Sygn. akt: KIO 1358/19

WYROK

z dnia 31 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.07.2019 r. przez wykonawcę USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Metro Warszawskie Spółka z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Pełnienie nadzoru archeologicznego przy nadzorowaniu przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. II i III etapu rozbudowy II linii metra". (Znak postępowania: WP.25.00019.2019.K.I.PALA)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nakazuje kontynuowanie procedury oceny i badania ofert oraz ustalenia ich rankingu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Metro Warszawskie Spółka z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od zamawiającego Metro Warszawskie Spółka z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa na rzecz wykonawcy - USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) 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:

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

do wyroku z dnia 31 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1358/19

Zamawiający - Metro Warszawskie Spółka z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru archeologicznego przy nadzorowaniu przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. II i III etapu rozbudowy II linii metra". (Znak postępowania:

WP.25.00019.2019.K.I.PALA)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 19.02.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz.

U. UE pod numerem 2019/S 035 - 079082.

W dniu 05.07.2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.07.2019 r. w formie elektronicznej za pomocą ePUAP przez wykonawcę USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w toku Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 uPzp, w wyniku bezzasadnego i

niezgodnego z Ustawą odrzucenia oferty Odwołującego, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w wyniku przyjęcia, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza w ocenie Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co, zdaniem Odwołującego, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zasady proporcjonalności i przejrzystości, pomimo, że zaoferowana przez Odwołującego w ofercie cena jest realna, wiarygodna i zapewnia prawidłowe/należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, w szczególności wobec przedstawionych przez Odwołującego stosownych wyjaśnień i dowodów, w tym wobec nierzeczywistej kalkulacji przyjętej przez Zamawiającego jako podstawa do uznania rażąco niskiej ceny;

- względnie naruszenie innych przepisów ustawy Pzp, wskazanych w dalszej treści niniejszego odwołania.

Żądania

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania i związaną z nim możliwość realizacji zamówienia przez Odwołującego, a konsekwencji Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Interes

Odwołujący wskazał, że posiada ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i możliwości jego prawidłowego zrealizowania doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie i wykonanie przedmiotowego zamówienia za realną cenę, uwzględniającą rzeczywiste koszty składające się na ofertę, co daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia przez Odwołującego. Naruszenie przepisów ustawy Pzp leżące po stronie Zamawiającego doprowadziło do niemożliwości uzyskania i realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Odwołującego. Tym samym, naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania. Uchybienia dokonane przez Zamawiającego mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Ustawy, wskazanymi w niniejszym odwołaniu, co w konsekwencji doprowadzi do umożliwienia Odwołującemu realizacji przedmiotowej umowy.

Następnie w treści odwołania zostało wskazane, że informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, będącą podstawą zarzutów z niniejszego odwołania, Odwołujący otrzymał w dniu 05.07.2019 r. Niniejsze odwołanie wniesiono w dniu 15.07.2019 r., co oznacza dochowanie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) Ustawy.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 Ustawy kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

W ramach uzasadnienia Odwołujący wskazał, co następuje.

Przedmiotem zamówienia organizowanego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Pełnienie nadzoru archeologicznego przy nadzorowaniu przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. II i III etapu rozbudowy II linii metra". W toku prowadzonego postępowania Zamawiający prowadził czynności - w dniu 08.03.2019 r. wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W dniu 14.03.2019 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający dokonał analizy przedstawionych wyjaśnień oraz dowodów i stwierdził, że do zweryfikowania czy wyjaśnienia są wystarczające, niezbędnym jest potwierdzenie, że osoby, które złożyły oświadczenia potwierdzające dostępność dla Wykonawcy i zobowiązały się do pełnienia określonych w oświadczeniach funkcji, posiadają wykształcenie oraz doświadczenie wskazane przez Zamawiającego w pkt 9.1 ppkt 2 SIWZ. Zamawiający. W związku z powyższym, w dniu 28.03.2019 r., wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9.1 ppkt 2 SIWZ co było niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. W dniu 08.04.2019 r. Odwołujący złożył wymagane dokumenty.

Zamawiający dokonał analizy przedstawionych dokumentów i uznał, że wątpliwości budzi wynagrodzenie osób dostępnych Odwołującemu podczas realizacji zamówienia, pełniących nadzór w zakresie archeologii, którymi Odwołujący zobowiązał się dysponować w oparciu o umowę o dzieło. Zamawiający uznał, że wynagrodzenie dla ww. osób jest niewspółmiernie niskie w stosunku do rynkowo przyjętych uposażeń archeologów z uprawnieniami. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonał odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wskazał Odwołujący między innymi, wyżej wymienione nieprawidłowe czynności Zamawiającego zostały podniesione przez Odwołującego i stały się przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 14.05.2019 r., sygn. akt KIO 776/19 w ramach przedmiotowego postępowania. Co istotne www. wyroku Izba przyznała rację Odwołującemu i stwierdziła m.in. że: „Według Izby — Odwołujący przedstawił

wyjaśnienia wraz ze stosownymi kalkulacjami, oświadczeniami i umowami — jako dowód na potwierdzenie ponoszonych, wymaganych przez Zamawiającego kosztów osobowych. (...) Jeżeli zaś Zamawiający pozostawał w przekonaniu, że wynagrodzenie dla osób jest niewspółmiernie niskie w stosunku do rynkowo przyjętych uposażeń archeologów z uprawnieniami, to w uzasadnieniu faktycznym do czynności odrzucenia oferty Odwołującego powinien przytoczyć pewne źródła z których wynikają te wartości, a także odnieść się do konkretnych wyliczeń i dowodów Odwołującego z wyjaśnień z dnia 13 marca 2019r."

Następnie w ramach powtórnej oceny oferty Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 06.06.2019 r. po raz kolejny wezwał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia dodatkowych wyjaśnień (po raz trzeci w toku przedmiotowego postępowania) oczekując m.in. (przywołano treść wezwania, która stała się podstawą kwestionowanego niniejszym odwołaniem odrzucenia oferty Odwołującego - pkt 2.1) oraz 2.6) pisma z dnia 06.06.2019 r.) tj.: FRAGMENT STANOWIĄCY TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - PATRZ ZAŁĄCZNIK NR 1 - PKT 1.

Zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, w odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący pismem z dnia 13.06.2019 r. udzielił stosownych i wyczerpujących wyjaśnień powołując w treści wyjaśnień odpowiednie dowody.

Tym niemniej, Zamawiający pismem z dnia 05.07.2019 r. podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując odpowiednio do ww. pkt 1) i 6), iż: FRAGMENT STANOWIĄCY TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - PATRZ ZAŁĄCZNIK NR 1 - PKT 2.

Odwołujący, wnosząc niniejsze odwołanie, z całą stanowczością podważa zasadność i poprawność przeprowadzonych przez Zamawiającego wniosków jak i podjętych rozstrzygnięć, wskazując jak poniżej w odniesieniu do postawionego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 uPzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z Ustawą odrzucenia oferty Odwołującego, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w wyniku przyjęcia, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza w ocenie Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zasady proporcjonalności i przejrzystości, pomimo, że zaoferowana przez Odwołującego w ofercie cena jest realna, wiarygodna i zapewnia prawidłowe/należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, w szczególności wobec przedstawionych przez Odwołującego stosownych wyjaśnień i dowodów, w tym wobec nierzeczywistej kalkulacji przyjętej przez Zamawiającego jako podstawa do uznania rażąco niskiej ceny.

Podważając zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć, Odwołujący wskazał, iż w toku prowadzonego postępowania Zamawiający prowadził czynności w odpowiedzi, na które uzyskiwał od Odwołującego wyczerpujące i odpowiadające wezwaniom odpowiedzi/wyjaśnienia wraz ze wskazaniem stosownych dowodów, a przy tym należy wskazać, że:

Ad. pkt 2.1) pisma z dnia 06.06.2019 r. (wezwanie do wyjaśnień) i pkt 1) pisma z dnia 05.07.2019 r. (odrzucenie oferty Odwołującego)

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że odnosząc się do przedmiotowego aspektu przede wszystkim należy zauważyć, że w odniesieniu do kwestii podania składowych elementów cenotwórczych miesięcznego wynagrodzenia archeologa prowadzącego bezpośrednio nadzór archeologiczny na budowie w wyjaśnieniach Odwołującego - w piśmie z dnia 13.06.2019 r. - udzielono stosownej szczegółowej odpowiedzi na pytanie. Odwołujący na kolejnych 3 kartach wyjaśnień szczegółowo przedstawił składowe elementy cenotwórcze, które wpływają na miesięczne wynagrodzenie archeologa. Przedstawione elementy pozostają w zgodnie z założeniami SIWZ, w tym z STWiO.

FRAGMENT STANOWIĄCY TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - PATRZ ZAŁĄCZNIK NR 1 - PKT 3.

Powyższe okoliczności w zakresie przyjętych przez Zamawiającego wyliczeń pozbawiają,

zdaniem Odwołującego, przedstawioną w odrzuceniu oferty kalkulację jakiejkolwiek wiarygodności.

FRAGMENT STANOWIĄCY TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - PATRZ ZAŁĄCZNIK NR 1 - PKT 4.

W konsekwencji, Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw, aby stwierdzić, że wynagrodzenie osób prowadzących stały nadzór archeologiczny jest rażąco zaniżone i nierealne.

Ad. pkt 2.6) pisma z dnia 06.06.2019 r. (wezwanie do wyjaśnień) i pkt 2) pisma z dnia 05.07.2019 r. (odrzucenie oferty Odwołującego)

W odniesieniu do powyższej okoliczności, w odwołaniu wskazano, że Odwołujący w wyczerpujący sposób odniósł się do zakresu oczekiwanych wyjaśnień zawartych w pkt 2.6) pisma z dnia 06.06.2019 r. Odwołujący podał podstawę faktyczną i prawną wraz z uzasadnieniem przyjętej przez Odwołującego formy zatrudnienia archeologów prowadzących bezpośredni nadzór archeologiczny na budowach na podstawie umowy o dzieło.

FRAGMENT STANOWIĄCY TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - PATRZ ZAŁĄCZNIK NR 1 - PKT 5.

W zakresie przedmiotowego uzasadnienia odrzucenia, Odwołujący podniósł z ostrożności naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 92 ust. 1 pkt 3) uPzp na skutek braku jednoznacznego i precyzyjnego wyjaśnienia podstaw, które stały się powodem odrzucenia oferty w ramach pkt 2) Informacji o odrzuceniu oferty - pismo z dnia 05.07.2019 r.. Lakoniczne stwierdzenie przez Zamawiającego, iż: „Wbrew wyraźnemu żądaniu Zamawiającego zawartemu w wezwaniu z dnia 06.06.2019 r. nie przedstawili Państwo szczegółowej kalkulacji wyceny umowy o dzieło, na podstawie której planujecie Państwo zatrudnić archeologów przy prowadzeniu nadzoru archeologicznego na budowie II linii metra. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że złożona przez Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia." jest, w ocenie Odwołującego, niezrozumiałe w kontekście rzeczywistej treści pkt 6 wyjaśnień, i w tym zakresie pozbawia Odwołującego możliwości przedstawienia precyzyjnej argumentacji. Uzasadnienie odrzucenia, w tym punkcie należy uznać za niewystarczające i naruszające przywołane powyżej przepisy prawa zamówień publicznych.

Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie KIO „Przyczyny podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Z tego względu brak precyzyjnego wskazania z czego wynikała taka, a nie inna ocena złożonych wyjaśnień, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie odrzucenia jego oferty. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty.” - wyrok KIO z dnia 18.09.2017 KIO 1857/17.

Niezależnie od powyższych aspektów, Odwołujący podkreślił, iż zaoferował on cenę realistyczną, wiarygodną i gwarantującą należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący w ramach dotychczas realizowanych kontraktów współpracował na analogicznych zasadach wynagradzania przy podobnych kontraktach, które wykonał należycie, co dodatkowo potwierdza, że przedstawiona wycena umożliwia właściwą realizację zamówienia i nie ma jakichkolwiek podstaw dla uznania, że jest ona rażąco niska.

Jak zostało następnie wskazane w ramach uzasadnienia, w świetle powyższego obowiązek wyjaśnienia podstaw i sposobu kalkulacji ceny oferty Odwołującego został zachowany. Odwołujący również w dodatkowym zakresie wezwania udzielił wyczerpujących i odpowiadających wezwaniu Zamawiającego odpowiedzi i przedstawił stosowne dowody. W tym względzie Odwołujący uznaje jako słuszny jednolity pogląd prezentowany w orzecznictwie KIO, iż: „O cenie rażąco niskiej można mówić w sytuacji gdy jest ona ceną niemożliwą, niewiarygodną zakładającą wykonanie zamówienia poniżej rzeczywistych

kosztów jego realizacji, które obowiązują na rynku w danej branży." - wyrok KIO z dnia 01.06.2018 r. KIO 852/18.

W konsekwencji skoro przedstawiona wycena Odwołującego wraz z przedłożonymi wyjaśnieniami i dowodami jest wyczerpująca, wskazuje, że cena jest wiarygodna i zakładająca wykonanie zamówienia powyżej kosztów (z zyskiem), co zostało wykazane w toku prowadzonego postępowania, w ramach stosownej procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to tym samym brak jest podstaw dla uznania, iż przedstawiona przez Odwołującego cena jest rażąco niska, w szczególności w związku z tym, iż ewentualne podstawy odrzucenia Odwołującego wyniknęły z innych i nieznanych Odwołującemu pobudek, aniżeli formułowane wytyczne i podstawy zawarte w treści SIWZ, w tym w STWiO.

Z podanych powyżej względów dokonane przez Zamawiającego odrzucenie oferty Odwołującego jest, zdaniem tego ostatniego, bezpodstawne i narusza wskazane przepisy ustawy Pzp, zaś przedmiotowe odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W piśmie z dnia 24.07.2019 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W ramach uzasadnienia wskazał m.in., iż kwestionuje on proponowaną przez Odwołującego formę zatrudnienia osób, którymi posługiwać się będzie podczas realizacji przedmiotu zamówienia w formie umowy o dzieło. Zamawiający w powyższym piśmie wskazał ponadto, że w całości podtrzymuje wyliczenia zawarte w piśmie z dnia 05.07.2019 r. informującym Odwołującego o odrzuceniu jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego. We wniesionym środku ochrony prawnej Odwołujący zakwestionował powyższą czynność dążąc do jej eliminacji z obiegu prawnego. W przypadku zaś uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem postępowania jest pełnienie nadzoru archeologicznego przy nadzorowaniu przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. II i III etapu rozbudowy II linii metra.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał oszacowania wartości zamówienia na kwotę 1.341.600,00 zł netto. W dokumentacji postępowania znajduje się dokument z dnia 04.12.2018 r. zatytułowany „Wycena szacunkowa pełnienia nadzoru archeologicznego przy nadzorowaniu przez Metro Warszawskie Spółka z o.o. prac podczas realizacji II i III etapu budowy II linii metra w Warszawie", w ramach którego Zamawiający dokonał oszacowania pracochłonności godzinnej nadzoru, z uwzględnieniem postanowień STWiO, w tym konieczności „Stałej obecności archeologa w trakcie prac ziemnych ingerujących w warstwy, w których mogą wystąpić obiekty archeologiczne lub nawarstwienia antropogeniczne" na łączną liczbę godzin 10.320 (28 miesięcy x 120 h + 25 miesięcy x 80 h + 31 miesięcy x 160 h = 10.320 h). Jak wynika z powyższego dokumentu „Wycenę wykonano w oparciu o SZWPP 2016 - podrozdział 1.10 - metoda wartościowa. Przyjęta stawka - 130 zł/h netto - dla prac wykonywanych w zespole pracowników o różnych kwalifikacjach (analogia)".

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 1.033.200,00 zł brutto. Druga ofertę złożył wykonawca Państwowe Muzeum Archeologiczne w Warszawie z ceną ofertową wynoszącą 1.411.210,98 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 08.03.2019 r. wszczął wobec Odwołującego postępowanie wyjaśniające oparte o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że w powyższym piśmie Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym jej elementów składowych, z uwzględnieniem przyczyn zaoferowania tak niskiej ceny oraz załączenia dowodów potwierdzających prawidłowe wyliczenie zaoferowanej ceny.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 13.03.2019 r. złożył wyjaśnienia (objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa), do których dołączył oświadczenia dedykowane na stanowiska zarówno koordynatora budowy, koordynatorów poszczególnych zespołów, osób przewidzianych do wykonania comiesięcznych raportów, jak również archeologów sprawujących bezpośredni nadzór archeologiczny, w tym projekty umów z tymi osobami. Wyjaśnienia powyższe zostały zastrzeżone przez Odwołującego jako dokument zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa.

W swoich wyjaśnieniach Odwołujący szczegółowo podał podstawy kalkulacji, a także kalkulację kosztów.

Izba ustaliła, że przedmiotowa kalkulacja kosztów zawierała wskazanie wynagrodzenia pracowników/osób realizujących zadanie w następujący sposób:

a) Koordynator zespołu odcinek wschodnio - północny (II etap): 28 miesięcy x

.....złotych brutto (umowa o pracę, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) =

.....złotych

b) Koordynator zespołu odcinek zachodni (II etap): 25 miesięcy x .....złotych brutto

(umowa o pracę, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ...złotych

c) Koordynator zespołu odcinek zachodni (III etap): 31 miesięcy x ....złotych brutto

(umowa o pracę, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) =.....złotych

d) Osoba prowadząca bezpośrednio nadzór archeologiczny na odcinku wschodnio -

północny (II etap): 28 miesięcy x 3 osoby x ....złotych brutto (umowa o dzieło, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) =.....złotych

e) Osoba prowadząca bezpośrednio nadzór archeologiczny na odcinku zachodnim (II etap): 25 miesięcy x 2 osoby x ....złotych brutto (umowa o dzieło, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ...złotych

f) Osoba prowadząca bezpośrednio nadzór archeologiczny na odcinku zachodnim (III etap): 31 miesięcy x 4 osoby x ....złotych brutto (umowa o dzieło, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ...złotych

g) Koordynator odpowiedzialny za realizację umowy: 31 miesiące x ....złotych brutto (umowa o pracę, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ...złotych

h) Osoby zatrudnione na stanowiskach konserwatorów zabytków: 4 osoby x .... złotych brutto (umowa zlecenie, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ... złotych.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący podał pozostałe koszty takie jak:

a) Przeprowadzenie kwerendy źródłowej w celu ustalenia historycznej zabudowy - ... .złotych (umowa o dzieło)

b) Opracowanie programu badań archeologicznych -....złotych

c) Pozyskanie w imieniu zamawiającego pozwolenia na prowadzenie badan archeologicznych -... .złotych

d) Konserwacja i przechowywanie materiału zabytkowego pozyskanego podczas badań - ....złotych

e) Koszt wyposażenia pracowników zatrudnionych na umowę o pracę we wszelki niezbędny do realizacji zamówienia sprzęt -... .złotych.

f) Prowadzenia ewentualnych interwencyjnych badań wykopaliskowych reliktów architektury, nawarstwień antropogenicznych, szczątków ludzkich lub obiektów archeologicznych (koszty niezwiązane z pracą ludzką i uwzględniające doraźne zapotrzebowanie zatrudnienia dodatkowych osób), -....złotych - badania w 11 punktach (miejsca budowy stacji) o średniej powierzchni do 10 arów w każdym punkcie (przy średnim koszcie kalkulacyjnym za 1 ar przebadanej powierzchni ....zł -....zł); badania poza obrębem budowy stacji - badania w 20 punktach o średniej powierzchni do 5 arów w każdym punkcie (przy średnim koszcie kalkulacyjnym za 1 ar przebadanej powierzchni ... .zł -... .zł).

Odwołujący wskazał również w wyjaśnieniach wartość rezerwy i szacowany zysk.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 28.03.2019 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9.1 ppkt 2 lit. a-c SIWZ oraz pkt 9.1 ppkt 2 lit. d SIWZ

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 08.04.2019 r. złożył następujące dokumenty:

- Wykaz osób, o których mowa w pkt 9.1 ppkt 2 lit. a-c SIWZ, dostępnych Wykonawcy podczas realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

- Opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych zastosowanych przez Wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opis zaplecza konserwatorskiego posiadanego przez Wykonawcę (na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 9.1 ppkt 2 lit. d SIWZ).

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 19.04.2019 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie, które zostało rozpoznane pod sygn. akt KIO 776/19. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 maja 2019 r. uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn z przedmiotowego przetargu, nakazała Zamawiającemu dalsze prowadzenie postępowania w trybie przepisu art. 90 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) oraz nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający pismem z dnia 06.06.2019 r. poinformował wykonawców, iż w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r. sygn. akt KIO 776/19 unieważnia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i deklaruje dalsze prowadzenie postępowania wyjaśniającego w oparciu o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie pismem z dnia 06.06.2019 r. Zamawiający powtórnie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu skalkulowania wynagrodzenia, w tym złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących kosztów składających się na wysokość oferty zadając wykonawcy 6 szczegółowych pytań odnoszących się do składników wynagrodzenia.

Odwołujący pismem z dnia 13.06.2019 r. złożył wyjaśnienia w związku z powyższym wezwaniem Zamawiającego, które zostały w całości objęte zastrzeżeniem, jako informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi Odwołujący odniósł się do wszystkich punktów zawartych w piśmie Zamawiającego.

W piśmie z dnia 05.07.2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego szereg informacji związanych z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny zostało objęte przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe obejmowało zarówno, wezwania do wyjaśnień, odpowiedzi na pytania Zamawiającego, część argumentacji odwołania, jak również istotne merytoryczne fragmenty odpowiedzi na odwołanie. Kwestia objęcia tych informacji zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa nie była przedmiotem zaskarżenia - zatem zastrzeżenie to wiąże Izbę w ramach prezentowania stanu faktycznego oraz uzasadnienia prawnego. Stąd też Izba swoją argumentację zaprezentowała w sposób respektujący powyższe zastrzeżenie.

W zakresie postępowania dowodowego Izba wskazuje, iż w ramach postępowania odwoławczego, mając na uwadze treść art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, ocenie podlegają czynności podmiotu zamawiającego przedsiębrane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Izba oceniając podniesione w ramach rozpoznawanego odwołania zarzuty wzięła pod uwagę przedstawione przez Odwołującego dowody i wyjaśnienia, treść złożonej oferty i ocenę tych wyjaśnień oraz dowodów dokonaną przez Zamawiającego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, w tym orzeczeniu Izby w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 893/14, które to stanowisko Izba w niniejszym składzie podziela w całej

rozciągłości: Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą być przy tym znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego - celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia lub odrzucenia oferty - a nie przedstawiane dopiero w toku postępowania odwoławczego. W innym wyroku z dnia z dnia 3 czerwca 2014 r. sygn. KIO 893/14 wskazano, że złożenie nowych dokumentów w celu wykazania prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest spóźnione i nie może zostać wzięte pod uwagę przy ocenie, czy oferta danego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Powyższe, jak wskazano powyżej, jest wynikiem faktu, że ocenie w ramach postępowania odwoławczego podlegają czynności podmiotu zamawiającego przedsiębrane przez tego ostatniego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe należy mieć również na względzie ze względu na okoliczność, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 24.07.2019 r.) jednym z zasadniczych argumentów przemawiających, zdaniem Zamawiającego, za oddaleniem odwołania wskazał proponowaną przez Odwołującego formę zatrudnienia. W tym miejscu Izba wskazuje, po pierwsze, iż przesłanka ta nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty Odwołującego (vide pismo z dnia 05.07.2019 r.). Po drugie, Izba przychylając się do stanowiska Odwołującego wskazuje, iż kwestia braku zastrzeżenia formy umowy dla archeologów została rozstrzygnięta w sposób wiążący dla niniejszego postępowania w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r., (sygn. akt KIO 776/19). Jak bowiem wynika z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania nie zastrzegł formy zatrudnienia personelu wykonawcy.

Nie oznacza to jednak, że wykonawca wobec którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny nie może podjąć kroków do obrony swojego stanowiska, w tym przedstawiać w tym zakresie dowodów. Wszakże sam przepis art. 190 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp nakłada na takiego wykonawcę ciężar udowodnienia w tym zakresie, tj. że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Istotą stanowiska wypracowanego przez orzecznictwo jest bowiem to, że wykonawca ten nie może prezentować nowych okoliczności, nowych założeń w kontekście ustalenia ceny ofertowej, lecz winien dowodzić, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sprostał ciążącym na nim obowiązkom wynikającym z wezwania. W ocenie Izby Odwołujący w ramach postępowania dowodowego nie wyszedł poza wyjaśnienia przekazane Zamawiającemu konsekwentnie trzymając się zawartych tam informacji.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga również, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05],

Jak zaś skonstatował Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.''. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. O prawidłowości skonstruowania wynagrodzenia przez poszczególnych wykonawców nie przesądzają również różnice procentowe. Izba podzieliła w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej.

Odnosząc się do meritum sporu w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż przedmiot zamówienia obejmuje usługę nadzoru archeologicznego związaną z realizacją robót budowlanych obejmujących budowę II linii metra w Warszawie. Tym samym, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia z tzw. usługami miękkimi, tj. z usługami których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Koszty materiałowe, koszty stałe oraz koszty zewnętrzne dla świadczącego tego typu usługę oscylują w okolicach kilkunastu procent (niezwykle rzadko przekraczają 20%) ceny całkowitej. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę, po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia

za pracę, który to aspekt nie stanowił jednak podstawy sporu pomiędzy Stronami. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tle na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca którą ma świadczyć - ustawodawca zaś w tym zakresie, poza jej minimalną wartością, nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów.

Usługi obejmujące nadzory archeologiczne cechują się specyfiką właściwą dla wszystkich usług opartych na pracy intelektualnej wykwalifikowanej kadry - trudnością w przyjęciu szacunkowej wartości takich usług. Powyższe wynika bowiem z faktu, iż o cenie decydują w dużej mierze czynniki niezależne całkowicie od okoliczności związanych z przedmiotem zamówienia - mogących obejmować takie elementy jak: dogodne dla wykonawcy i osób świadczących usługę miejsce realizacji świadczenia, zaangażowanie osób realizujących usługę w inne projekty, w tym projekty położone na zbliżonym obszarze, dodatkowe dochody uzyskiwane przez osoby przewidziane do świadczenia tego typu usług (zatrudnienie w ramach innych stosunków, świadczenia emerytalne, rentowe itp.), znajomość miejsca świadczenia usług (w tym wypadku jego charakteru, historii, dotychczasowych przekształceń terenu) oraz znajomość innych uczestników procesu budowlanego, w tym znajomość potrzeb i specyficznych oczekiwań podmiotu zamawiającego oraz potencjał wykonawczy podmiotu, który będzie realizował roboty budowlane i prace projektowe. Czynniki te powodują bowiem znaczne trudności z oszacowaniu, oraz w późniejszy etapie procesu ubiegania się o zamówienie publiczne, w weryfikacji ceny zaoferowanej przez poszczególnych wykonawców. Na powyższe okoliczności wskazał Izba w wyroku z dnia 17 października 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 1737/16.

Co istotne ewentualne dogodne warunki realizacji czynności przez personel zaangażowany przez wykonawcę są również elementami niezależnymi od podmiotu, który ubiega się o zamówienie. Z reguły jest bowiem tak, że to nie wykonawca „narzuca" takie stawki osobom, z którymi zamierza współpracować, ale zazwyczaj akceptuje propozycje ze strony tych osób. W takich bowiem okolicznościach zakres swobody wykonawcy ogranicza się zazwyczaj do ustalenia marży, możliwość optymalizacji podatkowej, redukcji kosztów stałych, czy też poszukiwania tańszych podwykonawców lub dostawców. Jest to bowiem cecha immanentnie związana z tego typu usługami (usługami intelektualnymi) i dotyczy również usługi nadzoru archeologicznego. W tym wypadku Odwołujący zwracał uwagę na okoliczność, iż wynagrodzenie archeologów zostało określone w formie ryczałtu, jak również dostrzeżenia wymaga okoliczność, że pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym zasadniczą osią sporu był sposób realizacji świadczenia, która to kwestia zostanie poruszona w dalszej części uzasadnienia.

Izba oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, dołączone do nich dowody z dokumentów uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, że Odwołujący złożył ofertę zawierającą rażąco niska cenę. Mając na uwadze wypracowane w orzecznictwie Izby oraz Sądów Okręgowych wytyczne związane z pojęciem rażąco niskiej ceny uznać można jedynie, że wynagrodzenie zaoferowane przez Odwołującego jest na niskim poziomie, co nie powoduje konieczności odrzucenia tej oferty. Odwołujący w dwukrotnie składanych wyjaśnieniach odniósł się, co do zasady, do wszystkich kwestii poruszonych przez Zamawiającego, w drugich zaś wyjaśnieniach wskazał na formę wynagrodzenia, zakres obowiązków archeologa, jak również odniósł się do dowodów załączonych do wyjaśnień z dnia 13.03.2019 r. (oświadczenia i umowy cywilnoprawne).

Wraz z pierwszymi wyjaśnieniami Odwołujący przedstawił wszystkie składniki skalkulowanego wynagrodzenia (obejmujące zarówno umowy o pracę, umowy zlecenia, jak również umowy o dzieło) oraz przedstawił okoliczności, które pozwoliły mu na optymalizację wynagrodzenia. Do wyjaśnień z dnia 13.03.2019 r. zostały dołączone oświadczenia osób wyrażających zgodę na pełnienie obowiązków odsyłające wprost do zakresu świadczenia przewidzianego w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, jak również umowy cywilnoprawne, które w § 4 zawierają pełny zakres obowiązków dla archeologa korespondujący z wymaganiami SIWZ oraz STWiO.

Zwrócić należy uwagę, że oświadczenia, zobowiązania oraz umowy te nie zostały przez Zamawiającego podważone, Zamawiający nie doszukał się rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami a zakresem przewidzianego do realizacji świadczenia. Zamawiający, co istotne, dopiero w odpowiedzi na odwołanie zakwestionował nie tyle treść tych umów, lecz jedynie samą formę zatrudnienia personelu, która to okoliczność została przez Izbę pominięta ze względów wskazanych we wstępnej części niniejszego uzasadnienia. W tym miejscu, jedynie na marginesie należy wskazać, iż stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ wzór umowy, w zestawieniu z treścią SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) oraz postanowieniami STWiO (w szczególności punktami 1-3) wskazuje, że mamy do czynienia z umową starannego działania z kilkoma elementami wskazującymi na umowę rezultatu (wraz z przeniesieniem praw autorskich do wykonanych raportów). Na taką kwalifikację tego

kontraktu wskazują nie tylko jego postanowienia, lecz przede wszystkim materia do którego odnosi się to zobowiązanie. Wszakże zakres obowiązków i działań poszczególnych osób na kontrakcie będzie zależny od zdarzeń, które mogą, lecz nie muszą wystąpić. Działania koordynatorów, oraz w szczególności archeologów, będą uzależnione od występowania warstw zawierających obiekty archeologiczne lub nawarstwienia antropogeniczne (vide pkt 2.2. lit. d STWiO). Powyższe nie może automatycznie powodować, iż umowy prawa cywilnego zawierane pomiędzy potencjalnym wykonawcą a personelem powinny nakładać na tenże personel wyższe obowiązki, niż wynikają z projektu umowy, która zostanie podpisana po udzieleniu zamówienia pomiędzy wyłonionym w postępowaniu wykonawcą a podmiotem zamawiającym. Powyższe odnosi się tym bardziej do formy zatrudnienia personelu.

Poddając analizie oświadczenie woli Zamawiającego o odrzuceniu oferty, zawarte w piśmie z dnia 05.07.2019 r., należy zwrócić uwagę i poddać ocenie założenia godzinowe pracy archeologów, które zostały szczegółowo wyliczone przez Zamawiającego. Przyjmując jako punkt wyjścia wyliczoną przez Zamawiającego sumaryczną liczbę godzin pracy zespołu archeologów na poziomie 123.840 godzin i minimalną stawkę godzinową na poziomie 14,70 zł otrzymujemy kwotę 1.820.448,00 zł, tj. wartość wyższą nie tylko od ceny ofert złożonych w postępowaniu ale, jak słusznie wskazał w toku rozprawy Odwołujący, wyższą niż wartość szacunkowa zamówienia. Kwota ta nie obejmuje kosztów zatrudnienia koordynatorów, kosztów przechowywania, zabezpieczenia i konserwacji znalezisk, kosztów stałych przedsiębiorstwa, zatrudnienia konserwatorów, kosztów przeniesienia praw autorskich itd. Powyższe pokazuje, iż założenie Zamawiającego odnoszące się do wyliczenia wynagrodzenia na podstawie samej liczby trwania prac budowlanych i liczby odcinków (a więc i archeologów sprawujących bezpośredni nadzór archeologiczny) jest z założenia obarczona błędami. Założenie to nie wytrzymuje konfrontacji z realiami zadania inwestycyjnego, jak również z czynnikami mikroekonomicznymi związanymi z realizacją kontraktu. Nadto, na co słusznie zwracał uwagę Odwołujący, Zamawiający prezentując czas realizacji robót, raz wskazywał na konieczność pracy 16 godzin na dobę, zaś kolejnym razem na konieczność pracy 24 godziny na dobę (praca nadzoru związanego z czasem pracy tarczy drążącej). W odniesieniu do powyższego założenia Izba zawraca uwagę na okoliczność, że w dokumentacji postępowania znajduje się dokument z dnia 04.12.2018 r. zatytułowany „Wycena szacunkowa pełnienia nadzoru archeologicznego przy nadzorowaniu przez Metro Warszawskie Spółka z o. o. prac podczas realizacji II i III etapu budowy II linii metra w Warszawie", w ramach którego sam Zamawiający dokonał oszacowania pracochłonności godzinnej nadzoru, z uwzględnieniem postanowień STWiO, w tym konieczności „Stałej obecności archeologa w trakcie prac ziemnych ingerujących w warstwy, w których mogą wystąpić obiekty archeologiczne lub nawarstwienia antropogeniczne" na łączną liczbę godzin 10.320 (28 miesięcy x 120 h + 25 miesięcy x 80 h + 31 miesięcy x 160 h = 10.320 h). Jak wynika z powyższego dokumentu „Wycenę wykonano w oparciu o ŚZWPP 2016 - podrozdział 1.10 - metoda wartościowa. Przyjęta stawka - 130 zł/h netto - dla prac wykonywanych w zespole pracowników o różnych kwalifikacjach (analogia)". Już tylko ten dokument pokazuje, że przyjęte przez Zamawiającego na potrzeby niniejszego sporu założenia godzinowej pracochłonności są oderwane od realiów.

W niniejszym wypadku, mając również na uwadze założenia przyjęte przez Zamawiającego do określenia szacunkowej wartości zamówienia i stanowisko prezentowane na rozprawie, za element ważny do rozpoznania wniesionego odwołania, należy uznać zakreślenie zasadniczej osi sporu pomiędzy Stronami. Poddając szczegółowej analizie stanowisko Zamawiającego i Odwołującego nie sposób odnieść wrażenia, iż przedmiotem sporu jest de facto przewidywany sposób realizacji świadczenia. Taka konkluzja wyłania się z analizy stanowisk Stron zaprezentowanych w toku rozprawy mającej miejsce w dniu 26 lipca 2019 r. Odwołujący wskazywał w toku rozprawy, jaki jest jego zdaniem sposób realizacji świadczenia wskazując, iż obowiązek „Stałej obecności archeologa w trakcie prac ziemnych (...)" należy odnosić do dalszej części pkt 2.2. lit d) STWiO, tj. do „(...) prac ziemnych ingerujących w warstwy, w których mogą wystąpić obiekty archeologiczne lub nawarstwienia antropogeniczne". Odwołujący podnosił również, że: „W zakresie pkt. 1 pisma z dnia 5 lipca 2019 r. odwołujący cytuje stanowisko zamawiającego wzmiankujące o konieczności stałej obecności w trakcie prac ziemnych, jednakże zamawiający pominął pełną treść wymogu pkt 2.2D STWIO, gdzie znajduje się dalszy ciąg tego wymogu, i tu cytuje ingerujących, m.in. w warstwy archeologiczne. Według zamawiającego, powyższy wymóg jest podstawą zakwestionowania wyliczeń wynagrodzenia. Zamawiający przyjął w wyliczeniach konieczność pobytu archeologa 16 godzin dziennie, przemnażając to przez ilość dni i wyliczając łączną liczbę godzin. Odwołujący nie podziela takiego sposobu rozumienia postanowień STWiO, nie zawsze bowiem prace będą ingerowały w prace archeologiczne, co wynika z przebiegu prac - a zatem zamawiający myli się w swoich założeniach. (...) Stała obecność nie wynika bowiem z charakteru tych prac, gdyż prace ziemne w ramach robót budowlanych to pewien proces, w ramach którego nadzór archeologiczny ma za zadanie stwierdzić, czy w trakcie ich prowadzenia następują ich zagrożenia dla zabytków znajdujących się w tych warstwach. Ta ocena następuje na etapie wstępnym robót ziemnych i jeżeli takie zagrożenia nie zostaną stwierdzone prace są kontynuowane. Jeżeli wystąpi możliwość zagrożenia dla zabytków ujętych w tych warstwach dochodzi do wstrzymania

robót i wówczas nadzór oddaje pole konserwatoria zabytków. Po przejęciu nadzoru przez nadzór konserwatorski rola nadzoru archeologicznego dla tego miejsc się kończy. Nadzór konserwatorski każdorazowo potwierdza takie zdarzenie stosowną decyzją. ”.

Odnosząc się do powyżej wskazanych rozbieżności pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, nie sposób odnieść wrażenia, iż spór referuje do przesłanki ujętej w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wszakże przewidywany sposób realizacji świadczenia jest elementem merytorycznej treści oferty, która to przesłanka nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba poddając analizie stanowiska Stron wskazuje, że Zamawiający pojęcie „stałego nadzoru archeologa” rozumiał dosłownie, tj. przez konieczność nadzoru archeologicznego pełnioną dla każdego odcinka i obiektu przez minimum jedną osobę przez 16 godzin na dobę, a nawet przez obecność 24 godziny na dobę. W ocenie Izby takie założenie nie znajduje uzasadnienia w charakterze przyszłego świadczenia, zaś optymalizacja czasu pracy archeologów sprawujący bezpośredni nadzór, poczyniona przez Odwołującego, znajduje swoje logiczne uzasadnienie. Co niezwykle istotne, takiego założenia, jakie Zamawiający poczynił w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, jak również w odpowiedzi na odwołanie i stanowisku wyrażonym na rozprawie (konieczność przyjęcia łącznej liczby godzin na poziomie 123.840), nie poczynił żaden wykonawca - na co wskazują zaoferowane przez nich ceny ofertowe. Co również istotne nie było ono również przedmiotem wstępnych szacunków Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania. Nie jest zatem Izbie znany powód przyjęcia na etapie postępowania odwoławczego szacunku czasowego na

poziomie wskazanej wyżej wartości 123.840 godzin.

Jak wskazano na wstępie, kształtowanie wysokości wynagrodzenia dla personelu jest zależne od wielu czynników, nie tylko mikro i makroekonomicznych, ale również od sytuacji zawodowej i osobistej pracowników, ich preferencji oraz ograniczeń. Istotą procedury uregulowanej w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp jest uzyskanie informacji od wykonawcy, nie zaś prowadzenie przez Zamawiającego samodzielnego dochodzenia zmierzającego do weryfikacji przedłożonych dowodów. W szczególności jeżeli podważanie wyjaśnień i dołączonych do nich dowodów opiera się na niemiarodajnych i nierealnych danych wyjściowych.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, Izba wskazuje, że nie doszukała się podstaw do kwestionowania przyjęcia wyjaśnień Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zawarte tam wynagrodzenia personelu kluczowego (koordynatorów), ani nie są ustalone na poziomie płacy minimalnej, ani nie zawierają w sobie irracjonalnych założeń. Co do wynagrodzenia archeologów Odwołujący powołał się na ryczałt, który jest w znacznej części wynikiem analizy sposobu realizacji świadczenia, w tym określenia jego zakresu i przewidywanych warunków terenowych realizacji inwestycji. Odwołujący w ramach wynagrodzenia przewidział nie tylko zysk, lecz również pewien poziom rezerwy środków.

Następnie Izba wskazuje, że co do zasady, w ramach procesu wyjaśniania ceny ofertowej wykonawca odpowiada na wyartykułowane wątpliwości podmiotu zamawiającego, w tym odpowiada nierzadko na bardzo szczegółowe pytania. Oznacza to, że jego wyjaśnienia są ściśle związane z kierowanymi do niego przez zamawiającego pytaniami i trudno zakładać, że winien on wyjaśniać wszelkie składniki ceny - nawet te które nie budzą u zamawiającego żadnych wątpliwości. Dodatkowo ocena wyjaśnień przez podmiot zamawiający powinna uwzględniać prezentowany przez wykonawcę sposób realizacji świadczenia. Jego pominięcie lub poczynienie nieracjonalnych założeń, jak miało to miejsce w niniejszym wypadku (w stosunku do ilości zakładanych przez Zamawiającego godzin), nie może prowadzić do wniosków, które nie uwzględniają charakteru świadczenia.

W toku rozprawy Odwołujący wskazywał ponadto, odpierając założenia i argumenty Zamawiającego, że: „(...) celem nadzoru jest stwierdzenie występowania struktur archeologicznych, które występują jedynie do pewnej głębokości. Stąd np. w kopalniach nie stosuje się tego typu nadzoru. Z obowiązujących pragmatyków wynika, że przy czynności drążenia archeolog jest w stanie stwierdzić, czy drążenie odbywa się w nienaruszonych strukturach geologicznych, czy w takich, w których mogą wystąpić materiału archeologiczne. Stwierdzenie drążenia w strukturach geologicznych powoduje, że nie jest konieczny dalszy nadzór. (...) W zakresie argumentów dotyczących przedłożenia istniejącej infrastruktury zwraca uwagę, że są to obszary wtórnie przekształcone i naruszone, i nie prowadzi się na tych obszarach nadzoru archeologicznego. Archeolog jedynie stwierdza fakt wystąpienia tego rodzaju warstw. Podnosi również, że teren miasta to teren wtórnie przekształcony. Rola archeologa polega na stwierdzeniu wystąpienia przekształceń współczesnych nieobjętych

nadzorem archeologicznym. Nie można zatem zgodzić się z zamawiającym, że nadzór ten jest niezbędny przy wszelkich prowadzonych robotach. To wykonawcy organizują prace na terenie inwestycji".

W ocenie Izby zaprezentowana przez Odwołującego argumentacja, co do sposobu realizacji świadczenia, jest racjonalna i spójna, i co najistotniejsze uwzględnia ona charakter miejsca, na którym mają być realizowana prace, jak również sposób realizacji tychże prac.

Tym samym Izba nie podzieliła argumentu Zamawiającego, że Odwołujący nie odniósł się w swoich drugich wyjaśnieniach (pismo z dnia 13.06.2019 r.) do pytań o numerach 1 i 6 sformułowanych w wezwaniu z dnia 06.06.2019 r. W ocenie Izby powyższe wyjaśnienia należy oceniać z uwzględnieniem przyjętej przez Odwołującego metodologii realizacji przedmiotu świadczenia, jak również uwzględniając zasadę swobody umów oraz fakt, iż przedmiot świadczenia będzie realizowany przez zespół ludzi, w tym nie tylko archeologów bezpośrednio nadzorujących roboty ziemne na poszczególnych odcinkach, lecz również koordynatora budowy i koordynatorów zespołów oraz konserwatorów zabytków archeologicznych. Zespół dedykowany przez Odwołującego do realizacji przedmiotu zamówienia posiada wymagane kwalifikacje - zatem może on nie tylko współdziałać przy realizacji przedmiotu zamówienia, lecz również uzupełniać i zastępować się wzajemnie w określonych sytuacjach.

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie procedura wyjaśniania wątpliwości związanych z kształtowaniem wynagrodzenia jest bardzo specyficznym rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę na rażąco niskim poziomie, a więc cenę skalkulowaną w sposób nieprawidłowy, nierealny w sposób oczywisty i nie uwzględniający wszystkich czynników cenotwórczych. Takiej eliminacji nie powinny podlegać oferty zawierające ceny niskie, jednakże możliwe do uzyskania w standardowym procesie ofertowania i gwarantujące należyte spełnienie świadczenia. Kształtowanie cen jest bowiem elementem gry rynkowej pozwalającym wykonawcom na konkurowanie w ramach procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. W przeciwnym wypadku, tj. przy każdorazowym badaniu ofert z cenami ustalonymi na niskim poziomie, dochodziłoby do sytuacji, że każdy mechanizm racjonalizacji wysokości wynagrodzenia, każdy mechanizm uzyskiwania rabatów, procesy restrukturyzacji przedsiębiorstw, procedury naprawcze, czy wreszcie stosowanie dopuszczalnej prawem optymalizacji podatkowej skutkowałyby odrzuceniem oferty.

W ocenie Izby wyjaśnienia kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie są li tylko formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego - a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia. Oznaczałoby to wówczas konieczność odrzucenia oferty z uzasadnioną ekonomicznie ceną ze względu na pewne braki procedury - a więc eliminowanie z przyczyn formalnych rzetelnie skalkulowanych ofert - pomimo faktu, że kontunuowanie tej procedury może przynieść cel, jakim jest przedstawienie dowodów i wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanego wynagrodzenia. (vide wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1336/17)

W ramach stosowania instytucji uregulowanej w treści art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp rysuje się jeszcze jeden problem natury praktycznej. W przypadku błędnego założenia, że istnieją podstawy do postawienia wykonawcy zarzutu rażąco niskiej ceny, przy tak zakreślonym w ustawie ciężarze dowodu (vide art. 90 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1a ustawy Pzp) wykazanie realności ceny będzie niosło za sobą znaczne trudności natury dowodowej. Nie sposób bowiem przedstawić dowodów na okoliczność zastosowania metod pozwalających uzyskanie znacznych oszczędności, czy też pomocy publicznej lub sprzyjających dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, jeżeli cena zawarta w ofercie jest zwykłą ceną rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod bez wykorzystania jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności i technik. Wówczas wykonawca będzie musiał zmierzyć się z koniecznością niejako „poszukiwania” dowodów na potwierdzenie faktów, które nie stanowiły podstaw ustalenia i nie przesądzały o wysokości tego wynagrodzenia. Z taką sytuacją będziemy mieli przede wszystkim do czynienia w przypadku, gdyż jeden z wykonawców zaoferuje realizację przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem rażąco zawyżonym, co doprowadzi do uruchomienia mechanizmu wskazanego w drugiej części alternatywy zawartej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wobec

pozostałych wykonawców przez niejako sztuczne „wprowadzenie” ich ofert do poziomu kwalifikującego je do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, ze potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ten ostatni został naruszony w ten sposób, że Zamawiający mimo przyjęcia założenia godzinowego dla nadzoru archeologicznego na poziomie 123.840 godzin do złożenia wyjaśnień wezwał tylko Odwołującego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: