

**WYROK**  
**z dnia 6 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2016 r. przez Odwołującego: Bud - Invent Sp. z o.o., ul. Nałęczowska 62, lok. 57, 02-922 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Mareckie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., Al. Piłsudskiego 96 lok. 2, 05-270 Marki

przy udziale wykonawcy BICO Group T. P., ul. Staniewicka 1/2, 03-310 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 857/16 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Bud - Invent Sp. z o.o., ul. Nałęczowska 62, lok. 57, 02-922 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Bud - Invent Sp. z o.o., ul. Nałęczowska 62, lok. 57, 02-922 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Odwołującego: Bud - Invent Sp. z o.o., ul. Nałęczowska 62, lok. 57, 02-922 Warszawa na rzecz Zamawiającego: Mareckie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., Al. Piłsudskiego 96 lok. 2, 05-270 Marki 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) 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: Mareckie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., Al. Piłsudskiego 96 lok. 2, 05-270 Marki wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowy nadzór inwestorski nad realizacją robót budowlanych związanych z wykonaniem inwestycji pod nazwą „Budowa szkoły gimnazjalnej i szkoły ponadgimnazjalnej przy ul. Wspólnej w Markach - Etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane, w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 2016/S 037-060370 z dnia 23 lutego 2016 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego - [www.mareckieinwestycje.pl](http://www.mareckieinwestycje.pl), a także w siedzibie Zamawiającego, na tablicy ogłoszeń.

Pismem z dnia 12 maja 2016 r., l.dz. MM 169/05/2016 Zamawiający poinformował Odwołującego: Bud-Invent Sp. z o.o. ul. Nałęczowska 62 lok. 57 02-922 Warszawa o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - „BICO Group T. P.”, a także o wykluczeniu z postępowania Wykonawcy - „Ove Arup & Partners International Ltd.” Sp. z o.o., ul. Inflancka 4, 00-189 Warszawa.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 20 maja 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- czynności badania i oceny ofert;
- zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy: „BICO Group T. P.”, ul. Staniewicka 1/2, 03-310 Warszawa;
- zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy: „MBJ Corporation” Sp. z o.o., ul. Sabały 60, 02-174 Warszawa;
- czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp, art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy: „BICO Group T. P.”, ul. Staniewicka 1/2, 03-310 Warszawa;

- dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy: „MBJ Corporation” Sp. z o.o., ul. Saboty 60, 02-174 Warszawa;
- uznania złożonej oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący zwrócił uwagę, że podczas otwarcia ofert, Zamawiający poinformował, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana na otwarciu ofert wynosi 1 000 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych brutto), a Wykonawca - „BICO Group T. P.” złożył ofertę z ceną 298 385,05 złotych (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt osiem tysięcy trzysta osiemdziesiąt pięć złotych, 05/100), z kolei Wykonawca - „MBJ Corporation” Sp. z o.o. złożył ofertę z ceną 391 140,00 złotych (słownie: trzysta dziewięćdziesiąt jeden tysięcy sto czterdzieści złotych).

Zauważył również, że średnia arytmetyczna z cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosi zaś 922 011,76 złotych (słownie: dziewięćset dwadzieścia dwa tysiące jedenaście złotych, 76/100), zaś średnia arytmetyczna z cen ofert, które zostały dopuszczone do merytorycznej oceny wynosi 780 170,84 złotych (słownie: siedemset osiemdziesiąt tysięcy sto siedemdziesiąt złotych, 84/100).

Wskazując na powyższe podniósł, iż istnieje bardzo znaczna rozbieżność pomiędzy cenami zaoferowanymi przez „BICO Group T. P.” oraz „MBJ Corporation” Sp. z o.o., a cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców. Tak znaczna rozbieżność zaś nie tylko powoduje powstanie domniemania rażąco niskiej ceny, ale również skutkuje koniecznością przedstawienia przez wykonawców, którzy zaoferowali takie ceny szczególnie oczywistych i jednoznacznych argumentów i dowodów na prawidłowość przeprowadzonej przez nich kalkulacji.

Zamawiający zwrócił się do wzmiankowanych Wykonawców o udzielenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym przypadku, nie sposób wykazać, iż ceny zaoferowane przez „BICO Group T. P.” oraz „MBJ Corporation” Sp. z o.o. nie są cenami rażąco niskimi w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak bowiem wynika z postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ:

- przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi w zakresie pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych związanych z

wykonaniem inwestycji pn. „Budowa szkoły gimnazjalnej i ponadgimnazjalnej przy ul. Wspólnej w Markach - ETAP I” /pkt 3.1/;

- przedmiot zamówienia obejmuje: doradztwo i współpracę w zakresie przygotowania dokumentów przetargowych związanych z przeprowadzeniem przetargu i wyborem Wykonawcy Inwestycji; współpracę podczas procedury wyboru Wykonawcy Inwestycji; pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych związanych z wykonaniem inwestycji oraz prowadzenie koordynacji prac branżowych inspektorów nadzoru oraz z osobami wykonującymi nadzór autorski, w tym czynności związane z rozliczaniem robót budowlanych; sprawowanie doraźnego nadzoru inwestorskiego w okresie trwania gwarancji lub rękojmi Wykonawcy Inwestycji /por. pkt 3.2/;

- wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych związanych z wykonaniem obsługiwanej inwestycji obejmuje pełnienie nadzoru inwestorskiego w następujących branżach: budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, drogowej, hydrotechnicznej, telekomunikacyjnej, a także pełnienie nadzoru w pielęgnacji terenów zielonych /pkt 3.2.3/;

- przedmiot obsługiwanych prac będzie obejmować, m. in.: wykonanie robót polegających na wybudowaniu obiektów kubaturowych (w tym budynków pasywnych z dachami zielonymi ekstensywnymi i bagiennymi) oraz robót polegających na wybudowaniu obiektów sportowych; wykonanie robót ziemnych, które mają być objęte nadzorem geotechnicznym (sprawowanie tego nadzoru to również element przedmiotu zamówienia); wykonanie centrali energetycznej (system pomp ciepła z hybrydowymi kolektorami słonecznymi, agregat kogeneracyjny, kocioł gazowy); wykonanie instalacji uzdatniania wody basenowej; wykonanie szeregu instalacji teletechnicznych, jak np. systemu kontroli dostępu, systemu sygnalizacji włamania i napadu, systemu monitoringu CCTV, instalacji nagłośnieniowej, elektronicznego systemu obsługi klienta na basenie; roboty w zakresie budowy rowu melioracyjnego; wykonanie dachów zielonych ekstensywnych, dachów bagiennych /por. pkt 3.2.3/;

- do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędne jest dysponowanie zespołem, w skład którego wchodzi co najmniej: inspektor nadzoru w specjalności konstrukcyjno- budowlanej/robót ogólnobudowlanych; inspektor nadzoru w specjalności instalacyjno- sanitarniej/robót sanitarnych; inspektor nadzoru w specjalności elektrycznej/robót elektrycznych; inspektor nadzoru robót drogowych; inspektor nadzoru w specjalności hydrotechnicznej; inspektor nadzoru o specjalizacji geotechnicznej; inspektor nadzoru o specjalizacji telekomunikacyjnej; inspektor nadzoru w branży pielęgnacji i utrzymaniu terenów zielonych /pkt 5.1.4/.

Podając powyższy zakres przedmiotu zamówienia zaznaczył, iż przedmiot zamówienia obejmuje usługę o złożonym wieloaspektowym charakterze dotyczącą

szerokiego zakresu niestandardowych robót budowlanych, wymagającą zaangażowania szeregu wysokiej klasy specjalistów, których działania muszą być ponadto dobrze skoordynowane. Wykonanie, a zwłaszcza należyte wykonanie takiego przedmiotu zamówienia wymaga poniesienia szeregu kosztów, które są absolutnie konieczne. Zatem zarówno w interesie Zamawiającego, jak i w interesie publicznym leży, aby podmiot, z którym zostanie zawarta umowa zamierzał i był gotowy do ich poniesienia.

Dalej wskazał, że minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.) dla 2016 r. wynosi 1850 zł brutto miesięcznie.

Według Odwołującego okoliczność ta ma istotne znaczenie dla dokonywania ocen w przedmiocie rażąco niskiej ceny, bowiem jak wynika z postanowień SIWZ, termin wykonania przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 1 (doradztwo i współpraca w zakresie przygotowania dokumentów przetargowych związanych z przeprowadzeniem przetargu i wyborem Wykonawcy Inwestycji) oraz Zadania nr 2 (współpraca podczas procedury wyboru Wykonawcy Inwestycji) wynosi nie dłużej niż 8 miesięcy, dla Zadania nr 3 (pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych związanych z wykonaniem inwestycji oraz prowadzenie koordynacji prac branżowych inspektorów nadzoru oraz z osobami wykonującymi nadzór autorski, w tym czynności związane z rozliczaniem robót budowlanych) - nie dłużej niż 38 miesięcy od daty udzielenia zamówienia, a dla zadania nr 4 (sprawowanie doraźnego nadzoru inwestorskiego w okresie trwania gwarancji lub rękojmi Wykonawcy Inwestycji) - nie dłużej niż 62 miesiące /pkt 4.1/.

Wywodził, że jeżeliby przyjąć, w odniesieniu do Wykonawcy - „BICO Group T. P.”, który zaoferował cenę 298 385,05 złotych, że w trakcie 30 miesięcy obsługi realizacji robót budowlanych (gdy od 38 miesięcy czasu do zakończenia Zadania 3 odejmiemy 8 miesięcy czasu na Zadania 1 i 2 to otrzymamy 30 miesięcy) będzie stale angażował sześciu z ośmiu wymaganych członków zespołu (nie wszyscy członkowie zespołu będą zaangażowani przez cały czas), to należałoby przyjąć, iż wynagrodzenie jednego członka zespołu wyniesie miesięcznie 1657,69 złotych brutto i to tylko jeżeli nie weźmie się pod uwagę kosztów realizacji Zadań 1, 2 i 4, nie wspominając już np. o zysku czy nawet rezerwie na nieprzewidziane wydatki. Gdy podzieli się kwotę 298 385,05 złotych przez liczbę miesięcy (30) to otrzyma się liczbę 9946,168, a gdy następnie podzieli się wzmiankowaną liczbę przez 6 (ilość wynagrodzeń członków zespołu w każdym miesiącu, zakładając, iż nie wszyscy z ośmiu członków zespołu będą zaangażowani przez cały czas) to otrzyma się 1657,69 złotych brutto.

W ocenie Odwołującego kwota ta jest zaś zdecydowanie niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę za 2016 r. tj. od kwoty 1850 złotych brutto miesięcznie.

W oparciu o powyższe Odwołujący sądził, że po wysokości zaoferowanej ceny wysokiej klasy specjaliści mieliby być zaangażowani do realizacji zamówienia za wynagrodzeniem niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W ocenie Odwołującego takie założenie jest nierealne, nie wspominając już o znacznym ryzyku braku stabilności obsady personalnej gdyby jednak w danym momencie Wykonawcy udało się zaangażować niezbędne osoby za tak niskim wynagrodzeniem.

Przypomniał, iż z uwagi na koszty realizacji Zadań 1, 2 i 4 oraz inne koszty realizacji Zadania 3, a także zysk Wykonawcy, kwota ta musiałaby być jeszcze niższa aniżeli 1657,69 złotych brutto, co wskazuje cenę rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z kolei, w odniesieniu do Wykonawcy - „MBJ Corporation” Sp. z o.o., który zaoferował cenę 391 140,00 złotych, można – zdaniem Odwołującego - analogicznie również przyjąć, iż w trakcie 30 miesięcy obsługi realizacji robót budowlanych będzie stale angażował sześciu z ośmiu wymaganych członków zespołu (warto nadmienić, iż samo takie założenie jest oczywiście już samo w sobie co najmniej mocno wątpliwe, gdyż wszyscy członkowie zespołu winni być do dyspozycji Wykonawcy, przez cały okres realizacji obsługiwanych robót).

Wówczas po podzieleniu kwoty 391 140,00 złotych przez 30 miesięcy otrzyma – według wyliczeń Odwołującego - liczbę 13 038, a następnie po podzieleniu tej liczby przez 6 otrzymamy kwotę 2173 złote, która jest co prawda wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r., tym niemniej jest to kwota nierealna, już choćby z uwagi na konieczność poniesienia kosztów realizacji Zadań 1, 2 oraz 4.

Dalej wskazał, że różnica pomiędzy kwotą 2173 złote najniższym miesięcznym wynagrodzeniem za pracę w 2016 r. - 1850 złotych wynosi: 323 złote (2173 minus 1850 daje 323). Z kolei, po pomnożeniu kwoty 323 złote przez 6 (liczba pełnych wynagrodzeń członków personelu w jednym miesiącu) otrzymamy liczbę 1938, a po pomnożeniu tej liczby przez 30 otrzymamy kwotę 58 140,00 złotych. Zatem kwota ta musiałaby wystarczyć na pokrycie kosztów realizacji Zadań 1, 2 oraz 4, a także pozostałych kosztów wykonania zamówienia (zakładając oczywiście, iż wynagrodzenie wysokiej klasy specjalistów nie byłoby wyższe, od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r.).

W ocenie Odwołującego - jest to jednak niemożliwe, ponieważ:

- Czas realizacji Zadań 1 i 2, który należy przyjąć do kalkulacji to 8 miesięcy, zaś czas realizacji Zadania 4 to 24 miesiące (62 - 38 daje 24);
- Podczas realizacji Zadania 1 i 2 wymagane będzie stała zaangażowanie części członków (można założyć, iż będzie to minimum 3 członków zespołu, choć w istocie jest to liczba zaniżona z uwagi na wieloaspektowość opisu przedmiotu zamówienia czy konieczność zapewnienia współpracy między wszystkimi uczestnikami procesu budowlanego) oraz okazjonalne zaangażowanie pozostałych członków zespołu (pojawiające się w toku przygotowywania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, problemy mogą dotyczyć każdego z wielu różnorodnych elementów zamówienia); Kwota 1850 zł pomnożona przez 3, a następnie przez 8 (liczba miesięcy) daje sumę: 44 400 zł; Po odjęciu 44 400 zł od wzmiankowanej wcześniej kwoty 58 140,00 złotych otrzyma się kwotę 13 740 zł na pozostałe koszty i zysk;
- Czas realizacji Zadania 4 to 24 miesiące, a więc zakładając, że łączne zaangażowanie wszystkich członków zespołu będzie w każdym miesiącu odpowiadała poziomowi zaangażowania właściwemu dla jednego członka zespołu zaangażowanego przez pół miesiąca; Otrzyma się wówczas kwotę 22 200 zł, jako niezbędną dla pokrycia kosztów wynagrodzenia (1850 zł pomnożone przez 24 oraz przez 0,5 daje właśnie 22 200 zł); Kwota ta jest wyższa od kwoty 13 740 zł, jaka musiałaby wystarczyć na pokrycie nie tylko kosztów wykonania Zadania 4, ale również pozostałych kosztów oraz zysku;
- Przy kalkulacji ceny trzeba uwzględnić również koszty materiałów biurowych, koszty zarządu, koszty ubezpieczenia, rezerwę na nieprzewidziane wydatki itp., nie wspominając już o zysku, którego wypracowanie jest naturalnym dążeniem spółek prawa handlowego (w tym spółek z ograniczoną odpowiedzialnością);
- Założenie o sześciu pełnych wynagrodzeniach w każdym miesiącu obsługi robót budowlanych (zadanie 3), jest, jak już było wzmiankowane, poczynione w na wyrost - na potrzeby niniejszej analizy, w praktyce zaś nie sposób całkowicie pominąć odpłatności świadczenia polegającego na pozostawaniu do dyspozycji Wykonawcy, w razie potrzeby;
- Konieczne byłoby uwzględnienie także kosztów waloryzacji wynagrodzeń związanych z corocznym wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę (waloryzacja taka nie została wzięta pod uwagę w dotychczasowych wywodach, gdyż i bez tego oczywistym jest, iż cena została skalkulowana na poziomie uniemożliwiającym uznanie jej za cenę nie będącą ceną rażąco niską.

W ocenie Odwołującego nie sposób przyjmować, że cena zaoferowana przez Wykonawcę - „MBJ Corporation” Sp. z o.o., nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stanął na stanowisku, że Wykonawca - „BICO Group T. P.”, jak i Wykonawca - „MBJ Corporation” Sp. z o.o., chcąc obalić domniemanie rażąco niskiej ceny musieliby przy pomocy odpowiednio umotywowanych, przekonujących wyjaśnień i (ewentualnie) dowodów, bezspornie udowodnić, że realizacja zamówienia nie będzie poniżej ich kosztów. Wyjaśnienia ogólnikowe, nieprzekonywujące nie mogłyby być uznane za obalające wzmiankowane domniemanie.

Nadmienił, iż za obalające to domniemanie nie mogą być uznane wyjaśnienia oparte na wartości pracy, która jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Jak wynika z przedstawionych w niniejszym odwołaniu okoliczności i argumentów, nie sposób uznać, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę - „BICO Group T. P.” nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przeciwnym wypadku należałoby uznać, iż wysokiej klasy specjaliści będą zatrudniani do obsługi robót budowlanych o charakterze nietypowym i skomplikowanym za wynagrodzeniem znacznie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę dla roku 2016, a jednocześnie absolutnie nie zostanie zapewnione pokrycie pozostałych niemałych przecież kosztów realizacji usługi, takich jak: koszty dotyczące udziału w przygotowaniu oraz przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, czy koszty obsługi okresu gwarancyjnego robót budowlanych.

Zwrócił również uwagę, że wzmiankowany Wykonawca zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia elementów cenotwórczych, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zatem, jako Odwołujący, nie miał możliwości odnieść się do ich treści.

Z przyczyn czysto obiektywnych oraz z uwagi na zasady logiki i doświadczenia życiowego, nie sposób przyjąć – według Odwołującego, iż, w przedmiotowym przypadku, wzmiankowany Wykonawca mógł złożyć wyjaśnienia obalające w sposób skuteczny domniemanie rażąco niskiej ceny, w szczególności zaś udowodnić - wystąpienie wyjątkowych, obiektywnych okoliczności nie dostępnych w sposób standardowy innym wykonawcom, które to okoliczności mają wpływ na cenę w taki sposób, iż ich wystąpienie pozwoliło wykonawcy zaoferować cenę niższą niż szacowana przez zamawiającego wartość zamówienia jak i ceny oferowane przez innych wykonawców.

Powyższy stan rzeczy spowodował również naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), polegało, w szczególności na nieuzasadnionym zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - „BICO Group T. P.” oraz na nieuzasadnionym zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - „MBJ Corporation” Sp. z o.o.

Pismem z dnia 25 maja 2016r. Wykonawca - „BICO Group T. P.” zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwany dalej Przystępującym.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego i MBJ Corporation Sp. z o.o., odwołania wraz z załącznikami, wezwań Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 12 kwietnia 2016r. skierowanych do dwóch powyższych wykonawców, odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 14 kwietnia 2016r., odpowiedzi Wykonawcy - MBJ Corporation Sp. z o.o. z dnia 18 kwietnia 2016r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 3 czerwca 2016r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.89 ust.1 pkt.4, art.90 ust. 3 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 12 SIWZ uregulował postanowienia dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny oferty, gdzie w pkt. 1 zd.1 i 2

wskazał, że cena oferty jest ceną ryczałtową kompletną, jednoznaczną i ostateczną, stałą dla okresu realizacji przedmiotu zamówienia, obejmująca wszystkie zadania określone w pkt. 3.2 SIWZ. Cena oferty uwzględnia wszystkie koszty, niezbędne do prawidłowej i rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia oraz ewentualne ryzyko ekonomiczne wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Poza tym Izba stwierdziła, że spośród 7 złożonych ofert Przystępujący na stronie 1 oferty zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 298 385, 05 zł., a wykonawca MBJ Corporation Sp. z o.o. na stronie 2 za cenę brutto 391 140,00 zł, zaś Odwołujący za kwotę brutto 732 000zł.

Przechodząc do omówienia zarzutu istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego i wykonawcy MBJ Corporation Sp. z o.o., Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Według zapatrywania Izby Odwołujący nie mając dostępu do wyjaśnień odnoszących się do oferty Przystępującego i wykonawcy MBJ Corporation Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny nie mógł w ogóle sformułować takiego zarzutu, opierając się jedynie na własnych rachubach i przypuszczeniach.

Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący w swoim odwołaniu nie udowodnił, że Przystępujący i wykonawca MBJ Corporation Sp. z o.o. w swojej ofercie nie uwzględnił wszystkich kosztów świadczenia usługi. Przedstawił on jedynie własne kalkulacje cenowe.

Rozpoznając ten zarzut Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego wynikającej z treści odwołania.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie

dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Rozpatrując problem rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego i wykonawcy MBJ Corporation Sp. z o.o. należy przede wszystkim wskazać, że ceny tych ofert są niższe o 30% od wartości zamówienia i są niższe o ponad 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu prawa.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Według Izby Przystępujący wykonał należycie powyższy obowiązek przedstawiając szczegółowe kalkulacje do zaoferowanej ceny na stronach 3 – 9 wyjaśnień z dnia 15 kwietnia 2016r., gdzie wyliczył poszczególne koszty wynagrodzeń, złożył kalkulację kosztu nadzoru, koszt przeglądów gwarancyjnych w okresie gwarancji, rezerwę na koszty nieprzewidziane oraz wydruki wraz z kosztami pośrednimi, marżę procentową od kosztów bezpośrednich, a także upust.

Podobne wyjaśnienia złożył wykonawca: MBJ Corporation” Sp. z o.o. przedstawiając w formie tabelarycznej wyjaśnienia dotyczące struktury cenowej oferty ze wskazaniem kosztów personelu, kosztów biurowych, rezerwy i zysku.

Wymaga również zauważenia, że zarówno Przystępujący, jak i wykonawca: MBJ Corporation Sp. z o.o. wykazując brak istnienia rażąco niskiej ceny wykazali istnienie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy dotyczących kosztów dojazdu personelu na budowę.

Powyższe kalkulacje przedstawione przez Przystępującego i wykonawcę: MBJ Corporation Sp. z o.o. są – zdaniem Izby – dostosowane do zakresu wymagań Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, a czas świadczenia wynikający z umowy jest skorelowany z wysokością określonego przez nich wynagrodzenia.

Nadto należy wskazać, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych innych wykonawców, niegwarantująca wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby z porównania złożonych ofert nie można również wnioskować o istnieniu takiej ceny, bowiem występujące różnice cenowe oferty Przystępującego i wykonawców: MBJ Corporation” Sp. z o.o. oraz oferty OVE Arup& Partners International Ltd sp. z o.o. z najniższą ceną nie są drastyczne.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że zaoferowana przez Przystępującego i wykonawcę: MBJ Corporation Sp. z o.o. cena nie stanowiła rażąco niskiej ceny, a zatem brak było przesłanek do odrzucenia oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Powyższego zapatrywania Izby nie zmieniły dowody w postaci analiz cen ofert wykonawców z dnia 19 maja 2016r. przedstawione przez pełnomocnika Odwołującego, które mogą, co najwyżej potwierdzać kalkulacje oferty Odwołującego, natomiast nie mają one związku z kalkulacjami i danymi przedstawionymi przez Przystępującego i wykonawcę MBJ Corporation” Sp. z o.o.

Innymi słowy propozycje ofertowe wyliczone przez Odwołującego nie przesądzają o możliwościach ofertowych Przystępującego.

Izba nie uznała także za miarodajne i właściwe posługiwanie się cenami z biuletynu statystycznego nr 2 z 2016r., a także cenami sekocenbud za I kwartał 2016r.(zeszyt 16/2016r.), jako, że mają one charakter uśredniony i nie odnoszą się do ofert z najniższymi cenami.

Dowody złożone przez Odwołującego mogą, co najwyżej ilustrować część rynku tego rodzaju zamówień o średnich cenach, które nie mają jednak charakteru zamkniętego.

Wymaga również wskazania, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał od wykonawców pobytów z zakresu nadzoru w wymiarze 5 dni w tygodniu, po 8 godzin dziennie wobec

każdego członka personelu. Nie żądał on także wykonania zamówienia na zasadzie umowy o pracę.

Niemniej jednak Izba dostrzegła, że Przystępujący w swojej kalkulacji cenowej dowiódł, że jego koszt pracy przekracza wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**