

Sygn. akt: KIO 6/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Aneta Mlącka
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2024 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **METROPROJEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Kosmatki 8, 03-982 Warszawa, **SUD ARCHITEKT POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Aleje Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **ELKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Arki Bożka 25, 41-902 Bytom, **Mosty Katowice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Rolna 12, 40-555 Katowice

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: METROPROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SUD ARCHITEKT POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i 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.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z/s w Warszawie na zamówienie wykonawcze w ramach zawartej 22 lipca 2022 r. umowy ramowej, na *Opracowanie dokumentacji projektowej dla Projektu nr P00100009 „Budowa węzła kolejowego CPK” w podziale na 3 części* (sygn. postępowania: 122/22/SM/PZP/863/UW/PR/8), wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia (Konsorcjum w składzie ELKOL Sp. z o.o., Mosty Katowice Sp. z o.o.), wniesione zostało w dniu 2.01.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Metroprojekt Sp. z o.o., Sud Architekt Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 6/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ELKOL i zaniechanie odrzucenia tej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie części 1 postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 postępowania oraz odrzucenia oferty Konsorcjum ELKOL.

Zamawiający w dniu 22.12.2023 r. zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania.

Niniejsze odwołanie wniesione zostało na czynność oceny i wyboru oferty Konsorcjum ELKOL, do jakich prowadziły czynności powtórzone w postępowaniu w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.12.2023 r., sygn. akt KIO 3166/23. Pierwszy etap oceny wyjaśnień Konsorcjum ELKOL w zakresie zaoferowanej ceny złożonych na wezwania kierowane przez Zamawiającego w pismach z 24.07.2023 r., oraz 18.08.2023 r., został zakwestionowany w odwołaniu tego samego wykonawcy, który obecnie korzysta z środka ochrony prawnej. Izba wyrokiem nakazała, w odniesieniu do oferty Konsorcjum ELKOL, wezwanie do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny obejmujących uwzględnienie w wyliczeniu ceny mechanizmu polecenia zmiany określonego w paragrafie 6a Umowy Wykonawczej, powiększającego wartość całkowitą oferty na zadania podstawowe o 10% zadań: B(R), C, D(R). Zamawiający skierował stosowne wezwanie w piśmie z 14.12.2023 r., a Konsorcjum ELKOL złożyło wyjaśnienia w piśmie z 20.12.2023 r.

W uzasadnieniu kwestionując wybór oferty Konsorcjum ELKOL Odwołujący odniósł się również do wcześniejszych wyjaśnień (Wyjaśnienia I) wskazując na ich gołostowność, gdyż

jedynym dowodem mającym uzasadniać cenę jest oferta Zakładu Usług Geologicznych Geotech Sp. z o.o. na wykonanie prac z branży geologicznej, których koszt stanowi ok 20% wartości ceny ofertowej. Wyjaśnienia I wskazują jedynie koszty zatrudnienia 5 projektantów/specjalistów branży SRK wymaganych jako personel minimalny. W ofercie wykonanie prac projektowych w branży SRK zostało przewidziane do powierzenia dwóm podwykonawcom. Odwołujący podkreślił znaczenie wykazania rzeczywistej wartości rynkowej wykonania usług SRK przez podmiot, który nie posiada własnych zasobów i tak jak wszyscy inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, będzie wykonywać ten zakres zamówienia przy pomocy wyspecjalizowanych podmiotów zewnętrznych. Z załączonej do Wyjaśnień I oferty Rail Engineering z dnia 16.06.2023 r. wynika rażąco niedoszacowanie w zakresie branży SRK, co dyskwalifikuje wyjaśnienia cenowe, jako skuteczny środek obalenia domniemania ceny rażąco niskiej.

Dalej Odwołujący wskazał na wyrok KIO z 29.09.2023 r., sygn. akt KIO 2342/23 i KIO 2353/23, którym Izba nakazała odrzucić ofertę Konsorcjum ELKOL w dwóch pozostałych częściach zamówienia z powodu braku dowodów załączonych do właściwie identycznych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do Wyjaśnień II złożonych w odpowiedzi na wezwanie z grudnia 2023 r. Odwołujący odniósł się do mechanizmu Polecenia Zmiany, stanowiącego element ceny ofertowej. Zgodnie z § 6a Umowy Wykonawczej prace zamiennie stanowią w istocie odrębne zamówienia lub zmiany umowy w sprawie zamówienia, których cena, przedmiot, termin realizacji oraz inne warunki będzie dopiero negocjowane i umawiane przez strony. Przy czym druga strona nie musi zgadzać się na Polecenie Zmiany – wydane przez Zamawiającego lub Propozycję Zmiany – sformułowaną przez Wykonawcę. Zadania B(R), C, D(R), stanowiące wszystkie zadania podstawowe rozliczane ryczałtowo były wyceniane odpowiednio w pozycjach 2R, 3, 4R formularza Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO). To wskazane w w/w pozycjach RCO kwoty stanowią oferowaną cenę za ich wykonanie. Do całkowitej ceny ofertowej doliczana jest rzeczona wartość 10% wartości w/w zadań z przeznaczeniem na pokrycie ewentualnych prac zamiennych (doliczenie automatycznie przy pomocy matematycznych formuł programu excel zastosowanych w pliku RCO). Wycena kosztów wykonania prac zamiennych analogiczna do wyceny wykonania zakresu prac objętego przedmiotem zamówienia jest niemożliwa, ponieważ ich przedmiot nie istnieje. Nie jest zatem możliwe, jak czyni to Konsorcjum ELKOL ujęcie i wykazanie kosztów wykonania prac zamiennych i ich wspólne prezentowanie z kosztami wykonania ściśle określonych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia II nie wyjaśniają w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wskazanych przez Zamawiającego wątpliwości, ale

wręcz potwierdzają, iż Konsorcjum ELKOL nie zdołało obalić domniemania ceny rażąco niskiej. Zamawiający wprost oczekiwał wyjaśnień, co do możliwości zrealizowania podstawowej części zamówienia za kwotę przypisaną zadaniom podstawowym w RCO, tj. za kwotę bez dodatkowych 10% przewidzianych za realizację prac zamiennych, tj. kwotę 74.691.270 zł netto. Konsorcjum ELKOL zarówno w Wyjaśnieniach I jak i Wyjaśnieniach II nie odniosło się do tej kwoty. Wykonawca powinien wskazać pomiędzy jakie pozycje kosztotwórcze i konkretnie w jakiej proporcji/wartości została według jego koncepcji rozdzielona pierwotnie niewyjaśniona kwota 6.910.111,71 zł stanowiąca „rezerwę” na prace zamienne.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie, ewentualnie oddalenie odwołania (pismo z 22.01.2024 r.).

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 Ustawy z uwagi na identyczny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ELKOL i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt, podniesiony w odwołaniu z 23.10.2023 r. (sygn. akt KIO 3166/23). Zdaniem Zamawiającego obecne odwołanie de facto nie dotyczy wyjaśnień uzupełniających tylko całości wyjaśnień, które były już przedmiotem oceny i rozstrzygnięcia Izby w wyroku z 13.12.2023 r. W sytuacji uznania, iż obecne odwołanie uwzględnia również nowe okoliczności, tj. ocenę wyjaśnień uzupełniających z 20.12.2023 r., w ocenie Zamawiającego odwołanie podlegać winno odrzuceniu na podstawie art. 228 pkt 5 Ustawy, gdyż wyjaśnienia uzupełniające zostały złożone wskutek zobowiązania wyrokiem Izby Zamawiającego do wezwania o ich złożenie, w zakresie zakreślonym w sentencji orzeczenia. W ocenie Zamawiającego intencją Izby nie było odrzucenie oferty Konsorcjum ELKOL tylko dopytanie w zakresie wskazanej wyceny. Odwołanie dotyczy w tej sytuacji czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

W odniesieniu do zarzutów Zamawiający wnosił, w przypadku poddania rozpoznaniu odwołania, o ich oddalenie. Porównując złożone oferty Zamawiający wskazał, iż o różnicy ceny Konsorcjum ELKOL do ceny Odwołującego, zdecydowało przyjęcie przez Odwołującego większej ilości personelu przewidzianego do realizacji zamówienia (pozycje obmiarowe zostały przez Konsorcjum ELKOL wycenione wyżej). Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia odpowiadały wymogom określonym w wezwaniach i zostały poparte dowodami. W sytuacji, kiedy dane przyjęte do kalkulacji są prawidłowe, a co za tym idzie zaoferowana cena jest realna, brak jest podstaw, aby wymagać od wykonawcy wykazywania tego typu okoliczności. Kwestionując ofertę Odwołujący powinien był przedstawić konkretne

okoliczności poparte dowodami, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W szczególności Odwołujący nie wykazał, że wykonanie przedmiotu zamówienia za pomocą mniejszej, niż określona przez Odwołującego ilość 300 osób, nie będzie możliwe. Konsorcjum ELKOL przyjęło do realizacji zespół projektowy składający się z ok 120 osób. Różnice w cenie wynikają nie ze stawek ale liczby osób założonych do realizacji zamówienia, jak również odmiennej koncepcji zaangażowania podwykonawców (Odwołujący w ok. 90-95%).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum ELKOL (Elkol Sp. z o.o./Mosty Katowice Sp. z o.o.). Przystępujący złożył dodatkowo pismo procesowe z 22.01.2024 r. zawierające stanowisko merytoryczne, a także wniosek o odrzucenie w części odwołania, ewentualnie pominięcie okoliczności, co do których Izba zajęła stanowisko w wyroku z 13.12.2023 r., sygn. akt KIO 3166/23. W ocenie Wykonawcy jedyną dopuszczalną na obecnym etapie czynności podstawą faktyczną jest kwestia objęta wyjaśnieniami złożonymi w grudniu 2023 r. – uwzględnienia w cenie mechanizmu polecenia zmiany, a kwestie opisane w pkt 14-29 odwołania nie powinny być rozpoznawane. Wykonawca odniósł się do wyjaśnień dotyczących uwzględnienia w cenie mechanizmu polecenia zmiany, który został uwzględniony w pozycjach rodzajowo odpowiadających tym, które mogą generować koszty polecenia zmiany w kalkulacji zasadniczej. Konsekwencją braku uruchomienia procedury polecenia zmiany będzie zmniejszenie zakresu i ilości prac przyjętych do obliczeń, a w konsekwencji odpowiedniemu zmniejszeniu ulegną koszty tych zadań. Takie ujęcie kosztów w ocenie Przystępującego było prawidłowe, a Zamawiający nie narzucał wykonawcom sposobu „ujawnienia” kalkulacji uwzględnienia mechanizmu polecenia zmian w kalkulacji swojej oferty.

Na podstawie akt sprawy odwoławczej o sygn. KIO 3166/23 ustalono następujące okoliczności istotne z punktu widzenia formułowanych wniosków o odrzucenie odwołania.

Wyrokiem z 13.12.2023 r., sygn. akt KIO 3166/23 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu, m.in. *„zażądanie od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELKOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu oraz Mosty Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny obejmujących uwzględnienie w wyliczeniu ceny mechanizmu polecenia zmiany określonego w paragrafie 6a Umowy Wykonawczej, powiększającego wartość całkowitą oferty na zadania podstawowe o 10% zadań: B(R), C, D(R)”,* Podstawą tego rozstrzygnięcia była ocena wyjaśnień Konsorcjum ELKOL złożonych w piśmie z 9.08.2023 r. (odpowieź na wezwanie z 24.07.2023 r.) oraz z

dnia 22.08.2023 r. (odpowiedź na wezwanie z 18.08.2023 r.). Izba uwzględniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz art. 224 ust. 5 i 6 ,Ustawy w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum ELKOL uznała, iż „Trafnie podniósł Odwołujący, iż w Wyjaśnieniach² nie odniesiono się do „faktu, iż cena ofertowa winna uwzględniać 10% wartość prac zamiennych zlecanych w ramach mechanizmu polecenia zmiany, o którym mowa w pkt 5 umowy wykonawczej”. W pozostałym zakresie Izba oceniła wywody Odwołującego za nietrafne, co odnosiło się do oceny Wyjaśnień² jako „lakoniczne i ogólnikowe”, „niewystarczające i ogólnikowe” (uzasadnienie wyroku str. 74-76).

Analiza wyroku wskazuje, iż jedynym uzasadnieniem dla uwzględnienia zarzutu wobec oferty Konsorcjum ELKOL było wskazanie na istniejące nadal wątpliwości, „*czy wyliczając cenę oferty Elkol uwzględnił mechanizm polecenia zmiany określony w paragrafie 6a Umowy Wykonawczej, powiększającego wartość całkowitą oferty na zadania podstawowe o 10% zadań: B(R), C, D(R), należało uznać, że przedwczesna jest ocena Zamawiającego, iż ze złożonych przez Elkol wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny wynika, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie uzasadniała ona jednak przyjęcia, iż Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia tej oferty. Zważywszy przy tym, że Izba nie była związana zawartym w Odwołaniu żądaniem co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania w zakresie zarzutu art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zakresie dotyczącym oferty Elkol, uznając zarzut ten za uzasadniony, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) Pzp Izba uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu, nakazując Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym zażądanie od Elkol wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny obejmujących uwzględnienie w wyliczeniu ceny mechanizmu polecenia zmiany określonego w § 6a umowy wykonawczej, stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia dla realizacji umowy wykonawczej w Postępowaniu, powiększającego wartość całkowitą oferty na zadania podstawowe o 10% zadań: B(R), C, D(R) - co ma służyć jednoznaczному wyjaśnieniu wątpliwości opisanych powyżej. Przedwczesne uznanie przez Zamawiającego, iż ze złożonych przez Elkol wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny wynika, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny mogło mieć wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta ta podlegałaby odrzuceniu w przypadku, jeżeli jej ceny nie została należycie wyliczona z uwzględnieniem ww. mechanizmu.”.*

Na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego ustalono następujące okoliczności w zakresie podstawy faktycznej zarzutów.

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty. Wszyscy wykonawcy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

Zgodnie z par. 1 ust. 5 Umowy Wykonawczej do Umowy Ramowej („Wynagrodzenie wykonawcy”), w ramach maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy, ustalanego na podstawie danych z oferty oraz wypełnionego załącznika nr 19 (*rozbitcie ceny ofertowej – do załączenia przy zawarciu umowy*), uwzględnione zostało wynagrodzenie za realizację poszczególnych zadań oraz wynagrodzenie za prace realizowane w ramach Polecenia Zmiany lub Propozycji Zmiany dla każdego z Zadań (oprócz zadania B(o), Zadania D(o), Zadania E, F, G, H, I, J1, J2 oraz J3), które nie przekroczy sumy 10% za dane Zadanie. Mechanizm Polecenia Zmiany i Propozycji Zmiany opisany został w par. 6a Umowy Wykonawczej. Zgodnie z ust. 5 *W przypadku, gdy Polecenie Zmiany lub Propozycja Zmiany skutkować będzie dodatkowym wynagrodzeniem Wykonawcy, obliczenie wysokości tego wynagrodzenia nastąpi z uwzględnieniem stawek wskazanych w Ofercie Wykonawczej, RCO lub w dokumencie o którym mowa w §20 ust. 8 pkt. 2 lit. b (z uwzględnieniem waloryzacji) lub stawek rynkowych, przyjętej metodyki pracy Wykonawcy oraz zaangażowania Personelu Wykonawczego. Każda ze Stron – po spełnieniu w odniesieniu do zakresu Umowy objętego Poleceniem Zmiany lub Propozycją Zmiany przesłanek waloryzacji opisanych w Umowie – może wnieść o uwzględnienie w Protokole Zmiany wysokości wynagrodzenia po waloryzacji (w takim przypadku nie będzie wymagane zawarcie dodatkowego – określonego w §20 ust. 8 pkt 4) Umowy - aneksu wprowadzającego waloryzację w tym zakresie).*

W RCO Zamawiający przedstawił pozycje dla zadań podstawowych (od A do E) oraz zadań objętych Prawem Opcji (od F do J), wyceniane przez wykonawców w załączniku do oferty, zawierającym rozbitcie ceny ofertowej (załącznik 4.1 do swz). W podsumowaniu pozycji Zamawiający wymagał podania wartości łącznej dla zadań podstawowych ryczałtowych i podstawowych obmiarowych, wartości łącznej dla zadań objętych prawem opcji ryczałtowe i obmiarowe oraz Wartość Maksymalną obejmującą wartość oferty na zadania podstawowe: ryczałtowe i obmiarowe oraz zadanie objęte prawem opcji: ryczałtowe i obmiarowe.

Konsorcjum ELKO składało w postępowaniu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w pismach z 9.08.2023 r. (na wezwanie z 24.07.2023 r.), piśmie z 22.08.2023 r. (na wezwanie z 18.08.2023 r.), w piśmie 20.12.2023 r. (na wezwanie z 14.12.2023 r.). W pierwszych wezwaniach Zamawiający nie pytał o kwestie uwzględnienia w cenie oferty mechanizmu polecenia zmiany.

Łączna cena netto oferty Konsorcjum ELKOL na zadanie podstawowe wynosi 74.691.270,00 zł netto. Z kolei wartość zadań B(R), C i D(R) wynosi odpowiednio 45.505.613,70 zł, 3.932.583,90 zł i 6.741.572,40. Suma 10% wartości tych zadań wynosi 5.617.977,00 zł. Dodanie tej kwoty do łącznej ceny netto za zadania podstawowe daje kwotę 80.309.247,00

zł netto wskazaną przez Przystępującego jako wartość całkowitą oferty na zadania podstawowe bez podatku VAT.

W dniu 14 grudnia 2023 r., działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy oraz w oparciu o orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 3166/23 z 13 grudnia 2023 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum ELKOL do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny:

Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, czy oferowana cena uwzględnienia w wyliczeniu ceny mechanizm polecenia zmiany określony w § 6a Umowy Wykonawczej, powiększający wartość całkowitą oferty na zadania podstawowe o 10% zadań B(r), C, D(r), w tym zwłaszcza, czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować podstawową część zamówienia i pokryć wszystkie niezbędne dla tej realizacji koszty, za kwotę przypisaną zadaniom podstawowym w formularzu RCO, tj. kwotę bez dodatkowych 10% przewidzianych za realizację prac zamiennych.

W dniu 20 grudnia 2023 r. Konsorcjum ELKOL potwierdziło, że:

- cena ofertowa uwzględnia 10% wartości prac zamiennych zlecanych w ramach mechanizmu Polecenia Zmiany, o którym mowa w § 6a pkt 5 Umowy Wykonawczej,*
- koszty realizacji zamówienia (wykazane w wyjaśnieniach z dnia 9.08.2023 r. oraz z dnia 22.08.2023 r.) zostały obliczone z uwzględnieniem realizacji prac zamiennych zlecanych w ramach Polecenia Zmiany,*
- brak realizacji prac zamiennych zlecanych w ramach Polecenia Zmiany spowoduje, że koszty wykazane w wyjaśnieniach z dnia 9.08.2023 r. oraz z dnia 22.08.2023 r. ulegną odpowiedniemu umniejszeniu (o nieponiesiony koszt realizacji tychże zmian),*
- wykonawca będzie zdolny do zrealizowania podstawowej części zamówienia i pokrycia wszystkich niezbędnych dla ich realizacji kosztów za kwotę przypisaną zadaniom podstawowym w formularzu RCO (tj. bez uzyskania dodatkowych 10% przewidzianych za realizację prac zamiennych).*

(...)

Wykonawca przygotowując wyjaśnienia z dnia 9.08.2023 r. oraz z dnia 22.08.2023 r. przyjął (zgodnie z § 6a ust. 17 oraz uwzględniając opis pod RCO) uznał, że Polecenia Zmian dotyczyć będą (w razie uruchomienia tej procedury) prac rodzajowo odpowiadających pozycjom opisanych w zadaniach B(R), C, D(R). W konsekwencji metodyka wyceny i ustalenia kosztów dla realizacji prac zamiennych wynikłych z Polecenia Zmian jest taka sama jak dla prac podstawowych, tym bardziej, że będą to prace wykonywane przez tę samą kadrę, która wykonuje zadania z zakresu podstawowego oraz zasadniczo w tym samym czasie.. Z tego powodu (i aby nie pozostawiać bez wyjaśnienia tego elementu ceny

ofertowej) wykonawca obliczając koszty realizacji prac z zakresu Zadań B(R), C, D(R) uwzględnił także te prace, które mogą być realizowane w trybie Polecenia Zmian (inaczej rzecz ujmując kalkulacja obejmuje prace z Zakresu zadań B(R), C, D(R) oraz tożsame z nimi rodzajowo prace zamiennie w maksymalnym ich zakresie). Tym samym w razie nieziszczenia się procedury Polecenia Zmian umniejszy się też zakres i ilość prac przyjęta do obliczeń w wyjaśnieniach z dnia 9.08.2023 r. i 22.08.2023 r., a w konsekwencji odpowiedniemu umniejszeniu ulegną też koszty (o koszty nierealizowanych Poleceń Zmian).

W tym miejscu wskazujemy, że koszty realizacji prac zamiennych zostały uwzględnione w kosztach właściwych dla prac odpowiadających zakresowi / rodzajowi Zadań B(R), C, D(R) (w tym przede wszystkim opisanych w pkt 1 a) - f) i w pewnym stopniu pkt 4 i 5 oraz 9 por. ss. 9-13 wyjaśnień z 9.08.2023 r.), a także zostały uwzględnione w poz. 4)-18) podsumowania na ss. 2 i 3 powyższych wyjaśnień. Z tego właśnie powodu wskazana w podsumowaniu kwota łączna blisko 83.852.598,77 zł netto jest zbieżna z wartością maksymalną wskazaną w RCO.

Odwołujący na rozprawie przedstawił własne szczegółowe informacje w zakresie sposobu kalkulacji kosztów przyjętych na potrzeby sporządzenia Oferty Wykonawczej na opracowanie dokumentacji projektowej dla Projektu nr P0010009 :Budowa Węzła Kolejowego CPK” w podziale na 3 części dla Części 1, nr postępowania 112/22/5M/PZP/863/UW/PR/B, zawierające dane przyjęte do wyceny oferty z podsumowaniem i wskazanie na całkowitą wartość oferty na zadania podstawowe: ryczałtowe i obmiarowe oraz zadania objęte prawem opcji: ryczałtowe i obmiarowe, wartość całkowitą oferty powiększoną o 10% zadań B(R), C, D(R) prac zleconych w ramach mechanizmu polecenia zmiany określonego w par. 6a Umowy Wykonawczej (16.146.897,42 zł) oraz wartość maksymalną oferty – 212.092.002,83 zł.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), dalej jako Ustawa.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ogłoszenie, swz, ofertę i wyjaśnienia Konsorcjum ELKOL, a także stanowiska i wyjaśnienia stron składane na rozprawie.

W zakresie wniosków o odrzucenie odwołania skład orzekający oddalił wnioski formułowane w pismach procesowych Zamawiającego i Przystępującego.

W ocenie składu orzekającego wniesione odwołanie dotyczy nowej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, co do której nie było wcześniej rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż na skutek wyroku Izby z 13.12.2023 r., sygn. akt KIO 3166/23 Zamawiający został zobowiązany do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty DOHWA), jak również skierowania do Konsorcjum ELKOL wezwania do wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny, co zostało precyzyjnie zakreślone w sentencji wyroku przez wskazanie na potrzebę wyjaśnień *w zakresie wyliczenia ceny obejmujących uwzględnienie w wyliczeniu ceny mechanizmu polecenia zmiany określonego w paragrafie 6a Umowy Wykonawczej, powiększającego wartość całkowitą oferty na zadania podstawowe o 10% zadań: B(R), C, D(R)*. Fakt sformułowania ponownie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ELKOL i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie części 1 postępowania, nie prowadzi *per se* do stwierdzenia, iż obecne odwołanie opiera się na tych samych okolicznościach faktycznych. Nie znajduje również uzasadnienia stwierdzenie, iż Izba swoim wyrokiem przesądziła o braku podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum ELKOL po przeprowadzeniu uzupełniającej procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający wywodził z braku uwzględnienia przez Izbę żądania odrzucenia oferty ELKOL, iż intencją Izby nie było odrzucenie oferty Konsorcjum ELKOL tylko dopytanie w zakresie wskazanej wyceny, a w tej sytuacji odwołanie dotyczyć ma czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Wniosek ten nie ma podstaw, gdyż przyjmując taką optykę należałoby stwierdzić, iż Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ELKOL. Takiego rozstrzygnięcia nie zawiera orzeczenie w sprawie KIO 3166/23, a przedmiotem obecnie rozpoznawanego odwołania jest powtórzona czynności oceny i wyboru oferty Konsorcjum ELKOL. Z uwagi na nowe czynności podjęte w postępowaniu po wyroku Izby, nie ma podstaw do odmowy wykonawcy prawa do skorzystania z drogi odwoławczej w ramach środka ochrony prawnej wniesionego na nową czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie była objęta wcześniejszym odwołaniem. Odrębną od formalnej oceny dopuszczalności odwołania jest ocena zasadności zarzutów, w tym ustalenie w jakim zakresie okoliczności, do których Izba odniosła się w wyroku z 13.12.2023 r. mogły ponownie prowadzić do sformułowania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ELKOL.

W świetle powyższego odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie należy podkreślić, iż ponowna ocena oferty Konsorcjum ELKOL związana była ze złożonymi w trybie dotyczącym rażąco niskiej ceny wyjaśnieniami, ograniczonymi treścią wezwania z 14.12.2023 r. do wyjaśnienia, *czy oferowana cena uwzględnienia w wyliczeniu ceny mechanizm polecenia zmiany określony w § 6a Umowy Wykonawczej, powiększający wartość całkowitą oferty na zadania podstawowe o 10% zadań B(r), C, D(r), w tym zwłaszcza, czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować podstawową część zamówienia i pokryć wszystkie niezbędne dla tej realizacji koszty, za kwotę przypisaną zadaniom podstawowym w formularzu RCO, tj. kwotę bez dodatkowych 10% przewidzianych za realizację prac zamiennych.*

Mając na uwadze fakt, iż ocena wyjaśnień składanych na wcześniejszym etapie czynności oceny ofert została poddana weryfikacji w trybie odwołania na czynność zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ELKOL, skład orzekający był zobowiązany oceniając obecne odwołanie, uwzględnić stanowisko Izby dotyczące okoliczności wcześniej podnoszonych wobec treści Wyjaśnień I. Ponieważ w dużej części zostały one ponownie przywołane w obecnym odwołaniu, skład orzekający uznał, iż dowody mające odniesienie do wyceny branży SRK, jak również ilości personelu, nie miały znaczenia z punktu widzenia podstawy faktycznej zarzutu odnoszącego się do uzupełniających wyjaśnień RNC. Odwołanie zasadniczo sprowadza się do wykazania, iż przedstawiony w wyjaśnieniach z 20.12.2023 r. mechanizm uwzględnienia w cenie kosztów realizacji prac zamiennych nie pozwalał na ustalenie w jakich pozycjach i w jakiej proporcji koszty te zostały zwiększone, co faktycznie czyniło niemożliwym podjęcie Odwołującemu polemiki. Odwołujący wskazywał przy tym, iż mechanizm uwzględnienia tych kosztów przyjęty w jego kalkulacji jak i wykonawcy DOHWA polegał na zwiększeniu całkowitej ceny o wartość 10%, którą narzucił Zamawiający w tym postępowaniu w sposób sztywny, nie budził wątpliwości, jako wydzielony z ceny za podstawowy przedmiot zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13.12.2023 r. uznała taki sposób wliczenia kosztów w cenie oferty za prawidłowy. Miało to stanowić właściwy sposób uwzględnienia w cenie oferty kosztów prac, co do których nie można obecnie określić ich zakresu i wartości. Nie było przy tym sporne, iż przewidziane Polecenie Zmiany odnosi się do przedmiotu, który nie musi wystąpić, co do którego nie ma na etapie składania oferty wykonawczej żadnych ram pozwalających na ustalenie zakresu rzeczowego. Zamawiający „na sztywno”, przewidział do wliczenia w cenie za przedmiot podstawowy 10% w ramach wynagrodzenia maksymalnego oferty, ujętego kwotą łączną w pozycji RCO w podsumowaniu i stanowiącą cenę oferty przeniesioną do formularza

ofertowego. Na podstawie wyjaśnień ustalono, iż w ofercie Konsorcjum ELKOL koszt ten stanowił odpowiednio kwotę 5.617.977 zł netto, co stanowi 6.910.111,71 zł brutto.

Mając na uwadze tak postawiony akcent uzasadnienia zarzutów należy na wstępie wskazać, iż w swz, jak również w wezwaniu do wyjaśnień z grudnia 2023 r. r. Zamawiający nie określił sposobu wliczenia mechanizmu Polecenia Zmiany, co ograniczone zostało w dokumentacji postępowania wyłącznie do określenia poziomu wliczanych do ceny oferty kosztów – 10 % ceny całkowitej oferty oraz zadań, których może ono dotyczyć. Wskazuje na to treść ofert wraz z rozbiem cenowym, w którym nie było odrębnej pozycji wydzielonej w ramach zadań lub w podsumowaniu ceny oferty. Dopiero na etapie składanych wyjaśnień co do założeń kalkulacyjnych, Konsorcjum ELKOL wskazało na sposób uwzględnienia tego mechanizmu w cenie ofertowej. Również Odwołujący dopiero w materiale uzupełniającym do oferty prezentował rozbiem ceny z uwzględnieniem kwoty powiększającej wartość całkowitą oferty o 10 % (16.146.897,42 zł), uwzględnioną w wartości maksymalnej oferty. Wyliczona w ten sposób przez Odwołującego kwota odniesiona została do wartości zadań: B(R), C, D(R) prac zleconych w ramach mechanizmu poleceni zmiany. Na tej podstawie skład orzekający przyjął, iż założenie, na jakim Odwołujący opierał tezę o niedopuszczalnym prezentowaniu tych kosztów w pozycjach zamówienia podstawowego, nie miało uzasadnienia w ustalony zasadach postępowania, jak również w treści wezwania z grudnia 2023 r.

W ocenie składu orzekającego nawiązanie do wcześniejszych wyjaśnień Konsorcjum ELKOL w sposób przedstawiony w odwołaniu, nie mogło uzasadniać tezy o niedostatecznej treści wyjaśnień ocenianych przez Odwołującego całościowo jako gołosłowne i niepoparte dowodami, a w konsekwencji prowadzące do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. To nie ocena wcześniejszych wyjaśnień RNC mogła obecnie prowadzić do odrzucenia oferty, gdyż w tym zakresie wiążące pozostaje rozstrzygnięcie Izby w wyroku w sprawie KIO 3166/23, w którym Izba nie uwzględniła żądania odrzucenia oferty Konsorcjum ELKOL. Wyłącznie okoliczności wskazane w wezwaniu przez Zamawiającego, które zostały nakazane sentencją tego orzeczenia, wyznaczały zakres ponownej oceny, która ostatecznie doprowadziła do wyboru oferty Konsorcjum ELKOL. Odwołujący wniesionym odwołaniem nie mógł skutecznie rozszerzyć podstawy faktycznej zarzutu na okoliczności, co do których Izba wypowiedziała się w wyroku, a które nie miały odniesienia do mechanizmu wyceny Polecenia Zmiany lub nie zostało to w sposób dostateczny wykazane.

Dokonując takiego rozstrzygnięcia nie można tracić z pola widzenia, iż Zamawiający oczekiwał od wykonawcy wyłącznie wskazania, *czy oferowana cena uwzględnienia w wyliczeniu ceny mechanizm polecenia zmiany określony w § 6a Umowy Wykonawczej, powiększający wartość całkowitą oferty na zadania podstawowe o 10% zadań B(r), C, D(r), w tym zwłaszcza, czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować podstawową część*

zamówienia i pokryć wszystkie niezbędne dla tej realizacji koszty, za kwotę przypisaną zadaniom podstawowym w formularzu RCO, tj. kwotę bez dodatkowych 10% przewidzianych za realizację prac zamiennych.

W oparciu o tak określony zakres wyjaśnień należało zweryfikować cenę oferty, a zatem ocenić, czy wyjaśnienia przedstawione w piśmie z 20.12.2023 r. pozwalały na pozytywną weryfikację kalkulacji ceny ofertowej. Odwołanie w zakresie związanym z wcześniejszymi wyjaśnieniami powiela wyłącznie argumentację prezentowaną w pierwszym odwołaniu, co do której Izba wyrokiem uznała, iż nie uzasadniało to odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę. Tym samym należało odnieść się do okoliczności podniesionych w wyjaśnieniach z 20.12.2023 r., jako mogących nadawać odmienną ocenę wcześniejszym wyjaśnieniom. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego wniosku, który pozwalałby na podważenie oceny prezentowanej w pierwszym wyroku, w szczególności nie odniósł się do zasadniczej okoliczności, która miała znaczenie z punktu widzenia mechanizmu Polecenia Zmiany, który został w wyjaśnieniach Konsorcjum ELKOL powiązany z pozycjami generującymi koszty osobowe, tj. pracy projektantów i innych specjalistów. Powielane argumenty co do kadry, udziału podwykonawców, dowodów załączonych do pierwszych wyjaśnień, nie mogły przesądzać o wadliwości oceny wyjaśnień w kontekście możliwości realizacji zadań podstawowych za kwotę pomniejszoną o wartość 10% przewidzianych na realizację prac zamiennych. Jak wskazał bowiem Odwołujący nie jest możliwe na obecnym etapie postępowania przedstawienie konkretnych wyliczeń, w sytuacji gdy zakres zmian nie jest w żaden sposób zakreślony w dokumentacji postępowania. Faktycznie ocena wyjaśnień w tym zakresie sprowadzona mogła być wyłącznie do ustalenia, czy zamówienie podstawowe może być zrealizowane za cenę oferty pomniejszoną o kwotę 6.910.111,17 zł. Tymczasem odwołanie w zasadzie zmierzało do podważenia sposobu uwzględnienia kosztów mechanizmu Polecenia Zmiany w wyjaśnieniach, a nie wykazania, iż cena oferty uniemożliwia wykonanie zamówienia podstawowego. Niezależnie od przyczyn takiego sformułowania zarzutu i jego uzasadnienia, skład orzekający nie miał faktycznie podstaw do uwzględnienia żądania nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum ELKOL wyłącznie na tej podstawie, iż Odwołujący przyjął inną metodologię uwzględnienia mechanizmu polecenia zmiany. Nie było bowiem żadnych wątpliwości, iż koszty tego mechanizmu zostały uwzględnione w cenie oferty Konsorcjum ELKOL w wysokości narzuconej z góry wykonawcom, co również przyznawał sam Odwołujący.

Wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczności decydujące faktycznie o różnicy zaoferowanych cen prowadzą do wniosku, iż to nie sam mechanizm Polecenia Zmiany uwzględniony w kosztach ofert decydował o różnicach w cenie ofert.

Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do istotnej z punktu widzenia oceny wyjaśnień okoliczności, iż to ilość personelu założono w poszczególnych ofertach miała faktyczne przełożenie na cenę przedmiotu podstawowego. Tym samym, nie mogło stanowić podstawy dla uwzględnienia żądania odrzucenia oferty ustalenie, czy Konsorcjum ELKOL mogło przyjąć odmienny sposób uwzględnienia kosztów mechanizmu, do czego odniosło się w wyjaśnieniach z 20.12.2023 r. Bez znaczenia dla oceny czy oferta zawiera cenę rażąco niską byłby wyliczenia szczegółowe, jakich oczekiwał Odwołujący, gdyż prezentowałyby wyłącznie dane hipotetyczne, co do których nie ma żadnych odniesień w dokumentacji pozwalających na ich weryfikację. Również podana przez Odwołującego w materiale dotyczącym kalkulacji kosztów jego oferty kwota, mająca stanowić 10 wartości zadań nie jest możliwa do zweryfikowania inaczej, niż przez ustalenie prawidłowości działania matematycznego.

Nadal istotnym dla ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę byłoby odniesienie się do kosztów zamówienia podstawowego, co Odwołujący już prezentował w pierwszym odwołaniu i zostało to przez Izbę oddalone. Powielenie tych samych wniosków jakie prezentowane były w pierwszym odwołaniu nie prowadziło do nadania odmiennego znaczenia wyjaśnieniom w zakresie rażąco niskiej ceny. W szczególności, nie było uzasadnione wywodzenie z Wyjaśnień I twierdzeń w zakresie odnoszącym się do mechanizmu Polecenia Zmiany, którego dotyczyły wyłącznie wyjaśnienia z grudnia 2023 r.

W wyjaśnieniach z 20.12.2023 r. Konsorcjum ELKOL odniosło się do udzielonych wcześniej wyjaśnień wskazując, iż przyjęte zostało, że polecenia zmian dotyczyć będą (w razie uruchomienia tej procedury) prac rodzajowo odpowiadających pozycjom opisanym w zadaniach B(R), C oraz D(R) – co również przyjął sam Odwołujący. Wynika to z tego, że mechanizm polecenia zmian będzie zwiększać wartość tych zadań. Uzasadnionym zatem było przyjęcie metodyki wyceny i ustalenia kosztów dla realizacji prac zamiennych wynikłych z polecenia zmian w taki sam sposób jak dla prac podstawowych. Tym bardziej, że będą to prace wykonywane przez tę samą kadrę, która wykonuje zadania z zakresu podstawowego oraz zasadniczo w tym samym czasie. Natomiast w przypadku nieuruchomienia procedury polecenia zmian zmniejszeniu ulegnie zakres i ilość prac przyjęta do obliczeń w Wyjaśnieniach nr 1, a w konsekwencji odpowiedniemu zmniejszeniu ulegną koszty tych zadań. Nie można również pominąć braku odniesienia się przez Odwołującego do podziału zamówienia podstawowego na zadania obmiarowe i ryczałtowe, co istotnie wpływać mogło na ocenę kosztów, w tym wpływ wliczonego w cenę zadań mechanizmu Polecenia Zmiany. Odwołujący prezentując własne założenia kalkulacyjne również ograniczył się do wskazania poziomu kosztów wyliczonego jako 10% z zadań podstawowych, co nie prezentowało żadnych analiz i założeń związanych z zaangażowaniem pracowników. Ponadto, dla oceny wyjaśnień jako niedostatecznych – którą to tezę postawił Odwołujący, należałoby odnieść się

również do zasad ustalania wynagrodzenia za objęte tym mechanizmem. Zgodnie z ust. 5 *W przypadku, gdy Polecenie Zmiany lub Propozycja Zmiany skutkować będzie dodatkowym wynagrodzeniem Wykonawcy, obliczenie wysokości tego wynagrodzenia nastąpi z uwzględnieniem stawek wskazanych w Ofercie Wykonawczej, RCO lub w dokumencie o którym mowa w §20 ust. 8 pkt. 2 lit. b (z uwzględnieniem waloryzacji) lub stawek rynkowych, przyjętej metodyki pracy Wykonawcy oraz zaangażowania Personelu Wykonawczego. Każda ze Stron – po spełnieniu w odniesieniu do zakresu Umowy objętego Poleceniem Zmiany lub Propozycją Zmiany przesłanek waloryzacji opisanych w Umowie – może wnieść o uwzględnienie w Protokole Zmiany wysokości wynagrodzenia po waloryzacji (w takim przypadku nie będzie wymagane zawarcie dodatkowego – określonego w §20 ust. 8 pkt 4) Umowy - aneksu wprowadzającego waloryzację w tym zakresie).*

Podsumowując, Odwołujący nie wykazał istnienia podstawy do uznania, iż taki sposób wliczenia kosztów w cenie oferty prowadzić mógł do stwierdzenia, iż nie jest możliwe wykonanie zamówienia podstawowego. Takim uzasadnieniem nie mogło być samo podważanie prawidłowości wliczenia w cenie oferty mechanizmu Polecenia Zmiany, co do którego nie było w dokumentacji postępowania, jak i treści wezwania żadnych wytycznych Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł i obciążyła nimi Odwołującego. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika z uwagi na brak rachunku, na podstawie którego możliwe było zasądzenie tych kosztów, który strona powinna złożyć do czasu zamknięcia rozprawy.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....