Sygn. akt: KIO 1134/22

WYROK

z dnia 18 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Ewa Sikorska
Maksym Smorczewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 61 lok. 100 (00-819 Warszawa) oraz A. W. i B. W. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą a.b.w. budownictwo, usługi B. W., B. W. spółka cywilna z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Architektów 6 lok. 1 (35-082 Rzeszów)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 142A (02-305 Warszawa)

przy udziale wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre przy 15-27 rue du Port (Parc de l'Ile 92022 Nanterre CEDEX, Republika Francuska), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz A. W. i B. W. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą a.b.w. budownictwo, usługi B. W., B. W. spółka cywilna z siedzibą w Rzeszowie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz A. W. i B. W. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą a.b.w. budownictwo, usługi B. W., B. W. spółka cywilna z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Polskich Kolei Państwowych S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz A. W. i B. W. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą a.b.w. budownictwo, usługi B. W., B. W. spółka cywilna z siedzibą

w Rzeszowie, kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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: .....

Sygn. akt: KIO 1134/22

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

Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu, sprawującego nadzór inwestorski nad wykonaniem dok. projekt. i robotami budowlanymi w ramach zadania pn. „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Dolina Popradu" (nr referencyjny: KFZ/2021/WNP-012882), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 listopada 2021 r., pod numerem 2021/S 220-580714.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 25 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz B. W. i B. W. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą a.b.w. budownictwo, usługi B. W., B. W. spółka cywilna z siedzibą w Rzeszowie (zwani dalej: „odwołującym") wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu ich oferty na skutek uznania, że:

- zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- zawiera błędy w obliczeniu ceny;

i w konsekwencji uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez SAFEGE S.A.S., pomimo, że oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom odwołujący, zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 , art. 224 ust. 6 oraz 226 ust 1 pkt 8 Pzp, przez bezprawne dokonanie

czynności odrzucenia oferty odwołującego na skutek uznania, że zawiera ona rażąco niską

cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo faktu, że zamawiający nie dokonał

analizy prowadzącej do ustalenia, czy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają

cenę podaną w ofercie, nie podważył żadnych czynników cenotwórczych zastosowanych

przez odwołującego ani innych okoliczności wynikających z wystosowanego wezwania a

jedynie oparł się o rzekome nie ujęcie pełnych kosztów wykonania zamówienia wynikających

z maksymalnych zakresów godzinowych pracy Inżyniera Kontraktu, co zostało już wcześniej

akt KIO 605/22, zaś w konkluzji wyraził jedynie wątpliwość co do realności zaoferowanej ceny a nie decyzję uzasadniającą odrzucenie oferty, pomimo że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska;

2) art. 16 pkt 1, art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, przez bezprawne dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego, na skutek uznania, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie 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.

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący wyjaśnił, że 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 jego oferty jako najkorzystniejszej. W obecnym stanie odwołujący wskazał, że może ponieść szkodę w kwocie 1 416 960,00 PLN wynikającej ze złożonej oferty.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na treść: wezwania z dnia 20 stycznia 2022 r. skierowanego do niego w związku z koniecznością wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2022 r. złożonych w odpowiedzi na powyższe wezwanie. W tym kontekście odwołujący wyjaśnił, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę zamawiający podważył wyłącznie wyliczenie kosztów wykonania zamówienia wynikających z maksymalnych zakresów godzinowych pracy Inżyniera Kontraktu w zakresie Etapu II przedmiotu Umowy za nadzór nad procesem inwestycyjnym i pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przez okres realizacji robót budowalnych. Odwołujący wskazał, że zamawiający oparł się wyłącznie o maksymalne zakresy zaangażowania godzinowego wynikające z SWZ. Nie wziął pod uwagę specyfiki poszczególnych obiektów, determinującej zakres rzeczywistego zaangażowania Inżyniera Kontraktu ani, co szczególnie istotne, wprowadzonych przez siebie zmian w zakresie zaangażowania godzinowego wynikających z udzielonych wyjaśnień treści SWZ. Zamawiający - zdaniem odwołującego - 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. Odwołujący stwierdził, że powstanie tej różnicy zamawiający wskazał jako wyłączną stwierdzenia, że cena oferty odwołującego była rażąco niska.

W ocenie odwołującego, dokonując oceny zamawiający całkowicie pominął istotne okoliczności mające wpływ na wynik postępowania.

Po pierwsze odwołujący wyjaśnił, że na stronie 4 złożonych przez niego wyjaśnień ceny z dnia 25 stycznia 2022 r. 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 SIWZ : 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.”

W ocenie odwołującego przytoczony fragment wyjaśnień jednoznacznie miał wskazywać, 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 jego oferty na podanych w uzasadnieniu podstawach odwołujący uznał za błędną i nieuzasadnioną.

Po drugie, odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z „Wyjaśnieniem nr 2 (...)" z dnia 24 listopada 2021 r., punkt 1, zamawiający przewidział realizację usług nadzoru inwestorskiego od I kwartału do końca IV kwartału 2022 r. 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 r. 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, ze teoretycznie mógłby to być każdy dzień pomiędzy 1 stycznia a 31 marca 2022 r. W praktyce jednak, powinna to być raczej druga połowa marca 2022 r. Już w dniu złożenia ofert to jest 15 grudnia 2021 r. 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. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, ze sam zamawiający wskazał, iż termin związania ofertą upływa 14 marca 2022 r. 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, należało dokonać ponownego wyliczenia czasu trwania usługi objętej postępowaniem. Okres dziesięciu miesięcy pozostający do realizacji usługi pomiędzy pierwszym a końcem ostatniego kwartału 2022 r. to około 44 tygodni. W tym czasie powinny zostać wykonane prace obejmujące wszystkie trzy etapy zamówienia. Zatem zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, wyliczenie zamawiającego oparte o realizację usług Etapu II w terminie 58 tygodni było, zdaniem odwołującego, błędne i sprzeczne z SWZ.

Jak zwrócił uwagę odwołujący 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.

W ocenie odwołującego określenie „nie dłużej" zawarte w punkcie 1.2 odnoszące się do czasu trwania Etapu II, stanowiło 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.

Dalej odwołujący wywodził, że zmiana wynikająca z „Wyjaśnienia nr 2 (...)" pkt 1 jasno wskazywała, że cała 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 21 tygodni co daje tygodni 23 . Zdaniem odwołującego wskazany w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty 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 o 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 wniósł odwołujący. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że 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 4 tygodnie (zamiast 8), to na II Etap pozostanie tylko 27 tygodni. Stosując metodykę zamawiającego, 27 tygodni x 4 godziny x 12 obiektów = 1296 godzin. Sam zamawiający wyliczył, że z wyjaśnień odwołującego wynika 1776 godzin to jest aż o 480 godzin więcej niż to wynika z wyliczenia powyżej.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że 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 niego oferta jest w pełni zgodna z zapisami SWZ i nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie zgodził się z wyliczeniami zawartymi na stronie 8 uzasadnienia odrzucenia oferty. Zamawiający twierdzi, że wyliczenie zaangażowania czasowego realizacji zamówienia po wprowadzonych zmianach należy liczyć na całe 52 tygodni. Odwołujący podniósł, że takie rozumowanie jako pozbawione logiki i oderwane od realiów sprawy nie może się ostać. Odwołujący dodał, że w tabeli załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny została ujęta ponad oczekiwania zamawiającego, osoba pracownika biurowego (SWZ takiej osoby nie wymagał) w ilości 3 160 r-g x 30 zł/godz. = 94 800 zł netto. Jako fakultatywna, osoba taka nie będzie musiała pracować przy realizacji umowy co daje odwołującemu dodatkowe 94 800 zł rezerwy finansowej. Zamawiający fakt ten całkowicie pominął. Odwołujący wyjaśnił, że wyceniając przedmiotowe zamówienie wziął pod uwagę stopień skomplikowania a co za tym idzie spodziewany zakres zaangażowania godzinowego Inżyniera Kontraktu na realizacji poszczególnych jego elementów. Odwołujący wskazał, 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". W ocenie odwołującego argumentacja zamawiającego prowadzona jest w taki sposób, jakby nie istniało rozróżnienie

merytoryczne pomiędzy obiektami, z których jedne są budynkami, inne zaś zwykłymi wiatami przystankowymi. Zatem przyjęcie że czas potrzebny w świadczenie usług Inżyniera

Kontraktu jest taki sam dla każdego z obiektów jest nieracjonalne i stoi w sprzeczności z zasadami logiki. Gdyby było tak jak twierdzi zamawiający, że wszystkie usługi mają rozpocząć się i zakończyć w tym samym dniu, wystarczyłoby jedno przykładowe wyliczenie, które dotyczyłoby wszystkich obiektów jednakowo. Tak się nie stało i sam zamawiający dostrzegł konieczność zróżnicowanej wyceny usług nadzoru inwestorskiego na każdym z obiekcie. Odwołujący wyjaśnił, że korzystając z własnej wiedzy i doświadczenia, przewidział taki właśnie zróżnicowany nakład czasu pracy na różnych obiektach.

Odwołujący stwierdził w dalszej kolejności, że co ważne, zamawiający nie zadał sobie trudu aby wskazać, że wycena prac Inżyniera Kontraktu na którymkolwiek z obiektów szczegółowo wykazanych zarówno w Załączniku nr 1 a do SWZ (wycena w ofercie) a także w tabeli zamieszczonej w wyjaśnieniach ceny, z uwagi na konieczne obciążenie pracą została wykonana w sposób niewystarczający. Nie wskazał na naruszenie zasad wyliczania kosztów pracy ani na niemożność zapewnienia prawidłowej realizacji usługi z tego powodu. Ograniczył się wyłącznie do (ponownego już) wskazania na niezgodność wyliczenia z maksymalnym czasem zaangażowania pracy Inżyniera Kontraktu przewidzianym w SWZ. Przy czym odwołujący wyjaśnił, że zamawiający już jeden raz odrzucił jego ofertę z powodu niezgodności z SWZ. Okoliczności te były przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 605/22. Izba zatem już raz rozpatrywała kwestie podnoszone w obecnym zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, uznając że brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SWZ. Z powyższego zdaniem odwołującego wynikało wprost, że wyliczenie ceny dokonane na podstawie przedstawionych zamawiającemu zestawień nie może zostać uznane za nierealne a tym co za tym idzie, wyliczona w ten sposób cena jest realna i nie może zostać uznana za cenę rażąco niską. Odwołujący podniósł, że skoro jedyną podstawą odrzucenia oferty jako zawierającą rażąco niską cenę była niezgodność z SWZ, przedstawiona argumentacja wraz z dokumentacją sprawy KIO 605/22 stanowi wyczerpujący materiał dowodowy w rozumieniu art. 537 pkt 1 Pzp. Izba uznała, że treść oferty odpowiada SWZ i nie można jej zarzucić braku możliwości wykonania na jej podstawie zamówienia. Powyższe oznaczało, zdaniem odwołującego, że przyjęta przez zamawiającego podstawa odrzucenia jego oferty, jako chybiona, nie mogła się ostać. Tym samym czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp zasługuje na unieważnienie.

Na marginesie odwołujący podniósł, że samodzielną przesłankę uwzględnienia przedmiotowego zarzutu zawiera art. 224 ust 6 Pzp. Przepis ten stanowi, że: 6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Powyższe oznacza, że badaniu zamawiającego z możliwym skutkiem odrzucenia oferty wykonawcy podlegać może nie tyle,

jak w przedmiotowej sprawie, zakres wycenionego świadczenia, lecz uzasadnienie podanej w ofercie ceny tego świadczenia. Wydaje się, że Ustawodawca w ten sposób wyraźnie oddzielił ocenę zgodności z dokumentami zamówienia od wyjaśnienia realności ceny. Skutkiem powyższego powinno być badanie przez zamawiającego wyłącznie pod kątem stwierdzenia, czy wycena zaoferowanego świadczenia została prawidłowo wyjaśniona i wykazana a nie czy samo świadczenie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego. Zamawiający zaś właśnie na rzekomej rozbieżności z SWZ zbudował uzasadnienie odrzucenia oferty, co w ocenie odwołującego ostać się nie mogło. Należało bowiem zważyć na treść przepisu art. 224 ust. 6 Pzp: badaniu podlega uzasadnienie ceny zawarte w wyjaśnieniach a nie zgodność wyobrażenia wykonawcy o zakresie zamówienia z wyobrażeniem zamawiającego co uczynił zamawiający. Odwołujący po raz kolejny zwrócił uwagę, że okoliczności były już badane w sprawie sygn. akt 605/22 i Izba przyznała rację odwołującemu.

W odniesieniu do drugiego zarzutu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na treść rozdziału XVII SWZ, który określał sposób obliczenia ceny.

W tym kontekście odwołujący wyjaśnił, że w praktyce, z uwagi na treść punktu 4 z rozdziału XVII SWZ, bez znaczenia pozostawało to, co przewidział w swojej wycenie 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. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie zarzucił zresztą nieprawidłowego wyliczenia ceny, lecz kopiując po raz kolejny tezy zawarte w zarzucie rażąco niskiej ceny, zaczerpnięte z uzasadnienia odrzucenia oferty z dnia 22 lutego 2022 r., przypisał mu popełnienie błędu w obliczeniu ceny na skutek rzekomej niegodności z treścią SWZ, która została rozsądzona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt KIO 605/22, poprzez uchylenie decyzji zamawiającego na skutek uznania przez Izbę bezprawności czynności odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący podniósł, że w treści Wzoru umowy zawartej w załączniku nr 10 do SWZ w § 5 WYNAGRODZENIE I WARUNKI PŁATNOŚCI zamawiający ustalił, że 1. Za wykonanie Przedmiotu Umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie całkowite ryczałtowe (...). Skoro wynagrodzenie zostało określone jako ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 k.c. uznać należało, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Przyjmujący zamówienie nie może bowiem żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zdaniem odwołującego zgodność zastosowanej podstawy wyliczenia z zakresem objętym przedmiotem zamówienia oraz wymaganiami zawartymi w SWZ została już orzeczona

wyrokiem Izby z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt KIO 605/22 i wobec braku zaskarżenia tego orzeczenia, zamawiający nie posiada obecnie możliwości wywodzenia przeciwnie do sentencji i uzasadnienia uprawomocnionego już wyroku.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre.

W dniu 13 maja 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie. W odpowiedzi tej przedstawił wniosek o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. W uzasadnieniu dla wniosku o oddalenie odwołania zamawiający wskazał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu określonym w rozdziale IV ust. 2 pkt 4) lit. b) SWZ, było dysponowanie przez wykonawcę w całym okresie realizacji zamówienia wykwalifikowanym personelem, w tym wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia w trakcie realizacji zamówienia co najmniej jednej osoby pełniącej funkcje Inżynier Kontraktu - Zarządzający Realizacją Zadania Inwestycyjnego - która winna posiadać:

- wykształcenie wyższe oraz

- co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku inżyniera kontraktu lub zarządzającego realizacją zadania inwestycyjnego (dopuszcza się sumowanie doświadczenia na poszczególnych stanowiskach) oraz

- doświadczenie na stanowisku inżyniera kontraktu lub zarządzającego realizacją zadania inwestycyjnego w realizacji minimum 2 inwestycji polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych 00/100) (każda z inwestycji).

W tym kontekście zamawiający wskazał, że zgodnie z definicją zawartą w OPZ (dla każdej z 12 lokalizacji): Inżynier / Koordynator Wykonawcy to osoba fizyczna, koordynująca wykonanie umowy przez Inżyniera Kontraktu, zaś w części E pkt 8 OPZ (dla każdej z 12 lokalizacji) określono wymagany czas pracy dla Inżyniera/Koordynatora Wykonawcy (osoby Zarządzającej Realizacją Zadania Inwestycyjnego): 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. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że w sposób jednoznaczny wskazał w SWZ, że w ramach postępowania będą zawierane oddzielne Umowy na każdą lokalizację. Umowy będą

zawierane w jednym terminie. Czas trwania etapu II realizacji inwestycji wynosi do 58

tygodni, co przy 12 lokalizacjach / dworcach, zakładając 4 godzinną obecność Inżyniera /Koordynatora wykonawcy (osoby Zarządzającej Realizacją Zadania Inwestycyjnego, o której mowa w rozdz. IX ust. 2 pkt 4) lit. b) ppkt (vi) SWZ) 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 /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. Zamawiający obliczając czas pracy Inżyniera przyjął następujące założenia:

Maksymalny czas trwania II Etapu: 58 tygodni x 4godz./tyg. x 12 lokalizacji =2784 godzin. Przeliczając to na miesięczny czas pracy Inżyniera w II etapie: 2784 godz./13,5 m-ca (58tyg) = 206 godz./miesięcznie.

Przyjmując sposób wyliczenia godzin pracy Inżyniera na 12 zadaniach inwestycyjnych, przyjęty przez wykonawcę, czyli w podziale na okresy miesięczne, powinno to wyglądać następująco:

- 30 (dni w miesiącu) / 7 (dni w tygodniu) = 4,3 tygodnia miesięcznie,
- 4,3 (tygodnia) * 4 (godziny pracy) = 17,2godziny pracy miesięcznie dla jednej lokalizacji,
- 17,2 godziny pracy miesięcznie * 12 lokalizacji = 206 godziny pracy miesięcznie.

Jak wynikało z powyższych obliczeń, Inżynier powinien pracować łącznie na wszystkich lokalizacjach minimum 206 godzin miesięcznie, a nie tak jak wskazał wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2022 r. maksymalnie 128 godzin. Co zamawiający podkreślił, był to okres minimalny, a nie maksymalny jak w odwołaniu wskazał wykonawca. W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że odwołujący, w tabeli przedstawionej w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 roku - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przyjął łącznie dla wszystkich 12 lokalizacji 1 776 godzin pracy Inżyniera kontraktu na II etapie realizacji inwestycji, czyli o 1 008 godzin mniej niż to wynikało z założeń opisanych w dokumentacji tj. SWZ, umowie oraz OPZ. Zatem wyjaśnienia złożone przez odwołującego w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 r. sprowadzały się do sytuacji, w której poprzez niewłaściwe założenia dotyczące zakresu świadczonej usługi (przyjęto zbyt małą liczbę godzin pracy Inżyniera Kontraktu), odwołujący błędnie skalkulował cenę oferty i tym samym nie sprostał obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Sposób kalkulacji ceny potwierdził, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nawet przyjmując sposób wyliczeń czasu pracy w oparciu o udzieloną przez zamawiającego w dniu 24 listopada 2021 r. na pytania wykonawców odpowiedź, na którą w odwołaniu powołał odwołujący, a która w ocenie zamawiającego nie stanowiła zmiany (skrócenia) terminu realizacji usług, czyli okres realizacji robót budowlanych (Etap II przedmiotu Umowy) skracając do 52 tygodni (I - IV kwartał), nadal sumaryczna ilość godzin dla wszystkich 12 lokalizacji, będzie niezgodna z wymaganiami OPZ:

52 tygodnie - 13 tygodni (z III etapu) = 39 tygodni.

39 tygodni * 4 godziny = 156 godzin dla jednej lokalizacji

156 godzi * 12 lokalizacji = 1872 godziny

1872 godziny dla II etapu, to nadal jest więcej niż przyjęte w wyjaśnieniach przez Wykonawcę 1776 godzin.

Jednakże w ocenie zamawiającego wbrew twierdzeniom wskazanym przez odwołującego, składając ofertę, a następnie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, miał on pełną świadomość, iż okres na jaki będą zawarte umowy, wynosi 18 miesięcy i przez taki czas zobowiązany on będzie do świadczenia na rzecz zamawiającego usług, co potwierdził złożonym w piśmie z

dnia 25 stycznia 2022 r. oświadczeniu.

Powyższe jednoznacznie w ocenie zamawiającego potwierdzało, że twierdzenia wskazane w treści odwołania, w zakresie dokonania przez zamawiającego zmiany (skrócenia) terminu realizacji zamówienia, były jedynie argumentacją przyjętą na potrzeby postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wykonawca błędnie skalkulował cenę oferty i tym samym nie sprostał obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W tym miejscu zamawiający wskazał i podkreślił, że odpowiedzią na pytania wykonawców udzieloną w dniu 24 listopada 2021 r., wbrew twierdzeniom odwołującego, nie zmienił terminu realizacji zamówienia. Powyższe miało potwierdzać, że odwołujący błędnie skalkulował cenę oferty i tym samym nie sprostał obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zatem wypełniona została przesłanka odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp. Ponadto zamawiający zauważył, że odwołujący błędnie przyjął ilość miesięcy jako 14,5 co wynika bezpośrednio z przyjętego przez niego uproszczenia, według którego miesiąc ma 4 tygodnie. Nawet przy uwzględnieniu przyjętego przez odwołującego podziału miesiąca na 4 tygodnie (4 tygodnie * 14,5 miesiąca = 58 tygodni), nadal liczba godzin pracy będzie zbyt mała:

- 4 (tygodnie) * 4 (godziny pracy) = 16 godzin pracy dla jednej lokalizacji
- 16 godzin pracy miesięcznie * 12 lokalizacji = 192 godzin pracy miesięcznie

jest to ilość znacząco przewyższająca tę podaną w wyjaśnieniach (104, 128 lub 80 /dla połowy miesiąca/).

Przyjęte przez odwołującego założenie ilości godzin pracy, niezależnie czy jest to 104, 128 czy nawet 160 (połowa miesiąca - 80 godzin razy dwa) godzin miesięcznie, było niezgodne z wymaganym w OPZ zapewnieniem na terenie budowy dla jednego zadania inwestycyjnego, przez cały okres realizacji inwestycji, minimum 4 - godzinnej tygodniowo obecności Inżyniera.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego dotyczących nieważności czynności zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, zamawiający wskazał, iż były twierdzenia w całości chybione. W sprawie prowadzonej pod sygn. akt: KIO 605/22, Izba badała zasadność odrzucenia oferty odwołującego dokonanego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, która to podstawa prawna nie jest tożsama z tą, którą obecnie wskazał zamawiający jako podstawę prawną czynności odrzucenia, tj. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp. Każda z tych podstaw prawnych funkcjonuje osobno i brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, iż skoro Izba w wyroku wydanym w sprawie KIO 605/22 uznała, iż złożona przez wykonawcę oferta, jest zgodna z warunkami zamówienia, to obecnie zamawiający nie może już skorzystać z podstawy prawnej wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp.

Za całkowicie chybiony zamawiający również uznał zarzut dotyczący naruszenia art. 16 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp. W świetle art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp zaistnienie w ofercie błędu w obliczeniu ceny determinuje bezwzględny obowiązek zamawiającego do jej odrzucenia, a co za tym idzie - eliminuje jakąkolwiek możliwość konwalidacji takiej oferty. Zakwalifikowanie ujawnionej w ofercie nieprawidłowości jako błędu w obliczeniu ceny skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty, co służy zachowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponieważ przepisy Pzp nie zawierają definicji legalnej błędu, zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, błąd należy rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 84 § 2 k.c. można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Chodzi tu o błąd co do faktu, polegający na niezgodnym z rzeczywistością wyobrażeniu o istniejącym stanie rzeczy lub o treści czynności prawnej. Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędem takim będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić.

W ocenie zamawiającego, odwołujący przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny był inny stan faktyczny niż wynika z SWZ. Powyższe wskazywało, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający. W ocenie zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją. Odwołujący w sposób błędny skalkulował cenę oferty,

przyjmując w II etapie realizacji zamówienia dla wszystkich 12 lokalizacji 1 776 godzin pracy Inżyniera Kontraktu (czyli o 1 008 godzin mniej), zamiast 2784 godziny pracy wynikających z OPZ, a więc odmiennie od założeń SWZ, która bezpośrednio odnosiła się do ceny rozumianej jako całość zamawianych usług. Odnosząc się do twierdzeń odwołującego dotyczących określenia przez zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, zamawiający wskazał, iż również były to twierdzenia w całości chybione. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, jeśli zajdą ku temu przesłanki określone w Pzp. Ryczałt nie zabezpiecza zamawiającego przed możliwością zaoferowania mu ceny, która nie ma rynkowego charakteru.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do

akt sprawy przez zamawiającego w dniu 5 maja 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”);

- wyjaśnienia nr 2 oraz zmianę nr 1 treści SWZ z dnia 24 listopada 2021 r.;

- wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20 stycznia 2022 r. skierowane do odwołującego;

- wyjaśnienia odwołującego złożone pismem z dnia 25 stycznia 2022 r. w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 14 kwietnia 2022 r., która zawierała również informację o odrzuceniu oferty odwołującego wraz z podaniem uzasadnienia dla tej czynności;

2) dokumenty złożone przez zamawiającego w dniu 6 maja 2022 r. w celu uzupełnienia akt sprawy obejmujące informację o unieważnieniu postępowania z dnia 29 kwietnia 2022 r. wraz z potwierdzeniami opublikowania tej informacji i przekazania jej wykonawcom na

platformie zakupowej.

Izba ustaliła co następuje

W wyjaśnieniach nr 2 do treści SWZ z dnia 24 listopada 2021 r. zamawiający na pytanie nr 1 o treści Czy intencją Zamawiającego jest realizacja robót budowlanych dla powyższego postępowania jednocześnie?, udzielił następującej odpowiedzi:

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.

Zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. (znak: UNP: 2022-0032945) wezwał odwołującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1) Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

W związku z przedmiotowym wezwaniem odwołujący został zobowiązany do wskazania m.

in.:

(...)

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:

(...)

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,

Odwołujący złożył wyjaśnienia na piśmie opatrzonym datą 25 stycznia 2022 r.

Po analizie przedmiotowych wyjaśnień zamawiający uznał, że złożona przez odwołującego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp. W konsekwencji w dniu 22 lutego 2022 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego i odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego.

Odwołujący w dniu 3 marca 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (oznaczone następnie sygn. akt: KIO 605/22) wobec czynności oraz zaniechania dokonania czynności zamawiającego, polegających na naruszeniu przepisów art. 16 pkt 1, art. 226 ust 1 pkt 5) Pzp, przez bezprawne dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego pomimo faktu, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie 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.

W dniu 18 marca 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 605/22, w którym uwzględniła w całości odwołanie, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

We wskazanym powyżej orzeczeniu Izba stwierdziła m. in.:

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.

Zamawiający, w związku z wyrokiem o sygn. akt KIO 605/22 w dniu 7 kwietnia 2022 r., unieważnił czynności:

1) wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 22 lutego 2022 r.;

2) odrzucenia oferty odwołującego.

W konsekwencji zamawiający dokonał ponownego badania i oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 stycznia 2022 r. i uznał, że oferta złożona przez tego wykonawcę podlegała odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również zawiera błędy w obliczeniu ceny. Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 14 kwietnia 2022 r., zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego i ponownie odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego, wskazując jako podstawy prawne odrzucenia art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp.

W dniu 29 kwietnia 2022 r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W treści uzasadnienia tej decyzji zamawiający zestawiając postanowienia SWZ oraz odpowiedź na pytanie nr 1 udzieloną w dniu 24 listopada 2021 r. wskazał m. in.

Powyższa odpowiedź spowodowała niespójność w dokumentach zamówienia i w konsekwencji mogła wprowadzić w błąd Wykonawców. Udzielone odpowiedzi spowodowały, iż w różny sposób można było interpretować termin wykonania usługi, czego wynikiem mogło być wyliczenie ceny ofert na różny zakres przedmiotu zamówienia (niezgodny z wymaganiami określonymi w SWZ). Potwierdzeniem powyższego tj. odmiennej interpretacji dokumentów zamówienia, jest dwukrotnie złożone odwołanie przez Wykonawcę Konsorcjum firm w składzie: EMG Engineering Managament Group sp. z o.o. oraz a.b.w. budownictwo, usługi B. W., B. W. s.c. oraz przestąpienie Wykonawcy SAFEGE S.A.S. po stronie Zamawiającego (w wyniku wnoszonych odwołań).

Niejednoznacznie określony termin realizacji zamówienia (w wyniku udzielonej odpowiedzi), nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, co stanowi wadę w postępowaniu, która na obecnym etapie postępowania jest niemożliwa do usunięcia.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 16 pkt 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 224 ust. 6 Pzp - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na potrzeby przedmiotowego rozstrzygnięcia Izba w pierwszej kolejności uznała za stosowne zwrócić uwagę na dyspozycję zawartą w art. 552 ust. 1 Pzp, która stanowi, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Rolą ww. przepisu - podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 k.p.c. gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 k.p.c. - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia.

W związku z powyższym skład orzekający wziął pod uwagę także okoliczność unieważnienia postępowania, która została dokonana w dniu 29 kwietnia 2022 r., czyli jeszcze przed zamknięciem rozprawy. Oczywiście sama czynność unieważnienia postępowania nie była przedmiotem orzekania co oznaczało, że Izba w okolicznościach niniejszej sprawy nie oceniała jej prawidłowości, ponieważ nie była ona objęta odwołaniem. Jak wynika z treści art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dodatkowo należało wyjaśnić, że wobec czynności unieważnienia postępowania zostało wniesione kolejne odwołanie, które zostanie rozpoznane w wyniku przeprowadzenia odrębnego postępowania odwoławczego. Tym samym wydając wyrok w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego, Izba nie tyle mogła, co była zobowiązana wziąć za podstawę ustalony w toku tego postępowania stan rzeczy, który obejmował także czynność unieważnienia postępowania, przy jednoczesnym nierozstrzyganiu prawidłowości tej czynności.

Czynność unieważnienia postępowania, a przede wszystkim uzasadnienie podane przez zamawiającego dla tej czynności miały, w ocenie składu orzekającego, istotne znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej sprawy. W uzasadnieniu unieważnienia postępowania, które szerzej zostało zacytowane powyżej, zamawiający wprost stwierdził, że odpowiedź udzielona na pytanie nr 1 w ramach wyjaśnień z dnia 24 listopada 2021 r. spowodowała niespójność w dokumentach zamówienia i w konsekwencji mogła wprowadzić w błąd wykonawców. Dodatkowo zamawiający wskazał, że udzielone odpowiedzi spowodowały, iż w różny sposób można było interpretować termin wykonania usługi, czego wynikiem mogło być wyliczenie ceny ofert na różny zakres przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z powyższego zamawiający uzasadniając czynność unieważnienia postępowania jednoznacznie przyznał, że w dokumentacji przetargowej miała miejsce niespójność, która mogła wprowadzić w błąd wykonawców. Przyznanie przez zamawiającego takiej okoliczności w zasadzie zniweczyło całość argumentacji podanej w odpowiedzi na odwołanie oraz przedstawionej przez niego na rozprawie. Skoro zamawiający doszedł do przekonania, że w dokumentacji miała miejsce niespójność, która powodowała, że w różny sposób można było interpretować termin wykonania usługi, czego wynikiem mogło być wyliczenie ceny ofert na różny zakres przedmiotu zamówienia, to w żaden sposób nie można było odrzucić oferty wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę oraz tym bardziej zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu w przypadku przyjęcia przez tego wykonawcę założeń co do terminu wykonania usługi, które wynikały z niejednoznacznych postanowień opracowanych przez zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego w aktualnie obowiązującym stanie prawnym w dalszym ciągu na swojej doniosłości nie straciła i na uznanie zasługuje, wynikająca z orzecznictwa Izby, zasada rozstrzygania na korzyść wykonawcy niejasności lub niejednoznaczności wynikających z treści dokumentacji przetargowej. Przenosząc powyższą zasadę na stan przedmiotowej sprawy należało uznać, że nie można było wyciągać negatywnych konsekwencji wobec odwołującego w sytuacji, w której to zamawiający doprowadził do powstania niespójności w treści postanowień SWZ i na podstawie tych niespójnych postanowień dokonał czynności odrzucenia jego oferty.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę

odwołującego w wyniku czego znalazły potwierdzenie zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1, art. 224 ust. 6 oraz 226 ust 1 pkt 8 Pzp, a także art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie).

Przewodniczący: .....