwatna, to w oparciu o analizę *Szczegółowej kalkulacji*, stanowiącej załącznik do wyjaśnień, złożonych przez Przystępującego, stwierdzić należy, że Przystępujący te koszty uwzględnił i to co najmniej w wysokości wskazanej przez Odwołującego. Zatem, w ocenie Izby, Przystępujący wykazał, że uwzględnił w cenie swojej oferty sporne koszty.

E. Koszty sprzętu.

Odwołujący prezentując w tym przedmiocie argumentację w treści odwołania znowu poprzestał na konstatacji, jakiego rodzaju sprzęt jest potrzebny do realizacji przedmiotowego zamówienia. Powyższe nie jest kwestionowane. Natomiast Odwołujący nie przedstawił, jakie koszty wiążą się z zapewnieniem rzeczonych sprzętu. Odwołujący dopiero na rozprawie przedstawił kalkulację, z której wynika, na jakim poziomie, według Odwołującego, koszty te są uzasadnione i niezbędne. Twierdzenia te, jednakże są spóźnione, z powodów, o których była mowa wyżej.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przeanalizować przygotowaną przez Odwołującego kalkulację, to należy dojść do wniosku, że w żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że zapewnienie tego rodzaju sprzętu wraz z oprogramowaniem generuje koszty w wysokości wskazanej przez Odwołującego. W istocie Odwołujący ograniczył się do

wskazania jedynie konkretnej kwoty, co jest oczywiście niewystarczające. Co więcej, przyporządkowując rzeczoną kwotę do sprzętu wskazał na rodzaj tylko części sprzętu, podając, że uwzględnił też w tych kosztach inny sprzęt, jednakże nawet nie wiadomo jaki, co dodatkowo uniemożliwia weryfikację.

Nadto zauważyć należy, że Odwołujący nie uwzględnił w swoich założeniach faktu, iż Przystępujący dysponuje sprzętem, stanowiącym wyposażenie biura i jest on zamortyzowany.

Natomiast analiza wyjaśnień Przystępującego w tym przedmiocie pozwala na stwierdzenie, że zostały ujęte w cenie koszty materiałów biurowych i eksploatacyjnych.

Zaś, twierdzenie Odwołującego, że wyjaśnienia Przystępującego nie przedstawiają rzetelnej kalkulacji w zakresie kosztów sprzętu pozostaje gołosłowne.

F. Koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Ocena zarzutu w tym przedmiocie dokonywana jest niejako na marginesie biorąc pod uwagę fakt, że okoliczność ta nie była przedmiotem wyjaśnień z dnia 23 września 2016 r.

Podnosząc ten zarzut Odwołujący stwierdził, że koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy wynosi w przypadku Przystępującego około 23.000,00 zł, przy czym 70% tej kwoty zostanie zwrócone po wykonaniu usługi, zaś 30% po okresie rękojmi. Rzeczony zabezpieczenie może być dokonane w formie pieniężnej bądź też w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej.

Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący formułując rzeczony zarzut w istocie nie czyni żadnych uwag odnośnie kalkulacji oferty przez Przystępującego, a stwierdza jedynie fakty, które nie są sporne. Stąd też ocena tego zarzutu *de facto* jest niemożliwa.

Na marginesie wskazać należy, że Odwołujący co prawda na rozprawie przedłożył Umowę generalną o udzielenie ubezpieczeniowych gwarancji kontraktowych, z której wynika, że koszt udzielonej Odwołującemu gwarancji należytego wykonania umowy wynosi 1,8% od kwoty gwarancji w skali roku, jednakże na podstawie rzeczony umowy, zdaniem Izby, nie można przyjąć, że tożsame koszty tego zabezpieczenia musi ponosić Przystępujący.

Dodać należy, że w *Szczegółowej kalkulacji*, przedłożonej wraz z wyjaśnieniami Przystępujący odrębnie wyszczególnił kwotę stanowiącą koszt uzyskania gwarancji dobrego wykonania umowy i w ocenie Izby, nie budzi ona wątpliwości.

G. Koszt ryzyka wydłużenia terminu realizacji robót budowlanych.

Poza sporem pozostaje, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Oznacza to, że cena zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Odwołujący stoi na stanowisku, że Przystępujący nie ujął

ryzyka przedłużenia terminu realizacji robót budowlanych. Brak jednak jakiegokolwiek argumentacji, która służyłaby poparciu formułowanej tezy.

Na marginesie należy wskazać, że Przystępujący założył określoną rezerwę związaną z wykonaniem przedmiotowego zamówienia i ta rezerwa w istocie może posłużyć na sfinansowanie realizacji zamówienia w przypadku przedłużenia terminu jego wykonania. Nawet więc, gdyby Przystępujący zakładał, że termin realizacji zamówienia nie jest zagrożony, to jednak z ostrożności przyjął pewną rezerwę, która zabezpiecza Przystępującego na tę okoliczność.

Zaś koszty w okresie rękojmi i gwarancji związane z realizacją przedmiotowego zamówienia zostały odrębnie skalkulowane w *Szczegółowej kalkulacji*, sporządzonej przez Przystępującego i przedłożonej z wyjaśnieniami.

H. Koszty tzw. odroczonej płatności wynagrodzenia.

Okoliczność ta nie była przedmiotem wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w dniu 23 września 2016 r., zatem co do zasady, o czym była mowa wyżej, nie podlega ocenie.

Niemniej jednak na marginesie wskazać należy, że oczywistym jest, iż w początkowym okresie realizacji robót budowlanych ich przerób jest stosunkowo niewielki ze względu na konieczność wykonania prac przygotowawczych. Oznacza to, że w początkowym okresie wartość realizowanych robót nie jest duża, co w konsekwencji powoduje, biorąc pod uwagę, że inspektor nadzoru może wystawić fakturę przejściową nie częściej niż raz na miesiąc w wysokości maksymalnie 2% wartości netto faktur przejściowych wystawionych przez wykonawcę robót budowlanych, iż wartość otrzymywanego wynagrodzenia w tym okresie nie jest duża.

Powstaje więc, zdaniem Odwołującego, kwestia tzw. odroczonej płatności, którego to kosztu, w ocenie Odwołującego, Przystępujący nie uwzględnił. Przystępujący jednakowoż zaniechał wskazania, co skłania go formułowania takich wniosków. Nie sposób więc dokonać oceny przedmiotowego zarzutu.

Odwołujący co prawda na rozprawie przedłożył kalkulację zamówienia, jakkolwiek co do zasady nie może być brana pod uwagę, gdyż stanowi rozszerzenie zarzutów odwołania. Jednakże warto dostrzec, że Odwołujący przewidział wystąpienie kosztów kredytowania działalności Przystępującego związanej z realizacją przedmiotowego zamówienia w okresie tej odroczonej płatności i oszacował miesięczny koszt na poziomie około 1.700,00 zł.

Na marginesie należy jedynie wskazać, że Przystępujący wyjaśnił, że nie będzie korzystał z żadnych kredytów czy też pożyczek, w celu sfinansowania tej odroczonej płatności, dysponuje bowiem własnymi środkami finansowymi.

I. Zysk.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Przystępujący kalkulując cenę swojej oferty nie uwzględnił zysku. Twierdzenie swoje w tym przedmiocie oparł na wcześniejszych rozważaniach, które zdaniem Odwołującego prowadzą do wniosku, że skoro nie uwzględniono minimalnych kosztów realizacji zamówienia, to tym bardziej nie skalkulowano zysku.

Jednakże wobec niepotwierdzenia się okoliczności wskazywanych przez Odwołującego przedmiotowy zarzut już z tej przyczyny jest chybiony.

Co więcej, analiza wyjaśnień Przystępującego pozwala na stwierdzenie, że Przystępujący przewidział zysk, co uwidoczniło w *Szczegółowej kalkulacji* i został skalkulowany na poziomie analogicznym (3%), jak uczynił to Odwołujący.

Zarzut, iż oferta Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu wskazać należy, iż nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego, biorąc pod uwagę rozważania uczynione powyżej, że cena oferty Przystępującego nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zatem przedmiotowy zarzut należało uznać za chybiony.

Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący formułując przedmiotowy zarzut w istocie ograniczył się do omówienia przesłanek z art. 11 ust. 4 znk, które warunkują możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji i podkreślając, że zasadą jest jawność postępowania.

Zabrakło natomiast wykazania, że określone informacje, które pozostały poufne nie spełniają warunków, o których mowa w art. 11 ust. 4 znk albo też, że uzasadnienie, w którym mowa o powodach objęcia tych informacji poufnością, nie jest wystarczające do stwierdzenia, że w istocie mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tymczasem *Szczegółowa kalkulacja* i inne załączniki, chociażby w postaci promes zawarcia umowy świadczenia usług, z pewnością stanowią wartość gospodarczą, bowiem świadczą o strategii budowania ceny, strukturze kosztów, wysokości tych kosztów. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że rzeczony informacje zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że nie podjęto w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

Z tych przyczyn przedmiotowy zarzut należało uznać za nieuzasadniony.

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Brak potwierdzenia ww. zarzutów powoduje, że czynności Zamawiającego w badanym zakresie należało uznać za prawidłowe, a zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3

ustawy Pzp okazał się niesłuszny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: