

Sygn. akt: KIO 1013/21

WYROK
z dnia 21 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **E&C Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ProtechniCon Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie,**

przy udziale wykonawcy **Trasal Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Trasal Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej i innej, uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowych oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 897 – Etap I Radoszyce-Cisna”*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 227-558316.

W dniu 1 kwietnia 2021 r. Konsorcjum: E&C Sp. z o.o., ProtechniCon Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec wyboru oferty wykonawcy Trasal Sp. z o.o., zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, a także wobec zaniechania wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trasal, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trasal, mimo że oferta zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Trasal do przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu, w zakresie zaoferowanej w ofercie przez Trasal ceny / kosztu za pełnienie nadzoru autorskiego w łącznej wysokości 0.04 gr brutto;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- 5) z ostrożności, w przypadku uznania pisma Trasal z 19 marca 2021 r. za wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Trasal wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że zawiera ona rażąco

niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, wykonawca zaś nie złożył wyjaśnień czyniących zadość wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia w całości oferty złożonej przez Trasal Sp. z o. o. oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a z ostrożności – wezwania wykonawcy Trasal do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu w zakresie zaoferowanej ceny za pełnienie nadzoru autorskiego.

Ad 1

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Trasal, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 15.2 Rozdziału I SIWZ Zamawiający przyznał cenie ofertowej wagę 45 % w ramach kryteriów oceny ofert, wyodrębiając w ramach tej ceny cenę brutto za pełnienie nadzoru autorskiego (suma cen jednostkowych) o wadze 5%, co powoduje, że cena za pełnienie nadzoru autorskiego stanowiła istotną dla wyniku postępowania część składową ceny, mającą znaczenie dla oceny ofert. Pełnienie nadzoru autorskiego stanowi integralną i obligatoryjną część przedmiotu zamówienia. W § 9 ust. 1.2 lit. h wzoru umowy przewidziano kary umowne z tytułu zwłoki w pełnieniu funkcji nadzoru autorskiego w wysokości 0,1 % całkowitego wynagrodzenia umownego brutto określonego w ofercie za nadzór autorski za każdy dzień zwłoki, licząc od terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. W rozdziale III SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia), w pkt 15 określono szerokie obowiązki wykonawcy w ramach pełnienia nadzoru autorskiego:

„Wykonawca zobowiązany jest do pełnienia nadzoru autorskiego na czas realizacji inwestycji (do momentu uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie inwestycji) oraz w okresie gwarancji i rękojmi w zakresie określonym w ustawie Prawo Budowlane, a ponadto do:

- a) Czuwania w toku realizacji robót budowlanych nad zgodnością rozwiązań technicznych, materiałowych i użytkowych z dokumentacją projektową
- b) Uzupełniania szczegółów dokumentacji projektowej c) Udziału w naradach technicznych
- d) Wyjaśniania przez projektanta rozwiązań technicznych zawartych w dokumentacji projektowej
- e) Wydawania przez projektanta opinii technicznych związanych z realizowaną inwestycją i opracowaną dokumentacją

f) Udzielania pisemnych wyjaśnień na pytania wykonawców składane podczas prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację inwestycji będącej przedmiotem projektu.

Przyjmuje się, że liczba pobytów Projektanta na budowie wynikać będzie z uzasadnionych potrzeb określonych każdorazowo przez Zamawiającego lub występującego w jego imieniu inspektora nadzoru, a w wyjątkowych sytuacjach kierownika budowy. Nadzór autorski sprawowany będzie podczas realizacji inwestycji będącej przedmiotem projektu (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy prawo budowlane). Zamawiający nie określa terminu realizacji inwestycji."

Ponadto zgodnie z SIWZ: „W cenie nadzoru autorskiego należy ująć zatwierdzenie przez Projektanta ewentualnych zmian w projekcie budowlanym."

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że Zamawiający wyraźnie określił tak obligatoryjność nadzoru autorskiego w ramach przedmiotu zamówienia, jak i szeroki zakres czynności podejmowanych w ramach tegoż nadzoru z uwzględnieniem także zatwierdzania (a zatem również analizy) zmian w projekcie budowlanym. Należyte wykonywanie wskazanego powyżej zakresu wymaga rzeczywistego zaangażowania wykwalifikowanych projektantów i w sposób oczywisty poświęcenia adekwatnego czasu pracy. Trasal tymczasem wycenił każdą czynność w ramach nadzoru autorskiego (w tym czynności zamiejscowe) na kwotę 0.01 PLN netto (1 grosza). Kwota ta jest w sposób oczywisty i rażąco zaniżona, gdyż w żadnym razie, dla żadnego rozsądnego odbiorcy, nie może pokrywać w żadnym stopniu nawet ułamka kosztów pełnienia nadzoru autorskiego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 17,00 zł. Zaoferowana przez Trasal kwota nie pokrywa zatem nawet 1 minuty sprawowania czynności nadzoru autorskiego w oparciu o obowiązującą w Polsce minimalną stawkę godzinową. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w pkt 12.5 Rozdziału I SIWZ wyraźnie zastrzegł, iż: „Cena podana w ofercie musi zawierać wszystkie zobowiązania wykonawcy w tym koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i musi uwzględniać wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty, itp., włącznie z podatkiem od towarów i usług (VAT). W przypadku zwolnienia z VAT należy z formularza oferty wykreślić słowa „wraz z podatkiem VAT %”. Zamawiający wymaga aby cena ofertowa obejmowała koszty związane z zatrudnieniem osób na umowę o pracę zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. W przypadku osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej należy uwzględnić wszystkie składki na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne i zaliczkę na podatek dochodowy. Zakłada się, że Wykonawca w cenie oferty

uwzględnił wszystkie informacje udostępnione przez Zamawiającego." Odwołujący wskazał, że pozostałe oferty zawierały cenę za pełnienie nadzoru autorskiego na istotnie wyższym poziomie.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp bez konieczności uprzedniego wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Trasał w sposób przemyślany i z pełną świadomością zaoferował pełnienie nadzoru autorskiego za cenę absurdalnie zaniżoną i oderwaną od jakiegokolwiek rzeczywistej kalkulacji kosztów właśnie w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom (w tym Odwołującym) dostępu rynku (czyli w tym przypadku do uzyskania zamówienia). Trasał wykorzystał sposób obliczania punktacji przewidzianej przez Zamawiającego i zaoferowanie przez niego ceny tak rażąco niskiej spowodowało z jednej strony przyznanie 5 pkt, a z drugiej pozbawienie jakichkolwiek punktów pozostałym wykonawców. W ocenie Odwołującego cena ta nie tylko w sposób oczywisty nie gwarantuje należytego wykonania nadzoru autorskiego, ale czyni także niemożliwą do naliczenia karę umowną przewidzianą przez Zamawiającego w § 9 ust. 1.2 lit. h umowy w wysokości 0,1 % całkowitego wynagrodzenia umownego brutto określonego w ofercie za nadzór autorski za każdy dzień zwłoki, licząc od terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. Trasał zatem dodatkowo wyeliminował jakąkolwiek karę umowną za zwłokę w sprawowaniu nadzoru autorskiego.

Ad 2 i 3

Zdaniem Odwołującego nie powinno budzić wątpliwości, że cena za pełnienie nadzoru autorskiego zaoferowane przez Trasał nie tylko „wydaje się” rażąco niska, ale jest obiektywnie i bezspornie rażąco niska, nie jest bowiem możliwe zaproponowanie niższej ceny.

Odwołujący ponownie podkreślił, że w świetle kryteriów oceny oferty cena za pełnienie nadzoru autorskiego stanowiła istotną dla wyniku postępowania część składową, a pełnienie nadzoru autorskiego stanowi integralną i obligatoryjną część przedmiotu zamówienia. Zamawiający wobec takiego ukształtowania zakresu zamówienia i sposobu punktowania ceny ofertowej, nawet bez potrzeby wzywania Trasał do złożenia wyjaśnień,

winien bezpośrednio zastosować normę art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż oferta ta m. in. jednoznacznie i obiektywnie narusza przepisy prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia i jest rażąco niska.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z wyliczeniami dla minimalnego wynagrodzenia przewidzianego w 2020 roku koszt samej pensji po stronie pracodawcy wynosi 3 132,48 zł miesięcznie. Odwołujący w załączniku do odwołania przedstawił zestawienie kosztów pracodawcy zgodnie z obowiązującymi stawkami dla ubezpieczeń. Podniósł, że zakładając nawet zatrudnienie pracowników za minimalne wynagrodzenie, średni koszt 1 h pracy pracownika (przy założeniu średnio 160 h przepracowanych w miesiącu) wynosi 19.6 zł. Natomiast minimalna stawka godzinowa wynosi 17.00 zł/h. Jasnym i bezspornym jest zatem to, że zaoferowana przez Trasal kwota za pełnienie nadzoru autorskiego nie pokrywa nawet minimalnego kosztu 1 minuty sprawowania czynności nadzoru autorskiego (a nawet nie zbliża się do jej pokrycia). Rzeczywisty czas czynności nadzoru autorskiego będzie oczywiście nieporównanie dłuższy w świetle wymagań Zamawiającego.

Na wypadek uznania, że Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Trasal bez skierowania formalnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył ten przepis poprzez zaniechania zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień do Trasal dotyczących ceny za pełnienie nadzoru autorskiego. Odwołujący wskazał, że nie było właściwe skierowanie przez Zamawiającego do Trasal wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad 4

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Ad 5

Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie nie było podstaw do kierowania do Trasal wezwań do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednak z ostrożności, na wypadek uznania pisma Trasal z 19 marca 2021 r. także za wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący zarzucił Zamawiającego nieprawidłową ocenę tych wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego twierdzenia Trasal w żaden sposób nie mogą uzasadniać określenie ceny za pełnienie nadzoru autorskiego w łącznej wysokości 0.04 PLN brutto.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Zgodnie z punktem 4.1. IDW przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej i innej, uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowych oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 897 – Etap I Radoszyce – Cisna”.

Zgodnie z punktem 15 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, *wykonawca zobowiązany jest do pełnienia nadzoru autorskiego na czas realizacji inwestycji (do momentu uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie inwestycji) oraz w okresie gwarancji i rękojmi w zakresie określonym w ustawie Prawo Budowlane, a ponadto do:*

- a) Czuwania w toku realizacji robót budowlanych nad zgodnością rozwiązań technicznych, materiałowych i użytkowych z dokumentacją projektową*
- b) Uzupelniania szczegółów dokumentacji projektowej*
- c) Udziału w naradach technicznych*
- d) Wyjaśniania przez projektanta rozwiązań technicznych zawartych w dokumentacji projektowej*
- e) Wydawania przez projektanta opinii technicznych związanych z realizowaną inwestycją i opracowaną dokumentacją*
- f) Udzielania pisemnych wyjaśnień na pytania wykonawców składane podczas prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację inwestycji będącej przedmiotem projektu*

Przyjmuje się, że liczba pobyków Projektanta na budowie wynikać będzie z uzasadnionych potrzeb określonych każdorazowo przez Zamawiającego lub występującego w jego imieniu inspektora nadzoru, a w wyjątkowych sytuacjach kierownika budowy.

Nadzór autorski sprawowany będzie podczas realizacji inwestycji będącej przedmiotem projektu (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy prawo budowlane). Zamawiający nie określa terminu realizacji inwestycji.

W cenie nadzoru autorskiego należy ująć zatwierdzenie przez Projektanta ewentualnych zmian w projekcie budowlanym.

W punkcie 15.2 IDW Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Cena – 45%

- cena brutto za wykonanie dokumentacji projektowej – 40% ,
 - cena brutto za pełnienie nadzoru autorskiego (suma cen jednostkowych) – 5%
- 2) Podział ceny ofertowej netto – 15%
 - 3) Doświadczenie projektanta – branża drogowa – 20%
 - 4) Doświadczenie projektanta – branża mostowa – 15%
 - 5) Długość okresu gwarancji i rękojmi za wady – 5 %

W odniesieniu do kryterium ceny brutto za pełnienie nadzoru autorskiego Zamawiający podał, że oferta z najniższą oferowaną ceną za pełnienie nadzoru autorskiego (suma cen jednostkowych) „C_{min}” otrzymuje: 5 pkt, każda inna oferta „C” otrzymuje ilość punktów wynikającą ze wzoru: $P2 = [C_{min} : C] \times 5$.

W punkcie 12 IDW Zamawiający wskazał m.in.

12.1 Wykonawca określi wartości dla wszystkich pozycji wymienionych we wzorze Tabeli Opracowań Projektowych – Rozdział III SIWZ. Zostaną one ustalone na okres ważności umowy i mogą one podlegać zmianom jeżeli wystąpią okoliczności o których mowa w SIWZ.

12.2. Wartość (cenę) całości przedmiotu zamówienia należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji Tabeli Opracowań Projektowych. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Do wyliczonej kwoty należy doliczyć obowiązujący podatek VAT.

12.5 Cena podana w ofercie musi zawierać wszystkie zobowiązania Wykonawcy w tym koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i musi uwzględniać wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty, itp., włącznie z podatkiem od towarów i usług (VAT). (...) Zamawiający wymaga aby cena ofertowa obejmowała koszty związane z zatrudnieniem osób na umowę o pracę zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ (...).

Zgodnie z § 3 aktu umowy:

1. Wynagrodzenie za przedmiot umowy regulowane będzie przelewem z rachunku Zamawiającego na rachunek Wykonawcy w terminie do 30 dni od daty wpłynięcia rachunku/faktury (lub rachunków/faktur w przypadku odbioru częściowego) zgodnie z następującymi zasadami:

1.1. Całkowite wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji zostało ustalone w wysokości PLN brutto wraz z podatkiem VAT.....% (słownie:) i płatne będzie na podstawie rachunku/faktury w roku

Podstawą wystawienia rachunku/faktury będzie podpisany protokół zdawczo – odbiorczy częściowy (dotyczy odbioru poszczególnych opracowań projektowych wyszczególnionych w TOP) lub ostateczny.

2. Strony za pełnienie nadzoru autorskiego określonego w § 2 ust 2 niniejszej umowy ustalają wynagrodzenie w wysokości PLN brutto wraz z podatkiem VAT.....% (słownie:) zgodnie z formularzem oferty.

1.2. Wynagrodzenie o którym mowa w pkt. 1.1. obejmuje wszystkie koszty wytworzenia utworu oraz wynagrodzenie z tytułu przejścia przez Zamawiającego autorskich praw majątkowych(zapłata honorarium z tego tytułu), uzyskania przez Zamawiającego praw zależnych i ograniczenia przez Zamawiającego autorskich praw osobistych, o których mowa w niniejszej umowie. Wykonawcy nie przysługuje żadne wynagrodzenie za korzystanie przez PZDW z przedmiotu zamówienia na jakimkolwiek polu eksploatacji.

Zgodnie z punktem 10.5 IDW do oferty należało załączyć Tabelę Opracowań Projektowych (rozdz. III SIWZ), z wyceną opracowań projektowych oraz prac z tym związanych, a także odrębnie – z wyceną dotyczącą nadzoru autorskiego, wg następującego wzoru:

PEŁNIENIE NADZORU AUTORSKIEGO			
Poz.	Wyszczególnienie	Jednostka	Cena ofertowa netto [zł]
1	Jednorazowe pełnienie nadzoru autorskiego w siedzibie Zamawiającego, wraz z zatwierdzeniem ewentualnych zmian	1 pobyt	
2	Jednorazowe pełnienie nadzoru autorskiego w siedzibie Wykonawcy, wraz z zatwierdzeniem ewentualnych zmian	1 pobyt	
3	Jednorazowe pełnienie nadzoru autorskiego zamiejscowo, wraz z zatwierdzeniem ewentualnych zmian	1 pobyt	
		SUMA NETTO:	
		PODATEK VAT:	
		SUMA BRUTTO:	

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

1. Konsorcjum: Roden Road Desing Polska Sp. z o.o., Roden Mérnöki Iroda Kft.:

Cena brutto:

- Wykonanie dokumentacji projektowej – 4 490 151,90 PLN
- Pełnienie nadzoru autorskiego – 2 829,00 PLN

2. Trasal Sp. z o.o.:

Cena brutto:

- Wykonanie dokumentacji projektowej – 4 383 720,00 PLN
- Pełnienie nadzoru autorskiego – 0,04 PLN

3. Konsorcjum: E&C Sp. z o.o., ProtechniCon Sp. z o.o. :

Cena brutto:

- Wykonanie dokumentacji projektowej – 4 390 485,00 PLN
- Pełnienie nadzoru autorskiego – 1783,50 PLN

4. Promost Consulting Sp. z o.o. Sp.k.:

Cena brutto:

- Wykonanie dokumentacji projektowej – 4 892 940,00 PLN
- Pełnienie nadzoru autorskiego – 836,40 PLN

5. INFRA PROJECT Sp. z o.o.:

Cena brutto:

- Wykonanie dokumentacji projektowej – 4 165 149,00 PLN
- Pełnienie nadzoru autorskiego – 1445,25 PLN

Wykonawca Trasal Sp. z o.o. wypełnił tabelę z wyceną nadzoru autorskiego w następujący sposób:

PEŁNIENIE NADZORU AUTORSKIEGO			
Poz.	Wyszczególnienie	Jednostka	Cena ofertowa netto [zł]
1	Jednorazowe pełnienie nadzoru autorskiego w siedzibie Zamawiającego, wraz z zatwierdzeniem ewentualnych zmian	1 pobyt	0,01
2	Jednorazowe pełnienie nadzoru autorskiego w siedzibie Wykonawcy, wraz z zatwierdzeniem ewentualnych zmian	1 pobyt	0,01
3	Jednorazowe pełnienie nadzoru autorskiego zamiejscowo, wraz z zatwierdzeniem ewentualnych zmian	1 pobyt	0,01
		SUMA NETTO:	0,03
		PODATEK VAT:	0,01
		SUMA BRUTTO:	0,04

Pismem Zamawiający z 16 marca 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Trasal – na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – do ustosunkowania się do pisma Odwołującego dotyczącego zaoferowanego przez Trasal ceny.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Trasal złożył następujące wyjaśnienia:

Wykonawca wskazuje, iż zarówno Cena Ofertowa, jak i poszczególne ceny jednostkowe stanowiące podstawę kalkulacji Wykonawcy są cenami wiarygodnymi, skalkulowanymi w oparciu o obowiązujące w firmie stawki i nakłady czasu pracy. Kalkulacja tych stawek wynika z wieloletniego doświadczenia naszej firmy przy sporządzaniu dokumentacji projektowych oraz pełnienia nadzoru autorskiego w odniesieniu do inwestycji o podobnym zakresie i stopniu złożoności. Zaproponowana przez nas Cena Ofertowa uwzględnia wszystkie czynności wymagane do prawidłowego i należytego wykonania Zamówienia oraz uwzględnia wszelkie czynniki ryzyka jakie doświadczony wykonawca winien przewidywać zarówno na podstawie SIWZ i OPZ ale także na podstawie znajomości obszaru, na którym realizowana jest inwestycja oraz specyfiki realizacji projektów budowlanych.

Wykonawca wskazuje, iż oszacowana przez niego Cena odpowiada obowiązującym przepisom prawa, w szczególności w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę (i minimalną stawkę godzinową).

Prawidłowość kalkulacji Ceny Ofertowej Wykonawcy i braku zaistnienia przesłanki jej rażącego zaniżenia potwierdza choćby fakt, iż zaoferowana Cena nie odbiega w znaczący sposób od cen wskazanych przez innych oferentów. Dodatkowo Cena zaoferowana przez Wykonawcę jest obecnie znacząco wyższa od wartości Zamówienia określonej przez Zamawiającego a ewentualne udzielenie Zamówienia jest uzależnione od zwiększenia przez Zamawiającego tej kwoty.

Odnosząc się do zarzutu zaniżenia kosztu należytej realizacji czynności nadzoru autorskiego wskazujemy, iż ta część Zamówienia przewidziana do ewentualnego wykonania została przez nas skalkulowana w poszczególnych pozycjach Tabeli Opracowań Projektowych, z uwzględnieniem, wynikającego z naszego doświadczenia, stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia konieczności wykonania tych czynności w toku realizacji inwestycji.

Wbrew twierdzeniom wykonawcy E&C Sp. z o. o. koszt pełnienia nadzoru autorskiego nie stanowi istotnej części składowej Zamówienia, biorąc pod uwagę okoliczność, iż czynności takie mogą być wykonywane w okresie realizacji Inwestycji jedynie sporadycznie, bądź przykładowo wyłącznie w formie konsultacji autora danej dokumentacji projektowej, bez konieczności osobistego pobytu projektanta na placu budowy.

Na marginesie tylko Wykonawca wskazuje, iż zgodnie z pkt 12 Rozdziału I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców - Opis sposobu obliczenia ceny i badanie rażąco niskiej ceny: „Wartość (cenę) całości przedmiotu zamówienia należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji Tabeli Opracowań Projektowych. Wykonawca określi wartości dla wszystkich pozycji

wymienionych we wzorze Tabeli Opracowań Projektowych – Rozdział III SIWZ. Zostaną one ustalone na okres ważności umowy i mogą one podlegać zmianom jeżeli wystąpią okoliczności o których mowa w SIWZ”.

Zgodnie zatem z SIWZ na wartość (cenę) całości przedmiotu zamówienia składają się wartości poszczególnych pozycji Tabeli Opracowań Projektowych: tj. mapa do celów projektowych, projekt koncepcyjny, opracowania środowiskowe, opracowania geotechniczne i geologiczne, opracowania wodnoprawne, projekt budowlany, dokumentacja formalno-prawna niezbędna do nabycia prawa własności, studium wykonalności, uzyskanie decyzji ZRID, materiały przetargowe, kosztorys inwestorski.

Sam Zamawiający zatem, dostrzegając iż czynności nadzoru autorskiego w ramach realizacji Zamówienia mogą w ogóle nie wystąpić lub wystąpić jedynie w marginalnym zakresie nie określił pozycji za sprawowanie nadzoru autorskiego jako pozycji tabeli opracowań projektowych, której wartość mogłaby wpływać istotnie na wartość (Cenę) całości przedmiotu zamówienia”. Zgodnie bowiem z Rozdziałem III SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający nie określił ani dokładnego terminu realizacji inwestycji (robót budowlanych) ani choćby minimalnej ilości czynności autorów dokumentacji projektowej (pobytów) w ramach pełnionego nadzoru autorskiego: „(...) Przyjmuje się, że liczba pobytów Projektanta na budowie wynikać będzie z uzasadnionych potrzeb określonych każdorazowo przez Zamawiającego lub występującego w jego imieniu inspektora nadzoru, a w wyjątkowych sytuacjach kierownika budowy. Zamawiający nie określa terminu realizacji inwestycji”.

Ponadto w pkt 15 Rozdziału III SIWZ Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany będzie do pełnienia nadzoru autorskiego na czas realizacji inwestycji w zakresie określonym w ustawie Prawo Budowlane, a ponadto do: czuwania w toku realizacji robót budowlanych nad zgodnością rozwiązań technicznych, materiałowych i użytkowych z dokumentacją projektową, uzupełniania szczegółów dokumentacji projektowej, wyjaśniania przez projektanta rozwiązań technicznych zawartych w dokumentacji projektowej, wydawania przez projektanta opinii technicznych związanych z realizowaną inwestycją i opracowaną dokumentacją, udzielania pisemnych wyjaśnień na pytania wykonawców składane podczas prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację inwestycji będącej przedmiotem projektu.

Wskazane powyżej czynności są ściśle powiązane z opracowywaną przez wykonawcę w ramach realizacji Zamówienia dokumentacją projektową – konieczność ich wykonania (oraz tym samym koszt wykonania) mogła zostać zatem przez Wykonawcę uwzględniona w kalkulacji kosztów wykonania dokumentacji projektowej. Szczególnie biorąc pod uwagę, iż

na tym etapie zarówno wystąpienie w ogóle konieczności wykonania czynności nadzoru autorskiego, jak również ilości i rodzaju tych czynności nie jest możliwe do przewidzenia.

Wskazując na powyższe uznać należy, że Wykonawca prawidłowo, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ skalkulował Cenę oferty oraz innych elementów stanowiących kryteria oceny ofert i gwarantuje za tą Cenę prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz w zakresie wynikającym z obowiązujących przepisów prawa.

Wykonawca z ostrożności wskazuje, iż nie został przez Zamawiającego wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 (wyjaśnienie rażąco niskiej ceny) ale w trybie art. 87 ust. 1 pzp (wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty) stąd też Wykonawca zastrzega sobie prawo do przedłożenia szczegółowych kalkulacji dotyczących Ceny oraz rozliczenia kosztów wykonania nadzoru autorskiego w przypadku wystosowania takiego wezwania przez Zamawiającego. Na tym etapie Wykonawca, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, odniósł się do ogólnych zarzutów sformułowanych przez wykonawcę E&C Sp. z o. o. w piśmie z dnia 15.03.2021r.

Oferta wykonawcy Trasal uzyskała 40 pkt w kryterium „Cena za opracowanie dokumentacji projektowej” oraz 5 pkt w kryterium „Cena za pełnienie nadzoru autorskiego”. Łącznie oferta ta we wszystkich kryteriach uzyskała 100 pkt.

Pozostałe oferty uzyskały 0 pkt w kryterium dotyczącym ceny za pełnienie nadzoru autorskiego.

Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Trasal jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 1 kwietnia 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa

ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Trasal Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, potwierdził się bowiem zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający jest więc zobowiązany badać, czy zaoferowane przez wykonawców warunki realizacji zamówienia nie mają cech któregoś z czynów nieuczciwej konkurencji, określonych ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dotyczy to w szczególności tych aspektów oferty, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny oferty, to bowiem w odniesieniu do tych elementów zachodzi największe ryzyko oferowania takich warunków, które mogą prowadzić do manipulowania przyznawaną punktacją i w konsekwencji wpływają na ranking ofert.

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby zaoferowanie przez Przystępującego ceny za pełnienie nadzoru autorskiego w łącznej wysokości 0,04 zł brutto, wyczerpuje znamiona czynów opisanych w przytoczonych wyżej przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że zaoferowana przez Przystępującego cena za pełnienie nadzoru autorskiego jest całkowicie oderwana od jakichkolwiek realiów, a jej wysokość rażąco odbiega od cen zaoferowanych w tym zakresie przez wszystkich pozostałych wykonawców. Poziom tej ceny jest tak niski, że jego ocena nie wymaga nawet analizy pod kątem realności, nie ma bowiem najmniejszych wątpliwości, że za tę cenę nie da

się sfinansować kosztów związanych z nadzorem nawet w znikomej części, zwłaszcza biorąc pod uwagę określone w SIWZ obowiązki związane z nadzorem autorskim oraz fakt, że *liczba pobyków Projektanta na budowie wynikać będzie z uzasadnionych potrzeb określonych każdorazowo przez Zamawiającego lub występującego w jego imieniu inspektora nadzoru, a w wyjątkowych sytuacjach kierownika budowy*. Jak słusznie wskazał Odwołujący, uwzględniając przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, zaoferowana przez Przystępującego kwota nie pokrywa nawet 1 minuty sprawowania czynności nadzoru autorskiego w oparciu o obowiązującą w Polsce minimalną stawkę godzinową.

Po drugie, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że wycena nadzoru autorskiego miała charakter nieistotny z punktu widzenia badania ofert. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący wskazywali w pismach procesowych, że nie wiadomo, czy i kiedy czynności związane z nadzorem autorskim będą wykonywane oraz że jest to element odrębny od ceny ofertowej za wykonanie zadania. Przedstawione w tym zakresie obszerne wywody należy uznać za bezprzedmiotowe, wobec faktu, że Zamawiający uczynił cenę za nadzór autorski jednym z kryteriów oceny ofert. Gdyby tak nie było, to można by się zastanawiać nad istotnością tego elementu. W rozpoznawanej sprawie jednak zdecydowanie jest to element istotny przez sam fakt, że stanowił kryterium oceny ofert. Skoro Zamawiający postanowił premiować oferty z niższymi cenami na nadzór autorski, to znaczy, że wycena tego elementu – wbrew temu, co Zamawiający twierdził w postępowaniu odwoławczym – miała dla niego znaczenie, trudno bowiem inaczej wytłumaczyć wprowadzenie takiego kryterium oceny ofert. Drugorzędne znaczenie ma przy tym waga tego kryterium, gdyż niezależnie od tego, czy wynosi ona 5% czy więcej, ocena w ramach tego kryterium mogła mieć wpływ i – jak pokazało niniejsze postępowanie – miała wpływ na ranking ofert i wybór najkorzystniejszej oferty. Rażąco zaniżenie przez Przystępującego ceny za nadzór autorski doprowadziło bowiem do przyznania jego ofercie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium i jednocześnie nieprzyznania żadnych punktów pozostałym wykonawcom. Biorąc pod uwagę różnice punktowe między poszczególnymi ofertami należy stwierdzić, że gdyby punktacja w ramach tego kryterium była inna, wpłynęłoby to na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zaoferowanie skrajnie nierealistycznej ceny za element oceniany w ramach kryteriów oceny ofert wyczerpuje znamiona czynów określonych w art. 3 ust. 1 oraz w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zasadne jest stwierdzenie, że Przystępujący w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami zaoferował sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia, a biorąc pod uwagę, że miało to znaczenie dla oceny ofert, można

stwierdzić, że było to działanie ukierunkowane na niezasadne uzyskanie dodatkowych punktów i zwiększenie swoich szans na uzyskanie zamówienia, kosztem innych wykonawców. Należy mieć na uwadze, że wykonawca oferujący taką cenę musiał mieć świadomość jej całkowitego oderwania od realiów, a skoro to zrobił, to oczywistym nasuwającym się wnioskiem jest, że zrobił to w celu uzyskania dodatkowych punktów. Takie działanie z pewnością nie wpisuje się w reguły dopuszczalnej gry rynkowej i konkutowania wykonawców między sobą.

Izba nie podziela stanowiska, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, będące odpowiedzią na wezwanie skierowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pozwalały uznać jego ofertę za prawidłową. W ocenie Izby jest wręcz przeciwnie – wykonawca przyznał w nich de facto, że wyodrębniona cena za nadzór autorski nie pokrywała kosztów tych usług, wskazał bowiem, że koszty nadzoru autorskiego ujął w poszczególnych pozycjach dotyczących opracowania dokumentacji projektowej. Nawet gdyby tak było (co nie zostało wykazane, w związku z czym nie wiadomo, czy rzeczywiście oferowane tam kwoty pokrywają również koszty nadzoru autorskiego), to stanowi to przyznanie, że wbrew wyraźnym wymaganiom SIWZ wykonawca nie wycenił w pełni nadzoru autorskiego odrębnie, jak tego wymagał Zamawiający. Tym niemniej ujęcie kosztów tego nadzoru w ramach ceny za wykonanie dokumentacji projektowej stanowi jedynie nieudowodnione twierdzenie wykonawcy, ustalony stan faktyczny sprawy potwierdza natomiast, że przedstawiając do oceny w ramach kryterium ceny za nadzór autorski kwoty skrajnie niskie i uzyskując w tym kryterium maksymalną liczbę punktów, Przystępujący doprowadził do wyboru swojej oferty jako najkorzystniejszej. Należy więc stwierdzić, że złożenie przez Przystępującego oferty z ceną za nadzór autorski w wysokości 0,04 zł brutto stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

Wobec uwzględnienia zarzutu najdalej idącego, Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, które – zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym do protokołu – zostały podniesione na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: