Sygn. akt: KIO 244/20

WYROK

z dnia 19 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2020 r. przez Odwołującego - ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Cybernetyki 19B (02-677 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15 (01-909 Warszawa)
przy udziale

Wykonawcy - BICO Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Św. Jacka Odrowąża 15 (03-310 Warszawa) zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 27.01.2020 r. polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 Ustawy i wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy oraz nakazuje prowadzenie czynności

badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - ZBM Inwestor Zastępczy S.A. tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego - Miasta Stołecznego Warszawa - Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych na rzecz Odwołującego - ZBM Inwestor Zastępczy S.A. kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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 244/20

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych na pełnienie funkcji

Inżyniera Kontraktu nad robotami budowlanymi rozbudowy ulic: Wybrzeże Szczecińskie oraz Wybrzeże Helskie na odc. rejon ul. Okrzei do ul. Wybrzeże Puckie wraz z zabezpieczeniem przeciwpowodziowym w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa ul. Wybrzeże Helskie wraz z zabezpieczeniem przeciwpowodziowym (nr postępowania: ZP/12/PN/819), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.11.2019 r., 2019/S 228-559840, wobec czynności odrzucenia ofert oraz wykluczenia z postępowania Wykonawca ZBM Inwestor Zastępczy S.A. (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 6 lutego 2020r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 244/20).

Zamawiający poinformował o złożonym odwołaniu wykonawców 10.02.2020 r. W dniu 12.02.2020 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - BICO Group Sp. z o.o. z/s w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż nie jest ona niezgodna z ustawą;

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz);

5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, że Odwołujący nie przedstawił w postępowaniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazanie dokonania badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

<u>Uzasadnienie faktyczne i prawne.</u>

Po stronie Odwołującego występuje interes prawny i faktyczny do wniesienia odwołania wobec czynności Zamawiającego, które doprowadziły do odrzucenia jego oferty z

postępowania i wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Na skutek działań Zamawiającego Odwołujący pozbawiony został szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i osiągnięcie zysku, jaki planował w związku z realizacją prac.

Zamawiający poinformował Odwołującego o czynnościach podjętych wobec jego oferty 27.01.2020 r. drogą elektroniczną.

Zamawiający uznał, iż cena oferty Odwołującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, na co wskazywać miały wyjaśnienia złożone dwukrotnie w odpowiedzi na wezwania kierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż składniki cenotwórcze prezentowane w załączniku nr 1 do wyjaśnień pozwalają jednoznacznie stwierdzić, że wskazane w tabeli ceny są cenami sztucznie zaniżonymi oraz w sposób nienaturalny dopasowanymi do wartości całkowitej. Wykonawca nie wykazał wysokości kosztów dla: uzyskania ubezpieczenia i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, biurowych (materiałów biurowych), badań laboratoryjnych i innych kosztów. Przedstawioną w wyjaśnieniach uzupełniających kalkulację kosztów Zamawiający ocenił jako niespójną z oświadczeniem stanowiącym wyjaśnienie rażąco niskiej ceny z 14.01.2020 r. Dotyczy to kosztów przewidzianych na rezerwę związaną z nieprzewidzianymi okolicznościami (48,63% kosztów ogólnych).

Odwołujący nie zgadza się z oceną Zamawiającego wskazując na zasadniczą wadę, jaką jest brak konkretnych informacji, do których Odwołujący mógłby się odnieść i które uzasadniałyby taką ocenę. Zamawiający nie operuje konkretnymi pozycjami oraz kwotami, które miałyby potwierdzać jego stanowisko o braku spójności wyceny. Analiza obu wyjaśnień wskazuje, że wysokość kosztów ogólnych, w rozbiciu na cztery pozycje podana w kalkulacji ceny (załącznik nr 1 do wyjaśnień z 14.01.2020r.) jest tożsama z tabelą zamieszczoną na stronie 1 dodatkowych wyjaśnień z 24.01.2020 r. Nie ma również niespójności pomiędzy dwiema różnymi pozycjami rezerw (poz. nr 4 i 15), pomiędzy którymi nie należy stawiać znaku równości. Odwołujący kwestionuje uzasadnienie Zamawiającego jako gołosłowne i jednocześnie zaznacza, iż Zamawiający nie zakwestionował żadnej z pozycji kosztowych, jako rażąco niskiej.

Kolejną podstawą odrzucenia oferty Odwołującego miała być jej niezgodność z ustawą, z

uwagi na rozszerzenie podwykonawstwa wskazanego w ofercie - zmianę treści oferty, co miało nastąpić w ramach składanych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający z fragmentu: „Do określenia przewidywanego kosztu badań wykorzystano cennik badań laboratoryjnych z umowy z Podwykonawcą, który świadczy tego typu usługi na rzecz ZBM Inwestor Zastępczy S.A. na innych kontraktach realizowanych na terenie m.st. Warszawy", błędnie wywnioskował, iż Odwołujący oświadczył, że w toku realizacji niniejszego zamówienia badania laboratoryjne będą wykonywane przez podwykonawcę. Zakres podwykonawstwa wskazany w ofercie nie uległ zmianie.

Niezgodność treści oferty z siwz miała dotyczyć braku wskazania w ofercie zamiaru zlecenia podwykonawcy również prac polegających na wykonywaniu badań laboratoryjnych, co nie ma uzasadnienia w świetle wcześniejszego zarzutu - niezgodności oferty z ustawą.

Zamawiający wykluczył niezasadnie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z uwagi na rzekome wprowadzenie w błąd w zakresie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. Odwołujący wskazał na braki uzasadnienia dla tej czynności, a ponadto ponownie podkreślił, że w pkt 7 formularza oferty nie wskazał, jako części którą zamierza powierzyć podwykonawcy - wykonanie badań laboratoryjnych. Wnioski Zamawiającego wynikają z błędnej interpretacji wyjaśnień z dnia 24.01.2020 r.

Zamawiający przed otwarciem rozprawy złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie

wnosząc o jego oddalenie (w części pismo zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa - cytowane fragmenty wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny). Zamawiający przywołał fragmenty z wyjaśnień Wykonawcy, które uzasadniały sposób przedstawienia okoliczności faktycznych w piśmie z 27.01.2020 r. (zawiadomienie o odrzuceniu oferty i wykluczeniu z postępowania), tak aby nie ujawnić tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający podtrzymał ocenę wyjaśnień z dnia 14.01.2020 r. oraz 24.01.2020 r., jako niespójnych w zakresie wysokości kosztów przewidzianych na rezerwę związaną z nieprzewidzianymi okolicznościami. Wskazał również dla porównania wyjaśnienia tego Wykonawcy składane w innych postępowaniach, w których nie było niespójności, które budziłyby wątpliwości w zakresie wyliczenia ceny ofertowej. Zamawiający odniósł się również do kwestii wykonywania badań laboratoryjnych, których

koszt został przedstawiony w oparciu o cenniki laboratorium, które wskazywać miały na udział tego laboratorium w charakterze podwykonawcy, co nie zostało uwzględnione w ofercie przez Odwołującego. Wykonawca w pkt 7 formularza oferty oświadczył, iż zamierza powierzyć podwykonawcy jedynie nadzór wielobranżowy, natomiast w kalkulacji kosztów badania laboratoryjne stanowią odrębną pozycję. Zamawiający uznał, iż doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty po terminie składania ofert, wypełniającej przesłanki do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 Ustawy. Zamawiający wskazał na dotychczasowy sposób realizacji usług przez Odwołującego, który badań laboratoryjnych nie wykonywał we własnym zakresie i podał przykłady zamówień na pełnienie funkcji nadzoru inwestorskiego/inżyniera kontraktu. Zamawiający uznał, iż składając wyjaśnienia sprzeczne z treścią oferty, Odwołujący celowo lub przez zaniedbanie wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. Do pisma procesowego Zamawiający załączył dowody w postaci dokumentacji innych postępowań, w których Odwołujący składał wyjaśnienia w zakresie ceny ofertowej (sygn. ZP/15/PN/14/17, ZP/13/PN/12/17) oraz przykładowe raporty, w którym wskazano na wykonane badania laboratoryjne sprawdzające/kontrolne.

Odwołujący przedłożył dodatkowe pismo procesowe zawierające dalszą argumentację na potwierdzenie zasadności podniesionych zarzutów.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania oraz jego wykluczenie. Nie przesądzając o zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o wadliwym dokonaniu czynności objętych przedmiotem zaskarżenia. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność stanowiąca przedmiot zarzutu prowadziła do stanu naruszającego interes Odwołującego, który złożył ofertę, w jego ocenie poprawną. Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesu Odwołującego w postępowaniu, przede wszystkim przez uchylenie czynności prowadzącej do niekorzystnego dla tego Wykonawcy skutku w postaci pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

W świetle przedstawionych stanowisk stron oraz analizy dokumentacji postępowania, w szczególności treści siwz, oferty Odwołującego oraz jego wyjaśnień z 14 i 24 stycznia 2020 r. Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zasadniczej części zarzutów.

Izba ustaliła stan faktyczny, w jakim Zamawiający dokonał czynność odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu wyłonienia Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego obejmującego wykonanie rozbudowy ulic Wybrzeże Szczecińskie oraz Wybrzeże Helskie wraz z zabezpieczeniem przeciwpowodziowym.

Zgodnie z kryteriami oceny ofert - badania własne, stanowiły kryterium nr 2, w którym Zamawiający oceniać miał zadeklarowaną ilość badań, które wykonywane będą przez Wykonawcę podczas realizacji zamówienia, a które stanowić będą powtórzenie (sprawdzenie) badań wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych. Wykonawca mógł zadeklarować procentową wartość badań pomiędzy 10% a 20%. Deklaracja ta oznaczała, że Inżynier Odwołującego zapoznaje się z próbkami wykonawcy robót budowlanych, weryfikuje poprawność badań i sporządza z tego raport, przekazywany do Zamawiającego do akceptacji.

Zadania Inżyniera opisane zostały w siwz - pkt 4.10 załącznika do siwz „Warunki Zarządzania Kontraktem ZMID". Zgodnie z pkt. 4.10.25 Inżynier będzie wykonywał kontrolne badania własne, tożsame z badaniami wykonywanymi przez Wykonawcę określonymi w Specyfikacji, w ilości określonej w Umowie. Inżynier będzie wykonywał kontrolne badania własne proporcjonalnie w każdym okresie rozliczeniowym Wykonawcy. Plan kontrolnych badań własnych będzie składany w Raporcie Miesięcznym Inżyniera, a ich wyniki będą podawane w Raporcie następnym.

Zgodnie z klauzulą 4.5.2.2 Raport Miesięczny Inżyniera - stanowiący podstawę do wypłaty wynagrodzenia, zawierający analizę realizacji robót zawierać będzie w szczególności -

wykaz własnych badań kontrolnych wykonanych przez Inżyniera w okresie sprawozdawczym.

Odwołujący złożył ofertę z ceną brutto 999.293,52 zł., w której zadeklarował udział badań własnych na poziomie 20% i oświadczył, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców, którym zamierza powierzyć część (zakres) zamówienia: nadzór wielobranżowy. Wykonawca nie wskazał w ofercie firm podwykonawców.

Zamawiający pismem z 9.01.2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, wskazując na pytania, na które oczekiwał odpowiedzi:

1. czy cena ofertowa zawierza wszelkie koszty wykonania usługi wynikające z opisu przedmiotu zamówienia?

2. Czy Wykonawca przewidział osiągnięcie zysku w ramach wykonania niniejszego zamówienia, jeśli tak to w jakiej wysokości?

3. Czy z uwagi na wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawca przewidział rezerwę na koszty związane z wystąpieniem okoliczności nieprzewidzianych, niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi, jeśli tak to w jakiej wysokości?

W piśmie z 14.01.2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do pytań Zamawiającego wskazując między innymi na zasadnicze elementy zamówienia, tj. koszty pracy personelu, koszty bezpośrednie i pośrednie oraz zysk. Wykonawca wskazał na oszczędności w kosztach osobowych, które pozwoliły znacznie obniżyć cenę, a szczegółowe wyliczenie tych oszczędności przedstawił w załączniku nr 1 (tabela). Odnośnie rezerwy na nieprzewidziane koszty wskazał na kwotę podaną w przybliżeniu netto (stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa). Załącznik nr 1 do pisma został sporządzony w ten sposób, iż w pkt I przedstawione zostało wyliczenie kosztów zespołu kluczowych specjalistów (z rozbiciem na okres planowanych robót oraz w pozostałym okresie) - dla 12 branż. W odrębnej pozycji przedstawiona została kwota rezerwy, co łącznie zamykało koszty osobowe (pkt I kalkulacji szczegółowej). W pkt II wymienione zostały cztery pozycje kosztów ogólnych, uwzględniające m.in. koszty badań laboratoryjnych - zsumowane w jednej wspólnej kwocie oraz założony zysk. Zsumowane wartości tabeli netto stanowiły dokładnie cenę netto oferty.

Pismem z 22.01.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych poszczególnych pozycji (1-4) pkt II. „Koszty ogólne".

W wyjaśnieniach z 24.01.2020 r. Odwołujący odniósł się do kosztów ogólnych, w tym kosztów badań laboratoryjnych wyliczonych na podstawie posiadanego doświadczenia, wiedzy technicznej i przyjętych założeń dotyczących przedmiotowej inwestycji. Do określenia przewidywanego kosztu badań wykorzystano cenniki badań laboratoryjnych z umowy z Podwykonawcą, który świadczy tego typu usługi na rzecz ZBM Inwestor Zastępczy S.A. na innych kontraktach realizowanych na terenie m.st. Warszawy. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, iż pozycji 4 przyjęto rezerwę na nieprzewidziane wydatki - np. awarię i/lub wymianę sprzętu biurowego itp.

Zamawiający pismem z 27.01.2020 r. odrzucił ofertę Odwołującego i wykluczył Wykonawcę z postępowania. Zamawiający na podstawie wyjaśnień dotyczących wysokości ceny uznał, iż nie wynika z nich, aby cena gwarantowała wykonanie przedmiotu umowy w sposób rzetelny i terminowy, a wskazane ceny w tabeli (załącznik nr 1) miały być sztucznie zaniżone i w sposób nienaturalny dopasowane do ceny całkowitej oferty. Zamawiający uznał za niespójne wyjaśnienia w zakresie wysokości kosztów przewidzianych na rezerwę związaną z nieprzewidzianymi okolicznościami, która stanowi 48,63% kosztów ogólnych Wykonawcy.

Ponadto, Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia, w których wskazano na cenniki badań laboratoryjnych z umów z podwykonawcą, doprowadziły do nieuprawnionej zmiany treści oferty - naruszającej art. 87 ust. 1 Ustawy. Ponieważ Wykonawca nie wskazał w ofercie, aby badania laboratoryjne miał wykonywać podwykonawca, Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy i wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy.

Na podstawie poczynionych powyżej ustaleń Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego/wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, zasadniczo dotyczyło dwóch okoliczności faktycznych w oparciu, o które Zamawiający uznał, iż spełnione zostały przesłanki do podjęcia kwestionowanych decyzji. Izba uznała, iż część uzasadnienia, w którym Zamawiający formułował tezy o sztucznym obniżeniu kosztów, tak aby dopasować je do ceny oferty, nie została poparta żadnym argumentami odnoszącymi się do wyliczonych oszczędności i okoliczności pozwalających na obniżenie ceny w stopniu wskazanym w wyjaśnieniach. Tym samym Izba odniosła się wyłącznie do okoliczności omawianych na rozprawie mających wskazywać na brak spójności wyjaśnień w części dotyczącej poziomu rezerwy na nieprzewidziane okoliczności oraz zakresu podwykonawstwa, który miał ulec zmianie na skutek wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej. Mając na względzie te elementy uzasadnienia - czynność Zamawiającego poddawała się kontroli, a Wykonawca mógł sformułować zarzuty i przedstawić własne stanowisko w sprawie, co czyniło niezasadnym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy. Operowanie konkretnymi kwotami prezentowanymi w kalkulacji szczegółowej mogłoby narazić Zamawiającego na zarzut naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy. Skoro treść wyjaśnień została objęta klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający zmuszony był ostrożnie formułować uzasadnienie decyzji opartej na analizie wyjaśnień dotyczących wysokości ceny ofertowej.

Z drugiej strony Izba pominęła nową okoliczność podniesioną na rozprawie przez Zamawiającego, której nie wskazał w uzasadnieniu decyzji, związaną z oceną wyjaśnień w części dotyczącej rezerwy, w kontekście wyliczenia kosztu ryzyka wystąpienia potrzeby świadczenia usługi w wydłużonym okresie trwania umowy. Ponieważ Zamawiający, jako przyczynę uznania ceny za rażąco niską wskazał niespójność wyjaśnień co do kwoty rezerwy podanej w części opisowej wyjaśnień z 14.01.2020 r. oraz szczegółowej kalkulacji kosztów (załącznik nr 1 do tych wyjaśnień), Izba związana była tymi okolicznościami faktycznymi. Zamawiający nie zakwestionował wprost wysokości kosztów, jako rażąco zaniżonych, uzasadniając wniosek o rażąco niskiej cenie tym, że wyjaśnienia wywoływały wątpliwości z uwagi na niespójność podanych kwot. Tym samym argument prezentowany na rozprawie, iż Wykonawca nie uwzględnił ryzyka jakie może nastąpić w sytuacji, gdy zastosowany algorytm zmiany wynagrodzenia nie pokryje rzeczywistych kosztów, jakie spowodują nieprzewidziane okoliczności, wykraczał poza podstawę faktyczną decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i nie miał znaczenia przy ocenie dokonanej czynności.

Mając na uwadze uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego Izba uwzględniła zarzuty dotyczące braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do okoliczności mających wskazywać na zaoferowanie przez Odwołującego rażąco niskiej ceny Izba uznała, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były spójne i odnosiły się do ceny całkowitej oferty. Zamawiający w piśmie procesowym wskazał, iż dodatkowe wyjaśnienia miały na celu uzyskanie pełnej i wyczerpującej kalkulacji oferty, w tym ustalenie gdzie Wykonawca ujął koszty rezerwy w wysokości wskazanej w wyjaśnieniach z 14.01.2020r.

Analizując wezwanie z 22.01 trudno dopatrzeć się w nim wskazania, iż wątpliwości Zamawiającego dotyczyły wysokości rezerwy, w tym porównania kosztów prezentowanych w tabeli (poz. 15) oraz części opisowej wyjaśnień z 14.01.2020r. Zamawiający wyraźnie wystąpił jedynie o wskazanie cen jednostkowych dla kosztów ogólnych z pkt II tabeli przedstawionych łączną kwotą dla czterech pozycji, przy których Wykonawca nie wskazał jednostkowego poziomu założonych kosztów/oszczędności. Pomimo takiego wezwania w dodatkowych wyjaśnieniach z 24.01.2020r. Wykonawca wskazał na udział w kosztach ogólnych również rezerwy przewidzianej w poz. 4, która po zsumowaniu z wartością z pozycji I.15 tabeli pozwalała ocenić wyjaśnienia z 14.01.2020 r. jako spójne. Zamawiający nie przedstawił żadnego argumentu, który czyniłby niemożliwym zsumowanie tych dwóch

pozycji, w szczególności takiego argumentu nie dostarczył sam Odwołujący wskazując na różny charakter rezerwy przyjętej dla różnego rodzaju kosztów. W wyjaśnieniach z 14.01.2020r. Wykonawca nie precyzował konkretnych okoliczności, które kwalifikowałyby się jako nieprzewidziane, stąd nie można odmówić możliwości przyjęcia rezerwy w kilku pozycjach rodzajowo różnych kosztów. Brak było uzasadnienia dla kwestionowania spójności oświadczeń, w sytuacji gdy Wykonawca raz posługuje się konkretnymi kwotami (poz. I.15 oraz II.4 kalkulacji szczegółowej), a raz opisowo wskazuje ogólny poziom kosztów z tytułu rezerwy na kwotę wyrażoną w przybliżeniu („ca Różnica pomiędzy sumą kwot z tabeli, a ujętą opisowo jako ca. jest znikoma i nie czyni wyjaśnień niespójnymi, czy też niejasnymi. Należy podkreślić, iż Wykonawca nie miał świadomości, że jedno zdanie z pisma z 14.01.2020 r. spowodowało potrzebę wystąpienia o dodatkowe wyjaśnienia, a treść wyjaśnień z 24.01.2020 r. była podyktowana treścią wezwania, w której Zamawiający nie sygnalizował konieczności wyjaśnienia jednej z pozycji części I tabeli. Wezwanie o dodatkowe wyjaśnienia dotyczyło wyłącznie kalkulacji czterech pozycji wskazanych w części II tabeli. Wnioski, jakie Zamawiający wywiódł z treści wyjaśnień nie były poprawne, gdyż Wykonawca mógł przyjąć taki sposób kalkulacji, jaki przedstawił w tabeli, gdzie koszty były podzielone rodzajowo na koszty osobowe i koszty ogólne. Zamawiający nie narzucił sposobu kalkulacji kosztów, co miało ten skutek, że każdy wykonawca przyjmował własne założenia, kierując się własnym doświadczeniem i przyjętą polityką rachunkową. Jako wiarygodne Izba przyjęła wyjaśnienia Odwołującego złożone na rozprawie, iż w obu grupach kosztów można było przyjąć rezerwę na nieprzewidziane okoliczności, a nie tylko na te związane z wydłużeniem okresu obowiązywania umowy, które wprost dotyczyły kosztów osobowych. Zamawiający nie kwestionował poziomu rezerwy, jako odpowiedniej dla zapewnienia należytej realizacji umowy, a jego zastrzeżenia wynikały wyłącznie z różnego podejścia do sposobu prezentacji poziomu tej rezerwy w wyjaśnieniach. W świetle przedstawionych powyżej argumentów Izba uznała, iż decyzja o odrzuceniu oferty z tej przyczyny nie mogła być uznana za prawidłową. Argument Zamawiającego dotyczący treści wyjaśnień, jakie Wykonawca ten składał w innych postępowaniach również nie mógł być przyjęty. To zakres przedmiotu zamówienia determinuje w każdym postępowaniu kalkulacje wykonawców, a wyjaśnienia składane w trybie art. 90 Ustawy mają dotyczyć konkretnej zaoferowanej w postępowaniu ceny. Tym samym przedstawione przez Zamawiającego dowody z innych postępowań, w których Odwołujący składał wyjaśnienia dotyczące innego zakresu kalkulacji ceny Izba pominęła, jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia. Zamawiając zobowiązany był ocenić wyłącznie wyjaśnienia złożone w tym postępowaniu w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy w kontekście okoliczności w nich podniesionych dla wykazania rzetelności ceny i możliwości wykonania konkretnego świadczenia opisanego, jako przedmiot zamówienia. Jedyny argument jaki miał prowadzić do stwierdzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny Izba oceniła jako niezasadny i tym samym decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy nie mogła być utrzymana w mocy.

Odnośnie drugiej podstawy faktycznej decyzji Zamawiającego - zmiany zakresu udziału podwykonawcy poprzez wskazanie na kontrolne badania własne - Izba uznała, iż wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji kosztów nie modyfikowały treści oferty w taki sposób, jak przyjął to Zamawiający. Przede wszystkim należy zauważyć, iż zakres podwykonawstwa został wskazany w ofercie bardzo szeroko, a nie jak ujął to Zamawiający - jedynie w zakresie nadzoru wielobranżowego. Złożone na rozprawie wyjaśnienia stron wskazują, iż podwykonawstwo należy odnieść do wszystkich branż, gdyż nie zostało to w żaden sposób ograniczone. Zamawiający na rozprawie w taki sposób rozumiał treść deklaracji Wykonawcy, iż dotyczy ona prac realizowanych przez poszczególnych inżynierów danej branży. Tym samym uprawnionym jest wniosek, że podwykonawstwo dotyczyć może również wykonywania zadań inspektora nadzoru (technologa), który odpowiadać będzie za przygotowanie części Raportu Miesięcznego Inżyniera, którego podstawą mogą być wyniki badań kontrolnych. Już tylko z tego powodu, czynność odrzuceni oferty i wykluczenia Wykonawcy z postępowania nie mogły być uznane za poprawne. W ocenie składu orzekającego, wyjaśnienia miały wyłącznie na celu wykazanie zasadności założeń przyjętych do oszacowania kosztów, przez wskazanie na poziom ceny wykonania badań, jakie aktualnie obowiązują na rynku. Nie oznaczało to jeszcze wskazania na udział konkretnego laboratorium w charakterze podwykonawcy. Przedstawienie jako odrębnej pozycji kosztowej badań własnych wykonawcy, nie modyfikowało zakresu podwykonawstwa. Dodatkowe wyjaśnienia składane były wyłącznie w celu wykazania podstawy kalkulacji kosztów i nie zwierają wprost rzekomej deklaracji udziału jako podwykonawcy laboratorium. Nawet gdyby przyjąć, iż badania laboratoryjne miały być zlecone zewnętrznemu laboratorium, to nadal nie byłoby to wystarczające do stwierdzenia, iż Wykonawca dokonał modyfikacji treści oferty. Należy bowiem zauważyć, iż samo sprawdzenie w laboratorium wyników nie stanowi odrębnego świadczenia i jest jedynie elementem składającym się na efekt pracy Inżyniera prezentowany w Raporcie Miesięcznym. To nie wynik badania, ale analiza dokonywana w Raporcie stanowi element świadczenia, które będzie mogło być zlecone podwykonawcy - zgodnie z deklaracją zawartą w ofercie.

W świetle powyższego, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Ustawy uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1

. Izba zaliczyła do kosztów
postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości stwierdzonej rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący:.....