

Sygn. akt: KIO 1592/16

KIO 1600/16

WYROK

z dnia 16 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2016 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2016 roku przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Drogowa Trasa Średnicowa” Spółka Akcyjna w Katowicach, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie

B. wykonawcę ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawcy **ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1592/16 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1592/16 i KIO 1600/16 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala obydwa odwołania
2. Kosztami postępowania obciąża:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Drogowa Trasa Średnicowa” Spółka Akcyjna w Katowicach, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie

B. wykonawcę ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie

i:

2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Drogowa Trasa Średnicowa” Spółka Akcyjna w Katowicach, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (15 000 zł 00 gr)

B. wykonawcę ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie (15 000 zł 00 gr)

3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Drogowa Trasa Średnicowa” Spółka Akcyjna w Katowicach, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych Spółki Akcyjnej w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

4. zasądza od wykonawcy ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych Spółki Akcyjnej w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

.....

Sygn. akt KIO 1592/16

KIO 1600/16

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na nadzór i pełnienie funkcji inżyniera w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz”, realizowanego w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 26 sierpnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

przez:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Drogowa Trasa Średnicowa” Spółka Akcyjna w Katowicach, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie
- 2) wykonawcę ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego zostały zgłoszone przystąpienia wniesione przez:

- 1) wykonawcę ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1592/16 po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1592/16 i KIO 1600/16 po stronie zamawiającego.

KIO 1592/16 stanowisko odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów obowiązującego prawa:

1. Art.90 ust.4 ustawy P.z.p., poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień, jakie odwołujący złożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego;

2. Art.89 ust.1 pkt 4 ustawy P.z.p., poprzez wadliwe uznanie, iż oferta odwołującego zawiera cenę rażąco niską

3. Art.91 ust.1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty, która została jako najkorzystniejsza w wadliwej procedurze wyboru, poprzez niedopuszczenie do wyboru oferty odwołującego.

Wskazując na powyższe odwołujący zażądał:

1. unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

2. unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na zaistnienie okoliczności wskazanych w art.90 ust.3 w związku z art.89 ust.1 pkt 4 ustawy P.z.p.

3. dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.) jednoznacznie wynika, że:

i. Zamawiający zażądał, aby każdy z wykonawców podał w Formularzu ofertowym cenę ryczałtową, jednocześnie nie oczekując składania żadnych kosztorysów, czy dokumentów zawierających informacje o elementach składowych zaoferowanej ceny.

ii. Zamawiający wymagał, aby struktura ceny została przez wykonawcę ukształtowana według wzorca zwartego w Załączniku A - „Cena ofertowa”, z wyodrębnieniem wskazanych rodzajów kosztów;

iii. Zgodnie z warunkami prowadzonego postępowania podstawą do kalkulacji ceny ofertowej (zarówno struktury kosztów jak i cen pozostałych Etapów) była cena za wykonanie Etapu II. W przywołanym załączniku A - „Cena ofertowa” Zamawiający wskazał, iż wartość „W”, będąca podstawą do określenia pozostałych elementów i struktury kosztów, stanowiąca wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 została skalkulowana w odniesieniu do okresu podstawowego - Wykonawca powinien ustalić wynagrodzenie w oparciu o Okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia” .

iv. Odwołujący, do wyjaśnień z dnia 20 lipca 2016 r. dołączył szczegółową kalkulację kosztu wykonania Etapu II.

v. W zakresie kształtowania ceny za wykonanie Etapów: I i III Zamawiający narzucił wykonawcom konieczność zachowania określonych dopuszczalnych poziomów ich wartości, poprzez procentowe odniesienie do ceny Etapu II, podkreślając dodatkowo, iż niezachowanie tego wymogu skutkować będzie uznaniem oferty „za niezgodną z SIWZ’.

Odwołujący wskazał na:

- pkt 13.3. s.i.w.z „Wartość Usług dla Etapu I - wsparcie prowadzenia postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót dla danego Kontraktu nie może być niższa niż

1% i nie może być wyższa niż 3% wartości Usługi dla Etapu 2 - realizacji prac projektowych i Robót w okresie podstawowym dla danego Kontraktu”.

- pkt 13.4. s.i.w.z. „Wartość Usługi dla Etapu 3 w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmująca również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie tj. łącznie przez okresów lat), nie może być niższa niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.”

Odwołujący stwierdził, że przedmiotem zamówienia w toczącym się postępowaniu jest usługa, przy czym absolutnie dominujący sposób jej realizacji polega na świadczeniu określonych usług przez osoby o wymaganych kwalifikacjach, wiedzy i doświadczeniu. A to oznacza, że dostatecznym i uzasadnionym sposobem wyjaśnień dotyczących zarzutu ceny rażąco niskiej jest „przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów. Z tego też względu brak dowodów nie może być istotnym argumentem przy ocenie przedmiotowego sporu. Również wskazana okoliczność, jaką jest doświadczenie odwołującego - tak Lidera jak i Partnera konsorcjum - ma swoje istotne znaczenie przy kształtowaniu ceny ofertowej i nie powinna być bagatelizowana przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zamawiający niesłusznie zarzucił mu, iż nie skalkulował kosztów usługi w Etapie II na okres 63 miesięcy.

Odwołujący wskazał na wymagania zamawiającego ujęte w Załączniku A „Cena ofertowa”, zgodnie z którym podstawą do kalkulacji ceny ofertowej (zarówno struktury kosztów jak i cen pozostałych Etapów) była cena za wykonanie Etapu II. W przywołanym załączniku A - „Cena ofertowa” Zamawiający wskazał, iż wartość „W” będąca podstawą do określenia pozostałych elementów i struktury kosztów stanowiąca „wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 (Wykonawca powinien ustalić wynagrodzenie w oparciu o Okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia)”. „Okres podstawowy” to bezspornie 51 miesięcy i taki też okres, zgodnie z dyspozycją Zamawiającego, przyjął Odwołujący w kalkulacji kosztów usługi w Etapie II.

W ocenie odwołującego, wskazywana przez zamawiającego rozbieżność pomiędzy uprzednimi wyjaśnieniami a uzupełnionymi wyjaśnieniami (wskazywana kwota różniąca wyliczenia stanowi ok. 1 promila ceny ofertowej) wynika z faktu - wskazywanego już w wyjaśnieniach z dnia 21 czerwca 2016 r. - iż „wynik uzyskany obecnie jest rezultatem kalkulacji ceny na podstawie standardów stosowanych przez Wykonawcę i elementów założonych w Załączniku A”. Dostosowując się do wymagań zamawiającego ujętych w kolejnym wezwaniu, a nie wymaganych na etapie składania ofert, odwołujący dokonał dekompozycji szeregu elementów kosztowych, tak aby podać wartości w systematyce

bardziej szczegółowej, oczekiwanej przez Zamawiającego. W niczym to jednak nie zmienia ceny ofertowej ani ceny za poszczególne Etapy.

Odwołujący podniósł, że taki sposób kalkulowania ceny ofertowej, jaką zastosował - przyjmując za podstawę koszty uprzednio wykonywanych świadczeń, przez niego lub partnera, jest całkowicie uzasadniony i poprawny. Warto tu wskazać, że nawet w tych przypadkach, gdy przepisy prawa regulują szczegółowo zasady kalkulacji kosztów prawodawca wskazuje, iż podstawa winny być przede wszystkim powinny dane rynkowe lub dane z wcześniej zawartych umów. W przepisie § 3 ust.2 przywołanego rozporządzenia wskazano:

„Przy ustalaniu cen jednostkowych robót należy stosować w kolejności:

- 1) ceny jednostkowe robót określone na podstawie danych rynkowych, w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych, aktualnych publikacji;
- 2) kalkulacje szczegółowe.”

A więc kalkulacje szczegółowe, a takich informacji domaga się *de facto* zamawiający, powinny mieć zastosowanie tylko wówczas, gdy mamy do czynienia ze świadczeniem, dla którego brak dotychczas doświadczeń i cen rynkowych. A takiej cechy bezspornie nie posiada przedmiot tego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zarzucił mu, iż nie złożył żadnych wyjaśnień dotyczących sposobu skalkulowania ceny w zakresie realizacji usługi na Etapach I i III.

Odwołujący stwierdził, że w zakresie kształtowania ceny za wykonanie Etapów: I i III zamawiający narzucił wykonawcom konieczność zachowania określonych dopuszczalnych poziomów ich wartości, poprzez procentowe odniesienie do ceny Etapu II, podkreślając dodatkowo, iż niezachowanie tego wymogu skutkować będzie uznaniem oferty „za niezgodną z s.i.w.z.

13.3. „Wartość Usług dla Etapu I - wsparcie prowadzenia postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót dla danego Kontraktu nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 3% wartości Usługi dla Etapu 2 - realizacji prac projektowych i Robót w okresie podstawowym dla danego Kontraktu”.

13.4. „Wartość Usługi dla Etapu 3 w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmująca również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie tj. łącznie przez okres 5 lat), nie może być niższa niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.”

W ocenie odwołującego, powyższe oznacza, że w celu złożenia oferty, która nie będzie „uznana za niezgodną z s.i.w.z., wykonawca nie tylko nie był zobowiązany do podania rzeczywistego (skalkulowanego) kosztu świadczenia w zakresie Etapu 1 oraz Etapu 3, ale faktycznie musiał dokonać swoistego dostosowania oszacowanych kosztów - stosownie je pomniejszając lub powiększając - tak, aby ich wartości były zgodne z

wymaganiami Zamawiającego (zachować je w wymaganych granicach). Tak więc, żądanie na tym etapie, szczegółowej kalkulacji, która miałaby potwierdzić wskazane w Załączniku A kwoty za świadczenia w zakresie Etapu I i Etapu III jest po prostu nieuzasadnione.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zarzucił mu niespójność kwot w złożonych wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazał, że stwierdzone przez zamawiającego rozbieżności wyrażają się wielkościami stanowiącym - w jednym przypadku nieco ponad 3 promile, w drugim - ok. 0,007 promila, w stosunku do ceny ofertowej. Powody ich zaistnienia wyjaśniono szczegółowo odnosząc się do pierwszego zarzutu Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zarzucił mu podanie nieprawdziwej informacji w uzupełnionych wyjaśnieniach dotyczących polisy ubezpieczenia OC

Odwołujący podniósł, że argument zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Przekazując zamawiającemu uzupełnione wyjaśnienia wskazano tylko, jako dodatkową okoliczność - uzyskanie kolejnej, atrakcyjnej kosztowo oferty od brokera prowadzącego kwestie ubezpieczeń odwołującego. Ta okoliczność została wskazana nie po to, aby przekonać zamawiającego o zaoferowaniu realnej ceny ofertowej, ale jako jedną z przesłanek wskazujących na możliwość uzyskania pewnych oszczędności w stosunku do zaoferowanej przed ponad czterema miesiącami ceny ofertowej. Pominięcie przez zamawiającego tego elementu w żadnym stopniu nie wpływa na wartość i rzetelność złożonych wyjaśnień. A kreowanie zarzutu złożenia „nieprawdziwej informacji” jest niczym nie uzasadnione, skoro wskazana okoliczność ma swoje potwierdzenie w faktach.

Odwołujący podniósł, że zamawiający zarzucił mu, że wskazał on, że koszt związany z zabezpieczeniem należytego wykonania został przyjęty na podstawie kalkulacji sporządzonej w oparciu o koszty innych gwarancji należytego wykonania umowy wystawionych w 2016 r.

Odwołujący stwierdził, że trudno podzielić pogląd wyrażony przez zamawiającego, jakoby taka procedura postępowania odwołującego w zakresie kalkulacji tego kosztu miały by być wadliwa czy też niedopuszczalna lub niewiarygodna. Pomijając „instrukcję” zamawiającego, co do postępowania banku lub ubezpieczyciela przy udzielaniu gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, bo przecież taka działalność nie leży w kompetencji zamawiającego, warto tylko zwrócić uwagę na jedną kwestię, którą zamawiający pominął. Odwołujący, również nie będąc profesjonalistą w sprawach bankowych lub ubezpieczeniowych, opierając się tylko na własnym doświadczeniu chciałby podkreślić, iż opłata za taką usługę banku lub ubezpieczyciela w największym stopniu zależy jednak od dotychczasowych relacji biznesowych i doświadczenia banku lub ubezpieczyciela we współpracy z wykonawcą. Fakt uprzedniego udzielania wykonawcy takich gwarancji, z których z uwagi na profesjonalizm i rzetelność działań przedsiębiorcy (Odwołującego) nie

trzeba było korzystać minimalizuje poziom ryzyka, a co za tym idzie - koszt udzielenia gwarancji. A oczekiwania zamawiającego, iż wykonawca będzie przedkładać lub ujawniać poprzednie umowy, wskazywał ich zakres, wartość, koszt uzyskania gwarancji jest chyba nazbyt daleko idącym żądaniem znacznie przekraczającym zakres kompetencji określonych przepisem art.90 ust.1 ustawy P.z.p..

Odwołujący podniósł, że zamawiający zarzucił mu, iż nie wyspecyfikował on struktury kosztów kontrolnych prac geodezyjnych.

Odwołujący stwierdził, iż w uzupełniających wyjaśnieniach wskazał koszty osobowe świadczeń geodezyjnych (w zestawieniu pozycja „Geodeta”) oraz koszty związane z utrzymaniem i kalibracją sprzętu geodezyjnego (w zestawieniu pozycja obejmującej koszty biura z wyposażeniem). Jeżeli zamawiający nie ma zastrzeżeń do poziomu tych kosztów - a takiego zarzutu nie stawia - to poza sporem winna pozostać kwestia „struktury tych kosztów”. Skoro globalna kwota przewidziana na kontrolne prace geodezyjne nie jest „rażąco niska” to potwierdza to fakt, iż za wskazaną kwotę możliwe będzie wykonanie przez odwołującego wskazanych prac.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, praktycznie w odniesieniu do żadnego elementu przedłożonej kalkulacji, nie zakwestionował, iż kwota przewidziana przez Odwołującego, na jego wykonanie jest nierealna - tzn. jest kwotą za którą nie da się wykonać wyspecyfikowanego świadczenia z należytą starannością.

W ocenie odwołującego, żądanie zamawiającego przedstawienia szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji jest nieadekwatne do charakteru przyjętego wynagrodzenia - wynagrodzenie (cena) ryczałtowe. Powoduje to, iż poza przypadkowymi zdarzeniami uzyskanie identyczności ceny ofertowej skalkulowanej tak, jak dokonał tego Odwołujący, tzn. w oparciu o koszty uprzednio ponoszone przy świadczeniach analogicznych, co do charakteru z przedmiotem zamówienia i wykazywanej szczegółową kalkulacją musi w swojej konsekwencji prowadzić do zaistnienia pewnych rozbieżności.

Odwołujący pragnie wskazać, iż pojęcie ceny rażąco niskiej winno być oceniane również w jej ujęciu kosztowym (przy wykorzystaniu terminologii rachunkowej i ekonomicznej). W tym kontekście istotne jest ustalenie stopnia pokrywania przez cenę ofertową kosztów wykonawcy bezpośrednio związanych z wykonaniem danego zamówienia. Jest to jeden z podstawowych wyznaczników charakteru zaoferowanej ceny. Cena pokrywająca takie koszty, nawet - zakładając zupełnie hipotetycznie - przy jej zniżeniu w stosunku do cen rynkowych, nie może być uznana za cenę rażąco niską w rozumieniu przepisu art.90 ustawy P.z.p. Można wyrazić to w następujący sposób: cena rażąco niska, to taka cena, która pogarsza wynik finansowy przedsiębiorstwa. A przyjmując zasadę wnioskowania *a contrario*, uprawnione jest stwierdzenie - nie jest ceną rażąco niską cena,

pokrywająca wszystkie koszty ponoszone bezpośrednio przy realizacji konkretnego świadczenia, a tym samym nie pogarsza wyniku finansowego wykonawcy.

KIO 1592/16 stanowisko zamawiającego

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie zamawiającego zarzuty podniesione w treści odwołania nie znajdują podstaw tak faktycznych, jak i prawnych.

KIO 1600/16 stanowisko odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez błędną ocenę złożonych w dniu 22 czerwca oraz 21 lipca 2016 r. wyjaśnień oraz dowodów w zakresie zaferowanej ceny i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż nie zawiera rażąco niskiej ceny, który to fakt Odwołujący udowodnił we wspomnianych wyjaśnieniach;

2) art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania do ponownych wyjaśnień w zakresie kwestii, co do których Zamawiający powziął wątpliwości w związku z wniesionymi przez odwołującego wyjaśnieniami, w przypadku gdyby Izba uznała, iż odwołujący nie uwzględnił w wyjaśnieniach wszystkich elementów, na których zależało zamawiającemu, a które w wezwaniu nie zostały wyartykułowane.

3) art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., polegające na wyborze oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w s.i.w.z. Zamawiający wybrał ofertę, która nie jest najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu;

4) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców z uwagi na fakt, iż oferta odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej i powinna zostać dopuszczona do etapu oceny ofert. Jednocześnie przepis ten został naruszony ze względu

na dokonaną błędną ocenę wyjaśnień i dowodów przedstawionych w piśmie z dnia 22 czerwca oraz 21 lipca 2016 r., co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego;

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 17 sierpnia 2016 r.;
- 2) uznanie oferty odwołującego za niepodlegającą odrzuceniu;
- 3) dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - przekazał odwołującemu w dniu 17 sierpnia 2016 r. wybór oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o odrzuceniu jego oferty ze względu na to, że zdaniem zamawiającego zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na jej wysokość (wezwanie nr 1 - pismo z dnia 20 czerwca 2016 r. oraz wezwanie nr 2 - pismo z 14 lipca 2016 r.). W wezwaniu z dnia 20 czerwca zamawiający wymagał:

1. wykazania, że zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia;
2. wykazania kalkulacji wynagrodzenia, za które odwołujący zobowiązuje się zapewnić nadzór nad wykonaniem zadań dodatkowych na poziomie zadeklarowanej wartości 25% wartości zadania inwestycyjnego;
3. kalkulacji wynagrodzenia, za które odwołujący zobowiązuje się do wykonania badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt 4.2.5. ppkt 23 opisu przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ);
4. sposobu zasad i przesłanek kształtowania kosztu realizacji zamówienia dla poszczególnych etapów z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia członków personelu niezbędnego do wykonania zamówienia, w tym również kosztów ewentualnego podwykonawstwa;

Odwołujący wskazał, że w wymaganym terminie złożył odpowiednie wyjaśnienia i poparł je dowodami. W pierwszej kolejności w celu potwierdzenia poprawności kalkulacji ceny ofertowej złożył kosztorys ofertowy (załącznik nr 1 do pisma):

1. w zakresie wynagrodzenia członków personelu;
2. z uwzględnieniem nadzoru nad zadaniami dodatkowymi w wymiarze zadeklarowanym w ofercie (25%);

3. z uwzględnieniem potrójnej liczby dodatkowych badań zadeklarowanych w ofercie.

Odwołujący stwierdził, iż w celu wypełnienia dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. przedstawił również dowody potwierdzające wysokość przyjętych w kalkulacji kosztów, w tym oświadczenia członków zespołu: (kierownik zespołu przeglądu dokumentacji, inżyniera projektu, koordynatora dostępu do torów, inżyniera rezydenta, inspektora nadzoru w specjalności kolejowej, inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej) potwierdzające, że akceptują zaoferowane im wynagrodzenie z uwzględnieniem faktu, iż w ramach wskazanego tam wynagrodzenia będą realizować zadania dodatkowe w wymiarze 25% zadania inwestycyjnego;

Odwołujący stwierdził, że w celu potwierdzenia realności kosztów związanych z dodatkowymi badaniami, przedstawił ofertę firmy Eurovita Polska SA. pozycje tabeli z załącznika odpowiadają wszystkim wymogom s.i.w.z., zaś sama oferta potwierdza potrójną liczbę oferowanych badań. Zwrócić należy uwagę, że oferta Eurovia Polska S.A. ma charakter opisany w art. 66 K.c., co oznacza, że jej przyjęcie oznaczałoby zawarcie umowy przez Odwołującego, co rodzi skutek w postaci zobowiązania Eurovia Polska S.A. do wykonania umowy za wskazaną w ofercie cenę. Dlatego wiarygodność tej ceny nie może budzić wątpliwości. Odwołujący zauważył, że firma Eurovia Polska S.A. jest podmiotem niezależnym od odwołującego, co potwierdza złożone w ofercie odwołującego oświadczenie w zakresie grupy kapitałowej. Tym bardziej fakt złożenia wiążącej Eurovia Polska S.A. oferty zawarcia umowy należy uznać za wiarygodny dowód w zakresie rynkowości wyceny usług badań, o których mowa w pkt 4.2.5. ppkt 23 OPZ.

Odwołujący zaznaczył, że stwierdzenie zamawiającego z pkt 4 uzasadnienia odrzucenia oferty: „wykonawca w wyjaśnieniach z 21 lipca 2016 r. wskazał w „kosztorysie ofertowym” inny koszt badań dodatkowych, znacznie odbiegający od kwoty wskazanej w załączonej ofercie złożonej przez podwykonawcę” jest obarczone błędem, ponieważ kosztorys i dowody były składane w wyjaśnieniach z 22 czerwca 2016 r. (w odpowiedzi na pierwsze wezwanie).

Niezrozumiałe jest w świetle podanej podstawy odrzucenia oferty odwołującego, dlaczego zamawiający w piśmie z dnia 14 lipca br. nie wzywał odwołującego do wyjaśnienia powyższej kwestii, skoro wzbudziła jego wątpliwość, mimo że wezwał do wyjaśnienia innych kwestii (nieistotnych z punktu widzenia oceny oferty), w tym np.: wpływu kosztów pracy na obniżenie ceny, co stanowi o błędnej interpretacji przepisów i wyjaśnień.

W ocenie odwołującego, spójność podanej kalkulacji nie może budzić żadnych zastrzeżeń, a zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego nie stawiał

zarzutów dotyczących samych wyliczeń. Zamawiający podał jedynie, iż ocena wyjaśnień z dnia 22 czerwca była niewystarczająca ponieważ zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał w jaki sposób powyższe okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty. Odwołujący podał jednak w wyjaśnieniach z dnia 22 czerwca okoliczności, które wpływają na obniżenie ceny (głównie koszty pracy osób realizujących umowę) oraz podał kalkulację ceny ofertowej z uwzględnieniem tych stawek wynagrodzenia, co oznacza, że wykazał jak koszty zatrudnienia wpłynęły na cenę ofertową. Konstatacja, iż odwołujący nie wykazał wpływu tych okoliczności na cenę, wskazuje nie tylko na brak prawidłowej interpretacji przepisu art. 90 ust. 1, ale również automatyzm oceny wyjaśnień i dowodów polegający na całkowitym pominięciu faktu, iż przedmiot niniejszego zamówienia jest świadczenie usług nadzoru inwestorskiego, a więc usługi o charakterze intelektualnym.

Zdaniem odwołującego, istotne zatem z punktu widzenia wykazania podstaw obniżenia ceny względem innych wykonawców (i wartości zamówienia) jest to czy wykonawca:

- dysponuje osobami, które posiadając kwalifikacje i wiedzę (określone w SIWZ) niezbędne do wykonywania czynności objętych umową.
- posiada gotowe rozwiązania, czyli metodologię wykonywania usług, i czy może je wdrożyć o tyle łatwiej i szybciej, aby uzyskać efekt polegający na wykonaniu zamówienia na poziomie i w zakresie wymaganym umową, przy jednoczesnej redukcji kosztów wynikających z ceny oferty;

Odwołujący stwierdził, że oferowanie rynkowych i zaakceptowanych przez członków zespołów projektowych zarobków gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca składając ofertę potwierdził w wykazie osób, iż dysponuje odpowiednimi osobami, a fakt ten został zweryfikowany przez Zamawiającego w toku postępowania i nie był poddawany w wątpliwość. Tak więc nie jest sporne, iż wykonawca zapewnił odpowiednie zaplecze osobowe do wykonania zamówienia i zaoferował rynkowe stawki dla tych osób, co gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia oraz chęć współpracy tych osób z odwołującym w całym okresie realizacji umowy. W takiej sytuacji aspektem umożliwiającym dodatkowe obniżenie ceny względem innych wykonawców jest np. dobra organizacja pracy, co umożliwia jak najpełniejsze wykorzystanie potencjału zatrudnionych osób.

Odwołujący wskazał, że posiada wypracowane metody pracy, możliwy do natychmiastowego wdrożenia podział ról między członków poszczególnych zespołów i odpowiednie do tego środki techniczne. Powyższe stwierdzenia zostały uwiarygodnione załączonym do oferty wykazem osób oraz dowodami dołączonymi do wyjaśnień nr 1 w postaci kosztorysu ofertowego oraz oświadczeń osób przeznaczonych do realizacji umowy. Twierdzenie w takich okolicznościach, iż „Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób podnoszone przez niego czynniki doprowadziły do zaoferowania takiej, a nie innej ceny” jest

nieuzasadnione skoro bezpośrednim czynnikiem były opisane i udowodnione koszty pracy osób realizujących umowę. Stanowi to przejaw braku poprawnej analizy złożonych wyjaśnień i dowodów oraz brak ich prawidłowej oceny.

W ocenie odwołującego, zupełnie bezpodstawne było ponowne wzywanie (pismo z 14 lipca 2016 r.) odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania czynników, dzięki którym cena została obniżona i stopnia wpływu tych czynników na obniżenie ceny. Odwołujący na tak sformułowane wezwanie nie mógł udzielić innej odpowiedzi jak tylko stwierdzić zgodnie z prawdą, że ocena w jakim stopniu czynniki wpływają na obniżenie ceny wymaga punktu odniesienia, którego zamawiający nie podał.

Odwołujący zauważył, iż sposób płatności określony w umowie wskazuje, że w omawianym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem, które w ok. 90% ma charakter ryczałtowy. Część zmienna wynagrodzenia jest bowiem pewna i wypłacane proporcjonalnie do postępu robót (jest to 60% całości wynagrodzenia) w okresie podstawowym i wydłużonym (całość najpóźniej w ramach ostatniej płatności zgodnie z §5 ust. 8 wzoru umowy). Część stała wynagrodzenia w okresie podstawowym jest również wypłacana niezależnie od okresu trwania robót, najpóźniej w ramach ostatniej płatności (§5 ust. 7 wzoru umowy).

Odwołujący wskazał, że wezwanie nr 2, oprócz wymogu wskazania czynników obniżenia ceny oferty oraz ich wpływu na tę cenę (co jak wskazano powyżej było bezpodstawnym działaniem Zamawiającego), wymagało dodatkowych wyjaśnień:

1. wyspecyfikowania kosztów kontrolnych prac geodezyjnych, wynikających z pkt 4.2.5 pkt 22 OPZ;
2. wskazania w strukturze kosztów miejsca w którym ujęto koszty ubezpieczenia oraz zabezpieczenie należytego wykonania umowy;
3. wykazania poziomu kalkulacji kosztów wynajmu pomieszczeń;

Kwestia realności wyceny pomieszczeń niezbędnych do realizacji umowy podana w odpowiedzi na wezwanie nr 2 została omówiona wcześniej. Jeśli chodzi o pkt 2, odwołujący wypełnił wymóg wezwania, ponieważ wskazał, iż koszty ubezpieczeń oraz zabezpieczenia wykonania umowy zostały uwzględnione na stronie 2 kosztorysu ofertowego (załącznik nr 1 do wyjaśnień nr 1) w poz. 1 i 3 „czerwonego pola” dotyczącego etapu II (wiersze nr 7 oraz 5 licząc od dołu tabeli dotyczącej etapu II).

Z wyliczenia wynika, że odwołujący zabezpieczył wyższą od wymaganej kwotę na zabezpieczenie umowy. Zostało to podyktowane m.in. możliwością wydłużenia okresu realizacji robót. W tym zakresie nie może być mowy o zaniżeniu ceny oferty.

W odpowiedzi na wezwanie do „wyspecyfikowania” kosztów kontrolnych prac geodezyjnych odwołujący wskazał, iż zostały one uwzględnione w koszcie zatrudnienia

geodety na etapie II realizacji umowy. Koszty te zostały uwzględnione dla kontraktów od 1 do 3, a także w zespole stałym Biura Inżyniera.

Odwołujący stwierdził, że w pełni odpowiedział na wezwanie nr 2 zamawiającego. Niezrozumiałe są zarzuty zamawiającego, że podane w tym zakresie wyjaśnienia nie potwierdzają wszystkich wymagań s.i.w.z. określonych w pkt 4.2.5 ppkt 22 OPZ względem geodety.

Nie wiadomo, jakie zadania geodety ujęte w powyższym pkt s.i.w.z, odwołujący miałby wyspecyfikować, skoro praca geodety polega na wykonywaniu pomiarów geodezyjnych (czy to sprawdzaniu pomiarów wykonanych przez geodetów wykonawcy robót czy kontrolnych pomiarów dotyczących dokumentów obmiarowych). W wezwaniu wymagano z resztą „wyspecyfikowania kosztów kontrolnych prac geodezyjnych” i koszty te zostały podane w wyjaśnieniach nr 2. Nie wiadomo jednak w jaki sposób podział wynagrodzenia geodety na koszty różnych pomiarów (nawet gdyby zamawiający w wezwaniu sformułował taki wymóg) miałby wpłynąć na ocenę wiarygodności wyceny oferty przez odwołującego, skoro w każdym przypadku chodzi o wykonywanie tych samych czynności w ramach umówionego wynagrodzenia geodety.

Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie odrzucenia nie zawiera żadnego wyliczenia, z którego wynikałoby, że kosztorys ofertowy złożony w ramach wyjaśnień jest niespójny czy zawiera nierynkowe stawki przyjęte do wyceny oferty. Tak przedstawione uzasadnienie wskazuje, że zamawiający już na etapie wezwań nie miał zastrzeżeń względem oferty odwołującego, ponieważ po uzyskaniu wyjaśnień nie potrafił sformułować wiarygodnych zarzutów, które wskazywałyby na to, że odwołujący zaoferował rażąco niską cenę.

Odwołujący podniósł, że naruszeniem przepisów ustawy P.z.p. jest uznanie za niewystarczające wyjaśnienia w zakresie kosztów zabezpieczenia umowy w sytuacji, gdy powyżej wskazane wyliczenia potwierdzają, że odwołujący także w tym przypadku uwzględnił większe niż wymagane koszty. Zarzut dotyczący kosztów zatrudnienia geodety oparty jest na założeniu, że odwołujący powinien podać koszty zatrudnienia z podziałem na czynności określone w pkt 4.2.5 ppkt 22 OPZ podczas gdy wezwanie zobowiązywało do podania kosztów kontrolnych prac geodezyjnych, który to koszt odwołujący określił w wyjaśnieniach.

KIO 1600/16 stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,

2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie zamawiającego zarzuty podniesione w treści odwołania nie znajdują podstaw tak faktycznych, jak i prawnych.

Stanowisko przystępującego:

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołań.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1592/16 przystępujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 P.z.p., zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów. Powyższy przepis, wbrew twierdzeniom Konsorcjum DTŚ, nie rozróżnia zamówień na dostawy, usługi czy roboty budowlane, a odnosi się do nich wszystkich. Tym samym, bez względu na to czy mamy do czynienia z dostawami, usługami czy robotami budowlanymi, w przypadku spełnienia przesłanek do wystosowania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wykonawca ma obowiązek przedstawienia dowodów potwierdzających rzetelność przeprowadzonej kalkulacji ceny oferty. Na powyższe wskazał również zamawiający w treści wezwania, które nie zostało podważone przez Konsorcjum DTS - tym bardziej na obecnym etapie brak jest podstaw do jego kwestionowania.

Przystępujący wskazał, że z treści odwołania wynika, że jedną z podstaw braku akceptacji wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum DTŚ był brak skalkulowania kosztów usługi w Etapie II na okres 63 miesięcy. Odwołujący oparł swoją argumentację w tym zakresie na postanowieniach Załącznika A, stosownie do treści którego „wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 (wykonawca powinien ustalić wynagrodzenie w oparciu o Okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia)”. Konsorcjum DTŚ wskazało, że okres podstawowy to 51 miesięcy i taki okres wykonawca ten przyjął w kalkulacji kosztów dla Etapu EI.

W ocenie przystępującego, jeśli Konsorcjum DTŚ rzeczywiście skalkulowało koszty dla Etapu II, uwzględniając wyłącznie okres 51 miesięcy (okres podstawowy), to odrzucenie dokonane przez zamawiającego było prawidłowe. Przystępujący wskazał, że wynagrodzenie przewidziane w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Przedmiotowa okoliczność oznacza, że wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien w cenę oferty wkalkulować wszelkie ryzyka, jakie łączą się z realizacją przedmiotu zamówienia - w tym nie ulega wątpliwości, że również te związane z czasem jego trwania tak w okresie podstawowym (51 miesięcy), jak również w okresie wydłużonym (12 miesięcy). Wykonawca

ten powinien wziąć również pod uwagę §27 Wzoru umowy, w którym zostało zastrzeżone uprawnienie do skorzystania z opcji.

Przystępujący wskazał, iż rzeczywiście, podstawą do obliczenia wysokości wynagrodzenia podstawowego za realizację Etapu II był okres podstawowy. Okres wydłużony realizacji wyliczany był za pomocą wzoru na podstawie wartości dla wynagrodzenia podstawowego. Innymi słowy, wynagrodzenie za okres wydłużony jest uzależnione od wynagrodzenia wyliczonego za okres podstawowy. Z powyższego wynika, że wszelkie ryzyka i koszty związane z realizacją prac objętych w Etapie II w okresie wydłużonym powinny być skalkulowane w okresie 63 miesięcy {okres podstawowy + okres wydłużony), a nie 51 miesięcy (wyłącznie okres podstawowy). Wykonawca powinien bowiem założyć, że za wyjątkiem 51 miesięcy okresu podstawowego realizowane będą prace przez okres kolejnych 12 miesięcy - w dodatkowym okresie wzrosną bowiem koszty realizacji przy tej samej wysokości przychodu. Brak wskazania wyliczenia dla przedmiotowych kosztów w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i przyznanie w odwołaniu, że Odwołujący przyjął w kalkulacji usługi Etapu II wyłącznie okres 51 miesięcy (okres podstawowy) skutkuje tym, iż cena oferty nie uwzględnia ryzyk i kosztów wynikających z okresu wydłużonego, a tym samym, że jest niedoszacowana.

Przystępujący wskazał, że zamawiający zarzucił Konsorcjum DTŚ, iż wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie sposobu skalkulowania ceny w zakresie realizacji usługi na Etapach I i III. W treści odwołania wskazano, że wykonawca nie był zobowiązany do podania „rzeczywistego (skalkulowanego) kosztu świadczenia w zakresie Etapu 1 i Etapu 3 (...)”. Swoją argumentację Konsorcjum DTŚ oparło na okoliczności, że Zamawiający narzucił konieczność zachowania przez wykonawców określonych poziomów wartości dla Etapu I i III (odpowiednio: od 1-3% wartości usługi Etapu II w okresie podstawowym i minimum 7% wartości Etapu II w okresie podstawowym). W ocenie przystępującego działania Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Konsorcjum DTŚ z uwagi na brak wskazania kalkulacji ceny dla Etapu I i III! Było uzasadnione. Fakt, iż Zamawiający określił maksymalne i minimalne wartości dla ww. Etapów w żaden sposób nie uzasadnia twierdzenia, że wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego nie był obowiązany do rzeczywistej kalkulacji kosztów w przedmiotowym zakresie, a wyłącznie do pomniejszenia lub powiększenia wartości usług dla Etapu II w granicach określonych przez Zamawiającego.

Często spotykaną praktyką na rynku zamówień publicznych jest określanie przez Zamawiających np. maksymalnej wartości wynagrodzenia za realizację początkowych etapów projektu. Powyższe jednak nie skutkuje całkowitą dowolnością w szacunkach ceny dla wykonawcy, jak również nie oznacza, że wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest uprawniony pominąć w swojej odpowiedzi tak określony zakres prac.

Przeciwnie - Konsorcjum DTŚ powinno było wyjaśnić Zamawiającemu realność zakładanej wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji Etapu I i III. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, dlaczego wykonawca przyjął taki, a nie inny procent dla wskazanych Etapów bowiem od przyjętej wartości uzależniona jest wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy. Etap I i Etap IM to łącznie 28 miesięcy wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oczywiście jest, że Zamawiający, który wystosował wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny oczekiwał, że wykonawca odniesie się do kalkulacji kosztów we wskazanym okresie.

W zakresie odwołania ECM Group przystępujący wskazał, że czynniki, które podał wykonawca jako uzasadniające zaoferowaną cenę, są standardowe i bardzo ogólne. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób wpłynęły one na cenę oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Ustalony przez Izbę i podany w uzasadnieniu stan faktyczny uwzględnia fakt, iż część dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w tym informacja o odrzuceniu ofert odwołujących), znaczna część uzasadnienia odwołania w sprawie KIO 1600/16 oraz fragmenty odpowiedzi na odwołanie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Część zastrzeżonych informacji została następnie ujawniona przez strony w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Podany stan faktyczny zawiera informacje jawne oraz informacje ujawnione przez strony w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z pkt 13 TOMU I SIWZ:

1. Podana w ofercie cena brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).
2. Cena oferty oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz Załączniku 1A do Formularza Ofertowego.
3. Wartość Usługi dla Etapu I - wsparcia w prowadzeniu postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót dla danego Kontraktu nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 3% wartości Usługi dla Etapu 2 - realizacji prac projektowych i Robót w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.
4. Wartość Usługi dla Etapu III w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmującą również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie, tj.

łącznie przez okres 5 lat) nie może być niższa niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.

5. W przypadku zaofierowania ceny oferty w sposób niezgodny z pkt 13.3 i 13.4 oferta taka zostanie uznana za niezgodną z SIWZ.

6. W przypadku Wykonawcy zagranicznego, który nie jest zarejestrowany w Polsce (i który nie doliczył wartości podatku VAT do oferowanej ceny), Zamawiający w celu dokonania oceny oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny (netto), podatek od towarów i usług, który Zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zgodnie z Załącznikiem A do Formularza Ofertowego, całkowita cena ofertowa składa się z sumy cen zaofierowanych za usługę świadczoną dla każdego z Kontraktów oraz składają się na nią:

- wynagrodzenie za Etap 1, stanowiące ekwiwalent za Usługi Inżyniera na Etapie 1 - wsparcia w prowadzeniu postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót, nie niższe niż 1% i nie wyższe niż 3% wartości Usługi dla Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu;
- wynagrodzenie za Etap 2, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 2 - realizacji Robót;
- wynagrodzenie za Etap 3, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 3 - w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmujące również wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie, tj. łącznie przez okres 5 lat), nie niższe niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu, w tym nie niższe niż:
 - 4% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla okresu minimalnego wykonywania usługi na Etapie 3, tj. przez okres 2 lat;
 - 1% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla każdego kolejnego roku wykonywania usługi w Etapie 3.

Z uwagi na okoliczność, iż zaofierowana przez odwołujące Konsorcjum w składzie: Drogowa Trasa Średnicowa SA w Katowicach, MP Posty Sp. z o.o. w Krakowie, cena była prawie trzykrotnie niższa od szacunkowej wartości zamówienia oraz dwukrotnie mniejsza od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w postępowaniu wezwał w dniu 20 czerwca 2016 r. odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. Zgodnie z treścią wezwania zamawiający przede wszystkim oczekiwał, że odwołujący wykaże:

- kalkulacji wynagrodzenia, za które zobowiązuje się zapewnić nadzór nad wykonaniem zadań dodatkowych na poziomie zadeklarowanej wartości 25% wartości zadania inwestycyjnego,

- kalkulacji wynagrodzenia, za które zobowiązuje się do wykonania badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt 4.2.5 ppkt 23 OPZ,
- sposobu, zasad i przesłanek kształtowania kosztu realizacji zamówienia dla poszczególnych etapów z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia członków personelu niezbędnego do wykonania zamówienia, w tym również kosztów ewentualnego podwykonawstwa.

Zgodnie z załącznikiem A do Formularza Ofertowego – Cena ofertowa, wynagrodzenie podstawowe netto za realizację etapu 2 (W) wykonawca powinien ustalić w oparciu o okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia. Cena za realizację Etapu 2 powinna zostać obliczona i wprowadzona do tabeli w pkt 3 dla każdego z Kontraktów zgodnie z następującym wzorem:

Wynagrodzenie maksymalne dla Etapu 2 = $40\%W + p \cdot n \cdot 40\%W + 60\%W$, gdzie:

n – wskaźnik, mieszczący się w granicach 0,7 do 1, którego wartość wykonawca określa dla poszczególnych kontraktów

p – jest wyrażonym ułamkowo stosunkiem okresu wydłużonego do okresu podstawowego.

Zgodnie z pkt. 13.3 s.i.w.z., „Wartość Usług dla Etapu 1 - wsparcie prowadzenia postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót dla danego Kontraktu nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 3% wartości Usługi dla Etapu 2 - realizacji prac projektowych i Robót w okresie podstawowym dla danego Kontraktu”.

Zgodnie z pkt. 13.4. s.i.w.z., „Wartość Usługi dla Etapu 3 w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmująca również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie tj. łącznie przez okres 5 lat), nie może być niższa niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.”

Zgodnie z §3 wzoru umowy, „Termin realizacji Umowy”:

1. Usługa będzie realizowana dla każdego Kontraktu w 3 Etapach:

1) Etap 1 - dotyczący wsparcia w prowadzeniu postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót. Etap realizowany jest od dnia wyznaczonego Poleceniem Zamawiającego, wydanego nie później niż 30 dni od zawarcia Umowy określającego termin rozpoczęcia realizacji Etapu nie później niż w terminie 90 dni od jej zawarcia do dnia zawarcia przez Zamawiającego Umowy na Roboty.

2) Etap 2 - dotyczący realizacji Robót, realizowany będzie od dnia wskazanego w wydanym przez Zamawiającego poleceniu rozpoczęcia Usługi dla Etapu 2, wydanego nie później niż 14 dni od zawarcia Umowy na roboty budowlane, określającego termin

rozpoczęcia realizacji Etapu nie później niż w terminie 30 dni od jej zawarcia do zakończenia wykonywania Robót, (wystawienia Świadectwa Przejęcia).

3) Etap 3 - dotyczący okresu gwarancji i zgłaszania wad, realizowany od zakończenia wykonywania Robót (od dnia następnego po wystawieniu Świadectwa Przejęcia) przez okres 24 miesięcy, z zastrzeżeniem, iż czas ten może ulec wydłużeniu w przypadku zastosowania Prawa opcji.

2. Przewidywany czas realizacji usługi dla każdego z Kontraktów wynosi odpowiednio:

1) dla Kontraktu nr 1 - 79 miesięcy, w tym:

a) 4 miesiące - Etap 1

b) 51 miesięcy-Etap 2.

c) 24 miesiące - Etap 3.

d) Wskazany w lit. b) czas realizacji Etapu 2 stanowi Okres podstawowy realizacji Kontraktu, w którym Wykonawca uprawniony jest do wynagrodzenia stałego obliczanego na podstawie § 5 ust. 5 Umowy.

e) Okres wydłużony realizacji Kontraktu wyznaczony jest na 12 miesięcy w którym Wykonawca zachowuje uprawnienie do opcjonalnego skorygowanego wynagrodzenia stałego obliczanego na podstawie § 5 ust. 5 Umowy.

2) dla Kontraktu nr 2 - 79 miesięcy, w tym;

a) 4 miesiące - Etap 1

b) 51 miesięcy-Etap 2.

c) 24 miesiące - Etap 3, w tym:

d) Wskazany w lit. b) czas realizacji Etapu 2 stanowi Okres podstawowy realizacji Kontraktu, w którym Wykonawca uprawniony jest do wynagrodzenia stałego obliczanego na podstawie § 5 ust. 5 Umowy.

e) Okres wydłużony realizacji Kontraktu wyznaczony jest na 12 miesięcy , w którym Wykonawca zachowuje uprawnienie do opcjonalnego skorygowanego wynagrodzenia stałego obliczanego na podstawie § 5 ust. 5 Umowy.

3) dla Kontraktu nr 3 - 79 miesięcy, w tym:

a) 4 miesiące - Etap 1

b) 51 miesięcy - Etap 2.

c) 24 miesięcy - Etap 3.

d) Wskazany w lit. b) czas realizacji Etapu 2 stanowi Okres podstawowy realizacji Kontraktu, w którym Wykonawca uprawniony jest do wynagrodzenia stałego obliczanego na podstawie § 5 ust. 6 Umowy.

e) Okres wydłużony realizacji Kontraktu wyznaczony jest na 12 miesięcy w którym Wykonawca zachowuje uprawnienie do opcjonalnego skorygowanego wynagrodzenia stałego obliczanego na podstawie § 5 ust. 6 Umowy.

3. Terminy wskazane wyżej, za wyjątkiem wskazanego okresu realizacji Etapu 3 są terminami szacunkowymi z zastrzeżeniem, że Etap 3 może ulec wydłużeniu w przypadku zastosowania Prawa opcji.

4. Terminem zakończenia Umowy jest zatwierdzenie wystawionego przez Inżyniera Raportu Zamknięcia dla ostatniego z realizowanych Kontraktów.

5. Zamawiający zastrzega sobie możliwość rezygnacji z części Usługi, polegającej na wsparciu Zamawiającego na Etapie 1 - przygotowania postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót na realizację Kontraktu/Kontraktów, w całości lub w części, dla której ustanowiono zgodnie z § 5 odrębną płatność. O rezygnacji z realizacji części usługi, Zamawiający poinformuje Wykonawcę przed rozpoczęciem przez Wykonawcę jakichkolwiek czynności związanych z realizacją Usługi w tym zakresie.

6. W przypadku, o którym mowa w ust. 4 Wykonawca będzie uprawniony do wynagrodzenia tylko za tę część dla jakiej świadczył Usługę wsparcia.

Zgodnie z pkt. 4.2.5 ppkt 22 OPZ:

Obowiązki w zakresie zarządzania jakością, weryfikacji obmiarów i prac geodezyjnych

Sprawdzanie pomiarów geodezyjnych wykonanych przez geodetów Wykonawcy Robót, oraz wykonania co najmniej 10% kontrolnych pomiarów geodezyjnych do dokumentów oborowych wystawianych przez Wykonawcę Robót w celu możliwości potwierdzenia faktycznych ilości zgodnych z projektem wykonanych Robót wykazywanych w miesięcznych Przejściowych Świadectwach Płatności.

W postępowaniu złożono 9 ofert:

1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Drogowa Trasa Średnicowa” Spółka Akcyjna w Katowicach, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie

Cena: netto: 32.433.546,90 PLN

Cena brutto: 39.893.262,69

Pełnienie nadzoru nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego

Wykonanie badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ

- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SGA Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Firma Menadżersko-Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o. w Lublinie
Cena netto: 49.105.239,06 PLN
Cena brutto: 60.399.444,03 PLN
Pełnienie nadzoru nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego
Wykonanie badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ
- 3) ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. w Warszawie
Cena netto: 54.128.222,68 PLN
Cena brutto: 66.577.713,90 PLN
Pełnienie nadzoru nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego
Wykonanie badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ
- 4) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. w Warszawie, BBF Sp. z o.o. w Poznaniu
Cena netto: 49.979.345,42 PLN
Cena brutto: 61.474.594,87 PLN
Pełnienie nadzoru nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego
Wykonanie badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ
- 5) Safege SAS w Nanterre
Cena netto: 41.279.412,48 PLN
Cena brutto: 50.773.677,36 PLN
Pełnienie nadzoru nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego
Wykonanie badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ
- 6) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MGGP SA w Tarnowie, Voessing Polska Sp. z o.o. w Poznaniu
Cena netto: 68.838.776,47 PLN
Cena brutto: 84.671.695,06 PLN
Pełnienie nadzoru nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego

- Wykonanie badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ
- 7) AECOM Polska Sp. z o.o. w Warszawie
Cena netto: 88.924.973,22 PLN
Cena brutto: 109.377.717,06 PLN
Pełnienie nadzoru nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego
Wykonanie badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ
- 8) ECM Group Polska SA w Warszawie
Cena netto: 34.626.000,00 PLN
Cena brutto: 42.589.980,00 PLN
Pełnienie nadzoru nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego
Wykonanie badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ
- 9) Mott MacDonald polska Sp. z o.o. w Warszawie
Cena netto: 76.968.816,00 PLN
Cena brutto: 94.671.643,68 PLN
Pełnienie nadzoru nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego
Wykonanie badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ.

Szacunkowa wartość zamówienia: 99.360,00 zł PLN, w tym wartość zamówień uzupełniających: 15.560.000,00 PLN

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 101.844.000,00 zł brutto

Z uwagi na okoliczność, iż zaoferowana przez odwołujące Konsorcjum w składzie: Drogowa Trasa Średnicowa SA w Katowicach, MP Posty Sp. z o.o. w Krakowie, cena była prawie trzykrotnie niższa od szacunkowej wartości zamówienia oraz dwukrotnie mniejsza od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w postępowaniu wezwał w dniu 20 czerwca 2016 r. odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. Zgodnie z treścią wezwania zamawiający przede wszystkim oczekiwał, że odwołujący wykaże:

- kalkulacji wynagrodzenia, za które zobowiązuje się zapewnić nadzór nad wykonaniem zadań dodatkowych na poziomie zadeklarowanej wartości 25% wartości zadania inwestycyjnego,
- kalkulacji wynagrodzenia, za które zobowiązuje się do wykonania badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt 4.2.5 ppkt 23 OPZ,
- sposobu, zasad i przesłanek kształtowania kosztu realizacji zamówienia dla poszczególnych etapów z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia członków personelu niezbędnego do wykonania zamówienia, w tym również kosztów ewentualnego podwykonawstwa.

W dniu 21 czerwca 2016 roku odwołujący przedstawił wyjaśnienia w ww. zakresie. W dniu 14 lipca 2016 r. zamawiający skierował do odwołującego kolejne wezwanie, w którym wskazał, że wykonawca nie przedłożył wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena została skalkulowana należycie. Zdaniem Zamawiającego informacji uzupełniających wymagały następujące kwestie:

- wyspecyfikowanie szczegółowej struktury „kosztów rzeczowych”,
- wyspecyfikowanie szczegółowej struktury „kosztów osobowych”,
- wyspecyfikowanie struktury kosztów kontrolnych prac geodezyjnych,
- dowody potwierdzające stanowisko dotyczące kosztów laboratorium wskazanych przez potencjalnego podwykonawcę.

Oprócz powyższego zamawiający zobowiązał wykonawcę do wskazania:

- w którym miejscu struktury kosztów ujęto koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przez cały okres realizacji usługi oraz zabezpieczenia należytego wykonania Umowy,
- na jakim poziomie skalkulowano koszty wynajmu pomieszczeń przez cały okres realizacji usługi.

Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia miały być merytoryczne, a odwołujący został zobowiązany do dostarczenia wystarczającego materiału dowodowego niezbędnego do oceny zaoferowanych cen jednostkowych. Wyjaśnienia zostały złożone przez odwołującego w dniu 20 lipca 2016 roku.

Zamawiający wezwał w dniu 20 czerwca 2016 r. odwołującego ECM Group Polska SA w Warszawie do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. Zgodnie z treścią wezwania zamawiający przede wszystkim oczekiwał, że odwołujący wykaże:

- kalkulację wynagrodzenia, za które zobowiązuje się zapewnić nadzór nad wykonaniem zadań dodatkowych na poziomie zadeklarowanej wartości 25% wartości zadania inwestycyjnego,

- kalkulację wynagrodzenia, za które zobowiązuje się do wykonania badań dodatkowych w ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt 4.2.5 ppkt 23 OPZ,
- sposobu, zasad i przesłanek kształtowania kosztu realizacji zamówienia dla poszczególnych etapów z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia członków personelu niezbędnego do wykonania zamówienia, w tym również kosztów ewentualnego podwykonawstwa.

W dniu 22 czerwca 2016 roku odwołujący złożył odpowiedź na ww. wezwanie.

Zamawiający w dniu 14.07.2016 r. skierował do odwołującego ponowne wezwanie w celu złożenia bardziej szczegółowych wyjaśnień oraz uzupełnienia dowodów. Zdaniem zamawiającego, wyjaśnienia odwołującego wymagały uzupełniających informacji, w szczególności w następującym zakresie:

- wyspecyfikowania kosztów kontrolnych prac geodezyjnych wynikających z pkt. 4.2.5 OPZ, w szczególności zawartych w ppkt. 22,
- wskazania w strukturze kosztów miejsca, w którym ujęto koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przez cały okres realizacji usługi oraz zabezpieczenia należytego wykonania Umowy,
- wykazania poziomu kalkulacji kosztów wynajmu pomieszczeń na czas realizacji usługi, zgodnie z pkt. 3.2 OPZ.

Ponadto, ze względu na wykazanie w sposób zbyt ogólny w załączniku nr 6 do IDW wykazu prac przeznaczonych do podwykonania w zakresie Nadzoru Inwestorskiego, zamawiający wnosił o uszczegółowienie zakresu podwykonawstwa, w przypadku podwykonawstwa w zakresie personelu nadzorującego roboty, podania struktury ilościowo-kosztowej oraz przedstawienie dowodów (kopia umowy wstępnej, list intencyjny, oferta itp.) potwierdzających te koszty.

W odpowiedzi z dnia 21 lipca 2016r. odwołujący przedłożył swoje stanowisko.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2016 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Safège SAS w Nanterre. W tym samym piśmie zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert obydwu odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego konsorcjum: Drogowa Trasa Średnicowa Sp. z o.o. w Katowicach, MP Mosty Sp. z o.o. w Krakowie, zamawiający wskazał, iż na mocy art. 89. ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał w dniu 10 czerwca 2016 roku odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z treścią przedmiotowego wezwania Zamawiający wniósł o wykazanie:

- kalkulacji wynagrodzenia, za które Wykonawca zobowiązuje się zapewnić nadzór nad wykonaniem zadań dodatkowych na poziomie zadeklarowanej wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego,
- kalkulacji wynagrodzenia, za które Wykonawca zobowiązuje się do wykonania badań dodatkowych o ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt 4.2.5 ppkt 23 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ),
- sposobu, zasad i przesłanek kosztu realizacji zamówienia dla poszczególnych etapów z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia członków personelu niezbędnego do wykonania zamówienia, w tym również kosztów ewentualnego podwykonawstwa.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 21 czerwca 2016r., które w większości wskazywały wieloletnie jego doświadczenie w zakresie nadzorowania inwestycji oraz posiadanie stałego zespołu współpracowników, przy czym Wykonawca nie wykazał w jaki sposób powyższe pozwala na zminimalizowanie kosztów realizacji zamówienia. Przedstawił również kalkulację kosztu wynagrodzenia podstawowego dla poszczególnych kontraktów, jednakże przedstawiona wycena miała charakter ogólny i uproszczony. W tym miejscu zamawiający wskazał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04 sierpnia 2015 roku (sygn. akt: KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15): „samo wyspecyfikowanie w treści wyjaśnień rodzaju kosztów nie stanowi wiarygodnego źródła weryfikacji realności zaproponowanej ceny. Wykonawca winien przedstawić szczegółową analizę wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika”. Wykonawca nie przedłożył wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów potwierdzających, że skalkulowana przez niego cena nie zawiera znamion ceny rażąco niskiej oraz potwierdzających, że dane zawarte w ofercie i wyjaśnieniach są danymi prawdziwymi. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, że: „W sytuacji, gdy Wykonawca (...) nie dostarcza wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby uzasadnić zastosowaną przez niego wycenę odbiegającą od innych ofert w postępowaniu uzasadniona jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu wykonawcy z postępowania”(KIO 637/15) oraz, że: „Z samego brzmienia przepisów art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp wynika, że wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień popartych dowodami. Nie będą zatem spełniać przesłanki wykazania gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia" (KIO 1103/15).

W tym stanie rzeczy zamawiający stwierdził, iż Wykonawca nie potwierdził w sposób dostateczny, że zaofferowana przez niego cena nie zawiera znamion rażąco niskiej ceny. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż treść wezwania Zamawiającego kierowana do Wykonawcy była dość ogólna, Zamawiający w dniu 14.07.2016 r. skierował do Wykonawcy ponowne wezwanie w celu umożliwienia złożenia mu bardziej szczegółowych wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów. Zamawiający zauważył, iż stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej

przyjęte w wyroku z dnia 11 maja 2015 roku (sygn. akt: KIO 852/15) wskazuje, że „Fakt wystosowania przez zamawiającego ogólnego wezwania (...) nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego opisanie czynników, które zadecydowały o wysokości ceny”. Zamawiający w treści wezwania z 14 lipca 2016 r. wskazał, że Wykonawca nie przedłożył wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena została skalkulowana należycie.

Zdaniem Zamawiającego informacji uzupełniających wymagały następujące kwestie:

- wyspecyfikowanie szczegółowej struktury „kosztów rzeczowych”,
- wyspecyfikowanie szczegółowej struktury „kosztów osobowych”,
- wyspecyfikowanie struktury kosztów kontrolnych prac geodezyjnych,
- dowody potwierdzające stanowisko dotyczące kosztów laboratorium wskazanych przez potencjalnego Podwykonawcę.

oraz wskazania

- w którym miejscu struktury kosztów ujęto koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przez cały okres realizacji usługi oraz zabezpieczenia należytego wykonania Umowy,
- na jakim poziomie skalkulowano koszty wynajmu pomieszczeń przez cały okres realizacji usługi.

W odpowiedzi z dnia 20 lipca 2016r. Wykonawca przedłożył swoje stanowisko, które zdaniem Zamawiającego, nie potwierdza, iż dokonana przez niego kalkulacja cenowa została wykonana w sposób należyty. Uzupełnione wyjaśnienia nie zawierają bowiem w sobie istotnych danych, które usuwałyby wątpliwości Zamawiającego, w zakresie wystąpienia ceny rażąco niskiej. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób podnoszone przez niego czynniki doprowadziły do zaoferowania takiej a nie innej ceny. Udzielone wyjaśnienia trudno uznać za wystarczające, aby obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. W szczególności należy zwrócić uwagę na następujące zagadnienia:

1. Zgodnie z § 3 Warunków Umowy - Termin realizacji Umowy, Wykonawca powinien skalkulować koszty usługi w Etapie II na okres 63 miesięcy (51 miesięcy okresu podstawowego oraz 12 miesięcy okresu wydłużonego realizacji Kontraktu). Z przekazanego Zestawienia kosztów związanych z realizacją usługi zawartą w wyjaśnieniu z dn. 20 lipca 2016 r. brak wykazanych kosztów wynagrodzenia personelu w Okresie wydłużonym realizacji Kontraktów.

2. Odpowiadając na wezwania Zamawiającego z dn. 10 czerwca 2016 r. pkt. 3 oraz z dn. 14 lipca 2016 r. Wykonawca nie złożył żadnych wyjaśnień dotyczących sposobu skalkulowania ceny w zakresie realizacji usługi na etapie I i III (wskazanie kosztów personelu, kosztów stałych, itp.).

3. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawcy odnotowano liczne niespójności kwot poszczególnych pozycji kosztowych, co budzi wątpliwości w zakresie rzetelnego i dokładnego skalkulowania kosztów realizacji.

4. Wykonawca wyjaśnił, że „w wyniku negocjacji z brokerem, Wykonawca wynegocjował obniżenie wartości zakładanej z dnia 21.06.2016 r. jako opłata składki ubezpieczenia OC, stąd kwota uległa zmniejszeniu o przedmiotową wartość” -

5. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że „koszt związany z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy wystawionych w 2016 r.”.

6. W wezwaniu z dn. 14 lipca 2016 r. Zamawiający prosił o wyspecyfikowanie struktury kosztów kontrolnych prac geodezyjnych wynikających z pkt 4.2.5. OPZ w szczególności zawartych w ppkt. 22. W wyjaśnieniach z dn. 20 lipca 2016 r. Wykonawca nie udzielił wyczerpującej odpowiedzi oświadczając, że koszty te zostały ujęte w pozycjach wynagrodzenia „Geodeta” oraz w kosztach biura wraz z wyposażeniem, co nie stanowi struktury kosztów omawianego zakresu.

Na podstawie powyższej argumentacji zamawiający stwierdził, że kolejne, uzupełnione wyjaśnienia kalkulacji kosztów nie są spójne ze sobą. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca udzielając kolejnych wyjaśnień próbował dostosować poszczególne pozycje kosztów szczegółowych do wysokości złożonej oferty. Świadczy to o tym, że nie przedłożono wraz z wyjaśnieniami rzetelnych, umotywowanych i przekonujących materiałów, potwierdzających, że zaoferowana cena została skalkulowana profesjonalnie i należycie na dzień złożenia oferty. Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 roku (V Ca 214/06), gdzie wskazano, iż "dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny". W świetle powyższego, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na mocy art. 89. ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 UPZP.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego ECM Group Polska SA, zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał w dniu 10 czerwca 2016 roku odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zgodnie z treścią przedmiotowego wezwania zamawiający wniósł o wykazanie:

- kalkulacji wynagrodzenia, za które Wykonawca zobowiązuje się zapewnić nadzór nad wykonaniem zadań dodatkowych na poziomie zadeklarowanej wartości 25% wartości Zadania inwestycyjnego,

- kalkulacji wynagrodzenia, za które Wykonawca zobowiązuje się do wykonania badań dodatkowych o ilości potrójnej wobec wskazanej w pkt 4.2.5 ppkt 23 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ),
- sposobu, zasad i przesłanek kosztu realizacji zamówienia dla poszczególnych etapów z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia członków personelu niezbędnego do wykonania zamówienia, w tym również kosztów ewentualnego podwykonawstwa.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 22 czerwca 2016r., które jednakże nie rozwiały wszystkich wątpliwości zamawiającego. Przedstawiły one kalkulację ceny ofertowej z uwzględnieniem poszczególnych etapów realizacji inwestycji, oświadczenia członków personelu w zakresie wynagrodzenia, za które zobowiązują się oni realizować usługi na rzecz wykonawcy, ofertę cenową na wykonanie badań laboratoryjnych oraz umowę o udzielenie ubezpieczeniowych gwarancji kontraktowych. Wykonawca nie wykazał jednakże w jaki sposób powyższe pozwala na zminimalizowanie kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04 sierpnia 2015 roku (sygn. akt: KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15): „samo wyspecyfikowanie w treści wyjaśnień rodzaju kosztów nie stanowi wiarygodnego źródła weryfikacji realności zaproponowanej ceny. Wykonawca winien przedstawić szczegółową analizę wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, w tym w szczególności przyjęta wartość oraz z czego owa wartość wynika”. W tym stanie rzeczy należało stwierdzić, iż Wykonawca nie potwierdził w sposób dostateczny, że zaoferowana przez niego cena nie zawiera znamion rażąco niskiej ceny. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż treść wezwania Zamawiającego kierowana do Wykonawcy była dość ogólna, Zamawiający w dniu 14.07.2016 r. skierował do Wykonawcy ponowne wezwanie w celu złożenia bardziej szczegółowych wyjaśnień oraz uzupełnienia dowodów. Zdaniem zamawiającego wyjaśnienia odwołującego wymagały uzupełniających informacji, w szczególności w następującym zakresie:

- wyspecyfikowania kosztów kontrolnych prac geodezyjnych wynikających z pkt. 4.2.5 OPZ, w szczególności zawartych w ppkt. 22,
- wskazania w strukturze kosztów miejsca, w którym ujęto koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przez cały okres realizacji usługi oraz zabezpieczenia należytego wykonania Umowy,
- wykazania poziomu kalkulacji kosztów wynajmu pomieszczeń na czas realizacji usługi, zgodnie z pkt. 3.2 OPZ.

Ponadto, ze względu na wykazanie w sposób zbyt ogólny w załączniku nr 6 do IDW wykazu prac przeznaczonych do podwykonania w zakresie Nadzoru Inwestorskiego, zamawiający wnosil o uszczegółowienie zakresu podwykonawstwa, w przypadku podwykonawstwa w zakresie personelu nadzorującego roboty, podania struktury

ilościowo-kosztowej oraz przedstawienie dowodów (kopia umowy wstępnej, list intencyjny, oferta itp.) potwierdzających te koszty.

W odpowiedzi z dnia 21 lipca 2016r. odwołujący przedłożył swoje stanowisko, które zdaniem zamawiającego, nie potwierdza, iż dokonana przez niego kalkulacja cenowa została wykonana w sposób należyty. Uzupełnione wyjaśnienia nie zawierają bowiem w sobie istotnych danych, które niwelowałyby wątpliwości zamawiającego, że nie wystąpiła cena rażąco niska. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób podnoszone przez niego czynniki doprowadziły do zaoferowania takiej, a nie innej ceny. Udzielone wyjaśnienia trudno uznać za wystarczające, aby obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. W szczególności należy zwrócić uwagę na następujące zagadnienia:

1. Zgodnie z § 3 Warunków umowy – Termin realizacji umowy, wykonawca powinien skalkulować koszty usługi w Etapie II na okres 63 miesięcy (51 miesięcy okresu podstawowego oraz 12 miesięcy okresu wydłużonego realizacji kontraktu). Z przekazanych wyjaśnień wynika, że wskazano oddzielne i obniżone stawki miesięcznego wynagrodzenia personelu w okresie wydłużonym realizacji kontraktu w stosunku do okresu podstawowego.
2. We wskazanych wyjaśnieniach odwołujący wskazał tożsamą ilość osób zaangażowanych w pełnienie usługi w okresie podstawowym i okresie wydłużonym. Przyjął natomiast obniżone miesięczne koszty utrzymania, wyposażenia, logistyki i łączności biura.
3. Wykonawca w wyjaśnieniach z 21 lipca 2016 r. wskazał na stronie nr 4 pkt. 3 kwotę przeznaczoną na miesięczny koszt wynajmu biura w okresie wydłużonym trwania kontraktu, inną (ponad 4 krotnie wyższą) niż ujętą w wyjaśnieniach i szczegółowym „Kosztorysie ofertowym” z 21 czerwca 2016 r.
4. Wykonawca w wyjaśnieniach z 21 lipca 2016 r. wskazał w „Kosztorysie ofertowym” inny koszt badań dodatkowych, znacznie odbiegający od kwoty wskazanej w załączonej ofercie złożonej przez podwykonawcę.
5. W wezwaniu z dnia 14 lipca 2016 r. Zamawiający wnosił o wyspecyfikowanie struktury kosztów kontrolnych prac geodezyjnych wynikających z pkt 4.2.5. OPZ w szczególności zawartych w ppkt. 22. W wyjaśnieniach z dnia 21 lipca 2016 r. Wykonawca nie udzielił wyczerpującej odpowiedzi, oświadczając, że koszty te zostały ujęte w pozycjach zatrudnienia geodety. Poza oświadczeniem Wykonawcy, że zaprezentowane koszty prac geodezyjnych obejmują wszystkie zadania ujęte w SIWZ nie potwierdzają tego odpowiednie pozycje kosztowe i kwoty wskazane w wyjaśnieniach. Na podstawie powyższej argumentacji zamawiający stwierdził, że kolejne, uzupełnione wyjaśnienia kalkulacji kosztów nie są spójne ze sobą. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca udzielając kolejnych wyjaśnień próbował dostosować poszczególne pozycje kosztów szczegółowych do wysokości złożonej oferty. Świadczy to o tym, że nie przedłożono wraz z wyjaśnieniami rzetelnych, umotywowanych i przekonujących

materiałów, potwierdzających, że zaoferowana cena została skalkulowana profesjonalnie i należycie na dzień złożenia oferty. W przedmiotowym aspekcie warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 roku (V Ca 214/06), gdzie wskazano, iż "dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny". W świetle powyższego, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na mocy art. 89. ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 UPZP.

Izba zważyła, co następuje:

Obydwa odwołania są bezzasadne.

Obydwaj odwołujący legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

KIO 1592/16

W zakresie zarzutu skalkulowania kosztów usługi na Etapie II na okres 51 miesięcy, Izba wskazuje, iż – istotnie – w załączniku A do Formularza Ofertowego – Cena ofertowa zawarte jest wyjaśnienie, iż wynagrodzenie podstawowe netto za realizację etapu 2 (W) wykonawca powinien ustalić w oparciu o okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia. Niemniej jednak, w dalszej części załącznika wskazano, w jaki sposób należy wycenić wynagrodzenie podstawowe oraz podano informację, iż cena za realizację Etapu 2 powinna zostać obliczona i wprowadzona do tabeli w pkt 3 dla każdego z Kontraktów zgodnie z następującym wzorem:

Wynagrodzenie maksymalne dla Etapu 2 = $40\%W + p \cdot n \cdot 40\%W + 60\%W$, gdzie:

n – wskaźnik, mieszczący się w granicach 0,7 do 1, którego wartość wykonawca określa dla poszczególnych kontraktów

p – jest wyrażonym ułamkowo stosunkiem okresu wydłużonego do okresu podstawowego.

Z powyższego wynika, że termin „wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2” był jedynie wartością, która po podstawieniu do wskazanego wyżej wzoru, miała służyć do obliczenia wynagrodzenia maksymalnego dla Etapu 2. Wynagrodzenie maksymalne za Etap 2, zgodnie z załącznikiem A pkt 2, składa się z Wynagrodzenia w części stałej i zmiennej. Z kolei wynagrodzenie stałe (tab. 2 załącznika A) składa się z wynagrodzenia za okres podstawowy (40%W PLN), okres wydłużony ($p \cdot n \cdot 40\%W$ PLN) oraz okres wykonywania robót wykraczający poza okres wydłużony (0 PLN). Powyższe potwierdza również treść § 5ust. 5 wzoru umowy, z którego wynika, iż wynagrodzenie stałe

netto za jeden miesiąc realizacji usługi obejmuje wynagrodzenie stałe za okres podstawowy oraz okres przedłużony.

Tym samym oczywistym jest stwierdzenie, iż wynagrodzenie za okres wydłużony winno zostać uwzględnione w wycenie wynagrodzenia dla etapu 2.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezłożenia przez odwołującego żadnych wyjaśnień dotyczących sposobu skalkulowania ceny w zakresie realizacji usługi na Etapach I i III, Izba wskazuje, iż nie zasługuje na aprobatę stanowisko odwołującego, iż nie był on zobowiązany do przedstawienia kalkulacji potwierdzającej wskazane w Załączniku A kwoty za świadczenia w zakresie Etapu I i III. Odwołujący powyższe uzasadniał tym, iż zamawiający narzucił wykonawcom konieczność zachowania określonych dopuszczalnych poziomów wartości Etapów I i III, w związku z czym wykonawca nie był zobowiązany do podania rzeczywistego (skalkulowanego) kosztu świadczenia w zakresie Etapu 1 i 3, ale faktycznie musiał dokonać swobodnego dostosowania oszacowanych kosztów.

Izba podkreśla, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W myśl ust. 2, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Z powyższego wynika, iż w sytuacji, gdy zamawiający zażąda od wykonawcy złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wykonawca ma obowiązek wyjaśnić szczegółowo kalkulację oferty wraz z podaniem i uzasadnieniem wszystkich czynników cenotwórczych. Od obowiązku tego nie zwalnia wykonawcy fakt, iż zamawiający w s.i.w.z. zawarł pewne wymagania co do procentowej wartości poszczególnych etapów w odniesieniu do innych. Podkreślenia wymaga, iż na Etapy 1 i 3 przewidzianych jest szereg czynności, z których każda winna być odpowiednio wyceniona. Wartość Etapów 1 i 3 wynika zatem z kalkulacji wszystkich czynności przewidzianych dla każdego etapu, nie zaś z faktu wymagania, iż wartość ta ma stanowić określony procent Etapu 2. Wymóg ten nakłada na wykonawcę jedynie obowiązek dostosowania dokonanych szacunków do wskazanych wymogów. Natomiast sposób, w jaki te szacunki zostały sporządzone, winien być wyjaśniony, zgodnie z wystosowanym wezwaniem.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespójności kwot poszczególnych pozycji kosztowych, Izba stwierdza, iż argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby, ponowne zwrócenie się do wykonawcy w celu złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, nie uzasadnia złożenia wyjaśnień, które różnią się od wyjaśnień poprzednich w zakresie sposobu skalkulowania ceny. Oczywistym jest, że wykonawca winien przedstawić zamawiającemu takie wyjaśnienia, które będą odzwierciedlać kalkulację ceny na

etapie sporządzania oferty, nie zaś dostosowywać ją do oczekiwań zamawiającego. Odnosząc się do zawartego w treści odwołania argumentu, iż odwołujący w kolejnych wyjaśnieniach podał wartości w systematyce bardziej szczegółowej, podnieść należy, iż udzielenie bardziej szczegółowych wyjaśnień nie może prowadzić do zmian wartości poszczególnych kosztów, jak to miało miejsce w przypadku wyjaśnień złożonych przez odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego podania nieprawdziwych informacji w uzupełnionych wyjaśnieniach dotyczących polisy ubezpieczenia OC, Izba stwierdza, że stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone powyżej, iż wyjaśnienia elementów cenotwórczych ceny oferty winny dotyczyć kalkulacji aktualnej w momencie sporządzania oferty. Bez znaczenia dla oceny, czy zaoferowana cena jest lub nie jest rażąco niska, jest fakt, że wykonawca już po złożeniu oferty wynegocjował bardziej atrakcyjne warunki finansowe związane z uzyskaniem polisy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Izba stwierdziła, iż argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Izba wskazuje, iż odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, potwierdzających wysokość kosztów związanych z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Podkreślić należy, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., w sytuacji powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w zakresie możliwości zaoferowania ceny rażąco niskiej, zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący, który powołał się na dotychczasowe relacje biznesowe i współpracę z bankiem czy ubezpieczycielem, winien był przedstawić dowody potwierdzające istnienie owej współpracy oraz wynikające z tej współpracy koszty zawieranych umów.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w zakresie zarzutu dotyczącego niewyspecyfikowania kosztów kontrolnych prac geodezyjnych.

Odwołujący w wyjaśnieniach uzupełniających odwołujący stwierdził, że koszty te zostały ujęte w pozycjach wynagrodzenia „Geodeta” oraz w kosztach biura wraz z wyposażeniem. Odwołujący nie przedstawił żadnej szczegółowej kalkulacji pozwalającej na ocenę prawidłowości przyjętych wartości.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. winny charakteryzować się dużym stopniem szczegółowości i być oparte na realnych, weryfikowalnych wartościach i okolicznościach. Nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich

potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami.

W orzecznictwie Izby utrwalili się poglądy, zgodnie z którym nie jest wystarczającym złożeniem jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską (zob. wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2014r., sygn. akt: KIO 1561/14, 1577/14). Niekwestionowanym pozostaje przy tym pogląd, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust. 3 ustawy P.z.p. (zob. wyrok KIO z dnia 13 października 2014r., sygn. akt: 2031/14).

Odwołujący w zakresie kosztów kontrolnych prac geodezyjnych nie przedstawił żadnych danych w zakresie ich wysokości, co praktycznie uniemożliwia ich weryfikację. Złożony na rozprawie dowód w postaci oświadczenia członka konsorcjum odwołującego, MP Mosty Sp. z o.o. w Krakowie stanowi jedynie potwierdzenie posiadania przez MP Mosty sprzętu wskazanego w wykazie. W dalszym ciągu jednak brak jest wskazania, w jaki sposób stwierdzony fakt miałby wpłynąć na kalkulację ceny w zakresie kosztów tych prac.

KIO 1600/16

Odnosząc się do zarzutu niewłaściwego skalkulowania wynagrodzenia personelu w okresie wydłużonym, Izba stwierdza, że argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W ofercie odwołującego wynagrodzenie osób kluczowych z personelu zostało w sposób znaczny zróżnicowane w ten sposób, iż wynagrodzenie za okres dodatkowy zostało zaniżone w stosunku do okresu podstawowego. Odwołujący w składanych wyjaśnieniach nie sprecyzował, z czego owe różnice wynikają. Informacji na ten temat nie ma również w treści odwołania. Na rozprawie w dniu 14 września 2016 roku odwołujący wskazywał, iż w s.i.w.z. nie było wymogu, by wynagrodzenie za obydwa okresy było jednakowe. Podniósł też, że takie były oczekiwania personelu, by w podstawowym okresie otrzymywać wyższe wynagrodzenie niż w okresie dodatkowym. W ocenie odwołującego, gdyby uśrednić wynagrodzenie za okres podstawowy i dodatkowy, oto i tak byłoby ono wyższe od przeciętnego wynagrodzenia danych specjalistów w tej branży.

Izba podtrzymuje argumentację wyrażoną wyżej, iż wynagrodzenie za okres wydłużony winno być uwzględnione w cenie oferty. Podkreślić należy, iż zgodnie z zapisami umownymi (§ 3 ust. 2), w okresie przedłużonym wykonawca będzie wykonywał prace

tożsame z tymi, które będą wykonywane w okresie podstawowym. Tym samym przyjąć należy, iż wynagrodzenie personelu w owych dwóch okresach musi być co najmniej do siebie zbliżone, natomiast zróżnicowanie wysokości wynagrodzeń we wskazanych okresach musi być wyjaśnione i uzasadnione.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podkreślił, iż przedstawił zamawiającemu dowody potwierdzające wysokość przyjętych w kalkulacji kosztów, w tym oświadczenie członków zespołu, potwierdzające, iż akceptują zaoferowane im wynagrodzenie z uwzględnieniem faktu, iż w ramach wskazanego tam wynagrodzenia będą realizować zadania dodatkowe w wymiarze 25% zadania inwestycyjnego.

Izba przeanalizowała złożone oświadczenia i skonstatowała, że ich treść nie uzasadnia zróżnicowania wynagrodzenia w okresie podstawowym i dodatkowym. Wystawcy owych dokumentów oświadczyli jedynie, że akceptują wynagrodzenie w okresie podstawowym. Do wynagrodzenia w okresie dodatkowym w ogóle się nie odniesiono. Tym samym Izba wskazuje, że odwołujący nie wykazał zasadności zaniżenia wynagrodzenia członków personelu w okresie dodatkowym.

Odnosząc się zaś do argumentu, iż uśrednione wynagrodzenie z obu okresów jest wyższe od przeciętnego wynagrodzenia w tej branży, Izba wskazuje, iż odwołujący nie wykazał, jaka jest średnia owych wynagrodzeń i nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów. Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W myśl ust. 5, jedynie fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu nie wymagają dowodu. W ocenie Izby, informacje wskazywane przez odwołującego nie zaliczają się ani do faktów powszechnie znanych, ani do faktów znanych z urzędu. Ich wykazanie wymagało więc inicjatywy dowodowej po stronie odwołującego.

W ocenie Izby niezasadny jest zarzut zamawiającego sformułowany wobec oferty odwołującego, iż w wyjaśnieniach z dnia 21 lipca 2016 roku wskazał on inny koszt badań dodatkowych, znacznie odbiegający od kwoty wskazanej w załączonej ofercie, złożonej przez podwykonawcę. Faktem jest, iż odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego zawyżył trzykrotnie liczbę wymaganych badań, niemniej jednak zamawiający nie wykazał, dlaczego – w jego ocenie – okoliczność ta ma uzasadniać tezę, iż odwołujący zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Rozstrzygnięcie w zakresie powyższego zarzutu pozostaje bez wpływu na sentencję orzeczenia z uwagi na potwierdzenie się pozostałych zarzutów wobec oferty odwołującego.

Izba uznała za zasadny sformułowany wobec oferty odwołującego zarzut zaniżenia kosztów miesięcznego utrzymania biura w okresie dodatkowym w odniesieniu do okresu podstawowego.

Izba podtrzymuje wyrażone wyżej stanowisko, iż zakres prac przewidzianych dla okresu podstawowego jest tożsamy z okresem dodatkowym. Należy założyć, iż analogiczne stanowisko przyjął odwołujący, który wykazał tożsamą ilość osób zaangażowanych w pełnienie usługi w okresie podstawowym i okresie wydłużonym. Niemniej jednak odwołujący nie wyjaśnił przyczyn zróżnicowania tych kosztów. Odwołujący na rozprawie w dniu 14 września 2016 roku podnosił, że koszt wynajmu biura w okresie podstawowym jest zawyżony, niemniej jednak nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż stawki za wynajem lokalu w miejscowości Konin nie wymagają dowodu. Nie są to bowiem okoliczności powszechnie znane ani też znane z urzędu, co mogłoby uzasadniać brak inicjatywy dowodowej w tym zakresie.

Izba uznała za niemającą znaczenia dla niniejszej sprawy, podniesioną w treści odwołania argumentację dotyczącą kosztów ubezpieczenia oraz kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Faktem jest, iż zamawiający w dniu 14 lipca 2016 roku skierował do odwołującego ponowne wyzwanie o złożenie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, w którym zażądał m.in. wskazania w strukturze kosztów miejsca, w którym ujęto koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przez cały okres realizacji usługi oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący w treści odwołania podał, iż uwzględnił w kosztorysie odpowiednie kwoty.

Analiza treści zawiadomienia odwołującego o odrzuceniu jego oferty nie wskazuje, by zamawiający zakwestionował miejsce uwzględnienia oraz wysokość kosztów przewidzianych na wskazane wyżej zabezpieczenia. Zamawiający sformułował treść zawiadomienia, dzieląc je na część ogólną, sprowadzającą się do stwierdzenia, iż wyjaśnienia odwołującego są bardzo ogólne, oraz na część szczególną, wskazującą, które elementy cenotwórcze wzbudziły wątpliwości zamawiającego. W części szczególnej zamawiający nie wskazał na koszty ubezpieczenia i koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy jako te, które uzasadniają zarzut rażąco niskiej ceny wobec oferty odwołującego.

Izba uznała za zasadny sformułowany wobec oferty odwołującego zarzut braku udzielenia wyczerpującej odpowiedzi w zakresie wyspecyfikowania struktury kosztów kontrolnych prac geodezyjnych wynikających z pkt. 4.2.5 OPZ w szczególności zawartych w ppkt. 22.

W wezwaniu z dnia 14 lipca 2016 roku zamawiający wnosił o wyspecyfikowanie struktury kosztów kontrolnych prac geodezyjnych, wynikających z pkt. 4.2.5 OPZ, w szczególności zawartych w ppkt. 22. W wyjaśnieniach z dnia 21 lipca 2016 roku odwołujący nie udzielił wyczerpującej odpowiedzi, oświadczając, że koszty te zostały ujęte w pozycjach

zatrudnienia geodety. W ocenie zamawiającego, poza oświadczeniem odwołującego, że zaprezentowane koszty prac geodezyjnych obejmują wszystkie zadania ujęte w s.i.w.z., nie potwierdzają tego odpowiednie pozycje kosztowe i kwoty wskazane w wyjaśnieniach.

Odwołujący nie przedstawił żadnych danych w zakresie wysokości tych kosztów, co praktycznie uniemożliwia ich weryfikację. W tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację oraz poglądy wyrażone w orzecznictwie przywołanym przy rozpoznawaniu odwołania wniesionego przez konsorcjum: „Drogowa Trasa Średnicowa” Spółka Akcyjna w Katowicach, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie w zakresie analogicznego zarzutu skierowanego do oferty tegoż wykonawcy.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż na ostateczną wartość oferty wpłynęły takie okoliczności, jak: dobrze zorganizowane zaplecze biurowo-logistyczne, związane z realizacją wielu kontraktów efekt skali przy zakupie materiałów biurowych, dysponowanie doświadczonym zespołem specjalistów, stała współpraca z kancelarią prawną, dysponowanie stałą kadrą wykwalifikowanych pracowników, mających doświadczenia w nadzorze robót, Izba stwierdziła, że informacje te są zbyt ogólne, by na ich podstawie oceniać, czy zaoferowana przez odwołującego cena nie jest rażąco niska. Wskazać należy, iż procedura składania wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, polega przede wszystkim na wskazywaniu konkretnych kwot, kalkulacji i szacunków oraz ich wpływu na wysokość ceny. Pozostałe informacje mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie.

KIO 1592/16, KIO 1600/16

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie

art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być zarówno ustalona przez niego wartość zamówienia, jak również ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

1a. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Z treści art. 190 ust. 1a ustawy P.z.p. wynika, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, wykonawca, który złożył ofertę, wobec której podniesiono zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny, winien wykazać, za pomocą środków dowodowych, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na odwołujących, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprościli. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanych przypadkach - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Tymczasem złożone przez odwołujących wyjaśnienia w żaden sposób nie uzasadniają kwot wskazanych przez niego w formularzu ofertowym. Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż odwołujący nie wykazali, iż zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco

niska, co winno skutkować odrzuceniem ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....