

WYROK
z dnia 04 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 r. przez wykonawcę **R. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.H.U. B. R. S. (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich, (...)**,

przy udziale wykonawcy **P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Wykonawcy **P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**,
2. oddala odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich, (...)** i
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **R. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.H.U. B. R. S., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego **Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich, (...)** na rzecz Odwołującego **R. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.H.U. B. R. S., (...)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn.: „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. (...) na odcinku od al. (...) do ul. (...)” (Inżynier Kontraktu) - Nr sprawy ZIM-DZ.3322.16.2017

Wykonawca R. S. PHU B. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k, zaniechaniu odrzucenia oferty P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., mimo iż wyjaśnienia złożone przez tego Wykonawcę nie potwierdzają, by jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny, zaniechaniu odrzucenia oferty P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. pomimo iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdzają nieznaną SIWZ - Tom 1 - pkt 5 ppkt 3 co do okresu realizacji Kontraktu i w konsekwencji błędne obliczenie ceny, odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo złożenia dokładnych i rzetelnych wyjaśnień potwierdzających, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania, art. 7 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania, art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1 pkt 1) i pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę wyjaśnień przedłożonych przez P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. tj. poprzez uznanie, że wykonawca ten wykazał, że zaproponowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niską, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty złożonej przez tego wykonawcę jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonaniu wyboru P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. jako oferty najkorzystniejszej, art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez P. Sp. z o.o. jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny, art. 89 ust. pkt 4) oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż Odwołujący wykazał, że oferta złożona przez niego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.,

odrzućcenie oferty P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z powodu niewykazania, że jego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia w związku z przyjęciem błędnego okresu realizacji zamówienia przez P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z dokonaną przez Zamawiającego oceną wyjaśnień Wykonawcy P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. i ich uzupełnienia dotyczących rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w wyjaśnieniach podał kalkulację ceny na 12 miesięcy rozbijając ją na elementy. W takiej sytuacji oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona w związku z kalkulacją ceny w okresie krótszym o połowę względem wymagań postępowania.

Odwołujący uznał za kuriozalne wyjaśnienie tego błędu, (wyjaśnienia dodatkowe), w których Wykonawca P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. podał, że zapis 1 x 12 mc powinien brzmieć 2 x 12 mc , a 1 kpl = 2 mc. Odwołujący wskazał, że inwestycja nie składa się z dwóch etapów - 2 razy 12 miesięcy. Ponadto Odwołujący wskazał, że Wykonawca P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. dla 24 miesięcy wykazuje ten sam zysk, co dla 12 miesięcy, tj. 304 617,89 zł i te same koszty. Dodatkowo Odwołujący zauważył, że Wykonawca P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w treści wyjaśnień oświadczył, że realizuje aktualnie 30 inwestycji, a koszty pośrednie dla przedmiotowej inwestycji mają charakter śladowy. Przedmiotową inwestycję będą obsługiwać ci sami inspektorzy co pozostałe 30. Odwołujący wskazał, że skoro koszty pośrednie będą śladowe, to należy domniemywać, że śladowe będzie zainteresowanie i poświęcony czas na wykonywanie usług na przedmiotowej inwestycji.

Odwołujący podkreślił, że w zakresie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. Zamawiającemu wystarczyło oświadczenie tego wykonawcy, że „(...) posiada samochody służbowe dla inspektorów, które są nowoczesne (niedawno zakupione) tanie i ekonomiczne w obsłudze (...)”. *Równocześnie Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego wskazał: „Dodatkowo ten sam Wykonawca wyjaśnił, że zakłada dojazd całego zespołu autem 9 osobowym, które ma być zasilane gazem LPG ze spalaniem 8 litrów/100 km. U zamawiającego wzbudziło podejrzenie wysokość spalania przy tak dużym aucie, bowiem z doświadczenia życiowego wie, że takie spalanie osiągną auta 5 osobowe. (...). Wykonawca nie wskazał marki auta...”.* Odwołujący podkreślił, że w zakresie oferty Wykonawcy P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. Zamawiający nie żądał żadnych szczegółów ani dodatkowych informacji, przyjmując ogólne sformułowania.

Z treści wyjaśnień wynika, że Wykonawca P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. przeznaczył na wynagrodzenie dla Inżyniera Kontraktu 7 000 zł/mc (wyjaśnienia z 24.08.2017 r). W wyjaśnieniach z 11.09.2017 r. wynagrodzenie to zostało zmniejszone do 3 500 zł/miesięcznie (4305,00 zł brutto). Zamawiający żądał aby Inżynier Kontraktu był zatrudniony na podstawie umowy o pracę na pełny etat. Z kwoty 4305,00 zł brutto jaką wybrany Wykonawca P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. przeznaczył na wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu uzyskujemy 2550,00 zł (na rękę). Jest to zdaniem Odwołującego wartość nierealna, niższa od średniej krajowej.

Wykonawca P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. przeznaczył na wynagrodzenie dla inspektora ds. rozliczeń 3000 zł/mc, natomiast w wyjaśnieniach późniejszych wynagrodzenie zostało zmniejszone do 1500 zł miesięcznie. Odwołujący zaznaczył, że jest to wartość nierealna i niespełniająca warunków SIWZ. Zamawiający żądał, aby osoba pełniąca funkcję inspektora ds. rozliczeń była zatrudniona na podstawie umowy o pracę na pełny etat. Zabrakło 567,53 zł brutto do wykazania kwoty, która spełnia warunki postawione w SIWZ.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający podważył zaproponowane przez Odwołującego lokale o powierzchni 50 m², 39 m², 26 m² na sale konferencyjną liczącą 20 osób, nie wyjaśnił jednak, dlaczego uznał, że lokale te są za małe. Odwołujący zwrócił uwagę na art. 236 ust. 6 Warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie: - na 1 osobę wystarczy 1 m² wobec czego dla 20 osób, należy przyjąć 20 m² i spełniają wymagania wszystkie lokale.

Zamawiający podważył również kalkulację środków łączności Odwołującego, która wynosiła 19 zł miesięcznie za jeden abonament u operatora O. Odwołujący wskazał, że jest to oferta obowiązująca u operatora od kilku miesięcy. Równocześnie Zamawiający nie żądał od Przystępującego żadnej kalkulacji w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie podważył lokalizacji, kosztów biura i Sali konferencyjnej zaproponowanej przez Wykonawcę P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., ponieważ tej kwestii z Przystępującym nie wyjaśniał. Zamawiający żądał od Odwołującego szczegółowych wyliczeń kosztów wynajęcia pomieszczenia biurowego, dowodów w postaci negocjacji z wynajmującym lokal, jego utrzymania i wyposażenia oraz kosztów środków transportu i łączności (gdzie łączna kwota jaką przeznaczył Odwołujący wynosiła 127 200,00 zł), natomiast nie zadał żadnych wyjaśnień od Wybranego Wykonawcy P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., który tożsame koszty skalkulował na poziomie 118 080 zł.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wzywając Odwołującego i wybranego Wykonawcę P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. do złożenia wyjaśnień nr 2 dotyczących rażąco niskiej ceny, miał na celu danie drugiej szansy wybranemu Wykonawcy P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. na sprostowanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny nr 1, które to wyjaśnienia wykluczały go z przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie stwierdzenie Przystępującego, że Odwołujący nie posiada interesu w podnoszeniu zarzutów względem oferty Przystępującego w postępowaniu. Przedmiotem odwołania jest bowiem m.in. ocena wyjaśnień Odwołującego i Przystępującego złożonych na wezwanie Zamawiającego. W szczególności kwestia równego traktowania obu wykonawców przy dokonywanej ocenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a więc w takiej samej sytuacji w tym samym postępowaniu.

W ocenie Izby oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający przyznał w piśmie procesowym (odpowieź na odwołanie), że w odniesieniu do inspektora ds. rozliczeń (oraz Inżyniera kontraktu) wymagał zatrudnienia osoby na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, co oznacza zatrudnienie na pełny etat. Zatem dla takiego wymiaru czasu pracy powinno zostać skalkulowane wynagrodzenie. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i art. 4 tej ustawy. Tym samym każdy pracownik zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy (a takiego zatrudnienia wymagał Zamawiający i takie zatrudnienie deklarował Przystępujący) powinien otrzymywać miesięczne wynagrodzenie w wysokości nie niższej niż kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę. W chwili składania ofert, wysokość minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę wynosiła 2.000 zł, co wynika z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za

pracę w 2017 r. Tym samym wskazana przez wykonawców wartość wynagrodzenia za pracę inspektora ds. rozliczeń nie mogła być niższa od tej kwoty. Tymczasem Przystępujący w złożonym oświadczeniu wskazał, że na wynagrodzenie dla inspektora ds. rozliczeń przeznaczył kwotę 1.500 zł, a więc poniżej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Określenie wynagrodzenia w takiej wysokości jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ, stawiającymi wymóg zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy. Z wyjaśnień Przystępującego wynika bowiem, że albo przewiduje on zatrudnienie inspektora ds. rozliczeń w niepełnym wymiarze czasu pracy (na co wskazywałaby kwota wynagrodzenia inspektora), nie spełniając tym samym wymogów SIWZ, albo przewiduje on wypłatę pracownikowi zatrudnionemu w pełnym wymiarze czasu pracy wynagrodzenia niższego od minimalnego wynagrodzenia za pracę, naruszając tym samym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Każdy z tych przypadków oznacza konieczność odrzucenia oferty Przystępującego. Z tego względu Izba orzekła jak w sentencji.

Bez znaczenia dla powyższych stwierdzeń pozostaje potencjalna możliwość zatrudnienia danej osoby w ramach innych przedsięwzięć - i podstawie innych umów. Potencjalna możliwość, nie przesądzająca, że wynagrodzenie w określonej wysokości będzie przez daną osobę otrzymywane stale, nie gwarantuje uzyskiwania wynagrodzenia w wysokości co najmniej równej wynagrodzeniu minimalnemu. Tym bardziej, że pracownik już zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy może fizycznie nie być w stanie wykonywać dodatkowej pracy na podstawie dodatkowej umowy. Dodatkowo Izba wskazuje, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu za pomocą dowodów czy choćby kalkulacji, że zapewni w ramach jednego kontraktu odpowiednio wysokie wynagrodzenie.

Podkreślić przy tym należy, że jedynym racjonalnym wyjaśnieniem postawionego przez Zamawiającego wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy jest to, aby zatrudniony pracownik pozostawał przez pełnym wymiar czasu pracy w dyspozycji pracodawcy dla celów związanych z wykonaniem umowy zawartej z Zamawiającym. Każda inna interpretacja musiałaby prowadzić do konstatacji, że Zamawiający postawił wykonawcom wymóg nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Gdyby Zamawiający zamierzał dopuścić sytuację, w której pracownik mógłby część swojego czasu pracy poświęcić wykonaniu umowy z Zamawiającym, a resztę czasu pracy - innym umowom zawartym przez wykonawcę, to wystarczające byłoby postawienie tylko wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, bez wskazywania, że ma to nastąpić w pełnym wymiarze czasu pracy. W takiej bowiem sytuacji oczywistym byłoby, że pracownik jedynie część swojego czasu pracy poświęci umowie z Zamawiającym – co jest równoznaczne z przypadkiem, gdy wyłącznie dla celów umowy z Zamawiającym zatrudniany jest pracownik,

ale w niepełnym wymiarze czasu pracy (jedynie na część etatu). Dlatego też wymóg zatrudnienia pracownika w pełnym wymiarze czasu pracy znajduje uzasadnienie wyłącznie w przypadku przyjęcia, że czas pracy pracownika ma zostać w pełni poświęcony umowie zawartej przez wykonawcę z Zamawiającym.

W ocenie Izby, dokonana przez Przystępującego pierwotnie kalkulacja, obejmowała stawki rynkowe, związane z zatrudnieniem przez Przystępującego pracowników. Dowodem tej okoliczności jest fakt, że podobne stawki w zakresie wynagrodzenia pracowników zastosował także Odwołujący w swojej ofercie (dla Inspektora nadzoru i inspektora ds. rozliczeń). Przystępujący w złożonych ponownie na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach dokonał podzielenia stawek uprzednio zastosowanych na dwa. W efekcie, wszystkie stawki zmniejszyły się o połowę. Rezultatem tego było powstanie sytuacji, w której jedno z wynagrodzeń nie odpowiada minimalnemu wynagrodzeniu za pracę – jest o niego niższe o 500 zł. Właśnie ten fakt jest potwierdzeniem, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w drugim piśmie są niewiarygodne. Nie mogą zostać uznane za wiarygodne twierdzenia, z których wynika zatrudnienie pracownika z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa w zakresie wysokości minimalnego wynagrodzenia.

Przystępujący w wyjaśnieniach złożonych w pierwszym piśmie przedstawił tabelę, w której wskazał wynagrodzenie dla każdego ze specjalistów za 1 miesiąc oraz za 1 komplet oznaczający 12 miesięcy. W wyjaśnieniach złożonych na ponowne wezwanie Zamawiającego zmienił wersję wskazując, że 1 komplet oznacza 2 miesiące. W ocenie Izby wpisany przez Przystępującego w treści wyjaśnień czas realizacji umowy, wynoszący dwanaście miesięcy, nie jest omyłką. Występuje bowiem w całej tabeli wielokrotnie. Trudno uznać, aby Przystępujący (wpisując dane samodzielnie, nie według przygotowanego wcześniej przez Zamawiającego schematu), wielokrotnie i zarazem konsekwentnie się pomylił. Co więcej, mało wiarygodne jest tłumaczenie Przystępującego dotyczące okoliczności, że jeden komplet oznacza dwa miesiące. Zgodnie ze zwyczajowym rozumieniem słowa komplet, powinno ono oznaczać pojedynczą jednostkę lub pojedynczą grupę elementów, stanowiących samoistną całość. Traktowanie jako pojedynczego kompletu okresu dwóch miesięcy jest niezgodne z powszechnie przyjętymi jednostkami rozliczeniowymi w zakresie czasu trwania usług, którymi są zazwyczaj jeden miesiąc lub kwartał. Tymczasem Przystępujący nie podjął nawet próby wyjaśnienia, z jakich powodów przyjął tak niezwykle sposób rozliczeń, polegający na traktowaniu jako kompletu, okresu dwóch miesięcy. W ponownych wyjaśnieniach Przystępujący przyjął tego rodzaju obliczenie na potrzeby dostosowania wyjaśnień do faktu błędnego określenia czasu trwania umowy w treści złożonej przez siebie oferty. W ocenie Izby, twierdzenia Przystępującego, że jeden

komplet oznacza okres dwóch miesięcy, mają na celu wyłącznie uniknięcie konsekwencji faktu błędnego określenia czasu trwania usługi przez Przystępującego. Najważniejszą konsekwencją tych działań Przystępującego jest to, że prowadzą one do zmiany wyjaśnień przez Przystępującego, co jest niedopuszczalne. Ma to charakter negocjacji z Zamawiającym i próby dopasowania kalkulacji do potrzeby sytuacji. Trafnie zauważył Odwołujący, że w przypadku oceny jego oferty, Zamawiający nie był tak łagodny i łaskawy, co potwierdza zarzut nierównego traktowania wykonawców w podobnej sytuacji – przy ocenie treści złożonych wyjaśnień. Przede wszystkim jednak złożone przez Przystępującego wyjaśnienia potwierdzają, że dokonana przez niego kalkulacja uwzględnia czas realizacji zamówienia niezgodny z wymaganiami SIWZ i już z tego powodu oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona. Nawet gdyby przyjąć za prawidłowe złożone ponownie wyjaśnienia Przystępującego (choć Izba z powyżej wskazanych powodów uznała je za niedopuszczalną zmianę), to Przystępujący nie zapewnił prawidłowej realizacji zamówienia – zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, tj. uwzględniającą zatrudnienie pracowników (inspektora ds. rozliczeń oraz Inżyniera kontraktu) w pełnym wymiarze czasu pracy, co pociąga za sobą konieczność zapewnienia odpowiedniego wynagrodzenia, zgodnego z przepisami dotyczącymi wynagrodzenia (o czym powyżej). Tym samym Izba uwzględniła zarzut dotyczący niezgodności oferty Przystępującego z wymaganiami SIWZ, a także zawierającą rażąco niską cenę (na skutek nieuwzględnienia wymagań SIWZ), a w konsekwencji orzekła jak w sentencji.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający dwukrotnie występował do Odwołującego o przedstawienie wyjaśnień, w tym także prosił o przedstawienie dowodów w zakresie potwierdzenia braku rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego.

Odwołujący nie tylko nie wykazał poprzez złożenie dowodów, że zaoferowana cena nie jest ceną realną, ale także składane wyjaśnienia nie były spójne.

Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, że koszty dojazdu oszacowane przez Odwołującego są realne. W pierwotnie złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazywał, że koszty dojazdu pracowników do miejsca pracy obciążają samych pracowników i zostały wliczone do kosztów wynagrodzenia. W sytuacji, gdy Zamawiający zwrócił uwagę Odwołującego na okoliczność, że w przypadku dojazdu pracowników do miejsca pracy poza siedzibą pracodawcy, koszty dojazdu obciążają pracodawcę, Odwołujący sporządził kalkulację, z której wynikało, że pracownicy będą dowożeni samochodem 9 osobowym, którego parametr spalania wynosi 8 litrów/100 km. Odwołujący nie dowiódł, że istnieje taki pojazd (a nawet nie podał jego marki) i

że uzyskanie tak niskiego parametru spalania jest możliwe. Tymczasem Zamawiający w trakcie rozprawy wykazywał poszczególne marki samochodów 9-osobowych, z których żaden nie osiągał wskazanych przez Odwołującego parametrów. Odwołujący, poza twierdzeniem, że posiada taki samochód, nie wykazał, aby taki samochód istniał i co za tym idzie, aby było możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z przedstawioną kalkulacją. Już sam ten fakt świadczy o tym, że cena przedstawiana przez Odwołującego jest nierealna, a kalkulacje nie znajdują pokrycia w rzeczywistości i są dokonywane wyłącznie na potrzeby dopasowania treści wyjaśnień do zaoferowanej ceny.

Co więcej, Odwołujący zmieniał swoje wyjaśnienia. W trakcie rozprawy stwierdził, że może być tak, że pracownicy nie będą dowożeni z miejsca, w którym Odwołujący ma siedzibę do miejsca realizacji przedmiotowego zamówienia. Powyższe potwierdza jedynie, że kalkulacja rzeczywiście nie była sporządzona rzetelnie, a to oznacza, że zaoferowana cena nie jest wiarygodna. Nadto, jak trafnie zauważył Przystępujący, w kalkulacji Odwołujący nie przedstawił kosztów ubezpieczenia pojazdów, pomimo, iż Zamawiający w tym zakresie również postawił wymagania.

Podobnie Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu (pomimo wezwania Zamawiającego do jego złożenia) na okoliczność, że realna jest cena, jaką Odwołujący skalkulował za usługę telefonii komórkowej, w tym abonamentu miesięcznego dla 11 pracowników. Zamawiający dokonał sprawdzenia ofert w sieci internetowej w zakresie abonamentu w cenie 19 zł (na co przedstawił dowód – wyciąg ze stron internetowych poszczególnych operatorów sieci komórkowych), jednakże żadna sieć komórkowa nie oferuje tak korzystnych warunków handlowych. Samo stwierdzenie Odwołującego, że jest możliwe uzyskanie takiej oferty, nie jest wystarczające, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający wnosil o przedstawienie dowodów na poparcie stworzonej kalkulacji. Podkreślić należy, że na gruncie obowiązującej ustawy, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania i udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Przede wszystkim zatem wykonawcy zobowiązani są do przedstawienia dowodów na poparcie realności ceny. Odwołujący takich dowodów nie przedstawił. Co więcej, Odwołujący nie udzielił odpowiedzi na pytanie Zamawiającego dotyczące wynagrodzeń.

W zakresie oferowanego lokalu należy stwierdzić, że Odwołujący wskazywał jedynie na mieszkania, nie zaś lokale użytkowe. Ponadto wskazywane mieszkania nie posiadały pomieszczenia będącego salą konferencyjną, która może pomieścić min. 20 osób, co było wymogiem Zamawiającego.

Powyższe okoliczności jednoznacznie stanowią, że Odwołujący nie wykazał, że kalkulacja ceny została sporządzona rzetelnie, a co za tym idzie, że oferowana przez niego cena jest ceną realną. Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut nieprawidłowej oceny wyjaśnień Odwołującego nie jest zasadny i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługuje zarzut podniesiony przez Odwołującego o nierównym traktowaniu wykonawców w zakresie oceny złożonych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny za realizację zamówienia. Należy zauważyć, że Zamawiający winien był również żądać dokładnych wyjaśnień i dowodów od Przystępującego, chociażby w kwestii realności, możliwości zapewnienia stałej obsługi Zamawiającego (pełny wymiar czasu pracy) przy jednoczesnej obsłudze innych podmiotów, czy też kosztów paliwa – w sytuacji częstych wizyt u innych Zamawiających (koszty podróżowania po mieście przy uwzględnieniu natężenia ruchu). Zamawiający, jak trafnie zauważył Odwołujący, Przystępujący nie wyjaśnił także kosztów jakie przewidział w celu zapewnienia łączności (choć w tym zakresie żądał szczegółowych wyjaśnień od Odwołującego). Co więcej, Zamawiający nie wyjaśnił i nie żądał żadnych dowodów na potwierdzenie zapewnienia realności wynagrodzenia dla Inżyniera kontraktu czy inspektora ds. rozliczeń, nie żądał żadnych umów, nie sprawdził czasu ich obowiązywania itp. Zatem w tych samych okolicznościach, wyjaśnienia jednego z wykonawców nie zostały szczegółowo sprawdzone i zweryfikowane, Zamawiający poprzestał na przyjęciu ich za wiarygodne, nie żądając żadnych dowodów.

Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi, że naruszenie przepisów ustawy ma wpływ na wynik postępowania. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za jaką została uznana oferta Przystępującego. Jednakże zarzuty podniesione względem oferty tego wykonawcy potwierdziły się, co oznacza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, a Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonać czynności odrzucenia tej oferty.

Mając powyższe okoliczności na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....