

Sygn. akt KIO 1437/20

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 sierpnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENERGO-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „MARTECH-PLUS” M. M. Spółka Jawna z siedzibą w Rudzie Śląskiej** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Mota-Engil Engenharia e Construção Sociedade Anonima z siedzibą w Amarante (Portugalia)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ENERGO-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „MARTECH-PLUS” M. M. Spółka Jawna z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENERGO-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „MARTECH-PLUS” M. M. Spółka Jawna z siedzibą w Rudzie Śląskiej**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENERGO-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „MARTECH-PLUS” M. M. Spółka Jawna z siedzibą w Rudzie Śląskiej** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 20 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa stacji elektroenergetycznej 220/110kV Nysa wraz z wprowadzeniem linii 220kV Ząbkowice-Groszowice*.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 54-129369.

W dniu 28 czerwca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ENERGO-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „MARTECH-PLUS” M. M. Spółka Jawna z siedzibą w Rudzie Śląskiej, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i odrzucenie tejże oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że zakres wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny daleko wykraczał poza przyjęte zasady weryfikacji realności ceny ofertowej. Podnosił, że udowodnił, że oferta została skalkulowana prawidłowo i obejmowała całkowity zakres prac objętych SIWZ. Stwierdzał, że cena nie jest rażąco niska, a decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty spowodowana jest nierzetelnym przeanalizowaniem oferty i wyjaśnień Odwołującego.

Stwierdzał, że wycena oferty przy zastosowaniu określonych czynników cenotwórczych może mieć miejsce w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego i narzucenia przez zamawiającego takiego sposobu obliczenia ceny ofertowej. Zamawiający może wymagać wyceny przekazanego kosztorysu ślepego poprzez zastosowanie określonych nakładów rzeczowych (najczęściej KNR lub KNNR) oraz oferowanych czynników cenotwórczych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał określenia ceny ryczałtowej. Opis sposobu określenia ceny wskazuje jedynie na konieczność ujęcia w cenie wszystkich kosztów Wykonawcy i opłat związanych z realizacją zamówienia. Wynagrodzenie ryczałtowe nie powstaje jako suma pozycji kosztorysowych, ani tym bardziej poprzez podstawienie

jakichkolwiek czynników cenowych do określonych nakładów rzeczowych (Zamawiający nie określił żadnych nakładów).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Mota-Engil Engenharia e Construcao Sociedade Anonima z siedzibą w Amarante (Portugalia), wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 31 lipca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazane pismo procesowe znajduje się w aktach sprawy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z udzieloną odpowiedzią Odwołującego, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 sierpnia 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na budowie stacji elektroenergetycznej 220/110kV Nysa wraz z wprowadzeniem linii 220kV Ząbkowice-Groszowice. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, dalej „PFU”, gdzie określił, że opracowanie projektu budowlanego oraz uzyskanie pozwolenia na budowę leży po jego stronie (pkt 2.1 PFU). Zadaniem wykonawcy jest sporządzenie pozostałej dokumentacji projektowej, w szczególności projektów wykonawczych oraz wykonanie robót, a także - na żądanie Zamawiającego zrealizowanie opcji. Przedmiotem opcji nr 2 jest pełnienie funkcji prowadzącego eksploatację obiektu od daty pierwszego podania napięcia na urządzenia do daty odbioru końcowego przedmiotu zamówienia. Warunki dokonania odbioru końcowego zostały określone w pkt 2.3.37.2 PFU oraz w pkt 10 Wzoru Umowy. Po spełnieniu określonych

wymagań, w szczególności po uzyskaniu przez Wykonawcę pozwolenia na użytkowanie, Zamawiający zobowiązany będzie dokonać odbioru końcowego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, Zamawiający wymagał, aby oferta cenowa zawierała: *cenę netto w [zł], w tym cenę netto w [zł] za wykonanie przedmiotu zamówienia, kwotę 100 000 zł stanowiącą maksymalną łączną wartość wynagrodzenia Wykonawcy za prace i czynności wykonane w ramach prawa opcji - Opcji Nadzoru, o której mowa w pkt 2.9 oraz 12.25 Umowy oraz kwotę wynagrodzenia Wykonawcy za prace i czynności wykonane w ramach prawa opcji, o którym mowa w pkt. 2.10 oraz 12.26 Umowy, kwotę podatku VAT (wg obowiązujących przepisów) oraz cenę brutto w [zł]*

Dalej Zamawiający wskazał, że oferowana cena powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy i opłaty związane z realizacją zamówienia oraz że cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową (co potwierdza także pkt 12.1 Wzoru Umowy), stałą, w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia z wyłączeniem §24 Wzoru Umowy (dotyczącego zmian umowy).

Dodatkowo Zamawiający wymagał wypełnienia i załączenia do oferty formularza Wartości Czynników Cenotwórczych (wzór nr 2 III części SIWZ), w którym wykonawca miał podać następujące wskaźniki: *robocizna $R = \dots$ zł/rbg, transport $T = \dots$ zł/km, wskaźnik kosztów pośrednich $K_p = \dots$ % ($R+S$), wskaźnik kosztów zakupu materiałów $K_z = \dots$ % (M), wskaźnik zysku $Z = \dots$ % ($R + S + K_p$). Cena jednostkowa netto robocizny (R) jako wartości uśrednionej dla wszystkich rodzajów prac: \dots zł. Cena jednostkowa netto pracy sprzętu (S) \dots zł. Wartość za jeden miesiąc przedłużenia okresu Gwarancji i Rękojmi zgodnie z zapisami punktu 13.1 Umowy \dots zł (netto).*

Zamawiający zastosował, zgodnie z Rozdziałem XVII SIWZ, poza kryterium ceny, również kryterium terminu realizacji zamówienia (20%).

W dniu 27 maja 2020 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Do upływu terminu składania ofert wpłynęło osiem ofert, w tym m.in. oferta Przystępującego oraz Odwołującego, która opiewała na kwotę 54 750 000 zł netto, przy wartości szacunkowej zamówienia wynoszącej 94 688 800 zł. Odwołujący w formularzu dotyczącym Wartości Czynników Cenotwórczych podał następujące wskaźniki: *robocizna $R = 25$ zł/rbg, transport $T = 5$ zł/km, wskaźnik kosztów pośrednich $K_p = 80\%$ ($R+S$), wskaźnik kosztów zakupu materiałów $K_z = 10\%$ (M), wskaźnik zysku $Z = 15\%$ ($R + S + K_p$). Cena jednostkowa netto robocizny (R) jako wartości uśrednionej dla wszystkich rodzajów prac: 25 zł. Cena jednostkowa netto pracy sprzętu (S): SEKOCENBUD I kw. 2020. Wartość za jeden miesiąc przedłużenia okresu Gwarancji i Rękojmi zgodnie z zapisami punktu 13.1 Umowy 350 000 zł (netto).*

Pismem z dnia 12 maja 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązując wykonawcę m.in. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz przedłożenia dowodów mogących te wyjaśnienia potwierdzić. Dodatkowo Zamawiający poprosił o przedstawienie: 1) szczegółowej kalkulacji kosztów ceny ofertowej, sporządzonej na podstawie szczegółowych kosztorysów wraz z dowodami (dokumenty potwierdzające koszt aparatury, urządzeń, materiałów, robocizny, pracy sprzętu i innych kosztów ujętych w szczegółowych kosztorysach); 2) posiadanych ofert, umów lub porozumień na dostawę materiałów, które były podstawą kalkulacji ceny; 3) przyjętych składników cenotwórczych (koszty robocizny, koszty transportu, wskaźnik kosztów pośrednich, wskaźnik kosztów zakupu, wskaźnik zysku), które były podstawą kalkulacji ceny; 4) harmonogramu (w miesiącach) realizacji Etapów Umowy; 5) wykazu prac jakie Wykonawca planuje zlecić podwykonawcom.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący złożył pismo z dnia 19 maja 2020 r., zawierające część jawną i niejawną. Wykonawca dołączył również następujące dokumenty: 1) szczegółowa kalkulacja kosztów ceny ofertowej zgodnie ze wzorem Zamawiającego; 2) kosztorys ofertowy; 3) oferty na dostawę aparatury, urządzeń oraz materiałów wymaganych do realizacji zamówienia; 4) czynniki cenotwórcze będące podstawą opracowania kosztorysu; 5) harmonogram realizacji Etapów Umowy.

Pismem z dnia 18 czerwca Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, podnosząc m.in. że *prowadząc inwestycje na olbrzymią skalę (10.000.000.000,00 zł w skali 10 lat), ma możliwość zweryfikowania w praktyce realnych kosztów m.in. poprzez porównanie cen ofertowych z ceną ostateczną inwestycji. Na bazie wieloletnich doświadczeń w realizacji kilkudziesięciu inwestycji, których łączna wartość osiąga poziom 10.000.000.000,00 zł w sposób absolutnie profesjonalny i kategoryczny Zamawiający może stwierdzić, jaki jest poziom faktycznych i realnych kosztów każdego elementu inwestycji. (...) wykonawca, jakkolwiek w sposób formalny udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, to jednak na płaszczyźnie merytorycznej pismo Wykonawcy nie zawiera pełnego i kompletnego wyjaśnienia istotnych elementów dotyczących oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny i tym samym potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia budzą uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. (...) W oparciu o przedstawione powyżej działania Wykonawcy oraz udzielone przez niego odpowiedzi, w ocenie Zamawiającego nie budzi wątpliwości fakt, iż złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z orzecznictwem KIO co do zasady o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że*

przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne lub wręcz niewykonalne, gdy przychody mające być uzyskane od Zamawiającego z tytułu realizacji zamówienia nie pokryją kosztów jego realizacji.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia Stosownie do art. 90 ust.3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą Programu Funkcjonalno- Użytkowego.

Dalej, Izba wskazuje, że w Rozdziale XVI SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający podał, że oferowana cena powinna zawierać wszystkie koszty wykonawcy i opłaty związane z realizacją zamówienia oraz że cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową, stałą, w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia z wyłączeniem §24 Wzoru Umowy (dotyczącego zmian umowy).

Izba zwraca uwagę, że wynagrodzenie ryczałtowe, jakie zostało ustalone w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, polega na określeniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, ostatecznej, obejmującej całość realizacji prac. Co do zasady, wynagrodzenie ryczałtowe jest zatem niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac i przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się

wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CKN 913/97). Strony, decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe, muszą zatem liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub kosztów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę.

Oczywiście również w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego cena oferty może być rażąco niska, a badaniu mogą podlegać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny. Oczywiście także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej art. 90 Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień.

Niemniej, sama okoliczność że udzielone wyjaśnienia budzą uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ nie jest wystarczająca do stwierdzenia, że zaoferowano rażąco niską cenę.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego przedstawiały sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. Mając na uwadze charakter przyjętego w tym postępowaniu wynagrodzenia, brak przedmiaru, brak kosztorysu inwestorskiego, brak projektu wykonawczego oraz zakres przedmiotu zamówienia, który obejmuje w pierwszej kolejności wykonanie prac projektowych, należy uznać, że nie znajdują uzasadnienia tak szczegółowe pytania Zamawiającego dotyczące w zasadzie około 300 pozycji, zgodnie z tabelą załączoną do wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ponadto, wykonawca udzielił wyczerpujących wyjaśnień i odpowiedział na wszystkie wątpliwości zamawiającego, mimo iż jak wskazała Izba wyżej, stopień szczegółowości pytań nie był adekwatny przy tak ustalonym charakterze wynagrodzenia. Zresztą działanie Zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym, który w pierw określa wynagrodzenie ryczałtowe, nie wymaga załączenia do oferty nawet kosztorysu uproszczonego, a następnie wzywa o wyjaśnienia, żądając przedstawienia szczegółowej kalkulacji (ok. 300 pozycji) i kwestionując jedynie kilka z nich, prowadzi *ad absurdum*, gdyż *de facto* okazuje się, że Zamawiający wolałby rozliczać się kosztorysowo.

Izba jedynie po krótko odniesie się do poszczególnych zarzutów w zakresie oferty Odwołującego z uwagi na stanowisko prezentowane powyżej.

Odnosząc się do czynników cenotwórczych Izba ustaliła, że Odwołujący załączył do oferty formularz dotyczący wartości czynników cenotwórczych, gdzie określił m.in. robociznę

R = 25 zł/rbg. W wyjaśnieniach z dnia 19 maja 2020 r. wskazał, że przyjął *średnią cenę roboczogodziny w wysokości 25 zł. Jest to średnia stawka wykwalifikowanego elektromontera,, gdyż koszty kierownika projektu, kierowników budowy i robót oraz kluczowych inżynierów zostały ujęte w kosztach pośrednich. Niżej kwalifikowani pracownicy zarabiają mniej niż średnia, jednak wszyscy pracownicy otrzymują wynagrodzenie powyżej minimalnego.* W załączonym do ww. wyjaśnień kosztorysie podał stawkę robocizny – 21 zł. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego podał, że *wykonawca nie przedstawił kalkulacji przyjętej stawki robocizny, w tym szczegółowego wyliczenia kosztu wynagrodzeń osób skierowanych do realizacji zamówienia. Jednocześnie w kosztorysie załączonym do Wyjaśnień, mającym uwiarygodnić sposób i rzetelność wyliczenia ceny ofertowej Wykonawca podał niezgodną z Ofertą niższą stawkę robocizny tj. 21,00 zł.* Izba stwierdziła, że w formularzu dotyczącym wartości czynników cenotwórczych należało podać stawkę uśrednioną, co wynika wprost z literalnego brzmienia postanowienia (*Cena jednostkowa netto robocizny (R) jako wartości uśrednionej dla wszystkich rodzajów prac*). Izba uznała również za wiarygodne wyjaśnienia Odwołującego, że wskazane przez Zamawiającego do wyceny pozycje kosztorysowe nie obejmują pracy najwyżej kwalifikowanych i opłacanych inżynierów, które zostały ujęte w pozycji „Rozruch”, a obejmują czynności budowlano - montażowe, przyjęto w wyjaśnieniach stawkę niższą od średniej, tj. 21 zł, która przekracza jednak wciąż wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odnosząc się do wskaźnika kosztów zakupu materiałów Izba ustaliła, że Odwołujący załączył do oferty formularz dotyczący wartości czynników cenotwórczych, gdzie określił m.in. wskaźnik kosztów zakupu materiałów $Kz = 10\%$. W wyjaśnieniach z dnia 19 maja 2020 r. wskazał, że *Koszty zakupu zostały przyjęte jako 1% od kosztów wszystkich materiałów i urządzeń. Uproszczenie takie przyjęto ze względu na nienaliczanie kosztów zakupu od urządzeń i materiałów, które zostaną dostarczone na obiekt przez Dostawcę w ramach ceny ofertowej.* W załączonym do ww. wyjaśnień kosztorysie podał wskaźnik kosztów zakupu materiałów - 1,00 %. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego podał, że *w załączonym do wyjaśnień kosztorysie został również zastosowany niższy niż deklarowany przy złożeniu Oferty wskaźnik kosztów zakupu materiałów tj. 1,00 %.* Przyjęcie za wiarygodne powyższych wyjaśnień prowadziłoby do niedozwolonej zmiany treści Oferty, w sposób sprzeczny z przepisami ustawy. Izba dała wiarę argumentacji Odwołującego, że średnie Kz w przypadku kosztorysowania nieznanego zakresu prac wynoszą 10% (taki poziom został wskazany w ofercie), niemniej gros największych wartościowo dostaw objętych przedmiotem zamówienia jest oferowanych na rynku *loco* teren budowy (wraz z kosztami dostawy).

Odnosząc się do zarzutu związanego z ceną Opcji 2 Izba ustaliła, że Odwołujący załączył do wyjaśnień z dnia 19 maja 2020 r. Harmonogram rzeczowo-finansowy inwestycji

będącej przedmiotem zamówienia, gdzie przewidział wykonanie Etapów w następujących terminach: Etap O: do 12 tygodni od daty podpisania Umowy, Etapy 1: 3 miesiące od daty podpisania Umowy, Etapy 4+5: 4 miesiące od daty podpisania Umowy, Etap 6: 5 miesięcy od daty podpisania Umowy, Etapy 7+8: 10 miesięcy od daty podpisania Umowy, Etapy 9 -: 15: 17 miesięcy od daty podpisania Umowy, Etap 16: 15,5 miesiąca od daty podpisania Umowy, Etap 17: 16,5 miesiąca od daty podpisania Umowy, Etap 18: 17 miesięcy od daty podpisania Umowy, Etapy 19 + 29: 20 miesięcy od daty podpisania Umowy, Etapy 30 + 34: 27 miesięcy od daty podpisania Umowy, Etap 35: do 27 miesięcy od daty podpisania Umowy, Etap 36: do 30 miesięcy od daty podpisania Umowy.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdził, że *analizując cenę Opcji 2 Wykonawca będzie pełnił funkcję prowadzącego eksploatację obiektu od daty pierwszego podania napięcia na urządzenia do daty odbioru końcowego zamówienia, co na podstawie przedstawionego harmonogramu szacuje się na okres 10 miesięcy. Wykonawca wycenił ten koszt na 80 000,00 zł plus VAT (co daje 8 000,00 zł/miesiąc), gdzie aktualnie zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę: płaca minimalna brutto to 2 600,00 zł/miesiąc. Zamawiający w PFU określił, że dla Opcji pełnienia funkcji prowadzącego eksploatację obiektu, wymaga ze strony Wykonawcy zapewnienia całodobowej, dwuosobowej obsługi ruchowej obiektu (co oznacza zatrudnienie min. 6-ciu osób na dobę). Przy minimalnej płacy na poziomie 2 600,00 zł brutto koszt pracodawcy w zakresie wynagrodzenia jednego pracownika to kwota około 3 132,48 zł brutto, a więc miesięczny minimalny koszt wynagrodzeń 6-ciu pracowników wyniesie około 18 794,88 zł brutto (nie licząc nadgodzin i dyżurów pracowników rezerwowych). Zaproponowana w ofercie kwota 8 000,00 zł plus VAT na miesiąc potwierdza, że jest to wartość nierealna, rażąco niska.*

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, że z przedłożonego harmonogramu jasno wynikało, że prowadzenie eksploatacji obiektu będzie wynosiło 10 miesięcy. Skoro zgodnie z pkt 9.2 Wzoru Umowy wszelkie obowiązki stron powinny być realizowane najpóźniej w terminach wskazanych w Umowie, Odwołujący mógł założyć, że okres prowadzenia eksploatacji obiektu będzie wynosił 4 miesiące oraz przyjąć, że będzie kończył każdy poszczególny etap w miarę możliwości szybko, bowiem za każdy ukończony etap otrzyma stosowne wynagrodzenie, celem zachowania płynności finansowej, zatem możliwe jest pozostawienie 4 miesięcy na odbiór przedmiotu zamówienia. Zresztą Odwołujący podał też, że dysponuje sporą rezerwą wskazaną w poz. 44.2.

Odnosząc się do szaf pomiaru Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazywał, że *przedstawiona jako dowód oferta nr DT/1726/20 firmy ZPrAE Sp. z o.o. w zakresie dostawy szaf pomiaru energii (pkt E). Dostawca szaf (firma ZPrAE)*

zaoferował cenę 601 800,00 zł netto, jednak w zbiorczym zestawieniu kosztów realizacji w poz. 16.6 Wykonawca wskazał koszt materiału o wartości 452 197,20 zł netto co stanowi niedoszacowanie ceny na poziomie 149 602,80 zł netto. Niemniej Odwołujący wyjaśnił, że przedłożona oferta obejmuje kompleksową dostawę szaf pomiarowych wraz z układami pomiarowymi, a więc pozycje 16.2-16.6 tabeli Zbiorcze zestawienie kosztów realizacji umowy.

Dalej, Zamawiający podnosił, że *porównując ceny przedstawione przez Wykonawcę w załączniku nr 1 można również zauważyć niedoszacowanie wartości niektórych pozycji w stosunku do tożsamyh pozycji w szacunkowej wartości zamówienia. Koszty te nie zostały poparte przez Wykonawcę dowodami. W tabeli 1 przedstawiamy niedoszacowane przez Wykonawcę pozycje.* Izba wskazuje, iż twierdzenia Zamawiającego o niedoszacowaniu kilku pozycji i braku załączenia dowodów w powyższym zakresie przy obowiązku przedłożenia przez Odwołującego zestawienia obejmującego kilkaset pozycji są gołosłowne. W zasadzie dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawia argumentację podając uzasadnienie faktyczne swojej decyzji, zatem Izba pominęła tę część argumentacji z odpowiedzi na odwołanie, bowiem nie została ona odzwierciedlona w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Następnie, Zamawiający twierdził, iż w dołączonym do kosztorysu zestawieniu materiałów, Odwołujący podał pozycje materiałowe z zerowymi cenami jednostkowymi, jak np. konstrukcje mocujące (poz.146), izolatory wsporcze (poz.136), liczniki zadziałań (poz.158), rura AL. Śr.120x6 mm (poz.223), przewód AFL (poz.215), słup kratowy stalowy (poz.239), zaciski (poz.282-290). Izba ustaliła, że w odniesieniu do ww. pozycji Odwołujący rzeczywiście podał ceny jednostkowe w wysokości 0 zł, niemniej Zamawiający nie zastrzegł, że każda pozycja winna być określona. Izba stoi na stanowisku, że wskazanie ceny zero złotych nie może być utożsamiane z niezaoferowaniem wykonania elementu przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie, uwzględniając charakter przewidzianego wynagrodzenia. Wykonawca może uznać, że oferując wynagrodzenie za cały przedmiot zamówienia, które uważa za oszacowane z należytą starannością, nie będzie domagał się wynagrodzenia za jeden lub więcej elementów zakresu robót, które składają się na ten przedmiot zamówienia, w szczególności gdy pozycje wyzerowane nie będą przedmiotem odrębnego fakturowania.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdził również *znaczne niedoszacowanie łącznego tonażu konstrukcji niskich i wysokich, zarówno w zakresie budowy rozdzielni 110 kV, jak i rozdzielni 220 kV, w stosunku do zakresu robót do wykonania wg SIWZ.* Izba wskazuje, że jeśli Zamawiający dysponował, a z odpowiedzi na odwołanie wynika, że tak, danymi dotyczącymi szacowanej masy konstrukcji wysokich pod przewody na podstawie projektu wykonawczego dla innej stacji, niebędącej przedmiotem niniejszego

zamówienia, to winien takie dane przekazać na odpowiednim etapie postępowania, a nie dopiero w piśmie procesowym składanym w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający podnosił także, że Odwołujący przyjął materiał niezgodny z SIWZ i projektem budowlanym, bowiem przewody wodociągowe należy wykonać z rur PE100, a nie PVC jak założył Odwołujący w kosztorysie. Przedstawione uzasadnienie nie dowodzi niezgodności, bowiem nie wskazano chociażby z którymi konkretnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej niezgodne jest wykonanie przewodów wodociągowych z rur PVC, jak to wskazał Odwołujący w kosztorysie (d.30.1 „Wykonanie przyłącza wodociągowego od istniejącej sieci wodociągowej w miejscowości Regulice do SE Nysa” oraz d.30.3 „Wykonanie sieci wodociągowej na terenie SE Nysa do zasilania budynku technologicznego i zbiorników wody ppoż.”). Izba nie może wychodzić poza podstawy faktyczne odrzucenia wyrażone przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, że zgodnie z Rozdziałem III pkt 7 SIWZ we wszystkich przypadkach, w których w SIWZ, w tym w standardach technicznych wskazano znak towarowy, patent lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, Zamawiający dopuszcza stosowanie materiałów (w tym urządzeń) równoważnych, tj. wszelkie wymienione z nazwy materiały i urządzenia użyte w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji służą określeniu standardu i mogą być zastąpione innymi materiałami.

Izba pominęła argumentację z odpowiedzi na odwołanie o zaniechaniu przez Odwołującego uwzględnienia kosztu robót ziemnych dla prac pn. „Wykonanie przyłącza wodociągowego od istniejącej sieci wodociągowej w miejscowości Regulice do SE Nysa” oraz zaniechaniu udokumentowania kosztów wykonania robót budowlanych w tym dla budynku technologicznego, stanowisk autotransformatorów, zbiorników wody ppoż. oraz instalacji wodno-kanalizacyjnych. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie okoliczności wyeksplikowanych przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty wykonawcy. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, prezentowanym w odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: