

Sygn. akt: KIO 1995/23

## WYROK

z dnia 27 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: M.T.**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach**

przy udziale wykonawcy **INKO Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:** .....

Sygn. akt: KIO 1995/23

## Uzasadnienie

I. Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa obwodnicy miasta Włoszczowa w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 786 wraz z połączeniem z drogą wojewódzką nr 742 i 785 - /Etap II - Obwodnica Włoszczowy w ciągu DW 742*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowy UE dnia 22 lutego 2023 roku pod nr 2023/S 038-112983.

W dniu 10 lipca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 239 i nast. w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając tak postawione zarzuty odwołania, Odwołujący wskazywał m.in., że „Odwołujący, stosując się do wymogu zawartego w części XV.2 SWZ uwzględnił w ofercie ryzyko przedłużenia okresu świadczenia usługi i oszacował je na kwotę 40 tysięcy złotych. Ocena czy ryzyko to zostało adekwatnie wycenione jest, z uwagi na jego nieprzewidywalny charakter, obiektywnie niemożliwa i wykraczająca poza ramy oceny czy oferta Odwołujących zawiera cenę rażąco niską. Niemniej, podkreślenia wymaga, iż oszacowanie wspomnianego ryzyka na istotnie niższym poziomie, niż realny koszt wykonania usługi w przedłużonym okresie było (a co zapewne zostanie potwierdzone w

przyszłości) nie tylko zgodne z SWZ, ale było racjonalne ekonomicznie.

Po pierwsze, na uwadze należy mieć okoliczność, iż inwestycje których przedmiotem są roboty budowlane obiektów liniowych są prowadzone przez jednostki państwowe czy samorządowe, specjalnie ku temu powołane, dysponujące wiedzą techniczną, organizacyjną i prawną, pozwalającą oszacować długość poszczególnych etapów inwestycji (okresu projektowania, okresu wykonywania robót budowlanych). Wykonawcy robót, wybrani w sformalizowanej procedurze, muszą posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, umożliwiającą im należyte jakościowo i terminowe wykonanie powierzonych im robót. Przedkładając powyższe na uwarunkowania niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, fakt ten pozwala założyć, iż pierwotna długość wykonywania zamówienia obejmująca 13 miesięcy nadzoru nad pracami projektowymi i 24 miesiące nadzoru nad robotami budowlanymi została przez Zamawiającego określona z należyłą starannością i z dużą dozą prawdopodobieństwa można przyjąć, iż pozwoli ona wykonać profesjonalnemu wykonawcy przedmiotową inwestycję w ww. terminach. Opóźnienia, jakkolwiek zdarzają się w praktyce, nie stanowią zasady. Należy traktować je jako wyjątek, okoliczność niespodziewaną, której zaistnienia nie można domniemywać. W szczególności nie ma żadnych racjonalnych podstaw, aby Odwołujący miał za pewnik przyjmować wydłużenie czasu realizacji zamówienia, a tym bardziej w wymiarze aż 10 dodatkowych miesięcy tj. prawie połowy pierwotnie przyjętego okresu prowadzenia robót budowlanych.

Po drugie, przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie usługi, której zakres w przeważającej mierze jest z góry ustalony i niezależny od okresu świadczenia usług, a wiele czynności składających się na przedmiot zamówienia ma charakter jednorazowy, zatem niezależny od długości okresu wykonywania całego zamówienia. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa, na którą składa się pewien zestaw czynności, których zakres nie ulega zmianie w przypadku gdy dochodzi do wydłużenia czasu świadczenia usługi. Ewentualne wydłużenie okresu wykonywania zamówienia nie powiększy ilości zadań wykonawcy, a doprowadzi jedynie do tego, że ich wykonanie zostanie przesunięte lub rozciągnięte w czasie. Podstawowym zadaniem wykonawcy będzie zadbanie o to, ażeby wykonawca robót budowlanych swe obowiązki realizował z należyłą jakością. Skoro nie poszerza się zakres robót budowlanych a jedynie czas ich wykonywania, również niezmienny pozostanie zakres czynności nadzorczych nad tymi robotami, takich jak asysta przy odbiorach częściowych, weryfikacja dokumentacji czy wypełnianie obowiązków sprawozdawczych. Zakres nadzoru inwestorskiego należy zawsze odnosić do przedmiotu, wolumenu robót budowlanych. W szczególności dotyczy to kosztów zaangażowania inspektorów robót branżowych, których czynności, również nie będą wykonywane dłużej, lecz jedynie w innym terminie. Z tego względu wydłużenie okresu pełnienia nadzoru nie powoduje proporcjonalnego wzrostu kosztów tej usługi.

Dzieje się tak, również dlatego, iż skutek wydłużenia czasu wykonywania zamówienia nie dojdzie również do zwiększenia kosztów dotyczących się czynności jednorazowych: takich jak urządzenie biura (w zakresie w jakim Odwołujący nie dysponują swoim sprzętem).

Jednorazowy charakter, a zatem niosące ze sobą stały, niezmienny koszt - niezależny od długości wykonywania całego zamówienia - mają też czynności geodezyjne, obsługa archeologiczna, nadzór środowiskowy, weryfikacja projektów. Inwestycje infrastrukturalne charakteryzują się wielobranżowością. W celu wykonania inwestycji drogowej niezbędne jest wykonanie szeregu robót dotyczących innych branż np. przebudowa sieci elektroenergetyczna, budowa kanały technologicznego czy wykonanie nasadzeń zieleni. Realizacja poszczególnych robót branżowych nigdy nie jest realizowana przez cały okres budowy. Sprawą oczywistą jest, że przebudowa np. sieci elektroenergetycznej nie jest wykonywana przez cały okres realizacji robót, tylko w pierwszym okresie budowy. Analogicznie, nasadzenia zieleni wykonywane są pod koniec realizacji robót, a nie przez cały okres.

Z kolei składniki kosztu wykonania zamówienia, których wysokość jest determinowana jedynie długością czasu wykonywania Zamówienia stanowią niewielką, wręcz pomijalną część budżetu Odwołujących. Głównym tego typu kosztem jest czynsz najmu lokalu służącego do urządzenia biura, który zgodnie z założeniami powinien wynieść około 1500 zł, a z opłatami za media około 2000 zł.

Abstrahując od niezasadnego utożsamienia przez Zamawiającego pojęć „kosztu” i „ryzyka”, należy podkreślić, iż nawet w przypadku wydłużenia okresu świadczenia usługi o maksymalny czas 10 miesięcy, Odwołujący wykona zamówienie bez poniesienia straty. Odwołujący, jak wskazał Zamawiającemu w wyjaśnieniach ceny, przewidział rezerwę w wysokości 40.000 zł, która pozwoli z nawiązką pokryć wszystkie dodatkowe koszty powstałe wskutek wydłużenia czasu świadczenia usługi. Kluczowy jest tu sposób rozliczania się Odwołującego z poszczególnymi specjalistami, którzy będą sprawować nadzór nad robotami budowlanymi, a polegający na ryczałcie. Wynagrodzenie tych osób będzie należne za wykonanie (w aspekcie dokonanym) usługi, niezależnie od tego ile czasu zajmie jej wykonywanie. Okoliczność ta została przez Odwołującego wyjaśniona w pismach z 18 kwietnia 2023 r. i 23 maja 2023 r. Z tego względu, za oczywiście niezrozumiałe i niezasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego, który z jednej strony

wymaga wykonania usługi w zamian za stałą cenę niezależnie od długości czasu jej świadczenia, z drugiej zaś nie przyjmuje do wiadomości, iż analogiczne rozwiązanie stosuje Odwołujący w relacjach ze swoimi podwykonawcami.

Niezasadnie ponadto Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż ten „nie wykazał i nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających, że główny element kosztotwórczy, jakim jest wynagrodzenie zespołu kluczowego (inżyniera Kontraktu, inspektorów nadzoru poszczególnych branż, specjalisty ds. rozliczeń) jest wynagrodzeniem ryczałtowym, za cały okres świadczenia usług, bez względu na czas świadczenia tych usług”. Odwołujący wyraźnie wskazał tę okoliczność, a udowadnianie jej przez przedkładanie dodatkowych dokumentów było zbędne. Rozliczanie się ryczałtem z podmiotami świadczącymi jest praktyką powszechną, nie zaś niespotykanym ewenementem, którego zaistnienie należałoby szczegółowo udowodniać.”

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia dokonania tych czynności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosil o oddalenie odwołania

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podnosił, że „Trudno zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że okres realizacji usługi nie ma wpływu na wysokość wynagrodzeń kluczowego Zespołu Specjalistów, tym bardziej, że taką właśnie kalkulację, opartą na stawkach miesięcznych, Odwołujący zawarli w złożonych wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 18.04.2023 r. W pkt 1.3. Personel-zgodnie z pkt 4 SST ww. wyjaśnień zawarte zostały informacje, które jednoznacznie wskazują na łączny 37 miesięczny okres przyjęty do kalkulacji wynagrodzeń(13 + 22+ 1 + 1). W wyniku doprecyzowania sposobu obliczenia kwoty ryzyka przedłużenia kontraktu, pismem z dnia 18 maja 2023 roku, Odwołujący przedłożyli informacje o umowach ryczałtowych z częścią personelu(za wyjątkiem Inżyniera Kontraktu i Inspektora ds. rozliczeń),co pozostaje w sprzeczności z wcześniej złożonymi wyjaśnieniami. Zaznaczyć należy, iż Odwołujący w wyznaczonym terminie na złożenie wyjaśnień nie przedłożyli dowodów, potwierdzających ten fakt. Ponadto, w dodatkowych wyjaśnieniach, o których mowa powyżej, Odwołujący wykazali odmienny niż wynika to z dokumentów zamówienia okres przyjęty do kalkulacji ryzyka wydłużenia kontraktu, tj. 5 miesięcy w okresie projektowania i 5 miesięcy w okresie realizacji robót, a więc twierdzenie odwołujących zawarte w pkt 4 odwołania, że „Oferta odwołujących uwzględnia bowiem w pełni ryzyko wydłużenia okresu wykonywania zamówienia w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi”, pozostaje w sprzeczności ze złożonymi wyjaśnieniami. W ocenie Zamawiającego takie wyjaśnienia potwierdziły jedynie, że cena oferty została skalkulowana nierzetelnie, a sama próba dokonania zmiany wcześniejszych wyjaśnień uznana została za niedopuszczalną. Argumentacja Odwołujących jest zatem spóźniona, gdyż na obecnym etapie postępowania, dopiero po odrzuceniu złożonej przez nich oferty, próbują dokonać zmiany złożonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i deklarują złożenie dowodów potwierdzających ryczałtowe wynagrodzenie specjalistów, gdzie zdaniem Odwołujących, wynagrodzenie to nie jest uzależnione od okresu realizacji zamówienia.”

Do postępowania odwoławczego wykonawca INKO Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

**II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.**

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ), ofert złożonych w postępowaniu, wezwań skierowanych do Odwołującego przez Zamawiającego w sprawie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odpowiedzi Odwołującego na te wezwania.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia

przekraczającej progi unijne o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo Zamówień Publicznych pod nazwą Zarządzenie i Nadzór nad realizacją inwestycji pn. Zarządzenie i Nadzór nad realizacją inwestycji pn.: „Budowa obwodnicy miasta Włoszczowa w ciągu drogi wojewódzkiej nr 786 wraz z połączeniem z drogą wojewódzką nr 742 i 785 -/ Etap II - Obwodnica Włoszczowy w ciągu DW 742”.

W części XV SWZ Zamawiający wskazał, że:

1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego „OFERTA”, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ

2. Cena (obliczona wartość brutto z pozycji „Razem” tabeli) musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (OPZ) - pkt 1.6, oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ, w tym koszt wykonania zamówienia oraz wszelkie koszty i ryzyka towarzyszące wykonaniu zamówienia, np. ryzyko związane z okresem trwania przerwy zimowej, ryzyko wydłużenia czasu trwania umowy z tytułu wydłużenia okresu trwania robót budowlanych (do 10 mies.), koszty przekazania praw autorskich do wykonanych wszystkich materiałów np. zdjęć. Cena oferty musi uwzględniać w szczególności:

- 1) koszt utrzymania biura Inżyniera Kontraktu oraz sprzętu i pojazdu dla Kierownika Projektu;
- 2) koszt usługi nadzoru dla każdej ze wskazanych w OPZ (SST) osób, w tym inspektora ds. rozliczeń;
- 3) koszt obsługi laboratoryjnej niezależnej od Zamawiającego i Wykonawcy robót; koszt obsługi geodezyjnej;
- 5) koszt obsługi archeologicznej;
- 6) koszt obsługi związanej z ochroną środowiska;
- 7) koszt obsługi związanej z weryfikacją dokumentacji projektowej.

3. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy.

Według informacji Zamawiającego z dnia otwarcia ofert, w dniu 28 marca 2023 roku w postępowaniu złożono 9 ofert z następującymi cenami:

1. Konsorcjum: 1) Eksametr Sp. z o.o. - Lider ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa 2) Miliarium Sp. z o.o. – Partner ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa – z ceną 1 186 242,75 zł;
2. ZBM S.A. ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa NIP: 1131966695 – z ceną 4 172 027,10 zł;
3. ZDI Sp. z o.o. ul. Jana Kiepurzy 6, 22-400 Zamość – z ceną 2 160 962,40 zł;
4. INKO Consulting Sp. z o.o. ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków – z ceną 1 898 505,50 zł;
5. SCALA.CE Sp. z o.o. ul. Grudzie 39, 05-119 Legionowo – z ceną 2 937 486,00 zł;
6. SAFEGE S.A.S, 15-27 rue du Port, Parc de l'île 92022 Nanterre CEDEX, Francja – z ceną 5 086 050,00 zł;
7. MGGP S.A. ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów – z ceną 4 903 738,79 zł;
8. EM-TECHNIK Sp. z o.o. ul. Jana Sobieskiego 13, 42-456 Chruszczobród – z ceną 1 660 500,00 zł;
9. R.Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" Piotrkowice, ul. Kielecka nr 37, 26-02 Chmielnik – z ceną 1 562 100,00 zł.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2023 roku Zamawiający wezwał m.in. Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, wskazując, że zaoferowana przez niego cena budzi wątpliwości, ponieważ jest o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i następnie w dniu 12 maja 2023 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień.

W drugim wezwaniu Zamawiający wskazał, że „informuje, iż badanie złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego wyjaśnień w sprawie ceny wykazało wymienione poniżej nieścisłości:

1) W pkt 1.8. (str. 10) podana została kwota oszacowanego ryzyka przedłużenia kontraktu o 10 miesięcy w wysokości 30 000 zł netto, natomiast w tabeli zawartej na stronie 11 ryzyko to określone zostało kwota 40 000 zł (netto).

2) W pkt 1.9 (str. 10) określony został ryczałtowy koszt usługi w okresie gwarancji w wysokości 40 000 zł netto, jednak koszt ten nie został ujęty w tabeli na str. 11. W tabeli tej znajduje się natomiast pozycja Koszt pracy zespołu wraz z kosztami administracyjnymi w okresie rękojmi w wysokości 10 000 zł (netto), której nie ma we wcześniejszym opracowaniu.

Ponadto, kwota ryzyka przedłużenia kontraktu (niezależnie, która z nich jest właściwa), w zestawieniu z przedstawionymi

w wyjaśnieniach stawkami pozwalającymi na oszacowanie tych kosztów w okresie 10 dodatkowych miesięcy (wynagrodzenia pracowników, koszty biura Inżyniera Kontraktu i samochodu dla Kierownika Projektu), jest niewystraszająca i oprócz konieczności wyjaśnienia przyczyn powstania powyższych rozbieżności wymaga także doprecyzowania sposobu jej obliczenia ze wskazaniem czynników cenotwórczych.

Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 224 ust 5. ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy."

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący poinformował, że „w punkcie 1.8 i 1.9 załącznika 2\_Szczegółowe wyjaśnienia nastąpiła oczywista omyłka edytorska. Natomiast tabela na stronie 11 jest sporządzona zgodnie z założeniami. Zatem właściwa kwota dla punktu 1.8 to 40 000 zł (netto), a dla punktu 1.9 to 10 000 zł (netto).

Było:

1.8 Ryzyko związane z wydłużeniem Kontraktu

Wykonawca w ramach kwoty umownej, zgodnie z pkt. 1.4.1 SIWZ zobowiązany jest świadczyć usługę w okresie wydłużenia przez okres maksymalnie 10 miesięcy. Doświadczenie Naszej firmy na rynku województwa Świętokrzyskiego, znajomość warunków lokalnych oraz doświadczenie na innych realizowanych inwestycjach przez Naszą firmę pozwoliła oszacować tę wartość do poziomu minimalnego w wysokości 30.000,00zł netto.

1.9 Nadzór pełniony w okresie gwarancji

Zgodnie z pkt. 2.4 SST wymaga się od Inżyniera pełnienia nadzoru w okresie gwarancji po oddaniu do użytkowania (odbiorze końcowym). Sporządzając kalkulacje kosztów, nadzoru pełnionego w okresie zgłaszania wad, Wykonawca skalkulował zryczałtowany koszt usługi w okresie gwarancji w wysokości 40.000,00zł netto.

Powinno być:

1.8 Ryzyko związane z wydłużeniem Kontraktu

Wykonawca w ramach kwoty umownej, zgodnie z pkt. 1.4.1 SIWZ zobowiązany jest świadczyć usługę w okresie wydłużenia przez okres maksymalnie 10 miesięcy. Doświadczenie Naszej firmy na rynku województwa Świętokrzyskiego, znajomość warunków lokalnych oraz doświadczenie na innych realizowanych inwestycjach przez Naszą firmę pozwoliła oszacować tę wartość do poziomu minimalnego w wysokości 40.000,00zł netto.

1.9 Nadzór pełniony w okresie gwarancji

Zgodnie z pkt. 2.4 SST wymaga się od Inżyniera pełnienia nadzoru w okresie gwarancji po oddaniu do użytkowania (odbiorze końcowym). Sporządzając kalkulacje kosztów, nadzoru pełnionego w okresie zgłaszania wad, Wykonawca skalkulował zryczałtowany koszt usługi w okresie gwarancji w wysokości 10.000,00zł netto.

Doprecyzowując punkt 1.8 Ryzyko związane z wydłużeniem Kontraktu wyjaśniamy, że kwota 40 000 zł jest wystarczająca. Ryzyko związane z wydłużeniem Kontraktu zostało przeniesione w części na Inspektorów, Weryfikatorów, obsługę geodezyjną, archeologiczną czy nadzór środowiskowy oraz koszty biura i samochodu Kierownika Projektu.

Przedmiotem zamówienia jest usługa, na którą składa się pewien zestaw czynności, których zakres nie ulega zmianie w przypadku gdy dochodzi do wydłużenia czasu świadczenia usługi. Zmiana SWZ prolongująca okres świadczenia usługi nie powiększyła ilości zadań, a doprowadza jedynie do rozciągnięcia w czasie tego samego zadania. Podstawowym zadaniem Wykonawcy jest dbanie o to, aby Wykonawca robót realizował umowę z należytą starannością. Skoro nie poszerza się zakres robót budowlanych, również niezmienny pozostaje zakres czynności nadzorczych nad tymi robotami. Wskutek wydłużenia czasu wykonywania zamówienia o określony w SIWZ okres 10 m-cy nie dochodzi również do zwiększenia kosztów czynności jednorazowych tj. zapewnienie samochodu Kierownikowi Projektu czy urządzenie biura. Czas realizacji usługi był znany na etapie składania oferty i został on uwzględniony w ofercie. Powyższe uwzględnione zostało również w ryczałtowych umowach zawieranych z Inspektorami branżowymi, Weryfikatorami a także związane z czynnościami geodezyjnymi, obsługą archeologiczną czy nadzorem środowiskowym.

Składniki kosztu wykonywania zamówienia, których wysokość jest determinowana długością czasu wykonywania zamówienia stanowią niewielką część budżetu Wykonawcy. Głównym tego typu kosztem jest czynsz najmu lokalu służącego do urządzenia biura oraz utrzymanie pojazdu Kierownika Projektu. Koszty lokalu zostały przez nas opisane w przedłożonych Państwu wyjaśnieniach za pismem z dnia 18.04.2023r. Składają się na niego koszty wynajmu biura w wysokości ok. 1.500 zł netto miesięcznie oraz opłaty na poziomie 500 zł netto miesięcznie. Również koszty użytkowania samochodu przez Kierownika Projektu zostały przez nas opisane w przedłożonych Państwu wyjaśnieniach za pismem z dnia 18.04.2023r - miesięczne koszty paliwa 350zł w okresie projektowania i 700zł w okresie realizacji robót. Inne koszty związane z eksploatacją pojazdu określone w SIWZ oszacowane zostały na poziomie 300 zł średniomiesięcznie netto przez cały okres realizacji usługi.

Zamawiający nie wskazał, w jakim okresie należy przyjąć ryzyko wydłużenia kontraktu, czy to w okresie projektowania czy to w okresie realizacji robót. W okresie projektowania Wykonawca nie ma obowiązku zapewnienia biura Inżyniera Kontraktu, jak również limit przejechanych kilometrów przez Kierownika Projektu jest o połowę niższy.

Poniżej przedstawiamy dodatkową kalkulację, która zakłada wydłużenie Kontraktu przez 5 miesięcy w okresie projektowania oraz 5 miesięcy w okresie realizacji.

Mając powyższe na uwadze, pragniemy wskazać, że Wykonawca z należytą starannością, w sposób wyczerpujący oraz szczegółowo przedstawił informacje mające wpływ na wartość Naszej Oferty, w szczególności na kwotę przewidzianą na wydłużenie Kontraktu. W przypadku ukończenia kontraktu w czasie na ukończenie, Wykonawca nie poniesie wyżej wskazanych kosztów związanych z wydłużeniem kontraktu, a kwota ta pozwoli na zwiększenie planowanego przez naszą firmę zysku."

Pismem z dnia 30 czerwca 2023 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, a za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wyjaśnił, że „Wykonawca, wezwany w trybie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia w sprawie wysokości zaoferowanej ceny. Badanie złożonych wyjaśnień potwierdziło, iż kwota wykazana z tytułu ryzyka wydłużenia kontraktu, w zestawieniu ze stawkami zawartymi w kalkulacjach, jest niewystarczająca na pokrycie kosztów wynikających z tytułu wydłużenia okresu robót budowlanych do 10 miesięcy (wynagrodzenia pracowników, kosztów biura Inżyniera Kontraktu, sprzętu i samochodu dla Kierownika Projektu). Wymóg uwzględnienia w cenie oferty ww. ryzyka określony został jednoznacznie w rozdziale XV ust. 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Tymczasem Wykonawca przyjął odmienne niż w SWZ założenia do kalkulacji, odnoszące się do wydłużenia do 5 miesięcy okresu projektowania oraz do 5 miesięcy okresu realizacji robót budowlanych. Treść oferty Wykonawcy w tym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia. Doprecyzowując kwotę ryzyka wydłużenia okresu kontraktu Wykonawca nie wykazał kosztów związanych z wynagrodzeniami zespołu specjalistów, pomimo zawarcia we wcześniejszych tabelach kalkulacyjnych kwot określonych jako „średniomiesięczne koszty wynagrodzenia”, które przyjął do kalkulacji „łącznych kosztów wynagrodzenia” w poszczególnych pozycjach, odpowiednio – na okres 13 miesięcy projektowania i na okres 24 miesięcy realizacji robót budowlanych. Wykonawca nie wykazał i nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających, że główny element kosztotwórczy, jakim jest wynagrodzenie zespołu kluczowego (Inżyniera Kontraktu, inspektorów nadzoru poszczególnych branż, specjalisty ds. rozliczeń) jest wynagrodzeniem ryczałtowym za cały okres świadczenia usług, bez względu na czas świadczenia tych usług. Złożone wyjaśnienia wskazują na nierzetelne skalkulowanie ceny oferty, bez uwzględnienia wszystkich identyfikowalnych ryzyk i wymagań zawartych w SWZ, której wysokość stwarza możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów wykonania. Z treści art. 224 ust. 5 ustawy jednoznacznie wynika, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, który musi wykazać, że złożona przez niego oferta i zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana cena jest ceną rynkową i pozwala na prawidłową realizację wszystkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym dotyczących okresu świadczenia usługi. Wykonawca nie wykazał zatem, że zaproponowana cena na wykonanie usługi nie ma charakteru rażąco niskiego w stosunku do rzeczywistych kosztów, które poniósłby realizując zamówienie przez okres 13 miesięcy projektowania i 34 (łącznie) miesiące realizacji robót budowlanych.

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie. Na rozprawie, ponad argumentację odwołania, podnosił, że „Rozliczanie się ryczałtowo nie wymaga osobnego dowodzenia, ale z ostrożności składa jako dowód w sprawie o świadczenia kluczowego personelu potwierdzające ryczałtowe wynagrodzenie za pełnienie określonych funkcji.”

Na podstawie powyższych ustaleń Izba zważyła, co następuje.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei stosownie do art. 224 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, 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. Zgodnie z art. 224 ust 5 Prawa zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Obowiązek ten nie może być zrealizowany dopiero na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą; dowody, że cena nie jest rażąco niska, Odwołujący powinien przedłożyć wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Odwołujący w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiający wskazał jednoznacznie, że „Ryzyko związane z wydłużeniem Kontraktu zostało przeniesione w części na Inspektorów, Weryfikatorów, obsługę geodezyjną, archeologiczną czy nadzór środowiskowy oraz koszty biura i samochodu Kierownika Projektu.

Przedmiotem zamówienia jest usługa, na którą składa się pewien zestaw czynności, których zakres nie ulega zmianie w przypadku gdy dochodzi do wydłużenia czasu świadczenia usługi. Zmiana SWZ prolongująca okres świadczenia usługi nie powiększyła ilości zadań, a doprowadza jedynie do rozciągnięcia w czasie tego samego zadania. Podstawowym zadaniem Wykonawcy jest dbanie o to, aby Wykonawca robót realizował umowę z należytą starannością. Skoro nie

poszerza się zakres robót budowlanych, również niezmienny pozostaje zakres czynności nadzorczych nad tymi robotami. Wskutek wydłużenia czasu wykonywania zamówienia o określony w SIWZ okres 10 m-cy nie dochodzi również do zwiększenia kosztów czynności jednorazowych tj. zapewnienie samochodu Kierownikowi Projektu czy urządzenie biura. Czas realizacji usługi był znany na etapie składania oferty i został on uwzględniony w ofercie. Powyższe uwzględnione zostało również w ryczałtowych umowach zawieranych z Inspektorami branżowymi, Weryfikatorami a także związane z czynnościami geodezyjnymi, obsługą archeologiczną czy nadzorem środowiskowym.". Podsumowując, Odwołujący podał, że ryzyko przedłużenia kontraktu przeniósł na personel inżynierski, i koszt tego ryzyka jest uwzględniony w zawartych z inżynierami umowach ryczałtowych, których do wyjaśnień nie załączył.

Nawet pozostawiając bez oceny zagadnienie, czy taki zabieg przerwania ryzyka na osoby trzecie jest prawidłowy, to wykonawca nie udowodnił, że koszt ten wskazane osoby rzeczywiście poniosą. Odwołujący powoływał się na umowy ryczałtowe z kadrą inżynierską, jednak takich umów do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie załączył. Składane na rozprawie są spóźnione. Do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący nie załączył żadnych dowodów na okoliczności, na które się powoływał. Dlatego oświadczenie o przerwaniu ryzyka na osoby trzecie w zawartych z nimi umowach ryczałtowych było gołosłowne i nie poparte żadnymi dokumentami – Zamawiający nie miał podstaw do innej oceny wyjaśnień, niż sama ich treść. W ocenie Izby nawet gdyby w tym względzie istniały określone „zwyczaje”, na które powoływał się Odwołujący, to i tak nie uzasadniało to braku wykazania okoliczności, które wskazywał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny za pomocą dowodów. Późniejsza inicjatywa Odwołującego, na etapie postępowania odwoławczego, jak już wskazano wyżej, była spóźniona.

W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 5 Prawa zamówień publicznych było prawidłowe. Wykonawca nie załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowodów na okoliczności, na które się powoływał w wyjaśnieniach.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....