Sygn. akt: KIO 605/22

WYROK

z dnia 18 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2022 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2022r. przez odwołującego Konsorcjum "EMG-a.b.w. budownictwo" w składzie: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o (Lider Konsorcjum) ul. Złota 61, lok.100; 00-819 Warszawa oraz A. W. i B. W. przedsiębiorcy wspólnie prowadzący działalność gospodarczą pod firmą a.b.w. budownictwo, usługi A. W., B. W. spółka cywilna (Partner Konsorcjum) ul. Architektów 6 lok.1 , 35-082 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. Al. Jerozolimskie 142 A,02-305 Warszawa

przy udziale przystępującego SAFEGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Ile,92022 Nanterre CEDEX (Francja) po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazując zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. Al. Jerozolimskie 142 A,02-305 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Konsorcjum "EMG-a.b.w. budownictwo" w składzie: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o (Lider Konsorcjum) ul. Złota 61, lok.100; 00-819 Warszawa oraz A. W. i B. W. przedsiębiorcy wspólnie prowadzący działalność gospodarczą pod firmą a.b.w. budownictwo, usługi A. W., B. W. spółka cywilna (Partner Konsorcjum) ul. Architektów 6 lok.1 , 35-082 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. Al. Jerozolimskie 142 A,02-305 Warszawa na rzecz odwołującego Konsorcjum "EMG-a.b.w. budownictwo" w składzie: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o (Lider Konsorcjum) ul. Złota 61, lok.100; 00-819 Warszawa oraz A. W. i B. W. przedsiębiorcy wspólnie prowadzący działalność gospodarczą pod firmą a.b.w. budownictwo, usługi A. W., B. W. spółka cywilna (Partner Konsorcjum) ul. Architektów 6 lok.1, 35-082 Rzeszów kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero

groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. j.t. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Świadczenie Usługi Inżyniera Kontraktu, sprawującego nadzór inwestorski nad wykonaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach zadania pn. „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Dolina Popradu" Numer referencyjny: KFZ/2021/WNP-012882

Ogłoszenie o zamówieniu znajduje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/ S 220-580714.

Specyfikacja Warunków Zamówienia jest dostępna na stronie internetowej

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 3 w zw. z art. 505 pkt 1 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2021 poz. 1129), zwanej w dalszej treści „ustawą", wnosimy odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia podczas gdy Nasza oferta w pełni tym warunkom odpowiada i w konsekwencji udzielenie zamówienia podmiotowi SAFEGE S.A.S., którego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

Art. 16 pkt 1, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez bezprawne dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego pomimo faktu, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia.

Wskazując na powyższe, wnosimy o uwzględnienie odwołania, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

UZASADNIENIE

W dniu 22 lutego 2022 roku Zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i w konsekwencji tego faktu, dokonał wyboru jaklo najkorzystniejszej, oferty złożonej przez SAFEGE S.A.S.

Termin do wniesienia odwołania. Dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania upływa 04 marca 2022 roku.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku dokonania prawidłowej jej oceny, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych co w przypadku ich prawidłowego złożenia, mogłoby prowadzić do wyboru Naszej oferty jako najkorzystniejszej. W obecnym stanie Odwołujący może ponieść szkodę w kwocie 1.416 960,00 PLN wynikającej ze złożonej oferty.

Powyższe wyczerpuje materialno — prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 505 pkt 1 ustawy.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy, poprzez bezprawne dokonanie czynności odrzucenia Oferty Odwołującego pomimo faktu, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia.

W dniu 22 lutego 2022 roku Zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania. Jako najkorzystniejszą wybrał ofertę SAFEGE S.A.S. Cena oferty tego podmiotu wynosi 1 597 770,00 PLN. Odwołujący złożył ofertę w kwocie 1 416 960,00 PLN.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert (w aktach sprawy)

Zamawiający w Rozdziale XVIII SWZ pkt. 1 ustalił, że przy wyborze oferty będzie kierował się kryterium Cena, którego wagę ustalił na 100 %.

Powyższe oznacza, że w przypadku prawidłowej oceny ofert, za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający oparł i wywiódł z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego w dniu 24 stycznia 2022 roku

Co istotne, pomimo iż procedura badania dotyczyła wyliczenia ceny oferty, Zamawiający nie zarzucił Nam złożenia oferty z ceną rażąco niską i nie oparł na tym odrzucenia. Oznacza to że w zakresie badania, Zamawiający uznał że cena nie jest rażąco niska, zaś złożone wyjaśnienia są kompletne i potwierdzają ten fakt. W przeciwnym razie dokonałby odrzucenia oferty z tego powodu.

Zamawiający wykorzystał złożone wyjaśnienia w sposób wybiórczy używając ich jako instrumentu do odrzucenia oferty Odwołującego. Oparł się na łącznym godzinowym zaangażowaniu w etapie nr II. Przeliczył wprost maksymalną liczbę pierwotnie planowanych do realizacji tygodni II Etapu.

(58) przez liczbę obiektów (12) oraz liczbę 4 stanowiącą wymagany wymiar godzinowy realizacji prac na każdym z obiektów. Stwierdził, że liczba godzin z tego wyliczenia wynikła jest mniejsza (o 1008) od maksymalnej liczby godzin, która według wyliczeń Zamawiającego powinna wynieść 2784.

Powstanie tej różnicy wskazał jako wyłączną przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 22 lutego 2022 roku „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty Znak pisma: KFZ01.210.40.2021.RZ/17 UNP: 2022-0083003 (w aktach sprawy.

Dokonując oceny Zamawiający całkowicie pominął istotne okoliczności mające wpływ na wynik postępowania.

Po pierwsze na stronie 4 złożonych przez Odwołującego Wyjaśnień ceny z dnia 25 stycznia 2022 roku Odwołujący wyraźnie zaznaczył:

„Z uwagi na specyfikę funkcji, które mają pełnić te osoby, ich zaangażowanie w wykonanie przedmiotu zamówienia będzie zróżnicowane. Poczynione założenia co do zaangażowania godzinowego służą ustaleniu ram kontraktowych pomiędzy naszą firmą a osobami, które będą wykonywały określone funkcje. Zawarte umowy cywilno-prawne będą przewidywały obowiązek świadczenia według potrzeb przez cały okres umowny włącznie z ewentualnym przedłużeniem realizacji umowy.

Nie mniej w tym miejscu podkreślamy, że zgodnie z SWZ:

1. Umowa zostaje zawarta na okres 18 m-cy od dnia jej podpisania z Zamawiającym.

2. Zakładamy również, że okres wykonywania Usługi może ulec przedłużeniu w przypadku wydłużenia okresu realizacji nadzorowanych Kontraktów."

Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 25 stycznia 2022 roku.

Przytoczony fragment wyjaśnień jednoznacznie wskazuje, że:

- założenia dotyczące godzinowego zaangażowania służą wyłącznie wewnętrznym rozliczeniom wykonawcy z członkami zespołu i nie stanowią określenia czy zawężenia usługi objętej umową;

- w przypadku przedłużenia robót budowlanych okres wykonywania Usługi (czyli w tym obowiązków Inżyniera Kontraktu) będzie przedłużony.

Zatem już tylko z tej pierwszej przyczyny, czynność odrzucenia Naszej oferty na podanych w uzasadnieniu podstawach uznać należy za błędną i nieuzasadnioną.

Po drugie, zgodnie z „Wyjaśnieniem nr 2 (.. .)" z dnia 24 listopada 2021 roku, punkt 1,

Zamawiający przewidział realizację usług nadzoru inwestorskiego od I kwartału do końca IV kwartału 2022 roku.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 24 listopada 2021 roku „WYJAŚNIENIE NR 2 ORAZ ZMIANA NR 1 TREŚCI SWZ" Znak pisma: KFZ01.210.40.2021.RZ/6 UNP: 2021-0541702

(w aktach sprawy)

Całą zatem działalność Inżyniera Kontraktu w zakresie nadzoru inwestorskiego w ramach zadań objętych przedmiotowym postępowaniem, Zamawiający postanowił zmieścić pomiędzy pierwszym a końcem czwartego kwartału 2022 roku. Co istotne, o ile Zamawiający precyzyjnie określił moment zakończenia Świadczenia usług jako „koniec IV kwartału" o tyle nie wskazał momentu w I kwartale, kiedy świadczenie takie miałoby się rozpocząć.

Oznacza to, że teoretycznie mógłby to być każdy dzień pomiędzy 1 stycznia a 31 marca

2022 roku.

W praktyce jednak, będzie to raczej druga połowa marca 2022 roku.

Już w dniu złożenia ofert to jest 15 grudnia 2021 roku można było założyć, że świadczenie nie rozpocznie się przed 1 marca 2022 roku. Po złożeniu ofert miał miejsce okres Świąteczno — Noworoczny, gdy zwykle wiele osób korzysta z urlopów co przekłada się na spowolnienie działania instytucji i przedsiębiorstw. Sam Zamawiający wskazał, że termin związania ofertą upływa 14 marca 2022 roku co można rozumieć jako założenie Zamawiającego (znajdujące potwierdzenie w obecnym stanie postępowania), że co najmniej do upływu terminu związania ofertą trwać będzie procedura postępowania przetargowego.

Zatem stosując wykładnię literalną Wyjaśnienia nr 2 pkt 1, należy dokonać ponownego

wyliczenia czasu trwania usługi objętej postępowaniem. Okres dziesięciu miesięcy pozostający do realizacji usługi pomiędzy pierwszym a końcem ostatniego kwartału 2022 roku to około 44 tygodni.

W tym czasie muszą zostać wykonane prace obejmujące wszystkie trzy etapy zamówienia.

Zatem zawarte w uzasadnieniu odrzucenia Oferty Odwołującego, wyliczenie Zamawiającego oparte o realizację usługi Etapu II w terminie 58 tygodni jest błędne i sprzeczne z SWZ.

W rozdziale VIII. Punkt 1 SWZ, Zamawiający ustalił:

1. Zamawiający wymaga, aby Przedmiot Umowy został zrealizowany w terminie do 79 tygodni od dnia zawarcia umowy, w tym:

1.1. Etap I — przygotowanie Inwestycji — w terminie do 8 tygodni od dnia zawarcia umowy,

1.2. Etap II — realizacja Inwestycji —nie dłużej niż przez okres 58 tygodni,

1 .3. Etap III:

a) sporządzenie sprawozdania końcowego z realizacji Zadania Inwestycyjnego i rozliczenie Zadania Inwestycyjnego - w terminie do 20 dni roboczych od dnia podpisania końcowego protokołu odbioru robót budowlanych;

b) koordynacja techniczna robót budowalnych w lokalach najemców określona w załączniku nr 2 do Umowy — w terminie do 90 dni od dnia podpisania końcowego protokołu odbioru robót budowalnych.

Określenie „nie dłużej" zawarte w punkcie 1.2 odnoszące się do czasu trwania Etapu II, stanowi wyraźne ograniczenie czasowe uniemożliwiające zaplanowanie dłuższego czasu realizacji. Brak jednak ograniczenia „w dół". Powyższe oznacza, że z zastrzeżeniem obowiązku zapewnienia nadzoru przez cały czas prowadzenia inwestycji, czas ten może być krótszy niż 79 tygodni.

Zmiana wynikająca z „Wyjaśnienia nr 2 (.. .)" pkt 1 jasno wskazuje, że cala usługa ma być zrealizowana w terminie aż o 35 tygodni krótszym, niż maksymalny czas 79 tygodni.

Przyjmując, że czas trwania I etapu to 8 tygodni, zaś czas trwania III etapu to aż, 90 dni (to jest niemal 13 tygodni) , to od pozostałego w wyniku wyjaśnień terminu 44 tygodnie należy odjąć tygodni co daje tygodni 23 .

Wskazany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego czas trwania II etapu = 58 tygodni, jest nieaktualny gdyż sam Zamawiający dokonał jego zmiany, zmieniając łączny czas wykonywania świadczeń na 44 tygodnie, to jest w sumie łącznie 0 14 tygodni mniej, niż pierwotnie przewidywany czas trwania tylko II Etapu.

Dlatego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jako nie znajdujące podstaw w dokumentacji postępowania, musi zostać uznane za chybione zaś sama czynność powinna zostać przez Krajową Izbę Odwoławczą unieważniona o co w tym miejscu ponownie wnosimy,

Trudno oczywiście obecnie dywagować, czy czas trwania I Etapu będzie wynosił 8 tygodni jednak czas trwania Etapu III nie ulegnie skróceniu z przyczyn praktycznych. Termin ten jest najkrótszym z możliwych do dotrzymania dla wykonania przewidzianych w nim prac.

Przyjmując zatem, że czas trwania I Etapu będzie np. o połowę krótszy i wyniesie tylko (zamiast 8), to na II Etap pozostanie tylko 4 tygodnie zamiast 8 to na etap II pozostanie tylko 27 tygodni.

Stosując metodykę Zamawiającego. 27 tygodni x 4 godziny x 12 obiektów = 1296 godzin

Sam Zamawiający wyliczył, że z wyjaśnień Odwołującego wnika 1776 godzin to jest aż o 480 godzin więcej niż to wynika z wyliczenia.

Z całą pewnością można stwierdzić, że podając w Wyjaśnieniu nr 2 nowy czas trwania usługi Zamawiający wprowadził znaczną niepewność co do czasowego podziału na etapy oraz czasu dyspozycyjności do realizacji usług w ogóle. Powstałe niejasności zapisów SWZ nie mogą obciążać Wykonawcy, Nie mogą leżeć u podstaw tak radykalnych środków jak odrzucenie oferty i pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia w sytuacji, gdy złożona przez Nas oferta jest w pełni zgodna z zapisami SWZ.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że nawet pierwotny zakładanych czas realizacji II Etapu „nie dłuższy" niż 58 tygodni należało dostosować do parametrów poszczególnych obiektów.

Zwracamy uwagę, że Zamawiający przewidział odrębną wycenę dla każdego z obiektów. Do tego celu nałożył obowiązek wypełnienia i złożenia wraz z ofertą, Załącznika nr 2a do SWZ

„Formularz cenowy"

Gdyby było tak, jak twierdzi Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia Naszej oferty, że wszystkie usługi mają rozpocząć się i zakończyć w tym samym dniu, wystarczyłoby jedno przykładowe wyliczenie, które dotyczyłoby każdego z obiektów jednakowo.

Tak się nie stało i sam Zamawiający dostrzegł konieczność zróżnicowanej wyceny usług nadzoru inwestorskiego na każdym obiekcie.

Dowód: Załącznik nr 2a do SWZ - Formularz cenowy (w aktach sprawy)

Korzystając z własnej wiedzy i doświadczenia, przewidzieliśmy taki właśnie zróżnicowany nakład czasu pracy na różnych obiektach.

Lp. Nazwa obiektu (opisana jako nazwa miejscowości w której obiekt jest położony)

Powierzchnia [m2] Liczba roboczogodzin

1,	Stary Sącz	320	176
2.	Barcice	170	160
3.	Rytro	600	192
4.Piwniczna Zdrój		70	96
5.	Piwniczna	260	128
6.Wierchomla Wk.		140	112
7.Żegiestów		240	128
8. Żegiestów Zdrój		90	96
9.	Milik	100	96
10.	Łomnica Zdrój	100	96
11.	Młodów	80	96
12.	Zubrzyk	80	96

Podane nakłady znajdują uzasadnienie w rozmiarach obiektów i stopniu skomplikowania prac w tych obiektach zaplanowanych. Co nie mniej ważne, Zamawiający nie odrzucił Naszej oferty z tytułu nieprawidłowego wyliczenia ceny (błędu). Wyliczenie to jest bowiem w pełni

zgodne z wymaganiami zawartymi w Rozdziale XVII SWZ „Sposób obliczenia ceny":

1. Wykonawca określa cenę oferty poprzez wskazanie w „Formularzu ofertowym" stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ, kwoty wyliczonej zgodnie z „Formularzem cenowym", stanowiącym Załącznik nr 2a do SWZ, należnego mu całkowitego wynagrodzenia, które obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją Przedmiotu Umowy, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z wykonaniem Umowy, niedoszacowania, pominięcia lub braku rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy (w ramach

postępowania na każdą lokalizację będą zawierane oddzielne Umowy).

4. W przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części zamówienia i nie ujęcia jej w wynagrodzeniu, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie.

Zatem bez znaczenia pozostaje to, co przewidział wykonawca. Nawet w przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części zamówienia i nie ujęcia jej w wynagrodzeniu, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie.

Odrzuciwszy ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy Art.16 pkt 1 art. 226 ust.

1 pkt 5 ustawy.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO

Pismem z dnia 15 marca 2022r. Zamawiający, składając odpowiedź na odwołanie wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,

2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów pełnomocnika, zgodnie z fakturą przedstawioną na posiedzeniu/rozprawie.

Zamawiający szczegółowo wyjaśnił argumentację formalną i prawną stanowiska co do odrzucenia oferty odwołującego z powodu sprzeczności treści oferty z warunkami zamówienia. W szczególności w odpowiedzi na odwołanie skupił się na wyliczeniach godzin pracy przewidzianej do realizacji nadzoru inwestorskiego i wykazując, że z wyliczeń samego odwołującego wynika przeznaczenie mniejszej ilości godzin niż zakłada harmonogram czasu dla inspektorów zwłaszcza w etapie drugim to jest etapie realizacji inwestycji.

Poniżej zarys argumentacji zamawiającego (pismo w aktach sprawy).

Zamawiający zbadał, czy ceny wskazane w złożonych ofertach nie są niższe o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10) ustawy Pzp.

W wyniku badania Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego: konsorcjum firm w składzie: EMG Engineering Managament Group sp. z o.o. i A. W. i B. W. wspólnicy spółki cywilnej pn. a.b.w. budownictwo, usługi A. W., B. W. s.c. dalej również „Odwołujący" i „Wykonawca", jest niższa o ok. 32,5% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, w związku z czym konieczne jest skierowanie do Wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie czy złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2022 roku (UNP: 2022-0032945) wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności wezwał Wykonawcę do wskazania jakie czynniki wpłynęły na podaną cenę. W szczególności Wykonawca zobowiązany był do wskazania:

Kosztów realizacji usługi wynikających z wymagań określonych w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ" oraz wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 10 do SWZ, w szczególności:

a. kosztów realizacji usługi wynikających z Etapu I przedmiotu umowy za weryfikację i opiniowanie dokumentacji projektowej przez Inspektorów, o których mowa § 12 ust. 3 (Osoby do kontaktów i zespół Wykonawcy) wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ, wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot,

b. kosztów realizacji usługi wynikających z Etapu II przedmiotu umowy za nadzór nad procesem inwestycyjnym i pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przez okres realizacji robót budowlanych przez Zespół Wykonawcy, o którym mowa § 12 ust. 3 (Osoby do kontaktów i Zespół Wykonawcy) wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ, wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot,

c. kosztów realizacji usługi wynikających z Etapu III przedmiotu Umowy za rozliczenie Zadania Inwestycyjnego oraz Koordynacja techniczna robót budowalnych w lokalach najemców przez Zespół Wykonawcy, o którym mowa § 12 ust. 3 (Osoby do kontaktów i Zespół Wykonawcy) wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot;

Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył wymagane wyjaśnienia, po analizie których, w ocenie Zamawiającego, złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp tj. „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia".

Decyzja Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego została poprzedzona przeprowadzeniem bardzo szczegółowej analizy złożonej przez niego oferty, jak również wyjaśnień złożonych w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 roku. Z przeprowadzonej analizy wynika, iż:

Na stronie 3 wyjaśnień Wykonawca przedstawił wyliczenia ceny złożonej oferty, gdzie w odniesieniu do wyjaśnienia przyjętych kosztów realizacji usługi wynikających z Etapu II przedmiotu Umowy, za nadzór nad procesem inwestycyjnym i pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przez okres realizacji robót budowalnych przez Zespół Wykonawcy, wskazał sumaryczną ilość godzin pracy Inżyniera Kontraktu (Zarządzającego Realizacją Zadania Inwestycyjnego) dla 12 inwestycji, w podziale na miesiące.

Czyli przyjęte zostało 104 lub 128 (w zależności od miesiąca) godzin pracy Inżyniera Kontraktu miesięcznie, oraz 80 godzin przypadające na połowę pierwszego miesiąca prac. Powyżej wskazana ilość godzin w miesiącu dotyczy sumy dla wszystkich 12 zadań inwestycyjnych.

Zamawiający w części E pkt 8 OPZ (w każdym OPZ - dla każdej z 12 lokalizacji), określił wymagany czas pracy dla Inżyniera/Koordynatora Wykonawcy (osoby Zarządzającej Realizacją Zadania Inwestycyjnego) na minimum 4 godziny tygodniowo dla każdego z zadań inwestycyjnych osobno:

Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia ciągłego nadzoru prowadzonych robót oraz zapewnienia na terenie budowy, przez cały okres realizacji inwestycji, minimum 4- godzinnej tygodniowo obecności Inżyniera (w tym także w zależności od potrzeb i wymagań w godzinach Zamawiającego".

Dodatkowo należy zaznaczyć, że Zamawiający nie dopuścił w SWZ możliwości łączenia funkcji w przypadku osoby Inżyniera Kontraktu — Zarządzającego Realizacją Zadania Inwestycyjnego, (o której mowa w ppkt (vi) SWZ) z funkcjami pozostałych osób (o których mowa w ppkt. (i) — (v) SWZ) tj. Inspektorem nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, Inspektorem nadzoru robót sanitarnych, Inspektorem nadzoru robót elektrycznych i elektroenergetycznych, Inspektorem nadzoru robót telekomunikacyjnych oraz Inspektorem nadzoru robót drogowych.

W OPZ Zamawiający określił minimum 4 godziny tygodniowo pracy Inżyniera Kontraktu dla jednej lokalizacji. przyjmując następujący sposób wyliczeń terminu sprawowania usług:

Czas trwania etapu II realizacji inwestycji wynosi 58 tygodni, co przy 12 lokalizacjach / dworcach, zakładając 4 godzinną obecność Inżyniera /Koordynatora Wykonawcy (osoby Zarządzającej Realizacją Zadania Inwestycyjnego) w tygodniu na każdej z inwestycji, daje łączną ilość 2784 godziny pracy. W związku z powyższym, aby oferta była zgodna z warunkami zamówienia, Wykonawca zobowiązany był skalkulować cenę w taki sposób, żeby 7ape.wnić obecność Inżyniera /Koordynatora Wykonawcy przez min. 2784 godziny na II etapie realizacji całej inwestycji. Informacje te wynikają wprost z SWZ oraz jej załączników tj. wzoru umowy oraz OPZ dla każdej z lokalizacji.

Wykonawca, w tabeli przedstawionej w wyjaśnieniu ceny, przyjął 1 776 godzin pracy Inżyniera kontraktu na II etapie realizacji inwestycji, czyli o 1008 godzin mniej niż to wynika z

założeń opisanych w dokumentacji tj. SWZ, umowie oraz OPZ.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 sierpnia 2021 roku sygn. KIO/KD 1 3/21 wskazała, iż: Ocena oferty wykonawcy powinna być skorelowana z wymaganiami

Zmawiającego, ustalonymi w SIWZ, co do sposobu prezentacji oferty oraz informacji potwierdzających, iż spełnia ona te właśnie wymagania.

Dodatkowo w niniejszej sprawie na uwagę zasługuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej

przedstawione w wyroku z dnia 15 czerwca 2021 roku, sygn. akt: 1103/21:

Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do odrzucenia ofert łych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do zakresu, ilości. jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty ze SIWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wola uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Przy czym zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są zapisy SIWZ, jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Przenosząc powyższe stanowisko Izby na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż mając na uwadze jednoznaczne i wyczerpujące wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 roku, Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, iż Wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w SWZ. Tym samym, Zamawiający nie mógł postąpić inaczej, aniżeli odrzucić ofertę złożoną przez Odwołującego.

Resumując powyższe rozważania wskazać należy, że treść złożonej przez Odwołującego oferty jest niezgodna z założeniami przyjętymi w warunkach ssanym stawiany przez niego w odwołaniu Zarzut jest w całości bezpodstawny.

Zakładamy również, że okres wykonywania Usługi może ulec przedłużeniu w przypadku wydłużenia okresu realizacji nadzorowanych Kontraktów oraz w załączonych oświadczeniach poszczególnych Inspektorów kierowanych do wykonania zadania.

Mając na uwadze powyższe, zarzut postawiony przez Odwołującego w odwołaniu jest w całości niezasadny. Twierdzenia Wykonawcy wskazane w wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2022 roku, jak również w odwołaniu sprowadzają się do sytuacji, w której Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie według oceny Zamawiającego powinno podlegać oddaleniu w całości.

STANOWISKO UCZESTNIKA POSTĘPOWANIA

W dniu 16 marca 2022r. przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie, popierając decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego.

Poniżej przedstawione zostaje zasadnicze stanowisko Przystępującego (pismo w aktach

sprawy)

Działając w imieniu SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja (zwanego dalej: „Uczestnikiem postępowania" lub „SAFEGE") w uzupełnieniu zgłoszonego przystąpienia wnoszę o oddalenie odwołania w całości i przedstawiam poniższą argumentację.

II. Odwołujący w przedstawionej Zamawiającemu kalkulacji ceny oferty założył mniejszą liczbę godzin zaangażowania Inżyniera/Koordynatora Wykonawcy niż jest to wymagane w

SWZ.

Zgodnie z ust. VIII pkt 1 ppkt 1.2. „Zamawiający wymaga, aby Przedmiot Umowy został zrealizowany w terminie 79 tygodni od dnia zawarcia umowy, w tym:

1.2. Etap II - realizacja Inwestycji - nie dłużej niż przez okres 58 tygodni"

2. Zgodne z pkt E ppkt 8 OPZ „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia ciągłego nadzoru prowadzonych robót oraz zapewnienia na ternie budowy, przez cały okres realizacji inwestycji, minimum 4-godzinnei tygodniowo obecności inżyniera (w tym w zależności od potrzeb i wymagań w godzinach nocnych oraz w weekendy, odpowiednio do terminów wykonywania robót) oraz na każde wezwanie Zamawiającego." Jest to wymiar przewidziany dla każdego z 12 zadań inwestycyjnych.

3. Wobec tego minimalny czas zaangażowania Inżyniera/Koordynatora Wykonawcy w realizację zamówienia na wszystkich 12 zadaniach przyjęty do kalkulacji ceny oferty powinien wynosić:
58 tygodni x 4 godziny tygodniowo x 12 inwestycji = 2784 godziny.

4. Z wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego wynika, że przyjął on do kalkulacji ceny oferty jedynie 1776 godzin pracy Inżyniera kontraktu w Etapie II w ramach wszystkich 12 zadań inwestycyjnych. Jednocześnie z tabeli na str. 3 wyjaśnień wynika, że Odwołujący przyjął, że Etap II będzie trwał 58 tygodni (czyli tyle ile wynika z SWZ). Prosty rachunek matematyczny pokazuje więc, że Odwołujący przyjął tygodniowe zaangażowanie Inżyniera kontraktu w wymiarze jedynie ok. 2,5 godziny na zadanie. Natomiast gdy Zamawiający wymagał minimum 4 godzin na zadanie.

1776 godzin : 12 inwestycji : 58 tygodni = nieco ponad 2,5 godziny

5. Wobec tego oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

7. Odwołujący poczynił w odwołaniu założenia, które nie są zgodne z warunkami zamówienia wynikającymi z SWZ, OPZ i umowy. Odwołujący założył bowiem, że faktyczny czas trwania Etapu II nie będzie wynosił 58 tygodni (jak wynika z SWZ), a jedynie 44 tygodnie. Odwołujący taką interpretację wysnuwa na podstawie wyjaśnień SWZ z dnia 24 listopada 2021 r., gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający wskazał, że „planowe sprawowanie usługi nadzoru inwestorskiego w ramach każdego obiektu powinno rozpocząć się w I kwartale 2022 roku oraz zakończyć do końca IV kwartału 2022 roku. " Z przedmiotowej odpowiedzi na pytanie nie wynika jednak, że Zamawiający dokonał zmiany SWZ, OPZ i umowy oraz ograniczył zakres zamówienia. Nie wynika również, że wymagał od wykonawców przyjęcia mniejszego zaangażowania m.in. Inżyniera kontraktu i samodzielnego obliczenia czasu trwania poszczególnych etapów. Byłoby to nieracjonalne i prowadziło to nieporównywalności oferty - każdy z wykonawców mógłby wówczas przyjąć inny czas trwania postępowania, zawarcia umowy, a co za tym idzie inną długość poszczególnych etapów i inne zaangażowanie czasowe poszczególnych stanowisk. W takiej sytuacji każdy z wykonawców ująłby w ofercie inne sposób realizacji zamówienia.

8. Skoro Zamawiający nie dokonał zmiany SWZ, OPZ i Umowy oraz sformułował wymóg w zakresie minimalnego zaangażowania czasowego Inżyniera kontraktu w realizację poszczególnych zadań, to taki zakres należało przyjąć do wyceny oferty, czego Odwołujący zaniechał. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie wprowadził nowego czasu trwania usługi, a analiza SWZ nie pozostawiała wątpliwości jaki zakres należało wycenić.

9. Oferta Odwołującego nie uwzględnia zarówno 2784 godzin pracy Inżyniera kontraktu

w skali całego zamówienia, jak również min. 4 godzinnego zaangażowania w tygodniu (przy czym taki wymóg został wprost wyartykułowany w SWZ).

10. W informacji z dnia 24 stycznia 2022 r. Zamawiający wprost wskazał, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodność z warunkami zamówienia z uwagi na skalkulowanie ceny oferty w oparciu o mniejsze zaangażowanie Inżyniera Kontraktu niż wymaga tego SWZ. Odwołujący nie zakwestionował tej okoliczności w odwołaniu, przeciwnie potwierdził on, że przyjął mniejsze niż wskazuje Zamawiający (i SWZ) zaangażowanie. Takie działanie Odwołującego powoduje, że oferty złożone w postępowaniu są nieporównywalne. O ile Uczestnik postępowania przyjął faktycznie wynikające z SWZ minimalne zaangażowanie Inżyniera Kontraktu w realizację Etapu II w ramach 12 zadań, o tyle Odwołujący zaniżył to zaangażowanie o prawie 40%. Oczywistym jest zatem, że również cena oferty Odwołującego jest w związku z tym odpowiednio niższa. Zaakceptowanie takiego działania Odwołującego prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nieporównywalność oferty w przedmiotowym postepowaniu nie wynika z uchybień po stronie Zamawiającego - Zamawiający sformułował SWZ w sposób jasny i precyzyjny, który nie pozostawiał miejsca na wątpliwości interpretacyjne należało wycenić zaangażowanie Inżyniera kontraktu w wymiarze min. 4 godzin tygodniowo przez 58 tygodni w zakresie każdego z 12 zadań.

1 1. Odwołujący wskazuje, że „,bez znaczenia pozostaje to, co przewidział wykonawca. Nawet w przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części zamówienia i nieujęcia jej w wynagrodzeniu, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenia o dodatkowe wynagrodzenia. ” (str. 9 odwołania). Odwołujący przyznał więc, że pominął podczas wyceny część zakresu zamówienia. Odwołujący stara się bagatelizować ten fakt twierdząc, że jest to jego ryzyko i że nie będzie mógł ubiegać się o dodatkowe wynagrodzenia. Istotne jest jednak, że takie podejście powoduje ryzyko związane z niewykonaniem pełnego zakresu zamówienia - Odwołujący, który będzie zobowiązany do wykonania zakresu, który nie został wyceniony w ofercie, może z uwagi na brak środków w ostateczności nawet odstąpić od umowy.

12. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 września 2021 sygn. akt: KIO 2520/21 wskazała, że „O niezgodności treść oferty z postanowieniami SIWZ można mówić w przypadku pominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego.

Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w SWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. W przedmiotowym stanie faktycznym jest to oczywiste - Odwołujący wprost wskazał w wyjaśnieniach ceny, a następnie w odwołaniu, że wycenił mniejszy niż wynikający z oferty zakres zaangażowania Inżyniera Kontraktu w realizację zamówienia. Uchybienie to stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, która ma charakter zasadniczy i nieusuwalny i nie ma możliwości jej poprawienia.

III. Mając powyższe na uwadze, odwołanie jest bezzasadne i powinno zostać oddalone.

IV. Skan pisma został przesłany Zamawiającemu i Odwołującemu e-mailem.

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA USTALIŁA I ZWAŻYŁA

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, w związku z przywołanymi w poczet materiału dowodowego dokumentami z dokumentacji postępowania przetargowego prowadzonej przez zamawiającego oraz na podstawie analizy tejże dokumentacji z argumentacją stron oraz uczestnika (pisma powyżej w uzasadnieniu) Izba uwzględniła

odwołanie, uznając zarzuty i żądania odwołania za zasadne i stwierdzając naruszenie przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, jako mające wpływ na wynik postepowania.

Tym samym Izba podziela argumentację formalną i prawną odwołującego i uznaje ją za własną, uznając interes prawny do wniesienia odwołania i nie stwierdzając podstaw do odrzucenia odwołania jak i co do uznania dopuszczenia do postępowania przystępującego po stronie zamawiającego.

Zamawiający decyzją z dnia 22 lutego 2022r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty (przystępującego po stronie zamawiającego) oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego jako oferty, której treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia. Powyższej czynności zamawiający dokonał na podstawie udzielonych wyjaśnień odwołującego, na wezwanie zamawiającego w trybie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - pismo z dnia 15 marca 2022r.- cytowane powyżej- przytoczył obszerne fragmenty uzasadnienia swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 22 lutego 2022r.

I tak zamawiający w szczególności stwierdził, że działając w oparciu o art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp zawiadamia, iż odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego, przedstawiając na tę okoliczność uzasadnienie faktyczne, „Zamawiający w toku badania i oceny złożonej oferty, stwierdził, iż zaoferowana przez odwołującego cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego (oferta jest niższa o ok. 32,5% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT). Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, jeżeli cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 20.01.2022 r. (UNP: 2022-0032945) wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, m. in. o wskazanie jakie czynniki wpłynęły na podaną cenę, w tym do złożenia dowodów(...)”.

Poza standardowymi, wynikającymi z ustawy Pzp. wymaganiami przy wyjaśnieniu podstaw budowania ceny, zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia:

„8. Kosztów realizacji usługi wynikających z wymagań określonych w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ” oraz wzorze Umowy stanowiącym Załącznik nr 10 do SWZ, w szczególności:

a. kosztów realizacji usługi wynikających z Etapu I przedmiotu Umowy za weryfikację i opiniowanie dokumentacji projektowej przez Inspektorów, o których mowa § 12 ust. 3 (Osoby do kontaktów i zespół Wykonawcy) wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot,

b. kosztów realizacji usługi wynikających z Etapu II przedmiotu Umowy za nadzór nad procesem inwestycyjnym i pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przez okres realizacji robót budowalnych przez Zespół Wykonawcy, o którym mowa § 12 ust. 3 (Osoby do kontaktów i Zespół Wykonawcy) wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot,

c. kosztów realizacji usługi wynikających z Etapu III przedmiotu Umowy za rozliczenie Zadania Inwestycyjnego oraz Koordynacja techniczna robót budowalnych w lokalach najemców przez Zespół Wykonawcy, o którym mowa § 12 ust. 3 (Osoby do kontaktów i Zespół Wykonawcy) wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot;

9. Kosztów wynikających z wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy zgodnie z postanowieniami § 10 wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot;

10. Kosztów wynikających z posiadania przez cały okres realizacji Umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą ubezpieczenia 1 200 000,00 zł (słownie: jeden milion dwieście tysięcy

złotych 00/100) dla jednej lub wszystkich szkód zgodnie z postanowieniami rozdziału XXII SWZ oraz § 19 ust. 3 wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot."

Jak wynika z dokumentacji przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca/odwołujący w dniu 24.01.2022 r., przedstawił wyliczenia ceny złożonej oferty, gdzie w zestawieniu tabelarycznym wskazał liczby godzin osób pełniących poszczególne funkcje w procesie realizacji zadań Inżyniera Kontraktu, w poszczególnych etapach realizacji inwestycji (etap I,II i III) budowy i przebudowy dworców kolejowych w „Dolinie Popradu". Zamawiający podkreślił również, że postanowienia SWZ nie dopuszczają możliwości łączenia funkcji w przypadku osoby Inżyniera Kontraktu - Zarządzającego Realizacją Zadania Inwestycyjnego.

Również Zamawiający wskazał, że zgodnie z definicją zawartą w Opisie przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ" (dla każdej z 12 lokalizacji): Inżynier / Koordynator Wykonawcy to osoba fizyczna, koordynująca wykonanie umowy przez Inżyniera Kontraktu i określono wymagany czas pracy „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia ciągłego nadzoru prowadzonych robót oraz zapewnienia na terenie budowy, przez cały okres realizacji inwestycji, minimum 4 - godzinnej tygodniowo obecności Inżyniera (w tym także w zależności od potrzeb i wymagań w godzinach nocnych oraz w weekendy, odpowiednio do terminów wykonywania robót) oraz na każde wezwanie Zamawiającego".

W związku z powyższym, na podstawie przedstawionego czasu pracy w wyjaśnieniach odwołującego, wymagany czas trwania etapu II realizacji inwestycji, który wynosi 58 tygodni, co przy 12 lokalizacjach dworców, zakładając 4 godzinną obecność Inżyniera w tygodniu na każdej z inwestycji, daje łączną ilość 2784 godziny pracy. W związku z powyższym, aby oferta była zgodna z warunkami zamówienia, Wykonawca zobowiązany był skalkulować cenę w taki sposób, żeby zapewnić obecność Inżyniera przez min. 2784 godziny na II etapie realizacji całej inwestycji, a co wynika wprost z SWZ, a odwołujący w tabeli przedstawionej w wyjaśnieniu ceny, przyjął 1 776 godzin pracy Inżyniera kontraktu na II etapie realizacji inwestycji, czyli o 1 008 godzin mniej niż to wynika z założeń dokumentacji SWZ.

Na tej podstawie zamawiający uznał, że wyjaśnienia wykonawcy sprowadzają się do sytuacji, w której wykonawca/odwołujący oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia. Zamawiający w swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego odniósł się do treści art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, tj. „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści."

W tak opisanym stanie rzeczy zarówno faktycznym, jak i prawnym mając na uwadze powyższe, zamawiający uznał, że „przedmiotowa sytuacja nie dotyczy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, gdyż z oświadczenia Wykonawcy zawartego w złożonym pliku o nazwie: „wyjasnienie_ceny_dolina_popradu-sig ", jednoznacznie wynika, w II etapie realizacji inwestycji przyjęto 1 776 godzin pracy Inżyniera kontraktu, zamiast wymaganych w warunkach zamówienia 2 784 godzin".

Uwzględniając powyższe, zamawiający podejmuje czynność odrzucenia oferty odwołującego jako oferty, której treść jest sprzeczna z treścią SWZ, a co zamawiający ustalił w okolicznościach złożonych wyjaśnień ceny i kosztu zaoferowanego wynagrodzenia, odrzucając ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp. (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia).

Izba dokonując oceny samej czynności zamawiającego z dnia 22 lutego 2022r. stwierdza, że zamawiający badając ofertę, w związku z wyjaśnieniami odwołującego co do ustalenia wynagrodzenia z powodu przekroczenia tzw. limitu 30 % w stosunku do wartości zamówienia oraz stwierdzeniem przez zamawiającego braku podstaw do wyjaśnień treści oferty, w sposób radykalny i jednoznaczny uznał, o odrzuceniu oferty z powodu sprzeczności jej treści z warunkami zamówienia. Tylko na marginesie sprawy, Izba zauważa, że nie danie szans wykonawcy, gdy stwierdza się w toku badania ceny, sprzeczność treści oferty z dokumentami postępowania, do złożenia wyjaśnień co do zgodności oferty z swz, nie jest działaniem prawidłowym i racjonalnym zamawiającego. Bowiem czym innym jest badanie treści oferty, a czym innym jest badanie prawidłowej ceny oferty. Owszem mogą powstać wątpliwości w toku badania ceny, co do treści oferty, ale tak daleko posunięte konsekwencje jak odrzucenie z innego tytułu niż wyjaśnianego wydają się z natury rzeczy brakiem

staranności po stronie zamawiającego o utrzymanie konkurencyjnej oferty, chociażby z powodu braku dania szans wykonawcy przez zapytanie się o wyjaśnienie treści oferty, skoro zamawiający badając uprzednio jej treść nie miał wątpliwości co do zgodności jej treści z dokumentami zamówienia.

Natomiast Izba kwitując sam efekt i skutek oceny wyjaśnienia ceny przez odwołującego stwierdza, że stanowisko zamawiającego w kontekście czynności odrzucenia oferty odwołującego świadczy o tym, że zamawiający akceptuje wysokość ceny oferty odwołującego w związku ze złożonymi przez niego wyjaśnieniami, a kwestionuje zgodność treści oferty z dokumentami swz.

Niemniej na kanwie rozpoznawanej sprawy, Izba nie powzięła wątpliwości, jak zamawiający, co do zgodności treści oferty z dokumentami SWZ i uwzględniła odwołanie na podstawie poniżej przedstawionych ustaleń z dokumentacji postępowania (SWZ).

„Przedmiot nadzoru inwestorskiego nad wykonaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi, w ramach zadania pn. „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Doliny Popradu" - jest podział na 12 lokalizacji:

1. „Przebudowa dworca kolejowego Stary Sącz" w systemie Projektuj i Buduj,

2. „Przebudowa dworca kolejowego Barcice" w systemie Projektuj i Buduj,

3. „Przebudowa dworca kolejowego Rytro" w systemie Projektuj i Buduj,

4. „Przebudowa dworca kolejowego Piwniczna Zdrój" w systemie Projektuj i Buduj,

5. „Przebudowa dworca kolejowego Piwniczna" w systemie Projektuj i Buduj,

6. „Przebudowa dworca kolejowego Wierchomla Wielka" w systemie Projektuj i Buduj,

7. „Przebudowa dworca kolejowego Żegiestów" w systemie Projektuj i Buduj,

8. „Przebudowa dworca kolejowego Żegiestów Zdrój" w systemie Projektuj i Buduj,

9. „Budowa dworca kolejowego Milik" w systemie Projektuj i Buduj,

10. „Budowa dworca kolejowego Łomnica Zdrój" w systemie Projektuj i Buduj,

11. „Budowa dworca kolejowego Młodów" w systemie Projektuj i Buduj,

12. „Budowa dworca kolejowego Zubrzyk" w systemie Projektuj i Buduj.

Zamawiający informuje, że w ramach postępowania będą zawierane oddzielne Umowy na każdą lokalizację. Umowy będą zawierane w jednym terminie.

5. Zamawiający, w ramach żadnej lokalizacji, nie przewiduje zorganizowania wizji lokalnej obiektów budowlanych z jego udziałem, niemniej jednak zaleca się, aby Wykonawca bardzo szczegółowo sprawdził w terenie warunki wykonywania przedmiotu zamówienia.

6. Zamawiający odstępuje od określenia wymagań dotyczących zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób na podstawie stosunku pracy przy realizacji zamówienia.

1. Zamawiający wymaga, aby Przedmiot Umowy został zrealizowany w terminie do 79 tygodni od dnia zawarcia umowy, w tym:

1.1. Etap I - przygotowanie Inwestycji - w terminie do 8 tygodni od dnia zawarcia umowy,

1.2. Etap II - realizacja Inwestycji -nie dłużej niż przez okres 58 tygodni,

1.3. Etap III:

a) sporządzenie sprawozdania końcowego z realizacji Zadania Inwestycyjnego i rozliczenie Zadania Inwestycyjnego - w terminie do 20 dni roboczych od dnia podpisania końcowego protokołu odbioru robót budowlanych;

b) koordynacja techniczna robót budowalnych w lokalach najemców określona w załączniku nr 2 do Umowy - w terminie do 90 dni od dnia podpisania końcowego protokołu odbioru robót budowalnych.

2. Zamawiający informuje, że w ramach postępowania w jednym terminie na każdą lokalizację wchodzącą w skład przedmiotowego zamówienia, będą zawierane oddzielne Umowy. Termin określony powyżej odnosi się do każdej lokalizacji wchodzącej w skład przedmiotowego zamówienia.

Informacja o możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom

1. Zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom.

2. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w oświadczeniu JEDZ, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ, oraz Formularzu Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy podwykonawców (o ile są znane na obecnym etapie).

4. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

Wykonawca określa cenę oferty poprzez wskazanie w „Formularzu ofertowym" stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ, kwoty wyliczonej zgodnie z „Formularzem cenowym", stanowiącym Załącznik nr 2a do SWZ, należnego mu całkowitego wynagrodzenia, które obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją Przedmiotu Umowy, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z wykonaniem Umowy, niedoszacowania, pominięcia lub braku rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy (w ramach postępowania na każdą lokalizacje będą zawierane oddzielne Umowy).

4. W przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części zamówienia i nie ujęcia jej w wynagrodzeniu, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe

wynagrodzenie.

5. W związku z powyższym, cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z SWZ, jak również koszty w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia.

6. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym, zaleca się, aby Wykonawca bardzo szczegółowo sprawdził w terenie warunki wykonania przedmiotu zamówienia.

Warszawa, dnia 24.11.2021 r. Znak pisma: KFZ01.210.40.2021.RZ/6 UNP: 2021-0541702
Wszyscy zainteresowani

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu, sprawującego nadzór inwestorski nad wykonaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach zadania pn. „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Doliny Popradu", nr postępowania KFZ/2021/WNP-012882.

WYJAŚNIENIE NR 2 ORAZ ZMIANA NR 1 TREŚCI SWZ

Zamawiający - Polskie Koleje Państwowe S.A., działając na podstawie art. 135 ust. 6 oraz art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwana dalej „ustawą Pzp", poniżej udostępnia treść zapytań (bez ujawniania źródła zapytania) wraz z wyjaśnieniami treści Specyfikacji Warunków

Zamówienia, zwanej dalej „SWZ” oraz dokonuje zmiany treści SWZ:

I. Wyjaśnienie treści SWZ:

Pytanie 1:

Czy intencją Zamawiającego jest realizacja robót budowlanych dla powyższego postępowania jednocześnie?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż dla wszystkich 12 lokalizacji objętych przedmiotem niniejszego postępowania, Zamawiający przeprowadził już postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotem którego były prace projektowe i roboty budowlane w systemie „projektuj i buduj”. W ramach postępowania z jednym wykonawcą w jednym terminie zostały zawarte umowy o prace projektowe i roboty budowlane (w ramach każdej lokalizacji została zawarta oddzielna umowa). Zamawiający określił, iż przedmiot Umowy, dla każdej lokalizacji oddzielnie, powinien zostać zrealizowany w określonym, ale tym samym, terminie.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wyjaśnia, że intencją Zamawiającego jest jednoczesna realizacja robót budowlanych dla wszystkich 12 dworców. Niemniej jednak, z uwagi na różny stan zaawansowania prac projektowych w ramach danej lokalizacji, co za tym idzie, różne terminy pozyskania odpowiednich decyzji administracyjnych na potrzeby poszczególnych lokalizacji dworcowych, Zamawiający wskazuje, iż zarówno rozpoczęcie jak i zakończenie świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu sprawującego nadzór inwestorski w ramach danej lokalizacji mogą się nieznacznie różnić w zależności od lokalizacji dworca. Jednakże planowe sprawowanie usługi nadzoru inwestorskiego w ramach każdego obiektu powinno rozpocząć się w I kwartale 2022 roku oraz zakończyć do końca IV kwartału 2022 roku.

Pytanie 2:

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji robót budowlanych przez GWR dla obiektów wymienionych w postępowaniu w różnych terminach?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż odpowiedź na powyższe pytanie została zawarta w odpowiedzi na pytanie 1. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż nie dopuszcza możliwości realizacji robót budowlanych w różnych terminach, ponieważ w każdej Umowie o prace projektowe i roboty budowlane w systemie „projektuj i buduj” zawartej z GWR został określony taki sam termin realizacji robót budowlanych w ramach danej lokalizacji.

Izba powyżej zaprezentowała wprost postanowienia SWZ, które wskazują na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, na ryzyko wykonawcy nie ujęcia pewnych kosztów w wynagrodzeniu i na brak prawa do żądania zmiany wynagrodzenia(należnego mu całkowitego wynagrodzenia, które obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją Przedmiotu Umowy, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z wykonaniem Umowy, niedoszacowania, pominięcia lub braku rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy), owszem co nie wyklucza prawa zamawiającego do procedury sprawdzenia prawidłowej wyceny zadania i to badanie pod kątem zarzutu rażąco niskiej ceny wypadło pozytywnie dla odwołującego.

Natomiast co do kwestii sprzeczności treści oferty z swz to z cytowanych powyżej fragmentów dokumentów postępowania wynika po pierwsze, że w samej swz zamawiający

nie określa w sposób sztywny czasu trwania nadzoru (1.2. Etap II - realizacja Inwestycji -nie dłużej niż przez okres 58 tygodni) a wyjaśnienia z dnia 24.11.2021r. wskazują na skrócenie terminu realizacji zadań Inżyniera Kontraktu (Jednakże planowe sprawowanie usługi nadzoru inwestorskiego w ramach każdego obiektu powinno rozpocząć się w I kwartale 2022 roku oraz zakończyć do końca IV kwartału 2022 roku).

W związku z powyższym dywagacje zamawiającego i przystępującego na temat, że odwołujący planuje nie 4 godziny tygodniowo na placu budowy tylko 2,5 godziny nie mają racji bytu, wobec braku sztywnego określenia czasu wykonywania funkcji nadzoru

inwestorskiego, a w konsekwencji wyciągania negatywnych skutków dla oferty odwołującego. Zresztą w samym odwołaniu (odwołanie powyżej w uzasadnieniu), jak i na rozprawie odwołujący wskazywał, że czasowe zaangażowanie osób ujętych w Tabeli dotyczy podwykonawców, również czynił to w samych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (Z uwagi na specyfikę funkcji, które mają pełnić te osoby, ich zaangażowanie w wykonanie przedmiotu zamówienia będzie zróżnicowane. Poczynione założenia co do zaangażowania godzinowego służą ustaleniu ram kontraktowych pomiędzy naszą firmą a osobami, które będą wykonywały określone funkcje. Zawarte umowy cywilno-prawne będą przewidywały obowiązek świadczenia według potrzeb przez cały okres umowny włącznie z ewentualnym przedłużeniem realizacji umowy - wyjaśnienie rażąco niskiej ceny z dnia 25.01.2022r. - pismo w aktach sprawy). Ponadto odwołujący składając wyjaśnienia do rażąco niskiej ceny nawet oświadczył się zamawiającemu ponad ofertę, że będzie wykonywał, jak i zarówno jego podwykonawcy, obowiązki nadzoru do efektywnego końca budowy i przebudowy stacji kolejowych w Dolinie Popradu.

Tak więc tak dalekie wywodzenie skutków prawnych dla odwołującego z Tabeli zawartej w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 25.01.22r. w aktach sprawy) jest nieuprawnione i ani zamawiający, ani przystępujący nie udowodnili w toku postępowania odwoławczego, że odwołujący oferuje przedmiot zamówienia niezgodny z swz co do sposobu i zakresu jego wykonania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129 wraz z późn. zm.) zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 15.000,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz koszty w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 złotych.

Przewodniczący: .....