Sygn. akt: KIO 2477/23

WYROK
z dnia 5 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **TPF sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa**,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centralny Port Komunikacyjny sp.z o.o., Aleje Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa**,
przy udziale wykonawcy **ECM Group Polska S.A., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa**,zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,
2.kosztami postępowania obciąża odwołującego TPF sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od odwołującego: TPF sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, na rzeczzamawiającego: Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 142B,02-305 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:……

Sygn. akt KIO 2477/23
UZASADNIENIE

Zamawiający – Centralny Port Komunikacyjny sp.z o.o., Aleje Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa, prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy wykonawczej na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadań Inwestycyjnych pn.: „Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź–Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Kępno – Czernica Wrocławska – Wrocław Główny” w podziale na 4 części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 3 ww. postępowania.

W dniu 21.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie,w którym wykonawca TPF sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa (dalej: „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ECM, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez ECM i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„W wyjaśnieniach z dnia 4 lipca 2023 r. ECM w ogóle nie przedstawił żadnej kalkulacji. Już sam brak takiej kalkulacji w sposób jednoznaczny świadczy o nierzetelności wyjaśnień. Nie można w sposób rzetelny i merytoryczny dokonać analizy całościowej ceny ofertowej bez jej globalnego zestawienia. ECM nie podał kosztów realizacji usługi w rozbiciu na wskazane w wezwaniu elementy, tj.:

a) Zaangażowania zasobów ludzkich
b) Zaangażowania zasobów technicznych
c) Wysokości rezerw związanych z wyceną ryzyk

A ponadto w wyjaśnieniach nie podano informacji o przyjętej marży, zysku czy kwot przeznaczonych na ogólną działalność wykonawcy. Całe wyjaśnienia opierają się na lakonicznych i ogólnikowych stwierdzeniach pokroju: (…)

Odwołujący wskazuje, że ECM nie uwzględnił w cenie oferty co najmniej takich elementówo które wnioskował Zamawiający jak:

a) Koszty osobowe
b) Koszty związane z ryzykiem realizacji zamówienia i kosztów prowadzenia działalności;
c) Kosztów ryzyka, zysku i kosztów prowadzenia przedsiębiorstwa w zakresie prawa opcji
d) Koszty biura - poz. 1.1 Biuro Inżyniera Kontraktu oraz 1.7 Biuro Zamawiającego;

Brak wyliczenia dotyczącego kosztów osobowych

Podstawowym kosztem realizacji zamówienia są koszty osobowe, stanowią one ok. 80% całej ceny oferty. Tymczasem dowody przedstawione jako potwierdzenie kosztów personelu nie potwierdzają żadnych kwot, a co ciekawsze świadczą, że to nie ECM wyceniał przedmiotową ofertę a osoby, które teoretycznie miały brać w niej udział. Oświadczeniao analogicznej treści złożone przez ECM były już weryfikowane przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. który w postępowaniu „„*Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku Tychy – podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E65 na odcinku Tychy – Most Wisła*" odrzucił ofertę ECM ze względu na złożenie oferty z rażąco niską ceną. Co ważne - ECM nie wniósł odwołania na czynność odrzucenia. (…)

Podkreślić też należy, że oświadczenia te zostały złożone z datą po terminie składania ofert i po wezwaniu Zamawiającego – a zatem nie można uznać, że stanowiły one podstawę szacowania ceny. Wręcz przeciwnie – zdaniem odwołującego oświadczenia te są pozyskiwane wyłącznie na okoliczność złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, są niejako dopasowywane do treści składanych wyjaśnień. Tymczasem to wyjaśnienia powinny się opierać na dowodach istniejących w dacie składania oferty.

Brak wyjaśnień w zakresie rezerwy

Oświadczenia te wskazują na bliżej nieokreśloną „rezerwę rozproszoną". Jest to przykład dopasowania oświadczeń do treści wezwania. W wezwaniu Zamawiający zażądał przedstawienia kalkulacji w zakresie rezerwy. Analiza treść wyjaśnień wskazuje, że mimo wezwania Zamawiającego ECM nie przedstawił żadnych wyjaśnień w tym zakresie: nie określił zysku, kosztów ogólnych ani żadnej informacji w zakresie przyjętych ryzyka (ani wręcz czy je kalkuluje), nie przedstawił również zbiorczej kalkulacji.

Po określeniu wszystkich elementów składowych z wyjaśnień RNC w zakresie podstawowym, a wiec 90 miesięcy, można obliczyć, że ECM w ramach „kosztów rozproszonych" może ująć kwotę 2 312 140 PLN netto. Przy czym jest to obliczenie własne Odwołującego – gdyż treść wyjaśnień nie zawiera żadnego wyliczeń czy kalkulacji w tym zakresie. Od przedmiotowej kwoty należy odjąć wyszczególnione na str. 11 wyjaśnień RNC koszty związane z gwarancją ubezpieczeniową i polisą OC które to zostały skalkulowane na poziomie 1 800 926,34 PLN a nie są ujęte w żadnych pozycjach formularza cenowego. Wobec czego w okresie podstawowym ECM posiada 511 213,66 PLN rezerwy przeznaczonej na wszystkie pozostałe koszty. Daje to 5 680,15 PLN netto/ miesiąc.Co więcej zakres Prawa Opcji został przez ECM skalkulowany zgodnie z zebranym podsumowaniem wyjaśnień rażąco niskiej ceny, bez zysku, kosztów ogólnych ani ryzyka a okres Opcji trwa aż 66 miesięcy. Zakładając, że przyjęto dla tego okresu i tak drastycznie niski wskaźnik zysku i ryzyk na poziomie 5 680,15 PLN/miesiąc daje to w skali 66 miesięcy 374 890,02 PLN. Dodając do tego kwotę niedoszacowania biura (179 400 PLN) daje to 554 290,02 PLN netto w skali oferty.

Koszty poz. 1.1 Biuro Inżyniera Kontraktu oraz 1.7 Biuro Zamawiającego;

(…) Aby zapewnić biuro spełniające poszczególne wymogi należy dokonać analizy wytycznych w zakresie przepisów jak również wziąć pod uwagę liczbę personelu, który w przedmiotowym biurze będzie stale przebywał. Biuro Inżyniera musi spełnić w tym zakresie wytyczne BHP (m. innymi (…) rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnejw sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy) po, które kwalifikują takie biuro jako pomieszczenia pracy stałej, a więc takie, w której łączny czas przebywania tego samego pracownika w ciągu jednej doby przekracza 4 godziny. Takie biuro musi spełniać nie tylko wymogi w zakresie swojej powierzchni, ale również musi mieć zapewnione oświetlanie naturalne oraz sztuczne, odpowiednią temperaturę (co najmniej 18 stopni), posiadać wentylacje oraz zabezpieczenie przed wilgocią, nadmiernym nagrzewaniem się, hałasem itp.

(…) Łącznie w biurze będzie przebywać aż 52 osoby. Podsumowując - aby biuro wypełniało przepisy i zapewniało optymalną pracę, musi mieć co około 450 – 470 m2 (w zależności od układu części sanitarnych i ciągów komunikacyjnych i Sali konferencyjnej). Tymczasem ECM w swoich wyjaśnieniach przestawił oferty wynajmu biur i oświadczył że wynajmie biuro o pow. 250 m2, co dla realizacji w/w usługi jest nie wystarczające oraz nie spełniające wskazanych wyżej wymagań. (…)

Gdyby nawet przyjąć że ECM wynajmie biuro spełniające przepisy BHP, mające co najmniej 450 m2, to przy stawce które wskazał w wyjaśnieniach (od 28 do 32 zł za m2) kwota, którą wykazał w ofercie jest niewystarczająca. W najbardziej optymalnym wariancie dla kwoty 28 zł/m2 sam wynajem to 12 600 PLN netto bez żadnych innych kosztów przy przyjętej przez ECM kwocie 10 000 PLN. Nawet przyjmując do tego kwotę z poz. 1.7 Biuro Zamawiającego w wysokości 5 000 PLN to podkreślić należy, że w tej pozycji ECM uwzględnił dokładnie 5 000 PLN kosztów eksploatacyjnych: (…) Odnosząc się do przyjętej przez ECM kwoty 10 000,00 PLN niedoszacowanie samego wynajmu bez pozostałych kosztów wacha się miesięcznie w kwocie 2 600 PLN netto co stanowi od 26% pozycji 1.1 Formularza cenowego, a więc w kontekście całej pozycji to 179 400 PLN."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności oceny ofert,
2)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3)odrzucenia oferty wykonawcy ECM,
4)dokonania ponownej oceny ofert.

Pismem z dnia 23.08.2023 r. wykonawca ECM Group Polska S.A., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa (dalej: „przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 04.09.2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze dotyczy zamówienia wykonawczego udzielanego w ramach umowy ramowej dotyczącej zamówienia na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadań Inwestycyjnych pn.: „Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź–Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Kępno – Czernica Wrocławska – Wrocław Główny" w podziale na 4 Części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 3 zamówienia wykonawczego, której przedmiotem jest świadczenie usług Inżyniera Kontraktu obejmujących swym zakresem Zadanie Inwestycyjne nr 3 „Budowa linii kolejowej nr 86 na odc. Kępno – Czernica Wrocławska".

Zgodnie z pkt 10.13. PUW (projekt umowy wykonawczej):
10.13 Inżynier Kontraktu oświadcza, że:
(1) w stawkach Wynagrodzenia Zmiennego uwzględnił wszelkie czynności i wszelkie koszty opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty pracy, np. – związane z zaangażowaniem Personelu Inżyniera Kontraktu w realizację Przedmiotu Zamówienia, z zastrzeżeniem pkt 10.13(2),
(2) w stawce Wynagrodzenia Stałego, o której mowa w pkt 10.3(3) uwzględnił wszelkie czynności i składniki oraz wszelkie koszty, opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty, w tym koszty pracy, itp. – niezbędne do wykonania obowiązków wynikających z pkt 21, w szczególności obowiązków w zakresie przeniesienia majątkowych praw autorskich, przeniesienia wyłącznego prawa do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich, udzielenia wszelkich upoważnień (w tym upoważnienia do wykonywania autorskich praw osobistych w imieniu twórców), zaciągnięcia wszelkich zobowiązań (w tym zobowiązania do niewykonywania autorskich praw osobistych), udzielenia wszelkich licencji etc.,
(3) w stawkach Wynagrodzenia Stałego uwzględnił wszelkie czynności i składniki oraz wszelkie koszty, opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty, w tym koszty pracy, np. – niezbędne do zapewnienia Biura Inżyniera Kontraktu, środków transportu Inżyniera Kontaktu, Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego, oprogramowania komputerowego, Biura Zamawiającego oraz do należytego wykonania Umowy w pełnym zakresie nieobjętym Wynagrodzeniem Zmiennym oraz wynagrodzeniem, o który mowa w pkt 10.13(2),
– przy czym czynności i koszty opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty pracy, np., o których mowa w pkt 10.13(1)-10.13(3) obejmują wszelkie czynności oraz koszty, opłaty, wydatki, podatki, składki na ubezpieczenia społeczne, inne należności publicznoprawne i inne koszty pracy, np. niezbędne do realizacji Umowy w sposób należyty, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, przepisami prawa oraz najlepszymi praktykami rynkowymi i konieczne do osiągnięcia celu, któremu Umowa służy.

W pkt 5.2.1. OPZ-W Zamawiający wskazał m.in.:„Głównym miejscem wykonywania Usług przez Personel Inżyniera Kontraktu będzie Teren Budowy, Biuro Inżyniera Kontraktu, Organy administracji, wytwórnie elementów budowlanych, lokalizacje placów składowych oraz miejsc gdzie będą odbywać się badania materiałów i konstrukcji, próby, testy itp. (…) Personel Inżyniera Kontraktu powinien wykonywać swoje obowiązki w Biurze Inżyniera Kontraktu oraz na Terenie Budowy. Dopuszcza się, po uprzednim uzgodnieniu z Przedstawicielem Zamawiającego, pracę poszczególnych weryfikatorów dokumentacji projektowej (Kluczowi Eksperci i Inni Eksperci) poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy. Nie zwalnia to jednak weryfikatorów od uczestniczenia w spotkaniach związanych z realizacją Zamówienia Wykonawczego oraz od dokumentowania czasu pracy. Zgoda Zamawiającego na pracę poza Biurem Inżyniera Kontraktu może zostać cofnięta bez podania przyczyn, w takim przypadku od pierwszego Dnia Roboczego pierwszego okresu rozliczeniowego (miesiąca) następującego bezpośrednio po miesiącu, w którym oświadczenie Zamawiającego o cofnięciu zgody zostało przekazane Inżynierowi Kontraktu, osoby, których dotyczy cofnięcie zgody będą wykonywały swoje obowiązki w pomieszczeniach Biura Inżyniera Kontaktu. Powyższe nie zwalnia weryfikatorów od uczestniczenia w spotkaniach związanych z realizacją Zamówienia Wykonawczego oraz od dokumentowania czasu pracy".

Pismem z dnia 15.06.2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy

Pzp, do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, wskazanej w Formularzu oferty, w zakresie m.in. „cen rynkowych aktualnie stosowanych na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich oraz technicznych przewidzianych w ofercie oraz wynikających z opisu przedmiotu zamówienia wraz z informacją o przyjętym poziomie rezerw związanych z wyceną ryzyk przypisanych do realizacji przedmiotu zamówienia".

Zamawiający wskazał też: „W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać na jakiej podstawie Wykonawca zaoferował cenę na takim poziomie, w szczególności Zamawiający prosi o wyjaśnienie kalkulacji Formularza Cenowego dotyczących następujących pozycji:

− 1.1 Biuro Inżyniera Kontraktu,
− 1.2 Środki transportu Inżyniera Kontraktu,
− 1.5 Licencja na oprogramowanie komputerowe,
− 1.7 Biuro Zamawiającego,
− 1.8 Zapewnienie miejsca i narzędzi pracy Personelu Wykonawczego w miesiącach Okresu Realizacji Umowy Wykonawczej, w których Inżynier Kontraktu nie ma obowiązku zapewnienia Biura Inżyniera Kontraktu,
− 2.3.1 Obsługa badań i pomiarów kontrolnych,
− 3.1 Biuro Inżyniera Kontraktu,
− 3.2 Środki Transportu Inżyniera Kontraktu,
− 3.5 Licencja na oprogramowanie komputerowe,
− 4.3.1 Obsługa badań i pomiarów kontrolnych.

Zamawiający nie uzna za wystarczające samo powołanie się na istnienie określonych okoliczności, lecz wymaga wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia oraz jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia Wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje, w szczególności, gdy Wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą".

Pismem z dnia 03.07.2023 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień, do których dołączył dowody. Wyjaśnienia wraz z dowodami zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale Zamawiający odtajnił je w dniu 04.08.2023 r.

Pismem z dnia 11.08.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 3 oferty Przystępującego. Oferta Odwołującego uplasowała się jako druga w rankingu ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniei uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 3, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności, mimo oddalenia odwołania, należy stwierdzić, że część argumentacji Odwołującego dotyczącej kosztów osobowych i rezerwy jest w niniejszej sprawie zasadna. Przede wszystkim Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym w udzielonych wyjaśnieniach Przystępujący nie wskazał, jakie jest w istocie wynagrodzenie poszczególnych specjalistów, którzy będą zaangażowani do wykonania usługi. Przystępujący dołączył do wyjaśnień oświadczenia ww. specjalistów, w których każdy z nich wskazał określoną kwotę netto realizacji zamówienia w zakresie podstawowym i opcjonalnym, a część z nich pod kwotą za zakres podstawowy dodatkowo zawarła w swoim oświadczeniu zdanie: „wskazana wartość dla tej pozycji formularza cenowego uwzględnia 10% rezerwy rozproszonej, która zostanie przeznaczona na koszty związane z pozycjami niewyspecyfikowanymi w Formularzu cenowym". Z oświadczeń wynika zatem, że wskazane w nich kwoty stanowią wycenę pozycji Formularza cenowego, a nie konkretne wynagrodzenie danej osoby i kwoty te w większości przypadków zawierają jeszcze 10% rezerwy rozproszonej. Dodatkowo oświadczenia te zawierają zdanie: „Przedstawionego powyżej oświadczenia i deklaracji co do wyceny usług na określoną kwotę nie należy odczytywać i rozumieć jako deklarowanego przez mnie wynagrodzenia netto pracownika (kwoty bez uwzględnienia kosztów pracodawcy)". To ostatnie zdanie również potwierdza argumentację Odwołującego, zgodnie z którą oświadczenia nie zawierają wskazania kwoty wynagrodzenia netto danej osoby, ale wycenę netto danej pozycji Formularza ofertowego, w której niesprecyzowaną część kosztów stanowi wynagrodzenie tej osoby.

Ponadto Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Przystępujący nie wskazałw wyjaśnieniach wysokości rezerwy rozproszonej mającej pokryć koszty ryzyk, jakie mogą ziścić się w trakcie realizacji zamówienia. Przystępujący wskazał konkretne kwoty jedynie w zakresie dotyczącym samochodów, transportu oraz Biura Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego. Natomiast 10% rezerwy rozproszonej zostało wskazane tylko przy zakresie podstawowym niektórych (większości) specjalistów zatrudnionych pozaetatowo, co powoduje, że Zamawiający może ewentualnie podjąć samodzielną próbę wyliczenia tej kwoty.

Mimo uznania argumentacji Odwołującego w ww. zakresie za zasadną, Izba oddaliła odwołanie z uwagi na treść wezwania z dnia 15.06.2023 r. skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego.

Przechodząc zatem do argumentów, z powodu których Izba oddaliła odwołanie, na początku należy stwierdzić, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty, zobowiązany jest udzielić ich w taki sposób, aby wykazać, że za podaną cenę realne jest należyte wykonanie zamówienia. Oznacza to, że wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne, spójne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy i w jaki sposób wpłynęły na wysokość ceny jego oferty, a co za tym idzie – jakie koszty, w jakiej wysokości i dlaczego w takiej a nie innej wysokości zostały skalkulowane w cenie oferty. Dodatkowo wskazane w wyjaśnieniach informacje muszą być poparte dowodami. Z drugiej strony należy jednak wskazać, że zakres i poziom szczegółowości udzielanych wyjaśnień wynika z zakresu i poziomu szczegółowości sformułowanego przez zamawiającego wezwania. Tym samym nie jest obowiązkiem wykonawcy przedstawiane w wyjaśnieniach informacji, których zamawiający nie wymagał w wezwaniu. Właśnie treść wezwania w niniejszej sprawie w zakresie dotyczącym kosztów osobowych i rezerwy, przesądza zdaniem Izby o tym, że wyjaśnienia Przystępującego nie mogą być uznane za niewystarczające.

W przedmiotowej sprawie w dniu 15.06.2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w

zakresie ceny jego oferty i w wezwaniu tym:

1.na str. 2 żądał wyjaśnienia kalkulacji w zakresie następujących pozycji Formularza cenowego, tj.

- 1.1 Biuro Inżyniera Kontraktu,
- 1.2 Środki transportu Inżyniera Kontraktu,
- 1.5 Licencja na oprogramowanie komputerowe,
- 1.7 Biuro Zamawiającego,
- 1.8 Zapewnienie miejsca i narzędzi pracy Personelu Wykonawczego w miesiącach Okresu Realizacji Umowy Wykonawczej, w których Inżynier Kontraktu nie ma obowiązku zapewnienia Biura Inżyniera Kontraktu,
- 2.3.1 Obsługa badań i pomiarów kontrolnych,
- 3.1 Biuro Inżyniera Kontraktu,
- 3.2 Środki Transportu Inżyniera Kontraktu,
- 3.5 Licencja na oprogramowanie komputerowe,
- 4.3.1 Obsługa badań i pomiarów kontrolnych.

2.na str. 1 żądał wyjaśnień wskazujących, „czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia w szczególności: (…)

3) cen rynkowych aktualnie stosowanych na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich oraz technicznych przewidzianych w ofercie oraz wynikających z opisu przedmiotu zamówienia wraz z informacją o przyjętym poziomie rezerw związanych z wyceną ryzyk przypisanych do realizacji przedmiotu zamówienia".

Z powyższego po pierwsze wynika, że Zamawiający żądał kalkulacji, ale tylkow zakresie konkretnych pozycji Formularza cenowego, przy czym wśród wymienionych przez Zamawiającego pozycji nie ma pozycji dotyczących kosztów osobowych i rezerwy.

Po drugie, w pkt 3 na str. 2 wezwania Zamawiający żądał wyjaśnień, czy cena rzeczywiście uwzględnia „ceny rynkowe aktualnie stosowane na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich". Tak sformułowane żądanie nie może być utożsamiane z żądaniem wskazania konkretnej wysokości wynagrodzenia poszczególnych specjalistów. Zamawiający pytał bowiem jedynie o to, czy cena oferty uwzględnia ceny rynkowe, a nie o to, jakie wynagrodzenie otrzyma dany specjalista za swoją pracę. Sam zaś fakt znalezienia specjalistów, którzy za podane kwoty (wraz z rezerwą rozproszoną) zgodzili się wykonywać pracę dla Przystępującego, świadczy o tym, że wycena pozycji dotycząca tych specjalistów jest rynkowa. Tym samym dołączając do wyjaśnień oświadczenia większości wymaganych przez Zamawiającego specjalistów, w których wskazują oni kwotę realizacji zakresu podstawowego i opcjonalnego i zgadzają się za tę kwotę wykonywać usługi w zakresie swojej specjalności, Przystępujący wykazał, że we właściwych pozycjach Formularzach cenowego uwzględnił ceny rynkowe. W tym miejscu należy też wskazać na powoływany przez Zamawiającego pkt 10.13. 1) i 3) PUW, w którym przewidziano, że w ramach Wynagrodzenia Stałego i Wynagrodzenia Zmiennego Inżynier Kontraktu uwzględnia wszelkie składniki, koszty, opłaty, wydatki, podatki, inne należności, w tym koszty pracy. Zatem już z samego projektu umowy wykonawczej wynika, że wynagrodzenie poszczególnych specjalistów obejmuje nie tylko uzyskiwane przez nich dochody, ale także inne koszty niezbędne do realizacji zamówienia. Dodatkowo Izba zgadza się z Zamawiającym i Przystępującym, że fakt, iż ww. oświadczenia zostały podpisane po otwarciu ofert i po wezwaniu Przystępującego do złożenia wyjaśnień, nie powoduje, że są to dowody nieprzydatne. Wykonawca nie ma bowiem obowiązku zbierać takich oświadczeń jeszcze przed złożeniem oferty na wypadek bycia wezwanym do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba nie uznała także za zasadne argumentów dotyczących podobieństwa wyjaśnień składanych przez Przystępującego w obecnym postępowaniu oraz w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK, w którym oferta Przystępującego została odrzucona. Pomijając to, że treść obu cytowanych wyjaśnień nie jest identyczna, przede wszystkim należy zauważyć, że nie jest znana treść wezwania do złożenia wyjaśnień w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK. Ponadto różne czynniki po stronie wykonawcy mogą wpływać na decyzję o rezygnacji z ubiegania się o dane zamówienie publiczne, zatem brak zaskarżenia odrzucenia oferty nie musi każdorazowo oznaczać, że wykonawca zgadza się z czynnością odrzucenia. Dodatkowo fakt podjęcia określonych czynności przez jednego zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu nie oznacza automatycznie, że czynności te są prawidłowe i muszą być podjęte w analogiczny sposób przez innego zamawiającego w innym postępowaniu.

Jednocześnie w odwołaniu Odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego braku uwzględnienia w dowodach dołączonych do wyjaśnień oświadczeń trzech specjalistów: Głównego weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności kolejowej, Głównego weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności mostowej i Koordynatora ds. BIM, dlatego też Izba nie odnosi się do tej kwestii (art. 555 ustawy Pzp).

Po trzecie, w pkt 3 na str. 2 wezwania Zamawiający żądał „informacji o przyjętym poziomie rezerw związanych z wyceną ryzyk", co jest sformułowaniem bardziej ogólnym, niż żądanie wskazania konkretnej wysokości rezerwy. „Poziom rezerwy" może być też określony procentowo w celu wykazania, jakie ogólne założenia w zakresie pokrycia

kosztów ryzyk przewiduje wykonawca. Przystępujący, poza rezerwą dotyczącą samochodów, transportu i biura, wskazał też 10% rezerwy rozproszonej ujętej w kosztach większości specjalistów zatrudnionych pozaetatowo.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że Przystępujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień adekwatnych do treści wezwania. Zarówno rynkowość cen w danych pozycjach Formularza cenowego, jak i „poziom" rezerwy rozproszonej zostały wskazane i do Zamawiającego należy decyzja, czy potrzebuje w wyniku ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień uzyskać od Przystępującego bardziej szczegółowe informacje w tym zakresie.

Odnosząc się natomiast do kwestii dotyczącej kosztów Biura Inżyniera Kontraktu, Izba stwierdziła, że okoliczności wskazane w zarzutach odwołania nie odpowiadają wymogom postawionym przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący wyliczył w odwołaniu, na podstawie obowiązujących przepisów prawa i części wymogów zawartych w OPZ-W, że w Biurze przebywać będą co najmniej 52 osoby, co powoduje, że Biuro to musi mieć powierzchnię min. 450 m^2. Tym samym, w ocenie Odwołującego, przewidziana przez Przystępującego powierzchnia Biura – 250 m^2 jest zbyt mała, co skutkuje z kolei niedoszacowaniem kosztów w tym zakresie.

Odwołujący pominął jednak, że w pkt 5.1.1. OPZ-W wskazano jedynie wymaganą minimalną powierzchnię Biura Zamawiającego (50 m^2), a nie wskazano wymaganej powierzchni Biura Inżyniera Kontraktu. W pkt 5.2.1. OPZ-W Zamawiający wskazał ponadto, że personel wykonawcy będzie musiał wykonywać pracę nie tylko w Biurze Inżyniera Kontraktu, ale również na Terenie Budowy i w innych miejscach, w tym poszczególni weryfikatorzy dokumentacji projektowej (Kluczowi Eksperci i Inni Eksperci), po uzgodnieniuz Zamawiającym będą mogli wykonywać pracę poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy. Dodatkowo w odpowiedzi nr 132 na pytanie jednego z wykonawców, Zamawiający rozszerzył możliwość pracy poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy dla kolejnych osób:
- poszczególnych weryfikatorów dokumentacji projektowej (Kluczowi Eksperci i Inni Eksperci),
- głównego specjalisty ds. rozliczeń (Kluczowi Eksperci),
- głównego specjalisty ds. roszczeń (Kluczowi Eksperci),
- koordynatora ds. BIM (Kluczowi Eksperci),
- specjalisty ds. roszczeń (Inni Eksperci),
- specjalisty ds. rozliczeń (Inni Eksperci),
- specjalisty ds. BIM (Inni Eksperci),
- specjalisty ds. planowania i kontroli projektu (Inni Eksperci),
- specjalisty ds. umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami (Inni Eksperci),
- specjalisty ds. sprawozdawczości (Inni Eksperci),
- specjalista ds. kosztorysowania (Inni Eksperci),
- koordynatora ds. zamknięć torowych,
- prawnika,
- specjalisty ds. jakości,

jak też zastrzegł, że w uzasadnionych przypadkach może wyrazić zgodę na pracę poza Biurem Inżyniera Kontraktu i Terenem Budowy dla innych osób niewymienionych powyżej. W tym stanie rzeczy nie można przyjąć, że wyliczenia Odwołującego dotyczące 52 osób przebywających stale w Biurze Inżyniera Kontraktu są prawidłowe, a co za tym idzie – nie można uznać za prawidłowe wyliczeń dotyczących niezbędnej powierzchni tego Biura i kosztów z tym związanych. Dlatego również ten zarzut został uznany za niezasadny.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba odmówiła mocy dowodowej dowodom złożonym:

1)przez Przystępującego w postaci informacji z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK,

2)przez Odwołującego w postaci oświadczenia członka personelu Przystępującego i informacji o odrzuceniu oferty Przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK oraz w postaci wyliczenia kwoty rezerwy rozproszonej Przystępującego,

3)przez Zamawiającego w postaci analizy kosztów personelu i wyroku w sprawach łączonych: KIO 3466/22, KIO 3477/22 i KIO 3490/22,

ponieważ dowody te nie wpływają na treść wezwania skierowanego do Przystępującego w obecnym postępowaniu, która to treść przesądziła o oddaleniu odwołania w zakresie, w jakim zarzut odwołania dotyczył kosztów osobowych i rezerwy.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o

§ 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ...……..