

Sygn. akt: KIO 3435/20

WYROK
z dnia 19 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie -

Konsorcjum w składzie:

B-Act Sp. z o.o., EKOCESTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. siedzibą lidera: ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności PAN w Olsztynie, ul. Tuwima 10 10-748 Olsztyn,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: **Bud-Invent Sp. z o.o., I. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUB „Inżynier” I. G. z siedzibą lidera: ul. Żupnicza 17 lok. 5, 03-821 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: B-Act Sp. z o.o., EKOCESTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. siedzibą lidera:

ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: B-Act Sp. z o.o., EKOCESTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. siedzibą lidera: ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza kwotę **4084 zł 10 gr** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt cztery złote dziesięć groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: B-Act Sp. z o.o., EKOCESTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. siedzibą lidera: ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz** na rzecz zamawiającego: **Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności PAN w Olsztynie, ul. Tuwima 10 10-748 Olsztyn** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3435/20

Uzasadnienie

Zamawiający, Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności PAN w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy budowie Centrum Badań Środowiska i Innowacyjnych Technologii Żywności dla Jakości Życia”. **Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 czerwca 2020 r. pod Nr Dz.U./S S122 299610-2020-PL**

W dniu 14 grudnia 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum wykonawców w składzie: B-Act Sp. z o.o., EKOCESTRUM- Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bydgoszczy (zwane dalej „Konsorcjum B-Act – EKOCESTRUM”).

Konsorcjum B-Act – EKOCESTRUM wniosło odwołanie wobec czynności **odrzućenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem Pzp w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów**. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i w konsekwencji uznanie przez Zamawiającego, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ;
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez uznanie oferty Odwołującego za zawierającą błędy w obliczeniu ceny;
4. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w wyniku nieuzasadnionego odrzucenia oferty

Odwolującego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenia czynności badania i ceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej
- zasądzenia kosztów procesowych, zgodnie z wynikiem rozstrzygnięcia Izby.

Odwolujący wyjaśnił, że w przypadku uwzględnienia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie mógł ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający, pismem z dnia 02.09.2020 r. na podstawie art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1a Pzp, wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty, w szczególności, czy zaproponowana cena oferty brutto została określona z należytą starannością i czy gwarantuje w sposób rzetelny wykonanie zamówienia. W wezwaniu Zamawiający wymagał: „W przypadku usług kalkulacja winna pokazać co najmniej poniesione koszty wykonania zamówienia (zgodnie z opisem zadań i wymagań w SIWZ i załącznikach) oraz koszty pracy (wynagrodzenia osoby/osób wykonujących usługę wraz z obowiązującymi składkami ZUS i podatkami leżącymi po stronie pracownika i pracodawcy) oraz osiągnięty procent zysku Wykonawcy.”

Odwolujący wskazał, że pismem z dnia 8 września 2020 r. złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, w którym część wyjaśnień i dokumentów została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podczas badania i oceny złożonych dokumentów Zamawiający powziął wątpliwość co do wysokości kwoty przeznaczonej na wynagrodzenie w okresie zgłaszania wad (60 miesięcy trwania umowy) i skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia kolejnych wyjaśnień.

Odwolujący, pismem z dnia 1 października 2020 r., przesłał wyjaśnienia wraz z zastrzeżeniem ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca zamieścił tabelę prezentującą składowe kalkulacji kosztu świadczenia usługi w okresie zgłaszania wad na kwotę netto, zgodną z pierwotną kalkulacją przedłożoną Zamawiającemu. Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o potwierdzenie, że całkowity koszt zaplanowany na okres 60 miesięcy świadczenia usługi w okresie zgłaszania wad, stanowi tylko i wyłącznie kwota przedstawiona w złożonej tabeli, tj. kwota netto powiększona o podatek VAT.

Odwolujący, pismem z dnia 7 października 2020r., złożył wyjaśnienia wraz z zastrzeżeniem ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w których potwierdził, że całkowity koszt zaplanowany na okres 60 miesięcy świadczenia usługi w okresie zgłaszania wad, stanowi kwota netto powiększona o podatek VAT - podana w poprzednio złożonych wyjaśnieniach, jednocześnie wskazując, że pozostała kwota oferty jest przeznaczona na realizację usługi w okresie projektowania i budowy przedmiotowej inwestycji.

Według informacji podanych przez Zamawiającego, przeprowadzona analiza i badanie oferty oraz złożonych wyjaśnień wykazały, że Odwołujący nie udowodnił i nie potwierdził, że cena złożonej oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji powołał się na rozdz. IV SIWZ oraz rozdz. XIII SIWZ, zawierający opis sposobu obliczania ceny i wynagrodzenia wykonawcy: „3. Wynagrodzenie o którym mowa w ust. 2 podzielone będzie w następujący sposób: a) 90% wartości wynagrodzenia - za wykonanie zakresu usług w okresie realizacji inwestycji (projektowanie i budowa), b) 10% wartości wynagrodzenia - za wykonanie zakresu usług w okresie zgłaszania wad.” Zamawiający wskazał, że z przedłożonej i potwierdzonej przez Odwołującego kalkulacji kosztów świadczenia usługi w okresie zgłaszania wad wynika, że na okres 60 miesięcy została zaplanowana kwota w wysokości 4,53% kwoty brutto oferty. Zdaniem Zamawiającego, wyjaśnienia i argumentacja Odwołującego nie może być uznana za prawidłowe wyjaśnienie kalkulacji ceny oferty, ponieważ nie uwzględniają wymagań określonych w dokumentacji przetargowej. Procentowy podział płatności za świadczenia usługi w okresie budowy i w okresie zgłaszania wad należało uwzględnić w wyjaśnieniach i prawidłowo wykazać wartości poszczególnych pozycji kosztowych, zaplanowanych przez wykonawcę. Zamawiający podniósł, że zgodnie z dokumentacją przetargową i wzorem umowy, nie ma możliwości wypłacenia wykonawcy za okres świadczenia usługi w okresie budowy, większej wartości niż 90% wartości brutto umowy. Z wyjaśnień Odwołującego wynika, że zaplanował on wydatki na kwotę o wartości procentowej 95,47% wartości brutto oferty przy możliwości uzyskania środków maksymalnie na poziomie 90% wartości brutto oferty. Jednocześnie, na okres zgłaszania wad, wartość usługi została niedoszacowana, tj. obniżona do wysokości 4,53% wartości brutto oferty.

Powyższa kalkulacja wskazuje więc na:

- a) niezgodność wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy z opisem zawartym w dokumentacji przetargowej, w tym wzorze umowy,
- b) nieprawidłowy podział kwoty, skutkujący wątpliwościami Zamawiającego co do kalkulacji poszczególnych kosztów wykonawcy na etapie nadzoru budowy oraz etapie zgłaszania wad,
- c) nieprawidłowości w całkowitej kwocie skalkulowanej oferty, która stanowi tylko 52,64% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień Odwołującego i w konsekwencji uznanie przez Zamawiającego, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dokonał starannej oceny wyjaśnień złożonych w ramach badania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień przez pryzmat podziału kosztów, jakie ponosi wykonawca w całym okresie realizacji umowy, wychodząc z wadliwego założenia, że koszty jakie ponosi wykonawca w kolejnych etapach tej realizacji powinny być równoważne z narzuconym warunkami SIWZ i umowy podziałem płatności wynagrodzenia.

Z oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wynika, że Zamawiający dokonał analizy bardzo wybiórczo, nie odnosząc się do wszystkich jej aspektów. Ponadto, w przypadku gdy wykonawca składa wyjaśnienia, a budzą one wątpliwości lub wymagają dodatkowych uzupełnień Zamawiający mógł poprosić o ich uzupełnienie. Tak Zamawiający nie uczynił co do całości wyjaśnień, a jedynie w stosunku do wysokości kwoty przeznaczonej na wynagrodzenie wykonawcy w okresie zgłaszania wad (60 miesięcy trwania umowy).

Odwolujący podniósł, że złożył bardzo szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do wszystkich składników kosztów mających wpływ na obliczenie oferty, także w zakresie kosztów jakie poniesie w okresie zgłaszania wad. Swoje wyjaśnienia Odwołujący podzielił na kilka aspektów mających w szczególności wpływ na wysokość ponoszonych kosztów, które są charakterystyczne dla usług objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu „Wykonawca nie uzasadnił, jak organizacja pracy osób mających realizować zadania w przedmiotowym postępowaniu i jednocześnie biorących udział w innych projektach zleconych przez Wykonawcę, przełoży się na obniżenie ich kosztów i dlatego będzie się to wiązało z brakiem konieczności

zatrudnienia nowego pracownika na wymagane stanowisko."

Stwierdzenie to nie jest prawdziwe, Odwołujący dokonał szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie. Na wstępie Odwołujący przedstawił informacje nt. 3 kluczowych ekspertów wskazując na fakt, że są to osoby już pracujące na jego rzecz, zatrudnione aktualnie na podobnych kontraktach w pobliżu miejsca świadczenia oferowanej usługi i przez to ich wynagrodzenie na tym kontrakcie nie jest jedynym, jakie uzyskują od wykonawcy, zatem Odwołujący mógł przewidzieć koszty ich wynagrodzenia na założonym poziomie.

Przykładowo Inspektor nadzoru branży elektrycznej – p. K. G. mieszka w Olsztynie, natomiast odnosząc się do osoby p. M. P. Odwołujący poprzez przedstawioną umowę potwierdził i dał tym dowód, że współpracuje z p. M. P. od wielu lat oraz wykazał, jakie stawki ma ustalone z tym ekspertem. Odwołujący na dowód ustaleń poczynionych z p. M. P. przedstawił dodatkowo jego oświadczenie. Oczywiście ma rację Zamawiający, że p. M. P. złożył to oświadczenie w celu okazania go Zamawiającemu, gdyż dla innych celów takie oświadczenie nie jest konieczne. Data wystawienia tego oświadczenia nie ma znaczenia, gdyż potwierdza ona wcześniej poczynione ustalenia. W tym zakresie, przez analogię Odwołujący wskazał na orzecznictwo i piśmiennictwo dotyczące dat wystawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, Zamawiający w zakresie pozostałych ekspertów nie uwzględnił w ramach dokonywanej analizy faktu, iż Odwołujący polega na zasobach firmy z Olsztyna, a więc firmy z siedzibą w miejscu realizacji zamierzenia inwestycyjnego, co również ma wpływ na koszty ponoszone w związku z realizacją usługi. Firma ta zapewnia 4 z 6 kluczowych specjalistów. Zarówno bliskość przedsięwzięcia, jak i możliwość wykorzystania tych samych osób na dwóch kontraktach w sposób znaczny wpływają na możliwość zaoferowania proponowanej ceny za ich pracę. Potwierdzają ten fakt także wyższe ceny innych oferentów z Warszawy, Żyrardowa, Białej Podlaskiej i Poznania, które tego aspektu kalkulacji kosztów nie uwzględniają. Odwołujący wskazał także na rezerwę kosztów na personel dodatkowy w wysokości 52 000 zł netto, która zabezpiecza ryzyko personelu świadczenia usługi.

Odwołujący podniósł, że organizacja pracy i doświadczenie doradcy ma wpływ na koszty realizacji usługi, zła organizacja pracy, brak praktycznej znajomości ryzyk kontraktów budowlanych generuje dodatkowe koszty na ich sfinansowanie, szczególnie przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Firma, działając przez wiele lat na rynku, potrafi rzetelnie skalkulować cenę usługi w świadczeniu, której się specjalizuje i potrafi podejmować działania, aby te ryzyka i koszty ograniczyć. Na obniżenie kosztów świadczenia usługi, co wykazał Odwołujący w wyjaśnieniach miała wpływ w szczególności metodyka oferowanej usługi, którą Odwołujący opisał w załączniku nr 2 do wyjaśnień. Wypracowanie tej metodyki w oparciu o doświadczenia z realizacji kontraktów FIDIC i nie tylko takich powoduje, że Odwołujący nie musi ponosić kosztów opracowania nowych procedur i dokumentów na rzecz nowego kontraktu. Może posłużyć się wypracowanymi wcześniej schematami postępowania zgodnie z procedurami Prawa budowlanego i Prawa zamówień publicznych, wzorami raportów, sprawozdań, listami sprawdzającymi oraz posiadanymi programami pozwalającymi na bieżące kontrolowanie stanu prac. Są to narzędzia stosowane w firmie Odwołującego od 5 lat wspomagające zarządzanie zespołem i nadzorowanym kontraktem budowlanym. Dzięki wdrożeniu tych systemów możliwe jest administrowanie projektami/procesami w chmurze przez wszystkie strony kontraktu, np. w przypadku procesu inwestycyjnego (Inwestor, Wykonawca, Nadzór); w przypadku procesu na linii: kierownictwo, działy produkcji, marketingu. Zamawiający nie analizował tego aspektu kalkulacji ceny oferty, kwitując go jedynie stwierdzeniem, że uzasadnienia Odwołujący były głosowne.

Odwołujący wskazał, że bardzo obszernie wyjaśnił jakim sprzętem komputerowym i oprogramowaniem, środkami transportu dysponuje, wskazując dodatkowo, że dzięki posiadaniu odpowiedniego sprzętu zminimalizuje swoje koszty oraz zwiększy efektywność świadczenia usługi. Wykazy posiadanego sprzętu komputerowego, środków transportu były załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny - załączniki nr 5,6,7 i 8. Zamawiający nie analizował tego aspektu kalkulacji ceny oferty, kwitując go jedynie stwierdzeniem, że Odwołujący nie wykazał.

Zamawiający pominął w swojej analizie fakt, iż w kalkulacji kosztów usługi Odwołujący uwzględnił w kwocie netto zysk 76 648, 25 zł i rezerwę na nieprzewidziane koszty 62 000 zł czyli kwotę 138 648,25 zł netto. Kwota ta stanowi 15,68 % kosztów netto całej usługi. Kwota ta może być wykorzystana na ewentualne dofinansowanie kosztów w okresie usuwania wad.

W ocenie Odwołującego, nie może być podstawą odrzucenia sam fakt, iż cena z oferty jest znacząco niższa od budżetu - to jest tylko podstawa do podjęcia badania ceny przez Zamawiającego. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie odniósł się szczegółowo do złożonych wyjaśnień, a tym bardziej nie zakwestionował żadnej pozycji kosztowej wskazanej w tabeli nr 5 przedłożonej mu w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez Odwołującego, nie wyjaśnił, dlaczego pomimo powoływania się przez wykonawcę na czynniki wpływające w jego opinii na oszczędność metody wykonania zamówienia (wynagrodzenie osób), wybrane rozwiązania techniczne (posiadany sprzęt i narzędzia do zarządzania kontraktami), wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy (współpraca z wykonawcą z Olsztyna i eksperci z Olsztyna), uznał je za nieprzekonywujące i głosowne. Zamawiający nie wyjaśnił także dlaczego nieprawidłowe lub niedoszacowane były jakieś konkretne wyliczenia podane przez Odwołującego lub które wartości uznał za nierealne. Zamawiający pominął całkowicie analizę ceny oferty Odwołującego pod kątem złożonych wyjaśnień, co powinno być elementem uzasadnienia faktycznego odrzucenia takiej oferty. Odwołujący podkreślił, że koszty wynagrodzeń ekspertów są zgodne z cenami rynkowymi.

W piśmie informującym o odrzuceniu oferty Zamawiający nie uzasadnił także, z czego wynika, że wartość usługi w okresie zgłaszania wad została niedoszacowana, tj. obniżona do wysokości 4,53% wartości brutto oferty. Odwołujący wskazał, że zgodnie z tabelą kosztów przedstawioną w wyjaśnieniach z dnia 1 października 2020 r. przedstawił szczegółową kalkulację kosztów czynności jakie przewiduje (zgodnie z SIWZ) do wykonania w okresie zgłaszania wad, gdzie dodatkowo wskazał zysk i rezerwę (niezależnie od zysku i rezerwy wskazanego w tabeli w ramach pierwszych wyjaśnień. Zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych zarzutów co do zakresu lub przyjętych kwot. Zamawiający nie wskazał też, na podstawie jakich obiektywnych, realnych rynkowych przesłanek, posiada wiedzę, że nie jest możliwe świadczenie tej usługi poniżej poziomu 10%, w szczególności gdy dotyczy ona Okresu Zgłaszania Wad, gdzie zaangażowanie personelu, w stosunku do okresu robót, jest znikome.

W zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący w wymaganym terminie złożył wyczerpujące wyjaśnienia (83 strony z dowodami) potwierdzające, że dokonał oszacowania ceny ofertowej zgodnie z zapisami SIWZ, wszelkie koszty i obowiązki ciężące na potencjalnym wykonawcy zostały uwzględnione w trakcie dokonywania przez niego kalkulacji mających na celu ustalenie ceny ofertowej.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, przez uznanie oferty Odwołującego za zawierającą błędy w obliczeniu ceny.

Powyższe zarzuty stanowią konsekwencję wadliwego utożsamiania przez Zamawiającego pojęcia

wynagrodzenia, kosztu i ceny oferty. Odwołujący wskazał na potrzebę rozróżnienia tych pojęć, w szczególności w kontekście składanych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W wezwaniu z dnia 02.09.2020 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający nie badał zgodności oferty z SIWZ, a jedynie realność kalkulacji ceny oferty. Nie wyjaśniał w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, czy Odwołujący oczekuje innych płatności niż założone w dokumentach zamówienia. Jeśli Zamawiający chciałby skorzystać z trybu art. 87 ust. 1 Pzp winien swą wolę wyrazić jednoznacznie, ze wskazaniem prawidłowej podstawy prawnej wykonywanej czynności. W przeciwnym razie wykonawca narażony jest na arbitralne działania i oceny zamawiającego, co na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno mieć miejsca, gdyż godzi w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący składając wyjaśnienia pokazywał realne, rzeczywiste koszty świadczenia oferowanej usługi i umieszczał je w okresie, w którym będzie je ponosił niezależnie od podziału płatności, które Zamawiający korzystając ze swojego uprawnienia określił. Zgodnie z Encyklopedią zarządzania, „Koszt, jako kategoria ekonomiczna, to wyrażona w pieniądzu wartość pracy żywej oraz zasobów majątkowych przedsiębiorstwa zużytych w danym okresie w celu wytworzenia produktów. (K. Czubakowska 2016, s. 9) (.)”. Natomiast w szerokim ujęciu, za wynagrodzenie uznaje się świadczenie obejmujące wszystkie składniki wynagrodzenia oraz inne świadczenia związane z wykonywaną pracą w formie pieniężnej, bądź w innej formie niż pieniężna (.)

Zamawiający, określając sposób płatności wynagrodzenia, nie ma władztwa w postaci przenoszenia realnych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w poszczególnych etapach realizacji usługi, nie może przez ustalony podział wynagrodzenia typu 10% -50% po odbiorze końcowym sprawić, że w okresie braku płatności wykonawca kosztów nie będzie ponosił. Czym innym są bowiem koszty, a czym innym sposób zapłaty wynagrodzenia. Zamawiający w SIWZ dokonał odróżnienia pojęcia wynagrodzenia i sposobu obliczenia ceny oferty - w rozdziale XIII SIWZ WYNAGRODZENI WYKONAWCY I OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY. Określając sposób obliczenia ceny, Zamawiający nie naka aby obliczenia ceny dokonać w podziale na okres świadczenia nadzoru i okres zgłaszania wad. Nie wymagał też takiej prezentacji ceny w Formularzu oferty. Tym samym bezpodstawny jest zarzut jakoby Odwołujący dokonał obliczenia wynagrodzenia w okresie zgłaszania wad niezgodnie z opisem zawartym w SIWZ, w tym we wzorze umowy. Zgodnie z Formularzem oferty Odwołujący podał kwotę bez podziału na okres za wykonanie zakresu usług w okresie realizacji inwestycji (projektowanie i budowa), i za wykonanie zakresu usług w okresie zgłaszania wad. W taki sam sposób cenę oferty podali wszyscy inni wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie.

Tym samym Zamawiający założył, że niezależnie od kosztów jakie ponoszą wykonawcy w okresie świadczenia usługi, nie znając tych kosztów i tak dokona podziału wynagrodzenia w podziale 90/10. Takie działanie miało także umocowanie w SIWZ i wzorze umowy.

Niezależnie od powyższego, nawet jeżeli by przyjąć rozumowanie Zamawiającego, że koszt jest tożsamy ze sposobem płatności (co oczywiście nie jest prawdą), to zgodnie z tabelą nr 5 kosztów przedstawioną w wyjaśnieniach z dnia 08.09.2020 r. suma kosztów Odwołującego przypadająca na okres realizacji robót wynosi:

a) 745 500 zł - 40 000 zł = 705 500,00 zł netto co stanowi 79,80% ceny netto całej usługi;

b) zysk i rezerwa (62 000 + 76 648,25 zł) wynoszą 138 648,25 zł netto tj. 15,68 % kosztów netto całej usługi.

Zatem w złożonym Zamawiającemu rozbić kosztów kwota 40 000 zł netto na okres zgłaszania wad może być z kwoty rezerwy i zysku uzupełniona i tym samym w pełni zostanie pokryta wpływami z kontraktu, także do wysokości 10%, nawet jeżeli byłby on płacony jednorazowo na koniec inwestycji. Odwołujący w tym celu posiada odpowiednią zdolność ekonomiczną i finansową, co zostało wykazane przez spełnienie warunku - punkt VI.4 SIWZ.

Dodatkowo, Odwołujący zauważył, że planowana inwestycja będzie realizowana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, gdzie w Klauzuli 11 opisane są czynności i działania Inżyniera w zakresie Okresu Zgłaszania Wad. Na podstawie swojej wiedzy, profesjonalizmu i doświadczeń nabytych jako członek organizacji FIDIC, Rozjemca z list FIDIC (patrz wyjaśnienia z dnia 8 września 2020 r.) Odwołujący opisał szczegółowo te czynności i niezbędny nakład pracy w tym okresie i uwzględnił go w kalkulacji kosztów. Natomiast Zamawiający w punkcie 5.k) i l) rozdziału III SIWZ określił bardzo enigmatycznie pracę jaką ma do wykonania Inżynier w tym okresie.

Ze względu na brak określenie szczegółowego sposobu obliczenia ceny oferty nie może się ostać zarzut niezgodności oferty z SIWZ i błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający opracowując SIWZ jednoznacznie przesądził, aby wykonawcy zaoferowali jedną ryczałtową cenę oferty, na podstawie, której niezależnie od kosztów jakie będą ponosić w kolejnych etapach świadczenia usługi wykonawcy, zapłaci im wynagrodzenie w podziale na dwa etapy jednakowe dla wszystkich. Oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ - umożliwia także rozliczenie wykonawcy zgodnie z założeniami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w każdym przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający przed odrzuceniem oferty ma obowiązek przeanalizowania możliwości poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czego w przedmiotowym przypadku Zamawiający nie uczynił.

Zamawiający nieprawidłowo także odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Jak wskazano wyżej w Formularzu oferty cena oferty została podana jedną kwotą tak jak tego wymagał Zamawiający, a sposób obliczenia ceny nie zawierał żadnego algorytmu, który należałoby zastosować i który należałoby poprawiać.

III. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący podniósł, że doszło do naruszenia również art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z określonymi w SIWZ zasadami i kryteriami oceny ofert.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego i utratę możliwości wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na okoliczność braku zbadania przez Zamawiającego rozbić kosztów ponoszonych w obu etapach przez pozostałych wykonawców, a tym samym Zamawiający nie ma pewności czy oferta wybranego wykonawcy nie ma tej samej „rzekomej” wady, co oferta Odwołującego. Działaniem tym Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty pozostałych wykonawców.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: Bud-Invent Sp. z o.o., I. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUB „Inżynier” I. G. z siedzibą lidera w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 14 stycznia 2020 r. Przystępujący przedstawił zestawienie ceny oferty Odwołującego w stosunku do wartości zamówienia i cen pozostałych ofert, z którego wynika, że cena oferty Odwołującego stanowi 52,64% wartości szacunkowej zamówienia. Takie dysproporcje cenowe rodzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia w sposób należyty, z zaangażowaniem pełnego zespołu Inżyniera Kontraktu od początku realizacji zamówienia publicznego. Ceny wszystkich ofert są zdecydowanie wyższe niż cena ofertowa Odwołującego.

W wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący był zobowiązany do udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz że zachodzą po stronie Odwołującego obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zniżenie ceny oferty. Odwołujący powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości – czego nie uczynił.

Przystępujący podkreślił, że łącznie Zamawiający wystosował aż trzy wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym dwa dotyczące ceny za usługę w okresie zgłaszania wad.

Odwołujący udzielił wyjaśnień, w których kilkakrotnie przyznał, że w zakresie świadczenia usługi w okresie zgłaszania wad (60 miesięcy) zaoferował cenę na poziomie 4,53% kwoty brutto oferty, zaś w zakresie świadczenia usługi w okresie projektowania i budowy na poziomie 95,47% kwoty brutto oferty. Oferta Odwołującego pozostaje w oczywistej sprzeczności z wysokością wynagrodzenia, jaka miała zostać Odwołującemu wypłacona za: (i) świadczenie usługi w okresie zgłaszania wad (okres 60 miesięcy) oraz (ii) świadczenie usługi w okresie projektowania i budowy, zgodnie z rozdziałem 8 pkt 3 a) i b) działu SIWZ.

Przystępujący wskazał, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC, które wymagają, po dokonaniu Przejęcia Robót przez Zamawiającego, przeprowadzenia, jeszcze szeregu prac od wykonawcy robót budowlanych, które Inżynier Kontraktu jest zobowiązany nadzorować, zweryfikować, rozliczyć itd. Wynika to wprost z dokumentacji postępowania. W okresie zgłaszania wad, zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC - wykonawca robót budowlanych może jeszcze m.in. składać Świadectwa Płatności oraz roszczenia, które również wymagają znacznego nakładu pracy po stronie całego zespołu Inżyniera Kontraktu. Ponadto, teś SIWZ wskazuje na przykładowy (otwarty) katalog prac w ww. okresie. Praca ta nie została ujęta w cenie oferty Odwołującego.

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący bezskutecznie próbuje wskazywać, iż Zamawiający nie wnioskował o wyjaśnienie zaoferowanej ceny czy wynagrodzenia, a jedynie pytał o koszty.

Zamawiający słusznie stwierdził, że wskazane przez Odwołującego w wyjaśnieniach projekty, zlokalizowane są w innych miejscowościach i to nasuwa wątpliwości, czy dane osoby będą w dyspozycji Odwołującego przy realizacji usługi w Olsztynie. Łączenie tak licznych obowiązków w połączeniu z listą pozostałych wymagań w ramach planowanej inwestycji - z innymi inwestycjami (oddalonymi od Olsztyna) – jest nierealne. Nie można też zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż np. inspektor zatrudniony na więcej niż jednym kontrakcie – wiąże się z oszczędnością dla Odwołującego. Praktyka pokazuje wprost odwrotnie: im więcej inwestycji nadzoruje inspektor czy rozliczeniowiec czy też inny członek personelu Inżyniera Kontraktu – tym większe wynagrodzenie taka osoba otrzymuje.

Przystępujący wskazał, że wymaganie Zamawiającego jest jasne – od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego – pełny zespół specjalistów powinien być zaangażowany w realizację inwestycji. Nie może być zatem sytuacji, w której np. w okresie projektowania – Odwołujący nie zapewni wynagrodzenia dla osoby ds. rozliczeń i finansów.

Ponadto, miejsce zamieszkania inspektorów nie stanowi o oszczędnościach, które sięgają około 50% względem szacunkowej wartości zamówienia czy budżetu Zamawiającego. Praktyką profesjonalnych podmiotów z sektora branży budowlanej jest to, iż zespół techniczny oraz administracyjno-biuroowy tworzą osoby z danego regionu (np. województwa), w którym realizowane są inwestycje. Fakt zamieszkania przez część zespołu Odwołującego w regionie inwestycji – nie odróżnia jego oferty od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Nie ma też podstaw, żeby „rezerwę na personel dodatkowy” rozliczać czy uwzględniać jako wynagrodzenie personelu podstawowego wymaganego w SIWZ.

Każdy z wykonawców biorący udział w postępowaniu jest wykonawcą doświadczonym, ma zatem wypracowane metody zarządzania inwestycjami budowlanymi, w tym w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC i każdy z nich dysponuje licznymi wzorami dokumentów.

Dodatkowo, „administrowanie projektami/procesami w chmurze”, na które powołuje się Odwołujący, w obecnych realiach rynkowych, jest rozwiązaniem standardowym. Standardowo używanym oprogramowaniem w tego rodzaju usługach są: oprogramowanie SEKOCENBUD; tzw. pakiet biurowy (np. Microsoft Office który zawiera: Word, Excel, PowerPoint, OneNote, Outlook, Access, Publisher, InfoPath, SharePoint Workspace, Lync). Niezbędne jest również zapewnienie dostępu do internetu. Oprogramowaniem tym dysponuje niemal każdy podmiot świadczący usługi Inżyniera Kontraktu i w tym zakresie również oferta Odwołującego się nie wyróżnia na tle pozostałych ofert. Nawet posiadanie bazy sprzętowej nie stanowi okoliczności, które wyróżniałyby Odwołującego na tle pozostałych wykonawców, a ponadto Odwołujący nie potwierdził, iż sprzęt będzie dedykowany wyłącznie dla nadzoru inwestycji Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Nie składał odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Na rozprawie wskazał, że cena oferty Odwołującego stanowi 52% wartości szacunkowej zamówienia i jest znacznie niższa od cen pozostałych ofert. Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wykazał szczególnych okoliczności, które uzasadniałyby możliwość obniżenia ceny oferty w stosunku do cen rynkowych. Nie stanowią takich okoliczności w szczególności: dostęp przez Odwołującego do wzorów dokumentów, działanie w chmurze, korzystanie z własnych serwerów, a wskazywane przez Odwołującego jako wysoce specjalistyczne oprogramowanie nie jest wiarygodne, czego dowodzi zarówno wartość przedstawiona na fakturze za korzystanie z tego oprogramowania, jak i to, dla jakiego rodzaju przedsiębiorstw jest ono dedykowane. Zamawiający wskazał na ewidencję środków trwałych przedstawioną przez Odwołującego w załączniku nr 5 do wyjaśnień (w szczególności na daty nabycia sprzętu komputerowego), a także na treść załącznika nr 5, z której wynika, że z posiadanych przez Odwołującego pojazdów tylko dwa nie zostały zbyte przed datą złożenia oferty, a załącznik nr 7 (wykaz posiadanych środków transportu) nie został nawet podpisany przez Odwołującego.

W zakresie kosztów personelu Zamawiający wskazał, że odległość Toruń-Olsztyn wynosi ok. 180 km, zatem koszty dojazdu nie są bagatelne. Wyjaśnił, że wezwanie z 29 września 2020 r. nie dotyczyło nowych okoliczności, lecz obejmowało m.in. prośbę o uszczegółowienie i wyjaśnienie, w jaki sposób odległość od miejsca realizacji zamówienia ma wpływ na oszczędności kosztów jego realizacji. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wyjaśnił wątpliwości podnoszonych w tym wezwaniu.

Zdaniem Zamawiającego, wszystkie wskazane w wyjaśnieniach Odwołującego okoliczności są typowe, tj. nie dają

przewagi temu wykonawcy w stosunku do innych wykonawców. Ponadto, wyjaśnienia Odwołującego nie zawierają konkretnych, zawierają natomiast istotne sprzeczności, np. tabela kosztów zawarta w wyjaśnieniach z 8 września 2020 r., z której wynika, że po zsumowaniu kosztów wykonawca doliczył kwotę przeznaczoną na rezerwę i zysk, co dało razem wartość oferty netto, natomiast w wyjaśnieniach z 1 października 2020 r. w przedstawianej kalkulacji dotyczącej okresu zgłaszania wad Odwołujący w kwocie, którą pierwotnie zawarł jako koszt realizacji tego etapu, ponownie zawarł kwotę rezerwy i kwotę zysku. Zamawiający wskazał, że trzecie wezwanie do wyjaśnień dotyczyło powyższych rozbieżności. W ocenie Zamawiającego, pierwotnie złożone wyjaśnienia są wewnętrznie sprzeczne z pozostałymi.

Zamawiający podniósł, że nie sposób przyjąć za przewagę Odwołującego możliwość ustalania wynagrodzenia specjalistycznego personelu na poziomie 150% minimalnego wygradzenia, a wysokie doświadczenie wykonawcy było wymagane w postępowaniu w ramach warunków udziału, a zatem dotyczy każdego wykonawcy składającego ofertę. Ponadto, Odwołujący nie przedstawił i nie wyjaśnił szczegółowych kalkulacji kosztów administracyjnych.

Zamawiający podkreślił, że nie ma obowiązku dowodzić, iż poszczególne składowe ceny oferty są rażąco niskie, jeśli wyjaśnienia wykonawcy wskazują, że cała cena oferty jest nierealna. Zamawiający podkreślił, że większość wyjaśnień Odwołującego jest gołosłowna w kontekście dowodów załączonych do wyjaśnień.

Zamawiający potwierdził, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie zawarł wymagania zobowiązującego wykonawców do podziału kosztów w takim samym stosunku, jak przewidział podział wynagrodzenia w pkt XIII.3 SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: Bud-Invent Sp. z o.o., I. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUB „Inżynier” I. G. z siedzibą lidera w Warszawie skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp) podtrzymanych na rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie oparła się na dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę, że wyjaśnienia składane Zamawiającemu przez Odwołującego w trybie art. 90 ust 1 i 1a Pzp zostały zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym:

- wyjaśnienia z dnia 8 września 2020 r. – w całości wraz z załącznikami;
- wyjaśnienia z dnia 1 października 2020 r. – w całości;
- wyjaśnienia z dnia 7 października 2020 r. – w całości wraz z załącznikami.

Ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiający uznał za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa informacje zawarte w piśmie z dnia 8 września 2020 r. znajdujące się na pierwszej stronie tego pisma, 10 wersów od góry na strony ósmej, tj. od słów „w związku z przytoczeniem” do słów „wymagało przywołania” oraz strona 9 i 10 tego pisma, tj. treści wstępnej ww. pisma, która nie zawierała żadnych informacji merytorycznych oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym niniejsze uzasadnienie zostało sporządzone z uwzględnieniem zastrzeżonej przez Odwołującego treści wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie, w którym nie zostały przez Zamawiającego odtajnione.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pt. „Centrum Badań Środowiska i Innowacyjnych Technologii Żywności dla Jakości Życia”, na którą składa się zaprojektowanie i wybudowanie budynku laboratoryjno-administracyjnego wraz z zagospodarowaniem terenu zlokalizowanego na działkach: 349/8 obręb 98 Olsztyn oraz 37/30 obręb 149 Olsztyn, przy ulicy Władysława Trylińskiego, w województwie warmińsko-mazurskim.

Zamawiający przyjął model realizacji inwestycji - zaprojektuj i wybuduj, zgodnie z „Warunkami Kontraktowymi dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy” (dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez Wykonawcę), 1 wydanie polskie 2019 (tłumaczenie 2 wydania 2017) przygotowane i opublikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils - FIDIC), World Trade Center II, 29 route de Pres-Bois, Geneva Airport CH-1215 Genewa, Szwajcaria, dostępny pod adresem: SIDIR Polska 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4 lok. 404 j.

Termin wykonania zamówienia został określony na 88 miesięcy od dnia podpisania umowy. Okres Zgłaszania Wad obejmujący gwarancję i rękojmię wykonawcy zadania inwestycyjnego został określony na 5 lat od dnia Wystawienia Świadectwa Przejęcia.

Stosownie do treści art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, Zamawiający wymagał, aby wykonawca oraz podwykonawca lub dalszy podwykonawca zatrudnił na podstawie umowy o pracę, a w przypadku podmiotów zagranicznych innej umowy, zawartej według prawa innego niż polski, która zachowuje najbliższe możliwe podobieństwo do umowy o pracę, o której mowa w art. 22§1 Kodeksu pracy ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r., poz. 917 z późn. zm.), w okresie realizacji umowy osoby, wykonujące następujące rodzaje czynności, polegające na:

- wykonywaniu czynności biurowych poza księgowością i działem HR tj. opracowywanie zamówienia, umowy, kosztorysy, harmonogramy obejmujące pracowników związanych z realizacją zamówienia.

Zamawiający nie wymagał zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących tzw. wolny zawód.

W rozdziale XIII SIWZ Wynagrodzenie wykonawcy i opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający postanowił, że:

„1. Wykonawca podaje cenę za wykonanie zamówienia.

2. Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonane Zamówienie będzie wynagrodzeniem ryczałtowym. Wynagrodzenie łączne musi obejmować koszty wykonania wszystkich niezbędnych działań wymagających wiedzy inżynierskiej od początku realizacji umowy do zakończenia realizacji inwestycji w zaproponowanej formule.

3. Wynagrodzenie o którym mowa w ust. 2 podzielone będzie w następujący sposób:

- a) 90% wartości wynagrodzenia – za wykonanie zakresu usług w okresie realizacji inwestycji (projektowanie i budowa).
b) 10% wartości wynagrodzenia – za wykonanie zakresu usług w Okresie Zgłaszania Wad.”

Zamawiający wskazał także (pkt 10), że „Cena oferty brutto za całość realizacji zamówienia może być tylko jedna. Ocenie podlegać będzie cena brutto oferty.”

W postępowaniu zostało złożonych pięć ofert, w tym oferta Odwołującego. Cena oferty Odwołującego stanowi 52,64% wartości szacunkowej zamówienia, a zatem jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia i o 26% - 47% odpowiednio od cen pozostałych ofert.

Zamawiający pismem z dnia 2 września 2020 r. na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a Pzp, wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty, w szczególności, do wyjaśnienia, czy zaofferowana przez Odwołującego cena oferty została określona z należytą starannością i czy gwarantuje ona w sposób rzetelny wykonanie zamówienia. Zamawiający wymagał przedstawienia w kalkulacji co najmniej poniesionych kosztów wykonania zamówienia (zgodnie z opisem zadań i wymagań w SIWZ i załącznikach) oraz kosztów pracy (wynagrodzenia osoby/osób wykonujących usługę wraz z obowiązującymi składkami ZUS i podatkami leżącymi po stronie pracownika i pracodawcy) a także poziomu zysku wykonawcy.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 8 września 2020 r. wraz z załącznikami.

Na skutek powzięcia wątpliwości co do wysokości kwoty przeznaczonej na wynagrodzenie wykonawcy w Okresie Zgłaszania Wad (60 miesięcy trwania umowy) Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 1 października 2020 r. w którym zawarł m.in. tabelę kosztów świadczenia usługi w Okresie Zgłaszania Wad.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami Zamawiający zwrócił się ponownie do Odwołującego o wyjaśnienie, czy całkowity koszt wykonawcy zaplanowany na okres 60 miesięcy świadczenia usługi w okresie zgłaszania wad, stanowi kwota przedstawiona w złożonej tabeli, tj. kwota netto powiększona o podatek VAT.

Odwołujący pismem z dnia 7 października 2020 r. przesłał wyjaśnienia, potwierdzając, że całkowity koszt zaplanowany na okres 60 miesięcy świadczenia usługi w okresie zgłaszania wad stanowi kwota netto powiększona o podatek VAT - podana w poprzednio złożonych wyjaśnieniach, wskazując, że pozostała kwota jest przeznaczona na realizację usługi w okresie projektowania i budowy przedmiotowej inwestycji.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, Izba zważyła, jak poniżej:

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 Pzp, przez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, i w konsekwencji przez uznanie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający nie dokonał starannej oceny wyjaśnień złożonych w ramach badania czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający trzykrotnie wzywał Odwołującego do wyjaśnienia wysokości ceny oferty, zatem nie można się także zgodzić z Odwołującym, że Zamawiający niezasadnie zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożone wyjaśnienia nie są bardzo szczegółowe i nie odnoszą się szczegółowo do wszystkich składników kosztów, mających wpływ na obliczenie oferty, w tym za Okres Zgłaszania Wad.

Wyjaśnienia Odwołującego w zakresie kosztów personelu nie są kompletne i przekonujące, ze względu na brak przedstawienia przez Odwołującego, w jaki wymierny sposób organizacja pracy osób mających realizować zadania w przedmiotowym postępowaniu i jednocześnie biorących udział w innych projektach przełoży się na obniżenie kosztów zatrudnionych ekspertów. Zauważyć należy, że wynagrodzenie pracownika jest zależne od zakresu wykonywanej pracy, zatem fakt, iż dana osoba jest zatrudniona przy innym zadaniu, nie powoduje, że osoba ta będzie wykonywała pracę w ramach tego kontraktu za wynagrodzenie niższe niż obowiązujące na rynku. Nie stanowią wiarygodnego uzasadnienia dla wysokości wynagrodzeń ekspertów na niniejszym kontrakcie stawki wynagrodzenia stosowane w umowach z lat ubiegłych. Ponadto, z treści oświadczenia złożonego przez p. M. P. wynika, że nie potwierdza ono daty poczynionych ustaleń, w szczególności - przed złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący nie wykazał również, w jaki sposób fakt, że Odwołujący polega na zasobach firmy z Olsztyna z siedzibą w miejscu realizacji inwestycji przekłada się na koszty ponoszone w związku z realizacją usługi. Sposób organizacji pracy i doświadczenie wykonawcy ma niewątpliwie wpływ na koszty realizacji usługi, jednak doświadczenie na podobnym poziomie posiadają bez wątpienia także pozostali wykonawcy, a Odwołujący jednocześnie nie wykazał swojej szczególnej przewagi w tym zakresie nad pozostałymi wykonawcami, którą można by wycenić na konkretną wartość. Każdy z wykonawców realizujących projekty w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC posługuje się wypracowanymi wcześniej schematami postępowania, zgodnie z odpowiednimi procedurami, standardami. Ponadto, to nie na Zamawiającym spoczywa obowiązek analizowania skutków finansowych okoliczności hasłowo podanych przez wykonawcę, ale to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, tj. udowodnienia Zamawiającemu, że wskazywane okoliczności mają konkretne i wymierne znaczenie ekonomiczne (art. 90 ust. 2 Pzp). Powyższe uwagi należy odnosić także do charakteru wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w odniesieniu do sprzętu komputerowego i oprogramowania, środków transportu.

Chociaż w kalkulacji kosztów wykonania usługi Odwołujący uwzględnił w kwocie netto zysk i rezerwę na nieprzewidziane koszty w wysokości 15,68 % kosztów netto całej usługi, to jednak kluczowe znaczenie ma fakt, że tabele kosztów przedstawione przez Odwołującego nie zawierają spójnych danych, na co wskazał Zamawiający, a Odwołujący nie przedstawił żadnego wyjaśnienia w tym zakresie.

Podsumowując, należy podkreślić, że to nie ilość stron składanych przez wykonawcę wyjaśnień ani ilość załączników decyduje o ich wartości dla ustalenia, czy cena oferty jest rażąco niska, lecz rzetelność, szczegółowość i kompletność podawanych danych, a także poparcie wyliczeń (kalkulacji) konkretnymi dowodami stwierdzającymi dane fakty i konkretne wartości. Takich danych, w ocenie Izby, nie przedstawiono w wyjaśnieniach Odwołującego, zatem dokonana przez Zamawiającego negatywna ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego jest prawidłowa. W tych okolicznościach Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie budzi wątpliwości fakt, iż na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp Odwołujący był zobowiązany przedstawić rzeczywiste koszty świadczenia oferowanej usługi, które będzie ponosił niezależnie od sposobu i podziału płatności, które określił Zamawiający w SIWZ. Zamawiający określając sposób płatności wynagrodzenia nie może narzucić wykonawcom

wysokości kosztów za poszczególne etapy realizacji zamówienia wbrew rzeczywistym kosztom ponoszonym przez wykonawcę. Koszty ponoszone przez wykonawcę stanowią inną kategorię ekonomiczną niż wynagrodzenie. Jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający w SIWZ sam dokonał rozróżnienia pojęcia wynagrodzenia od opisu sposobu obliczenia ceny oferty - w rozdziale XIII SIWZ (pkt 2-6) w zakresie wynagrodzenia określił, że wynagrodzenie wykonawcy za wykonane zamówienie będzie wynagrodzeniem ryczałtowym. Wynagrodzenie łączne musi obejmować koszty wykonania wszystkich niezbędnych działań wymagających wiedzy inżynierskiej od początku realizacji umowy do zakończenia realizacji inwestycji w zaproponowanej formule. Wynagrodzenie podzielone będzie w następujący sposób:

a) 90% wartości wynagrodzenia - za wykonanie zakresu usług w okresie realizacji inwestycji (projektowanie i budowa).

b) 10% wartości wynagrodzenia - za wykonanie zakresu usług w Okresie Zgłaszania Wad.

Zamawiający opisał także szczegółowo sposób rozliczenia obu etapów realizacji umowy.

W zakresie sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający określił w SIWZ, że wykonawca poda w ofercie cenę za wykonanie zamówienia; cena oferty brutto za całość realizacji zamówienia może być tylko jedna; ocenie podlegać będzie cena brutto oferty, a podane w Formularzu oferty ceny muszą obejmować wszystkie koszty realizacji zamówienia z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (w tym od towarów i usług); ceny muszą być podane w złotych polskich, cyfrowo do dwóch miejsc po przecinku, itd.

Określając sposób obliczenia ceny oferty w SIWZ Zamawiający nie nakazał zatem, aby obliczenia ceny dokonać w podziale na okres świadczenia nadzoru i okres zgłaszania wad. Nie wymagał też takiego rozbicia ceny w Formularzu oferty. Powyższe Zamawiający potwierdził wprost na rozprawie. Tym samym za bezpodstawne Izba uznała twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący dokonał obliczenia ceny (w zakresie wynagrodzenia w okresie zgłaszania wad) niezgodnie z opisem zawartym w SIWZ, w tym we wzorze umowy. Zgodnie z SIWZ i Formularzem oferty, Odwołujący, tak jak inni wykonawcy, podał kwotę łączną za realizację zamówienia, w której uwzględnił całość przedmiotu zamówienia, w tym oba etapy realizacji określone przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, wobec braku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i braku błędu w obliczeniu ceny.

Podkreślić należy, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia.

W danym stanie faktycznym bezpodstawnie Zamawiający przyjął, że o niezgodności oferty z treścią SIWZ świadczą przedstawione przez Odwołującego w wyjaśnieniach koszty o wartości procentowej 95,47% wartości brutto oferty za okres świadczenia usługi w okresie budowy, tj. wartości większej niż 90% wartości brutto umowy, a tym samym nie ma możliwości wypłacenia Odwołującemu takiej kwoty za okres świadczenia usługi w okresie budowy. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, wyjaśnienia te nie odnoszą się w jakimkolwiek stopniu do sposobu płatności wynagrodzenia określonego w SIWZ i nie zawierają wymogu dostosowania płatności do ponoszonych kosztów.

Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, oferta podlega odrzuceniu, jeśli w ofercie został popełniony błąd polegający na niezgodności obliczenia ceny oferty ze sposobem obliczenia ceny narzuconym przez Zamawiającego w SIWZ. Jak wskazano powyżej, w Formularzu oferty cena oferty została podana przez Odwołującego tak, jak tego wymagał Zamawiający - w jednej kwocie, która miała uwzględniać wszystkie koszty realizacji zamówienia.

Działanie Zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp.

W okolicznościach tej sprawy nie doszło jednocześnie do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz art. 7 ust. 3 Pzp. Pomimo naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, oraz w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, oferta Odwołującego podlegała bowiem i tak odrzuceniu na innej podstawie, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. Izba zważyła, że stwierdzone naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 7 ust. 1 Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania, a zatem stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp stwierdzone naruszenie przepisów nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: