

Sygn. akt: KIO 1145/23

WYROK
z 16 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ELKOL Sp. z o. o. z siedzibą w Bytomiu, Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DOHWA ENGINEERING CO., LTD. z siedzibą z siedzibą w Seulu, KOREA NATIONAL RAILWAY (Koreańskie Koleje Państwowe) z siedzibą Daejeon,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ELKOL Sp. z o. o. z siedzibą w Bytomiu, Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla realizacji umowy wykonawczej w postępowaniu pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla Projektu pn. Budowa linii kolejowej na odc. Katowice – granica państwa – Ostrawa”. Ogłoszenie o zamówieniu na udzielenie umowy ramowej zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 października 2021 r. pod numerem 2021/S 193-503863.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. konsorcjum: Elkol Sp. z o.o., Mosty Katowice Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec czynności wyboru oferty Konsorcjum: zamówienie Dowha Engineering Co. Ltd., Korea National Railway i wobec zaniechania odrzucenia tej oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub koszty, a także jako zawierającej rażąco niską cenę i złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 10, art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i wniósł nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Konsorcjum Dohwa ze względu na to, że zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, zawiera rażąco niską cenę i koszt oraz jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Dohwa dla zadania opcjonalnego (Zadanie G) zaoferowało stawkę godzinową za pobyt w wysokości 62,15 zł, a także przyjęło, że średni czas pobytu to 6 godzin. Tym samym wynagrodzenie za pobyt wynosi 372,90 zł (62,15 zł x 6 godzin). Kwotę tę Konsorcjum Dohwa przemnożyło przez 2.100 pobytów otrzymując wynagrodzenie za Zadanie G w wysokości 783.090,00 zł. Oznacza to, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Dohwa za realizację Zadania G to cena za 2.100 pobytów. Tymczasem zadanie G, którego przedmiotem jest pełnienie nadzorów autorskich wraz ze wsparciem projektowym w toku realizacji robót budowlanych, nie składa się tylko z pobytów, co wyraźnie rozróżnia Zamawiający nakazujący wykonawców w celu porównywalności ofert wycenę 400 pobytów i 1.700 innych czynności. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Dohwa wyceniając 2.100 pobytów nie dokonało wyceny innych czynności, co stanowi błąd w obliczeniu ceny i skutkuje brakiem porównywalności tej oferty z ofertami innych wykonawców.

Odwołujący podniósł, że pobyty nie mogą być utożsamiane z nadzorami autorskimi i liczbą jednostek rozliczeniowych (2.100). Wskazał, że zgodnie z pkt. 4.2 OPZ – Zadanie G, w toku realizacji robót budowlanych, wykonawca zapewni nadzór autorski na czas

opracowywania przez wykonawcę robót budowlanych, projektów wykonawczych, a także trwania i odbioru robót budowlanych aż do zakończenia okresu rękojmi za wady i gwarancji. W tym samym punkcie (s. 36 OPZ) wskazano na zakres tego nadzoru autorskiego, z czego jednoznacznie wynika, że nie wszystkie czynności nadzoru autorskiego są pobytami i Zamawiający konsekwentnie dokonuje tego rozróżnienia. Co więcej, znacznie więcej czynności nie wymaga żadnego pobytu na budowie, ani też udziału w naradach czy też komisjach technicznych (np. czynności opisane w pkt. 2, 3, 5) albo też są takie czynności, które tylko w szczególnych sytuacjach wymagają takiego pobytu. Także oczywista dla każdego projektanta praktyka sprawowania nadzoru autorskiego pokazuje, że tylko pewna część (mniejsza) czynności związana jest z pobytem na budowie.

Odwołujący zaznaczył, że w ostatnim zdaniu pkt 4.2 OPZ dotyczącego zadania G, wskazywano: *Przewidywana liczba pobyków w ramach nadzoru autorskiego wynosi 400. Wskazana liczba pobyków na budowie ma charakter szacunkowy i służy przygotowaniu oferty umożliwiającej porównanie oferty.* Mimo zmian OPZ oraz mimo zmian RCO w zakresie zadania G fragment ten nie został przez Zamawiającego zmieniony, co potwierdza konsekwentne rozróżnienie całościowej liczby nadzorów autorskich (2100 jednostek rozliczeniowych) i zawartej w niej liczby pobyków (400). W konsekwencji składając oferty wykonawcy mieli za zadanie wycenić 2.100 nadzorów autorskich, w tym tylko 400 pobyków. Fakt dokonywania przez Zamawiającego tego rozróżnienia jednoznacznie potwierdza również odpowiedź na pytanie 106 do treści SWZ z 14 lutego 2023 r. To oznacza, że oprócz samych pobyków należało wycenić 1.700 innych niż pobyty czynności. Potwierdzenie tego rozróżnienia znajduje się również w OPZ, w którym Zamawiający rozróżnia termin na przybycie na miejsce wezwania oraz na dostarczenie rozwiązania zgłoszenia problemu, co podkreśla brak równoznaczności między pobytami a nadzorem autorskim. Jest to racjonalne, ponieważ pobyt wiąże się z innymi kosztami niż czynności nadzoru autorskiego, które nie wymagają dojazdów. Wreszcie w projekcie Umowy wykonawczej w odniesieniu do rozliczenia zadania G Zamawiający posługuje się nie pojęciem pobytu, a Jednostki Rozliczeniowej. Odwołujący powołał się na definicję jednostki rozliczeniowej zawartą na str. 14 umowy wykonawczej.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Dohwa błędnie postawiło znak równoznaczności między pobytami a nadzorami autorskimi i jednostkami rozliczeniowymi, co przełożyło się na brak wyceny jakichkolwiek innych czynności niż pobyty, a ponadto doprowadziło do braku porównywalności tej oferty z ofertami innych wykonawców złożonych zgodnie z treścią dokumentacji postępowania. W konsekwencji działanie Konsorcjum Dohwa stanowi błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, co powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny i kosztu

Odwołujący wskazał na dopuszczalność oceny poszczególnych składników ceny pod kątem ustalenia ceny rażąco niskiej i brak konieczności wykazywania, że wszystkie zsumowane elementy składowe ceny nie pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia i są niższe od kosztów całości realizacji zamówienia. Stwierdził, że dotyczy to w szczególności cenę za realizację opcji, stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert czy ceny stanowiącej odrębny przedmiot rozliczeń.

Odwołujący wskazał, że pismem z 7 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Dohwa, w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w związku z czym Konsorcjum miało obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym obowiązek wykazania, co składa się na zaoferowaną cenę. Dla obalenia domniemania rażąco niskie ceny konieczne jest złożenie wyjaśnień, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. W ocenie Odwołującego nie można uznać, że wyjaśnienia Konsorcjum Dohwa wykazały, że zaoferowana przez niego cena w zakresie prawa opcji nie była ceną rażąco niską.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Dohwa zaoferowało realizację zamówienia opcjonalnego za kwotę 1.070.223,00 zł brutto (w tym Zadanie G za 963.200,70 zł brutto). Tymczasem Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia opcjonalnego 5.038.080,00 zł brutto (z czego wynagrodzenie za zadanie G miało stanowić 90% wartości wynagrodzenia za zadania opcjonalne, a więc 4.534.272,00 zł brutto). Oznacza to, że wartość oferty za zamówienie opcjonalne Konsorcjum Dohwa wynosi zaledwie 21,23% wartości zamówienia. Odwołujący stwierdził, że ma świadomość, że niekiedy różnice w ofertach wobec budżetu są dość spore, jednak w tym przypadku różnica ta jest ogromna. Co więcej, analizując wszystkie złożone oferty należy uznać, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał niedoszacowania swojego „budżetu” przeznaczonego na realizację zamówienia. Wszystkie oferty w zakresie zamówienia podstawowego są wyższe od kwoty, którą CPK zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o minimum 100%. Również w zakresie prawa opcji średnia wartość wszystkich ofert (i to uwzględniając zaniżoną ofertę Konsorcjum Dohwa) jest wyższa od „budżetu” o 76%. Bez oferty Konsorcjum Dohwa ta średnia jest ponad 2 razy większa od budżetu.

Następnie Odwołujący podniósł, że zaoferowana przez Konsorcjum Dohwa cena za zamówienie opcjonalne jest całkowicie nieadekwatna do ofert złożonych przez innych wykonawców. Przedstawił zestawienie zaoferowanych cen, z którego wynika, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Dohwa bardzo znacznie odbiega od wszystkich innych ofert,

stanowi zaledwie 9,88% wysokości średniej wartości pozostałych ofert. Nawet wyłączając z tego najdroższą ofertę, to i tak powyższy wskaźnik jest na bardzo niskim poziomie (15,34%). Cena zaoferowana przez Konsorcjum Dohwa za zamówienie opcjonalne jest ponad trzy razy niższa niż druga najtańsza oferta.

Zdaniem Odwołującego, na tak wysoce konkurencyjnym rynku jak rynek projektowania praktycznie nieprawdopodobne są tak dalece idące różnice cenowe. Co istotne, z 12 ofert CPK wybrał celem zawarcia umowy ramowej, aż 11, wskazuje to na bardzo wysoki poziom konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ewentualne różnice do średniej na tak konkurencyjnym rynku mogą więc wynosić kilka, kilkanaście procent, nawet do 20%. Jednakże różnica ponad 90% jest całkowicie nieprawdopodobna.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający prowadził szereg postępowań o udzielenie zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej w ramach zawartej umowy ramowej i brak jest jakichkolwiek przesłanek, by ceny jednostkowe oferowane przez wykonawcę za analogiczny zakres czynności drastycznie się różniły. Tymczasem w trzech poprzednich przetargach jednostkowa cena netto oferowana przez Konsorcjum Dohwa za jeden nadzór autorski wyniosła średnio 2.417,98 zł. Z kolei w obecnym postępowaniu cena ta wynosi zaledwie 372,90 zł. Zaoferowana w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum Dohwa cena jednostkowa jest o blisko 6,5 razy niższa niż średnia cena, którą ten wykonawca oferował w analogicznych, poprzednich postępowaniach, realizowanych w ramach umowy ramowej.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie zadania G z istoty rzeczy są wadliwe, Konsorcjum Dohwa wyceniło bowiem tylko pobyty, nie uwzględniając w swojej wycenie zasadniczej części czynności nadzoru autorskiego. Pominięcie tak istotnej części zadania (aż 1.700 jednostek rozliczeniowych, względem 2.100 jednostek rozliczeniowych) całkowicie dyskwalifikuje te wyjaśnienia w tej części. Oczywiście jest, że wyjaśnienia muszą odnosić się do całości przedmiotu umowy, w tym całości czynności składających się na opcję i zadanie G. Wyjaśnienia pomijające istotny zakres czynności nie potwierdzają prawidłowości obliczenia ceny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że z niezwykle lakonicznych wyjaśnień Konsorcjum Dohwa wynika, że zaoferowało ono stawkę godzinową za pobyt w wysokości 62,15 zł, a także przyjęło, że średni czas pobytu to 6 godzin. Istotne jest, że Konsorcjum Dohwa w żaden sposób nie wykazało ani wyjaśniło, skąd takie założenia dla stawki godzinowej oraz dla średniego czasu pobytu. Wykonawca nie wskazał, co było podstawą przyjęcia takich założeń, brak w tym zakresie jakiegokolwiek kalkulacji. Poprzestał na niepopartym żadnymi wyjaśnieniami wskazaniu dwóch wartości. Jak wskazywano

powyżej stawka ta znacząco odbiega od założeń budżetowych Zamawiającego, ofert innych wykonawców czy nawet stawki, którą oferowało w tożsamych postępowaniach Konsorcjum Dohwa.

Odwołujący stwierdził, że zaoferowana stawka nie uwzględnia licznych kosztów, które wykonawcy muszą ponosić w trakcie realizacji zadania opcjonalnego. Są to m.in. takie koszty jak dojazdy, wynajem biura, obsługi biura czy tłumaczeń. Z przedłożonej Kalkulacji kosztów wynika, że wszelkie koszty zostały przez Konsorcjum Dohwa uwzględnione w ramach zadania podstawowego. Zdaniem Odwołującego, co najmniej część z tych kosztów (takie jak wynajem biura, administracja biura, tłumaczenia czy praca koordynatora projektu) powinna zostać proporcjonalnie uwzględniona w koszcie zamówień opcjonalnych, z uwzględnieniem stopnia zaawansowania prac. Nie jest bowiem tak, że tylko czynności z zadania podstawowego generują te koszty.

W ocenie Odwołującego także sama stawka godzinowa dla części dotyczącej opcji w Zadaniu G została istotnie zaniżona względem rzeczywistych kosztów pracy wykazanych w wyjaśnieniach. Przyjęte stawki godzinowe dla Zadań G i F2 wynoszą odpowiednio 62,15 zł i 100,00 zł. Tymczasem dla Zadania podstawowego przyjęto uśrednioną stawkę 145,40 zł. Choć Konsorcjum Dohwa w wyjaśnieniach nie wskazało, jak wyliczyło tę stawkę, to można się domyślać, że to uśredniona stawka pracowników polskich (wymienionych w tabeli 1) oraz dodatkowego koreańskiego personelu (wymienionego w tabeli 4). Odwołujący na potrzeby porównania przyjął jednak najkorzystniejszy sposób porównania stawek dla zamówienia podstawowego do stawek za opcję, a mianowicie bez uwzględniania droższych pracowników koreańskich. Odwołujący na potrzeby porównania przyjął dla zadania podstawowego uśrednioną stawkę dla polskiej kadry projektowej tj. 110 zł. Co jednak istotne, nadzór autorski z istoty rzeczy muszą wykonywać osoby o uprawnieniach projektowych (odpowiednich do przedmiotu nadzoru), a więc osoby o takich samych kwalifikacjach jak osoby sporządzające dokumentację projektową. W tym zatem przypadku powinny być przyjęte koszty ich pracy co najmniej takie same (a nawet powiększone o wzrosty cen) jak koszty pracy dla sporządzenia dokumentacji projektowej (czyli uśredniona stawka 110,00 zł). To samo dotyczy czynności z Zadania F2, które wykonywać będą osoby o takich samych uprawnieniach, jak w zadaniu podstawowych (co zresztą wprost wynika z tabeli dla Zadania F2 z kalkulacji Konsorcjum Dohwa). Co więcej, akurat dla Zadania F2 łatwo dokonać porównania osób je realizujących do tych z zamówienia podstawowego i tu zaniżenie stawki godzinowej wynosi 20 zł na 8 z 10 pozycji, 10 zł na 1 pozycji i 0,00 zł na 1 pozycji. Zdaniem Odwołującego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla zaoferowania tak znacząco niższej stawki (zaniżenie o ok. 43,5% stawki dla Zadania G i o ok. 15% niższa dla Zadania F2 względem stawki z zamówienia podstawowego), gdy obie te stawki są takimi samymi tj.

obejmującymi to samo, czyli koszty godziny pracy. Wskazuje na to osobne wyodrębnienie przez Konsorcjum Dohwa w Kalkulacji kosztów zadania podstawowego innych kosztów obok roboczogodzin – wynajęcia biura, wyposażenia biura, administracyjnych biura, biletów lotniczych, wadium, zakupów oprogramowania, tłumaczeń, księgowości, prawniczych. Z kolei dla zadania opcjonalnego Konsorcjum nie przewiduje tych kosztów, co oznacza, że podana stawka jest jedynie kosztem pracy. Skoro więc mamy dwie stawki obejmujące dokładnie to samo, dla tych samych pracowników, to nieuzasadniona jest tak drastyczna różnica między nimi. Uwzględniając powyższe różnice z Zadania G i Zadania F2 strata wynosi ponad 600.000 zł (598.500,00 zł na zadaniu G i 2.975 zł na zadaniu F2).

W ocenie Odwołującego, nawet gdyby jednak przyjąć dopuszczalność takiego rozróżnienia stawek dla podstawy i opcji, to przy możliwie najkorzystniejszych dla Konsorcjum Dohwa wyliczeniach to i tak przyporządkowana dla Zadania G stawka 62,15 zł jest stawką niższą niż wykazane „czyste” koszty pracy. Konsorcjum Dohwa przedłożyło wraz z wyjaśnieniami przykładowe umowy o pracę dla osób z uprawnieniami projektowymi. Uśredniając wysokość wynagrodzenia z tych umów (są one w przedziale od 6.500 zł do 10.000,00 zł brutto) średnie wynagrodzenie miesięczne wynosi 8.812,50 zł brutto. W związku z tym, że są to umowy o pracę wynagrodzenie miesięczne brutto musi być powiększone o koszty pracodawcy (a więc składek na ubezpieczenie społeczne płatnych przez pracodawcę). W związku z tym, że w roku kalendarzowym średnio przypada ok 115 dni wolnych od pracy (niedziele, święta oraz dodatkowy dzień wolny – najczęściej sobota) liczba dni pracujących w roku wynosi 250, przy czym uwzględniając minimalny ustawowy wymiar urlopu wypoczynkowego (26 dni) liczba ta ulega zmniejszeniu do 224 dni, co w przeliczeniu na miesiące daje średnio 18,66 dnia. Mnożąc to razy 8 godzin (dzienny wymiar czasu pracy) otrzymujemy 149,33 godziny pracy miesięcznie. Powyższe oznacza, że efektywny minimalny koszt godziny pracy dla uśrednionej stawki miesięcznego wynagrodzenia projektanta (uwzględniającego także koszty pracodawcy) tj. kwoty 10.617,30 zł wynosi 71,09 zł, tymczasem Konsorcjum Dohwa wykazała ten koszt dla Zadania G na poziomie 62,15 zł, a więc zaniżenie na godzinie pracy wynosi 8,94 zł. Odwołujący zaznaczył, że powyższe wyliczenie uwzględnia rzeczywisty koszt pracy osób zatrudnionych przez podwykonawcę (CE Project Group Sp. z o.o. Sp.k.), który świadcząc usługi za pośrednictwem tychże ludzi będzie musiał doliczyć swoje dodatkowe koszty, ryzyka i marżę na łącznym poziomie co najmniej 10%. W konsekwencji dla Konsorcjum Dohwa koszt ten musi być jeszcze zwiększony o 10%, a zatem w najkorzystniejszym możliwym scenariuszu wyniesie 78,19 zł. Zdaniem Odwołującego nie ma znaczenia to, że suma zaniżenia z ww. powodu nie jest wysoka, gdyż jaka by ona nie była powoduje stratę na zadaniu opcjonalnym. Zgodnie

bowiem z wyjaśnieniami dla Opcji nie brano pod uwagę żadnego zysku, na co wskazano w wyjaśnieniach.

Odwołujący podkreślił, że przedstawione przez niego obliczenia zostały dokonane w oparciu o dokumenty złożone przez Konsorcjum Dohwa, przy przyjęciu skrajnie najkorzystniejszych dla Konsorcjum Dohwa założeń, tj.:

- dla wyliczenia stawki godzinowej nie uwzględniono takich kosztów jak: i) koszty PPK, ii) koszty badań lekarskich, iii) koszty badań BHP, iv) koszty tzw. wynagrodzeń chorobowych, v) inne pozapłacowe koszty pracy (w tym takiej jak: koszty wyposażenia pracownika w podstawowe narzędzia pracy),
- nie uwzględniono wynagrodzeń pracowników koreańskich (jak wynika z wyjaśnień są one co najmniej dwukrotnie wyższe od pracowników polskich), dzięki czemu uśredniona stawka jest niższa.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że usługi nadzoru autorskiego świadczone będą w okresie 72 m-cy, ale nie wcześniej niż od 2025 r. co oznacza, że muszą uwzględniać wzrost wynagrodzeń w tak długim. Przez ostatnie 8 lat (lata 2014-2022) średni roczny (liczony rok do roku) wzrost wynagrodzeń wyniósł 6,37%. Przyjmując ten średni wzrost w ostatnich latach, wynagrodzenie w przeciągu najbliższych 8 lat (a więc do zakończenia realizacji prawa opcji) może wzrosnąć o ponad 50% ($8 \times 6,37\% = 50,96\%$), czego Konsorcjum Dohwa w żaden sposób nie uwzględnia. Mimo że wzrost wynagrodzeń zostanie częściowo zrekompensowany przez klauzulę waloryzacyjną, to jej maksymalny próg dla zadań nadzoru to 10 % (§1 ust. 10 umowy). Co więcej, jak wynika ze sposobu obliczania waloryzacji wynagrodzenia przedstawionym w §20 ust. 8 umowy, ryzyko wzrostu cen i kosztów rozkłada się po połowie między Zamawiającym a wykonawcą. Umowna waloryzacja wynagrodzenia nie pokrywa więc całego wzrostu cen i kosztów, a jedynie połowę.

Zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji

W zakresie czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący powołał się na te same okoliczności i argumentację, jak w odniesieniu do rażąco niskiej ceny, tj.:

- zaniżenie stawki roboczogodziny dla Zadań G i F2 względem adekwatnej stawki godzinowej podanej dla czynności z zamówienia podstawowego 62,15 zł i 100,00 zł względem 145,40 zł);
- brak wykazania zysków oraz wydatków dla wyceny Opcji.

Odwołujący podkreślił, że wycenie zamówienia opcjonalnego (zadanie G) Konsorcjum Dohwa dokonało jedynie kalkulacji bezpośrednich kosztów pracy i to w oczywiście niepełnej wysokości. Pozostałe koszty, niezbędne do realizacji zamówienia, nie

zostały uwzględnione przez wykonawcę w kalkulacji kosztów zamówienia opcjonalnego. Koszty te zostały przez wykonawcę przerzucone do kosztów zamówienia podstawowego.

Odwołujący podniósł, że takie przerzucanie kosztów jest nieuczciwe i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Istotą opcji jest to, że Zamawiający może z niej skorzystać, ale nie musi. Zamawiający stosuje prawo opcji, gdy na etapie przygotowania postępowania nie wie czy dane dostawy / usługi będą mu potrzebne czy może okazać się zbędne (gdyby to wiedział to nie robiłby opcji). Stosowanie prawa opcji sprowadza się więc do tego, aby zamawiający nie wydawał pieniędzy na dostawy / usługi, których nie wykorzysta i nie pokrywał w ramach zamówienia podstawowego takich kosztów, które są związane z kosztami opcji. Zatem sytuacja, gdy na skutek manipulacji cenowej, zamawiający zostaje zmuszony do zapłacenia za coś, czego możliwe, że nigdy nie otrzyma, bo nie będzie tego potrzebował jest nieuczciwa. Konsorcjum Dohwa tak ukształtowało ceny (poprzez przerzucenie kosztów), aby CPK zapłacił za część kosztów zamówienia opcjonalnego (np. koszty dojazdów, wydruków itp. itd.) w wynagrodzeniu za zamówienie podstawowe. W taki sposób Zamawiający może zostać poszkodowany płacąc za koszty realizacji zadania, które nie zostanie zrealizowane. Taka sytuacja nie ma żadnego uzasadnienia i prowadzi do nieuczciwego wzbogacenia wykonawcy kosztem Zamawiającego. Jest to sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi i naraża Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko postępowanie naruszające lub zagrażające interesowi konkurencji, ale także klienta (Zamawiającego), co wynika z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto nie jest konieczne faktyczne naruszenie tych interesów, ale już sam zagrożenia ich naruszenia.

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 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.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili: Konsorcjum MGPP S.A., Voessing Polska Sp. z o.o. (po stronie Odwołującego) oraz Konsorcjum: DOHWA Engineering CO., LTD., Korea National Railway (po stronie Zamawiającego). Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego DOHWA o odrzucenie odwołania z uwagi na przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu w wiadomości e-mail i po godzinach pracy Zamawiającego, podczas gdy zgodnie z SWZ komunikacja z Zamawiającym powinna odbywać się za pośrednictwem platformy elektronicznej. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. W rozpoznawanej sprawie nie ma wątpliwości, że kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w formie elektronicznej w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią, zatem wymóg wynikający z ww. przepisu został spełniony i nie wystąpiły podstawy odrzucenia odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rodz. III.I SWZ:

Z uwagi na uwarunkowania formalno-prawne, Zamawiający dokonał podziału Projektu na Zamówienie Podstawowe oraz Zamówienia Opcjonalne.

3. Przedmiot Zamówienia Wykonawczego w ramach Zamówienia Podstawowego swoim zakresem obejmuje:

3.1. Zadanie A1: Opracowanie koncepcji programowo-przestrzennej wraz z opracowaniem programu funkcjonalno-użytkowego; 3.2. Zadanie A2: Opracowanie materiałów niezbędnych do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach; raport oddziaływania na środowisko, ocena transgraniczna);

3.3. Zadanie A3: Opracowanie KIP oraz przygotowanie i złożenie wniosku o decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach;

3.4. Zadanie F1: Opracowanie materiałów na potrzeby przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych na wykonanie projektów wykonawczych i/lub robót budowlanych;

3.5. Zadanie A4: Uzyskanie ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wraz ze wsparciem w toku postępowania administracyjnego mającego na celu uzyskanie tej decyzji, w tym postępowania w sprawie transgranicznego oddziaływania na środowisko;

3.6. Zadanie B: Sporządzenie projektu budowlanego oraz przygotowanie wniosków o wydanie pozwolenia na budowę wraz z innymi opiniami, uzgodnieniami pozwoleniami wraz z uzyskaniem decyzji zezwalających na realizację robót budowlanych / wsparciem w toku postępowania administracyjnego;

3.7. Zadanie C: Opracowanie materiałów niezbędnych do uzyskania zgód wodnoprawnych wraz z uzyskaniem decyzji / wsparciem w toku postępowania administracyjnego;

3.8. Zadanie D: Opracowanie materiałów niezbędnych do uzyskania decyzji dokonujących lokalizacji inwestycji, podziału nieruchomości i pozyskania prawa do nieruchomości pod inwestycje wraz z uzyskaniem decyzji/wsparciem w toku postępowania administracyjnego;

3.9. Zadanie E: Opracowanie opinii na cele określenia wartości odszkodowań za pozyskanie praw do nieruchomości pod inwestycje.

W rozdz. III.II SWZ Zamawiający przewidział następujące zamówienia objęte prawem opcji:

1.1. Zadanie G: Pełnienie nadzorów autorskich (wraz ze wsparciem projektowym) w toku realizacji robót budowlanych wykonywanych w oparciu o dokumentacje projektowe sporządzone przez Wykonawcę;

1.2. Zadanie H: Opracowanie projektu Planu rezerwacji terenu dla Inwestycji Towarzyszącej w zakresie linii kolejowych.

1.3. Zadanie F2: Doradztwo na rzecz Zamawiającego w toku postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na wykonanie projektów wykonawczych i/lub robót budowlanych.

Zgodnie z rozdz. XVII SWZ jedynym kryterium oceny ofert była łączna cena ofertowa brutto (100%).

W punkcie 4.2.1 OPZ w odniesieniu do zadania G Zamawiający podał:

Wykonawca na żądanie Zamawiającego w trakcie realizowania w/w zadań inwestycyjnych będzie pełnił nadzór autorski zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz w zakresie:

1. stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z dokumentacją projektową, decyzją o pozwoleniu na budowę wraz z decyzjami zmieniającymi decyzję o pozwoleniu na budowę, zgłoszeniem wykonania robót, WTWiORB oraz zasadami wiedzy technicznej;

2. udzielania wyjaśnień uczestnikom procesu budowlanego odnośnie wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nich rozwiązań, WTWiORB i ewentualne uzupełnianie szczegółów dokumentacji projektowej, w tym sporządzania niezbędnych szkiców lub rysunków;

3. pisemnego opiniowania, w tym zatwierdzania, wnioskowanych rozwiązań zamiennych lub uzupełniających (w tym tzw. value engineering) odnośnie robót, materiałów, technologii

i konstrukcji przewidzianych w dokumentacji projektowej, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego w uzgodnieniu z Zamawiającym;

4. udziału w naradach i komisjach technicznych;

5. kwalifikacji i potwierdzania wprowadzonych zmian w projekcie budowlanym jako istotnych lub nieistotnych w trakcie realizacji robót oraz nanoszenia tych zmian w zatwierdzonym projekcie budowlanym;

6. opiniowania, czy wskutek prowadzenia robót powstało zagrożenie życia lub zdrowia ludzi lub zagrożenie powstania szkody w mieniu;

7. opiniowania, czy powstały przeszkody do prowadzenia robót budowlanych, w szczególności wywołane siłą wyższą.

8. opracowywanie dodatkowych opinii (nie będących wynikiem błędów projektowych) lub opracowywanie projektów zamiennych, które będą wynikiem zmian technologii czy materiałów w projekcie wykonawczym, a mających wpływ na projekt budowlany. (...)

Przewidywana liczba pobyków w ramach nadzoru autorskiego wynosi 400. Wskazana liczba pobyków na budowie ma charakter szacunkowy i służy przygotowaniu oferty umożliwiającej porównanie ofert.

W odpowiedzi na pytanie 106 do SWZ (Prosimy o określenie dokładnej liczby pobyków, gdyż w RCO wskazano w punkcie 3.1 tylko "72 mies.") Zamawiający poinformował, że dokładna liczba nadzorów autorskich w toku realizacji robót budowlanych wynosi 2.100 oraz że udostępni aktualną wersję RCO, stanowiącego Zał. nr 4 do SWZ-W. W RCO w poz. *Pełnienie nadzorów autorskich w toku realizacji robót budowlanych* wskazano liczbę 2.100.

W § 2 ust. 1 pkt 10 umowy wykonawczej Zamawiający podał następującą definicję Jednostki Rozliczeniowej:

Jednostka Rozliczeniowa – jeden nadzór autorski, rozumiany jako spełnienie wszelkich świadczeń Wykonawcy (niezależnie od liczby osób, przy pomocy których Wykonawca spełnia te świadczenia) niezbędnych do wykonania Zadania w zakresie określonym w pojedynczym wezwaniu Zamawiającego lub – o ile została podana dla danego Zadania w OPZ – inną jednostkę rozliczeniową.

Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto w wysokości 70 071 870,00 złotych, w tym: zamówienie podstawowe: 65 033 790,00 zł brutto; zamówienie opcjonalne: 5 038 080,00 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

Nr oferty	Wykonawcy	Cena oferty brutto [PLN]
1	Egis Poland Sp. z o. o. – Lider Egis Rail S.A. – Partner Jaf-Geotechnika sp. z o.o. – Partner	394.376.130,00
	Zamówienie Podstawowe	371.990.130,00
	Zamówienie Opcjonalne	22.386.000,00
2	DOHWA ENGINEERING CO., LTD. – Lider KOREA NATIONAL RAILWAY (Koreańskie Koleje Państwowe) - Partner	133.782.049,16
	Zamówienie Podstawowe	132.711.826,16
	Zamówienie Opcjonalne	1.070.223,00
3	MGGP S.A. – Lider Voessing Polska Sp. z o.o. – Partner	218.310.385,55
	Zamówienie Podstawowe	211.889.793,75
	Zamówienie Opcjonalne	6.420.591,80
4	ELKOL Sp. z o.o. – Lider MOSTY KATOWICE Sp. z o.o. – Partner	186.894.072,00
	Zamówienie Podstawowe	183.450.072,00
	Zamówienie Opcjonalne	3.444.000,00
5	BBF Sp. z o.o. - Lider IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. – Partner	198.645.000,00
	Zamówienie Podstawowe	187.575.000,00
	Zamówienie Opcjonalne	11.070.000,00

Pismem z 7 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum DOHWA – na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał w wezwaniu m.in.:

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnić wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać na jakiej podstawie Wykonawca zaoferował cenę na takim poziomie.

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

W przypadku braku dołączenia do wyjaśnień stosownych dowodów, np. z powodu ich nieposiadania, Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień w tym zakresie uprawdpodobniających okoliczność uniemożliwiającą ich złożenia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum DOHWA złożyło wyjaśnienia, w których w odniesieniu do zadań opcjonalnych przedstawiono następującą tabelę:

Lp.	Pozycja	Wyjaśnienie	Koszt (PLN)
1	Zadanie G (72 miesiące, 2100 pobyków)	Średni czas spędzony na budowie - 6 godzin	783 090,00
2	Zadanie H (60 dni)	Zaangażowany personel: 3 osoby	69 608,00
3	Zadanie F2 (6 miesięcy)	Zaangażowany personel: 10 osób	17 402,00
Suma (bez podatku VAT)			870 100,00

Ponadto w części opisowej wyjaśnień Przystępujący przedstawił następujące informacje dotyczące składników cenotwórczych w odniesieniu do zadań podstawowych i opcjonalnych:

Cena ofertowa dla zadań podstawowych składa się z czterech elementów: kosztów personelu, ofert podwykonawców, innych wydatków oraz zysku. Ceny poszczególnych elementów kształtują się następująco:

1) Wynagrodzenie personelu:

- a. *Personel zaangażowany do wykonania umowy to 62 osoby wymagane przez Zamawiającego, dodatkowy personel polski oraz dodatkowy personel koreański*

b. Suma nakładów pracy: 1507.97 roboczomiesiący, gdzie 1 miesiąc=8 godzin x 21 dni

c. Wynagrodzenie personelu: 36 826 354,32 PLN (bez podatku VAT)

2) Oferty podwykonawców:

a. Podwykonawcom powierzone zostaną następujące zadania: Geodezja (w tym podziały działek i wyceny nieruchomości) oraz Opracowania geotechniczne i geologiczne

b. Cena ofert podwykonawców: 51 108 500,00 PLN (bez podatku VAT)

3) Inne wydatki

a. Na inne wydatki składają się: wynajęcie biura oraz związane z tym koszty administracyjne, ubezpieczenie, zakup oprogramowania oraz koszty tłumaczeń

b. Szacowane koszty wydatków: 18 467 060,00 PLN (bez podatku VAT)

4) Zysk

a. Zakładany zysk ustalony został na poziomie 4,06%

b. Zysk: 1 493 879,31 PLN (bez podatku VAT)

Cena ofertowa dla zadań opcjonalnych G, H i F2 składa się z następujących elementów:

1) Zadanie opcjonalne G

a. W harmonogramie realizacji projektu dla Zadania G przewidziano okres 72 miesięcy oraz 2100 pobyków w ramach pełnienia nadzorów autorskich

b. Jako 1 pobyt przyjęto średnio 6 roboczogodzin

c. Wynagrodzenie: 783 090,00 PLN (bez podatku VAT)

2) Zadanie opcjonalne H

a. W harmonogramie realizacji projektu dla Zadania H przewidziano okres 60 dni oraz zaangażowanie personelu na poziomie 3 osób

b. Wynagrodzenie: 69 608,00 PLN (bez podatku VAT)

3) Zadanie opcjonalne F2

a. W harmonogramie realizacji projektu dla Zadania F2 okres 6 miesięcy oraz zaangażowanie personelu na poziomie 10 osób

b. Wynagrodzenie: 17 402,00 PLN (bez podatku VAT)

4) Wydatki i zysk

a. Dla zadań opcjonalnych nie brano pod uwagę zysku oraz wydatków

W kalkulacji kosztów, stanowiącej załącznik do części opisowej wyjaśnień, w odniesieniu do zadań opcjonalnych Przystępujący przedstawił następujące informacje:

PR7 - Koszty zadań opcjonalnych

1. Zadanie G (72 miesiące, 2100 pobyków)

Plan realizacji	Stawka godzinowa (PLN)	Wynagrodzenie za pobyt Wages per visit(PLN)	Ilość pobyków	Wynagrodzenie (PLN)
Średni czas pobytu na budowie - 6 godzin	62.15	372.9	2100	783,090.00
① Suma częściowa				783,090.00
Cena ofertowa				783,090.00

2. Zadanie H (60 dni)

Lp.	ID.	Personel zadania	Stawka godzinowa (PLN)	Stawka godzinowa (PLN)	Stawka godzinowa (PLN)
1	32	Rzeczoznawca majątkowy ds. Wyceny nieruchomości	100.0	60.00	48,000.00
2	-	Asystent 1	70.0	20.00	11,200.00
3	-	Asystent 2	70.0	20.00	11,200.00
② Suma częściowa					70,400.00
Cena ofertowa					69,608.00

3. Zadanie F2 (6 miesięcy)

Lp.	ID.	Personel zadania	Stawka godzinowa (PLN)	Stawka godzinowa (PLN)	Stawka godzinowa (PLN)
1	1	Koordinator projektu	100.00	17.50	1,750.00
2	4	Projektant branży geotechnicznej	100.00	17.50	1,750.00
3	5.1	Projektant branży mostowej	100.00	17.50	1,750.00
4	8	Architekt	100.00	17.50	1,750.00
5	9	Projektant branży sanitarnej 1	100.00	17.50	1,750.00
6	13.1	Projektant sieci trakcyjnej	100.00	17.50	1,750.00

7	14	Ekspert ds. sieci trakcyjnej 25kV na liniach dużych prędkości	100.00	17.50	1,750.00
8	17.1	Główny projektant oraz sprawdzający branży sterowania ruchem kolejowym	100.00	17.50	1,750.00
9	19.1	Projektant branży telekomunikacyjnej	100.00	17.50	1,750.00
10	21	Koordinator zespołu geologicznego	100.00	17.50	1,750.00
③ Suma częściowa					17,500.00
Cena ofertowa					17,402.00
Suma (Zadanie G+ Zadanie H+ Zadanie F2, bez podatku VAT)					870,100.00

Zgodnie z przedstawioną kalkulacją koszty inne niż osobowe oraz zysk zostały uwzględnione w wycenie zamówienia podstawowego:

5. Koszty						
Lp.	Pozycja cenotwórcza	Jednostka	Koszt jednostkowy	Ilość	Koszt	Uwagi
1	Koszty wynajęcia biura	Miesiąc	65,000.0	89.0	5,785,000.00	
2	Koszt wyposażenia biura	Razy	150,000.0	1.0	150,000.00	
3	Koszty administracyjne biura	Miesiąc	10,000.0	89.0	890,000.00	
4	Bilety lotnicze	Razy	8,000.0	88.0	704,000.00	
5	Wadium	Razy	2,675,640.0	1.0	2,675,640.00	2% ceny ofertowej
6	Koszty zakupu oprogramowania	Rok	830,300.0	7.0	5,812,100.00	Oprogramowanie BIM
7	Tłumaczenia	Miesiąc	12,500.0	89.0	1,112,500.00	
8	Inne koszty (Księgowość i firma prawnicza)	Razy	1,337,820.0	1.0	1,337,820.00	1% ceny ofertowej
Sumą częściowa					18,467,060.00	
6. Zysk (4.06% wynagrodzenia)					1,493,879.31	

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za prawidłowe i 14 kwietnia 2023 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum DOHWA jako najkorzystniejszej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że niezasadny jest wniosek Zamawiającego o oddalenie odwołania z uwagi na błędne oznaczenie wykonawcy, którego oferta jest przedmiotem zarzutu. Zamawiający podniósł w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie wobec czynności oceny oferty złożonej przez Dowha Engineering Co. Ltd. oraz Korea National Railway (zamiast Dohwa Engineering Co. Ltd.). Zamawiający stwierdził, że takie konsorcjum nie istnieje, a ponadto wykonawca Dowha Engineering Co. Ltd. według wiedzy Zamawiającego w ogóle nie istnieje na rynku. W ocenie Zamawiającego powinno to prowadzić do oddalenia odwołania. Zdaniem Izby wniosek ten jest oczywiście bezzasadny. Nie ulega żadnej wątpliwości, że błąd w nazwie wykonawcy ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej (DOWHA zamiast DOHWA), która to omyłka nie może mieć żadnego znaczenia dla oceny zasadności odwołania, a stanowisko przeciwne byłoby wynikiem skrajnego i niczym nieuzasadnionego formalizmu.

Zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Błędem uzasadniającym odrzucenie oferty na podstawie ww. przepisu jest błąd mający merytoryczne znaczenie dla prawidłowości zaoferowanej ceny, tj. powodujący, że cena została skalkulowana w sposób wadliwy. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie taka sytuacja nie zaistniała.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w świetle OPZ nie wszystkie nadzory autorskie są *pobytami* oraz że zadanie G obejmuje również czynności z zakresu nadzoru autorskiego niewymagające pobytu na budowie. Świadczy o tym jednoznacznie treść punktu 4.2.1 OPZ (zgodnie z którym przewidywana liczba pobytów w ramach nadzoru autorskiego wynosi 400) oraz załącznika nr 4 do SWZ (w którym w poz. *Pełnienie nadzorów autorskich w toku realizacji robót budowlanych* wskazano liczbę 2.100). Oznacza to, że wykonawcy zobowiązani byli wycenić 2.100 jednostek rozliczeniowych (nadzorów autorskich), z których – wg założeń Zamawiającego – 400 będzie wymagało pobytu na budowie. W związku z tym Przystępujący, posługując się w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny określeniem *pobyt* w odniesieniu do 2.100 jednostek, robi to błędnie. Niemniej błąd ten sprowadza się jedynie do nazewnictwa, a wniosek, że Przystępujący wycenił same pobyty, a nie wycenił nadzorów autorskich niewymagających pobytu na budowie, jest nieuprawniony. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że pomimo użycia w wyjaśnieniach ceny sformułowania *2100 pobytów*, w rzeczywistości Przystępujący odnosi się do wszelkich czynności, które są wymagane w ramach nadzoru autorskiego. Porównanie liczby przedstawionej w wyjaśnieniach ceny do liczby wskazanej w formularzu oferty świadczy o tym, że dotyczą

one wyceny pełnego zakresu nadzoru autorskiego i nie ograniczają się do pobytów na budowie. Inaczej należałoby ocenić sytuację, w której Przystępujący odniósłby wyjaśnienia do liczby mniejszej niż 2.100 – wówczas uprawniony byłoby wniosek o niewycenieniu pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Nie ma natomiast podstaw do zakładania, że wykonawca wycenił wielokrotnie więcej niż powinien pobytów na budowie, nie wyceniając 1.700 jednostek odnoszących się do czynności innych niż pobyt. Wyjaśnienia Konsorcjum DOHWA zawierają – zdaniem Izby – błąd sprowadzający się do użytej nomenklatury, a odrzucenie oferty z tego powodu byłoby działaniem nieproporcjonalnym oraz wyrazem nieuzasadnionego formalizmu.

Zauważyć przy tym należy, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że przedstawiona w wyjaśnieniach Konsorcjum DOHWA kalkulacja może ze swej istoty odnosić się tylko do pobytów i że kalkulacja ceny dla czynności innych niż pobyt powinna być merytorycznie inna. Należy mieć na uwadze, że w obu przypadkach podstawą wyceny jest praca wykonywana przez projektanta w określonym czasie. Odwołujący nie wykazał, że założenia dotyczące tej wyceny powinny być inne w stosunku do pobytów i inne w stosunków do czynności innych niż pobyt, w tym w szczególności – że czasochłonność realizacji zadań niewymagających pobytu jest większa, co skutkowałoby ponoszeniem wyższych kosztów. Zarzut odwołania jest wywodzony jedynie z użytego w wyjaśnieniach nazewnictwa, bez odniesienia do merytorycznych podstaw wyceny i z pominięciem tego, czy średni czas 6 godzin jest wystarczający również dla realizacji zadań innych niż te, które wymagałyby pobytu na budowie. W ocenie Izby, wykonywanie takich czynności, jak udział w naradach, opiniowanie czy udzielanie wyjaśnień, nie jest ze swej istoty bardziej czasochłonne, niż czynności wymagające pobytu na budowie, przeciwnie – w wielu przypadkach może to okazać się mniej czasochłonne.

Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia, że oferta Konsorcjum DOHWA zawiera błąd w obliczeniu ceny lub koszty, co uzasadniałoby jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczący rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji

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

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii rażąco niskiej ceny, na wstępie podkreślić należy, że przedmiotem zarzutu jest wyłącznie cena zaoferowana przez Konsorcjum DOHWA za zamówienie opcjonalne, Odwołujący nie sformułował natomiast zarzutów dotyczących ceny całkowitej. Co prawda w odwołaniu na marginesie Odwołujący wskazał, że także wycena zamówienia podstawowego obarczona jest licznymi błędami, jednak nie zdecydował się jej kwestionować. W tej sytuacji Odwołujący powinien wskazać wpływ wyceny opcji na całkowitą cenę oferty. O ile nie ulega wątpliwości, że cena za wykonanie zamówienia opcjonalnego mogła być przedmiotem wyjaśnień i badania, to jej wpływ na cenę całkowitą nie pozostaje bez znaczenia. Jeśli bowiem wycena określonego elementu zamówienia nie ma takiego znaczenia, że czyni całkowitą cenę ofertową nierealną, to trudno mówić o rażąco niskiej cenie. Znaczenie tego kwestionowanego elementu dla ceny ofertowej powinien wykazać Odwołujący, czego nie uczynił.

Zauważenia wymaga, że cena całkowita zaoferowana przez Przystępującego przekracza budżet Zamawiającego o ponad 90%. Jednocześnie różnice między cenami zaoferowanymi w tym postępowaniu są typowe dla tego typu zamówień, w których głównym czynnikiem kosztotwórczym jest praca intelektualna. Wyjątkiem w tym zakresie jest jedna oferta z ceną ponad 394 mln zł, która istotnie zawiążyła średnią arytmetyczną zaoferowanych cen.

Następnie wskazać należy, że o wystąpieniu rażąco niskiej ceny nie mogą świadczyć same w sobie różnice między zaoferowaną ceną a wartością szacowaną przez Zamawiającego oraz wartością pozostałych ofert. Okoliczności te mogą być argumentem potwierdzającym konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a w odniesieniu do oceny wyjaśnień mogą stanowić jedynie pomocniczą, uzupełniającą argumentację. Tymczasem Odwołujący czyni z tego odrębną podstawę faktyczną zarzutu, mającą świadczyć o rażąco niskiej cenie. Dodatkowo, nie sposób pomijać, że w zamówieniach tego rodzaju, z jakim mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, wycenie podlega przede wszystkim praca intelektualna, w przypadku której trudno o mierzalne kryteria pozwalające jednoznacznie określić jej wartość, stąd w tego typu zamówieniach różnice między oferowanymi cenami bywają większe niż w przypadku innych zamówień. Ponadto, w odniesieniu do wartości opcji oszacowanej przez Zamawiającego, czynienie z niej punktu odniesienia jest o tyle wątpliwe, że – jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy – stosuje on w przypadku takich zamówień praktykę polegającą na czysto arytmetycznym określeniu wartości opcji w wysokości 6,5% zamówienia podstawowego. Powstaje zatem pytanie, czy w tym konkretnym przypadku przyjęcie takiej wartości miało merytoryczne uzasadnienie.

Tym bardziej o rażąco niskiej cenie nie może świadczyć porównanie ceny zaoferowanej przez Przystępującego DOHWA za zadanie opcjonalne do cen oferowanych

w innych postępowaniach. Zauważenia wymaga, że wysokość ceny może być analizowana w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia i towarzyszących mu uwarunkowań oraz z uwzględnieniem okoliczności istniejących w dacie składania ofert. Porównanie takie nie może świadczyć ani o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny, ani o realności tej ceny. W związku z tym nieprzydatne do rozpoznania sprawy pozostają przedstawione w postępowaniu odwoławczym przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego DOHWA dowody w postaci zestawień i porównań cen oferowanych w innych postępowaniach czy wyciągów z dokumentacji innych postępowań. Nie tylko bowiem nie wykazano, że uwarunkowania towarzyszące obecnemu zamówieniu nie różnią się od istniejących w innych postępowaniach w taki sposób, który uzasadniałby zróżnicowanie cen, ale też nie wiadomo, z czego wynikała cena zaoferowana przez Konsorcjum DOHWA we wcześniejszych postępowaniach – różnice mogą wynikać chociażby z chęci maksymalizacji zysku, a następnie zmiany polityki cenowej wobec niepowodzenia we wcześniejszych postępowaniach.

Niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby złożone przez Konsorcjum DOHWA wyjaśnienia potwierdzały brak wyceny istotnej części czynności zamówienia opcjonalnego, tj. czynności nadzoru autorskiego innych niż pobyt na budowie. W tym zakresie w pełni aktualne pozostaje stanowisko Izby i argumentacja przedstawione w części uzasadnienia dotyczącej zarzutu błędu w obliczeniu ceny.

Dalej wskazać należy, że Odwołujący zarzuca ogólnikowość wyjaśnień, jednak równie ogólnikowe są twierdzenia Odwołującego w tym zakresie. Zarzucając, że nie wykazano, dlaczego średni czas pobytu wynosi 6 godzin, Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował, że jest to czas wystarczający i nie przedstawił w tym zakresie argumentacji.

Za niezasadny należy uznać zarzut, że przyjęte przez Konsorcjum DOHWA koszty wynagrodzeń (w ujęciu godzinowym) dla zadań opcjonalnych są niższe niż stawki godzinowe dla zadania podstawowego. W ocenie Izby błędne jest założenie, że są to stawki za tożsamy zakres zadań. Różnica w tym zakresie jest oczywista, biorąc pod uwagę, że najwyższe koszty generuje przygotowanie dokumentacji przedprojektowej i projektowej, czyli zamówienie podstawowe. Wykonanie tej dokumentacji wymaga istotnie większego nakładu pracy niż czynności będące przedmiotem zamówienia opcjonalnego, co potwierdza porównanie zakresu zadań w ramach projektowania (art. 20 ust. 2 pkt 1-3a ustawy Prawo budowlane) z zakresem obowiązków w ramach nadzoru autorskiego (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane). Należy przy tym mieć na uwadze, że czynności związane z nadzorem autorskim wiążą się z przygotowaną przez projektanta i znaną mu dokumentacją. W związku z tym – jakkolwiek Izba nie podziela optymistycznego stanowiska Przystępującego co do na tyle perfekcyjnego przygotowywania dokumentacji, że

konieczność zaangażowania w nadzór autorski będzie minimalna – nie sposób pomijać różnic w pracochłonności wynikających z różnego zakresu czynności do wykonania na etapie projektowania oraz na etapie nadzoru autorskiego. Argumentacja ta pozostaje aktualna również w odniesieniu do kosztów realizacji zadania F2, obejmującego doradztwo na rzecz Zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Z powyższych powodów brak jest również podstaw do twierdzenia, że zaoferowanie przez Konsorcjum DOHWA stawek dla zadań G i F2 niższych niż dla zamówienia podstawowego, świadczy o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do realności stawek zaoferowanych przez Konsorcjum DOHWA za jedną jednostkę rozliczeniową wskazać należy, że Zamawiający w SWZ nie zastrzegł wyłączności pracy personelu wykonawcy przy przedmiotowym zamówieniu, zatem koszty pracy ulegają rozłożeniu na różne kontrakty, w które zaangażowany może być personel wykonawcy. Nie jest więc zasadne odnoszenie 100% średnich kosztów pracowniczych wynikających z umów o pracę do kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji, wywodzone z tezy o braku wykazania przez Konsorcjum DOHWA w złożonych wyjaśnieniach zysku oraz wydatków dla wyceny opcji.

W odniesieniu do czynu nieuczciwej konkurencji podkreślenia wymaga, że ciężar wykazania zaistnienia konkretnego czynu spoczywał na Odwołującym, który – w ocenie Izby – nie wykazał, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego koszty, jakie będzie generować realizacja opcji zostały ujęte w cenie za zamówienie podstawowe, co powoduje, że Zamawiający bez względu na to czy skorzysta z opcji, czy z niej nie skorzysta, poniesie w istotnej części koszty jej realizacji. W ocenie Izby teza ta nie została udowodniona.

Co prawda ze złożonych przez Konsorcjum DOHWA wyjaśnień wynika, że w cenie opcji nie ujęto wydatków innych niż zaprezentowane w kalkulacji – co należy odnieść do kosztów ogólnych, w tym takich, jak wynajem biura czy inne o charakterze administracyjnym, to Przystępujący nie wskazał, aby koszty immanentnie związane z opcją zostały ujęte w cenie zamówienia podstawowego. Teza ta jest wynikiem domysłów czy interpretacji wyjaśnień dokonanej przez Odwołującego. Wskazane oświadczenie dotyczące wydatków i zysku nie świadczy automatycznie o rażąco niskiej cenie czy o przeliczeniu kosztów opcji do zamówienia podstawowego. Istotne bowiem jest, czy w przypadku realizacji zadań opcjonalnych takie koszty w ogóle wystąpią odrębnie od kosztów realizacji zamówienia podstawowego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że realizacja opcji nie wymaga

dysponowania osobnym biurem, a w konsekwencji ponoszenia kosztów związanych z jego wynajmem, organizacją, wyposażeniem czy obsługą. Czynności wymagane w zakresie świadczenia usługi nadzoru autorskiego są wykonywane m. in. na terenie budowy, zaś zakres zadań wymagany w OPZ do wykonania poza jej terenem, który w sposób generalny został określony przez Zamawiającego jako rozwiązanie zgłoszonego problemu, co może nastąpić chociażby w biurze, w którym personel wykonawcy normalnie wykonuje swoją pracę. Natomiast w przypadku zaistnienia konieczności wykonania zadań na terenie budowy, należy mieć na uwadze, że będzie tam funkcjonować biuro zorganizowane przez wykonawcę robót budowlanych, trudno więc zakładać, że zorganizowanie odrębnego biura i ponoszenie kosztów związanych z jego obsługą, będzie konieczne czy uzasadnione. Również w odniesieniu do pozostałych zadań opcjonalnych należy stwierdzić, że mogą być one realizowane równoległe z zamówieniem podstawowym lub wykonywane poza terenem budowy, bez organizowania odrębnego biura. Niezależnie od powyższego, zgodzić należy się z Zamawiającym, że skoro nie wiadomo, ile i jakie konkretne zlecenia wykonawca otrzyma w ramach opcji, a tym samym, czy i jakie otrzyma wynagrodzenie, to trudno wymagać, aby wskazał określony udział w kosztach utrzymania już posiadanego biura i jego obsługi. Z kolei co do kosztów dojazdu Odwołujący nie wykazał, aby stanowiły one na tyle istotny składnik kosztów, że rzutuje on na realność zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do kwestii nieujęcia zysku w kalkulacji dotyczącej opcji wskazać należy, że jeżeli w cenie całkowitej oferty zysk został uwzględniony i jest on realny, kwestionowanie ujęcia go w tej a nie innej pozycji kalkulacji stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w swobodę kalkulacji ceny. Skoro Zamawiający w SWZ nie określił wymagań w tym zakresie, to nie ma podstaw kwestionować miejsca ulokowania zysku i szacowania oferty według metody indywidualnie przyjętej przez wykonawców.

W związku z powyższym Izba uznała zarzuty dotyczące zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji za niezasadne.

W tej sytuacji na marginesie jedynie – odnosząc się do dowodów załączonych do pisma procesowego Konsorcjum DOHWA (sprawozdania finansowe, opis modelu biznesowego i współpracy z kontrahentami) – Izba wskazuje, że dowody mające potwierdzać realność zaoferowanej ceny powinny być przedstawione w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, a złożenie ich w postępowaniu odwoławczym jest spóźnione. Niezależnie jednak od powyższego, Izba nie dopatrzyła się podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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 Odwołującego.

Przewodniczący: