

WYROK
z dnia 25 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2019 r. przez **Wykonawcę – CertusVia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 14 (00-050 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiających: – Powiat Sochaczewski**, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 65 (96-500 Sochaczew), **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74 (03-734 Warszawa), w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzi **Powiatowy Zarząd Dróg w Sochaczewie**, ul. Gwardyjska 10 (96-500 Sochaczew)

przy udziale

Wykonawcy – YLE Inżynierowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Rakietników 32 (02-495 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającym unieważnić czynność z dnia 1 lutego 2019 r. polegającą na odrzuceniu oferty CertusVia Sp. z o.o., która powinna podlegać dalszej ocenie w postępowaniu.**
- 2 Kosztami postępowania obciąża Powiatowy Zarząd Dróg w Sochaczewie prowadzący postępowanie w imieniu i na rzecz Powiatu Sochaczewskiego oraz PKP PLK S.A z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę CertusVia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Powiatowego Zarządu Dróg w Sochaczewie na rzecz CertusVia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem oraz wynagrodzeniem pełnomocnika zawodowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Płocku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiających wspólnych – Powiat Sochaczewski oraz PKP PLK SA z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzi Powiatowy Zarząd Dróg w Sochaczewie, na *wykonanie dokumentacji projektowej na budowę skrzyżowania wielopoziomowego linii kolejowej z przejściem drogi pod linią kolejową w km 41,740 linii kolejowej nr 3 Warszawa-Kunowice, w ciągu drogi powiatowej nr 3837W w Teresinie* (nr postępowania: PZD.DT3.252.24.2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.09.2018 r., 2018/S 179-405881, wobec czynności odrzucenia oferty własnej, Wykonawca CertusVia Sp. z o.o. z/s w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 11 lutego 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO237/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy YLE Inżynierowie Sp. z o.o. pomimo niezgodności jej treści z treścią siwz.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania czynności odrzucenia oferty YLE Inżynierowie Sp. z o.o. i dokonania czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności odrzucenia jego oferty oraz wyniku oceny oferty YLE w dniu 1 lutego 2019 r. elektronicznie.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 4.12.2018 r. złożył wyjaśnienia dotyczące wyceny w zakresie składowych oferty, tj. projektu budowlanego i projektu wykonawczego, które wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zgodzie z wymaganiami Zamawiającego oraz odrębnymi przepisami. Złożone wyjaśnienia objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu, że w jego ocenie Odwołujący „przeważające koszty oferty przesunął na wstępny etap umowy, w szczególności na element dokumentacji, tj. koncepcję programowo-sprzętową”. Dla tego etapu Zamawiający przewidział 90 dni i nierealnym jest, w

jego ocenie, wykonanie w tym czasie części robót obejmujących etap projektu budowlanego i wykonawczego, w szczególności w przeważającej części elementów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, pkt II „Zakres merytoryczny” ppkt 5, 6 i nie będzie miał podstaw do żądania wykonania większego zakresu prac projektowych zgodnie z wyjaśnieniami oferenta na etapie koncepcji.

W ocenie Odwołującego z uzasadnienia tego nie wynika, aby cena zaoferowana była nieadekwatna do cen rynkowych – Zamawiający nie precyzuje jakie są realne ceny rynkowe. Odrzucenie oferty było dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia potwierdzałyby wątpliwości Zamawiającego co do wystąpienia rażąco niskiej ceny, możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Odnosząc się do przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał elementy prac składające się na proces projektowania, które pozostają ze sobą w ścisłym powiązaniu, przy którym próba wyodrębnienia któregośkolwiek w kontekście rażąco niskiej ceny i próba oceny w oderwaniu od pozostałych może prowadzić do mylnej oceny możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający błędnie przyjął, iż po nowelizacji z 28.07.2016 r. art. 90 ustawy Pzp, badaniu podlegają odrębne poszczególne części składowe i w stosunku do nich dokonywana jest ocena rażąco niskiej ceny, w pełnym oderwaniu od przedmiotu zamówienia, pozostałych składników zamówienia, sposobu spełnienia świadczenia, wzajemnych powiązań pomiędzy poszczególnymi elementami oraz faktu, że poszczególne składniki przedmiotu zamówienia tworzą de facto jedną całość.

W niniejszym postępowaniu cena w przeważającej części oferty ma charakter ryczałtowy (tj. z wyłączeniem pełnienia nadzoru autorskiego), a elementy składają się na proces, w którym kolejność etapów nie jest możliwa do odwrócenia, jednak poszczególne czynności mogą być wykonywane na wcześniejszym lub późniejszym etapie. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie wskazał, które z elementów dokumentacji projektowej nie zostały wycenione na tym etapie i jako ma to wpływ na cenę tego elementu. Odwołujący uwzględnił wszystkie elementy wyspecyfikowane w OPZ na etapie odpowiednio projektu budowlanego i projektu wykonawczego. Zamawiający nie określił jakie czynności należy wykonywać na poszczególnych etapach realizacji zamówienia. Określił tylko co powinno składać się na projekt budowlany i wykonawczy oraz jakie decyzje należy pozyskać i jakie uzgodnienia poczynić, żeby dany etap można było uznać za kompletny. W tabeli opracowań projektowych, które składały się na ofertę należało wskazać wartość etapów oraz termin ich realizacji. Wykonawcy wypełniali tabelę inaczej, dostosowując to do swojego sposobu spełnienia świadczenia (przedstawione w zestawieniu tabelarycznym – str. 9 odwołania). Przykładowo różnie wykonawcy określili etap prac przygotowawczych i ich wycenę w

przedziale od 5.000zł netto do 64.045 zł netto, co przy porównaniu z wartością szacunkową zamówienia jest pewnego rodzaju uproszczeniem, które nie może stanowić podstawy oceny, gdyż zakłada, że wykonawcy mogli zaoferować sposób spełnienia świadczenia w jeden ściśle określony sposób, co nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Zamawiający na tej podstawie nie odrzucił żadnej z ofert.

Odwołujący na etapie koncepcji wykona wiele czynności, które są niezbędne do przygotowania rzetelnej i szczegółowej koncepcji programowo-przestrzennej, które to czynności zostaną wykorzystane na etapie wykonywania projektu budowlanego i wykonawczego, co ułatwi cały proces projektowania. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał z jakiego powodu poszczególne prace zostaną wykonane na etapie koncepcji i wykorzystane w dalszych etapach. Zamawiający będzie odbierał pewien efekt poszczególnych etapów wyrażony w dokumentach. To jakiego wkładu pracy dokona wykonawca w celu ich sporządzenia wynika z opisu przedmiotu zamówienia i przyjętego sposobu spełnienia świadczenia. Zamawiający porównał cenę za element prac projektowych określonych jako projekt budowlany i wykonawczy, które wydają się być rażąco niskie w stosunku do wyceny koncepcji programowo-przestrzennej (640.000,00 zł), stanowiącej 80% wartości zamówienia. Wykonawca przedstawił szczegółowe zestawienie prac wykonywanych na poszczególnych etapach realizacji zamówienia, które uzasadniają określenie cen wskazanych elementów oferty, do czego Zamawiający w ogóle się nie odniósł odrzucając ofertę.

Założenia, jakimi Zamawiający kierował się szacując wartość projektu budowlanego (30% wartości zamówienia) oraz projektu wykonawczego (40% wartości zamówienia) pochodzą z 2004 r., kiedy nie istniały narzędzia, jakimi obecnie dysponują projektanci. Koszty i sposób wykonywania prac były inne, stąd inna była relacja pomiędzy kosztami wykonania poszczególnych elementów. Również założenia przyjęte w Środowiskowych Zasadach Wyceny Prac Projektowych z 2012 r. nie uwzględniają wszystkich okoliczności, jakie decydują o sposobie spełnienia świadczenia, przez co mogą być wykorzystywane jako pkt wyjścia nie zaś odniesienia (swoisty miernik), do którego należy przyrównywać poszczególne ceny elementów procesu projektowego. Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, iż szacunkowe wartości poszczególnych elementów nie zostały wskazane w protokole postępowania, gdzie Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia. Ponadto, Zamawiający nie wyraził w siwz intencji, aby wykonawcy przyjęli wartościową lub procentową relację między poszczególnymi elementami, jak czyni to w swoich postępowaniach PKP PLK. Brak takich granic oznacza, iż pozostawiono wykonawcom swobodę w doborze sposobu spełnienia świadczenia i relacji pomiędzy poszczególnymi składnikami ceny.

Odwołujący wskazał również na niezgodności w ofercie wybranej YLE dotyczące terminów realizacji poszczególnych etapów, co wynika braku wskazania dat dziennych, przez co

oświadczenie woli w tym zakresie nie jest jednoznaczne, a oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Gdyby do zawarcia umowy doszło 3 grudnia 2018 r., a wykonawca przekazałby koncepcję 10 marca 2019 r., to wykonałby przedmiot zamówienia zgodnie z ofertą w terminie tam wskazanym („02/03.2019”), ale niezgodnie z siwz, bo z przekroczeniem terminu – 90 dni od dnia zawarcia umowy.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił w dniu 15 lutego 2019 r. po stronie Zamawiającego Wykonawca – YLE Inżynierowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej zwany Przystępującym lub Uczestnikiem).

Zamawiający w piśmie z dnia 22.02.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Z uwagi na skutek, jaki ma decyzja o odrzuceniu oferty, Odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania, którym dąży do uchylecia wyniku oceny oferty własnej, która dokonana została w trybie procedury odwróconej. Następstwem podjętej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, było wezwanie Przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania (jedyna oferta nie odrzucona). Powyższe oznaczało, iż dalsze czynności w postępowaniu zmierzają do wyboru oferty konkurencyjnej, co czyni złożone odwołanie jedynym możliwym środkiem mogącym prowadzić do uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. W świetle powyższego spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego, a także jego wyjaśnień i dokumentów złożonych w

toku postępowania, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia stanowi opracowanie dokumentacji projektowej na budowę skrzyżowania wielopoziomowej linii kolejowej z przejściem drogi pod linią kolejową w km 41,740 linii kolejowej nr 3 Warszawa-Kunowice. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) – załącznik nr 7 do siwz. Zakres zamówienia obejmuje opracowanie projektu budowlanego i projektów wykonawczych wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót budowlanych. Zamawiający w OPZ zawarł szczegółowy zakres merytoryczny zamówienia w podziale na: prace przygotowawcze, koncepcję programowo-przestrzenną, decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach, decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, projekt budowlany, projekty wykonawcze.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę netto 975.609,76 zł. (1.200.00,00 zł brutto). W protokole postępowania Zamawiający opisał sposób wyliczenia tej kwoty, uwzględniający zasady określone przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.05.2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389) oraz środowiskowe zasady wyceny prac projektowych, a także aktualną sytuację na rynku branży budowlanej. Zamawiający przyjął wartość prac projektowych w rozbiciu na koncepcję programowo –przestrzenną (15%), projekt budowlany (30%), projekty wykonawcze (40%), inne elementy prac projektowych (15%). *Ze względu na duży zakres i złożoność opracowania ustalony został maksymalny próg procentowy. Wartość procentowa dla projektu budowlanego i projektów wykonawczych została ustalona odpowiednio na 30% dla PB oraz 40% dla PW.* Ustalona wartość szacunkowa prac projektowych (1.200.00,00 zł) mieści się w przedziale 4,5%-6% wartości robót budowlanych ustalonej w porozumieniu z PKP PLK S.A oraz Powiatem Sochaczewskim.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w pkt XIV *Opis sposobu obliczenia ceny* wskazał, iż *Cenę oferty stanowi suma wartości wszystkich jej elementów zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia wynikające wprost z Opisu Przedmiotu Zamówienia, jak również w nim nie ujęte, a bez których nie można wykonać przedmiotu zamówienia. Wykonawca oblicza cenę na podstawie Opisu Przedmiotu Zamówienia, z uwzględnieniem wymagań SIWZ obowiązujących przepisów oraz zasad wiedzy technicznej. Przy ustalaniu ceny oferty należy uwzględnić ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy.*

Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy (pkt 1.1).

W formularzu oferty (załącznik nr 1 do siwz) Zamawiający wymagał podania ceny netto oraz brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena ta uwzględniała wycenę prac wskazanych w załączniku nr 5 do siwz, tj. tabeli opracowań projektowych, obejmującej prace projektowe i inne elementy (dziewięć pozycji).

We wzorze umowy (załącznik nr 6 do siwz) Zamawiający wskazał na wynagrodzenie ustalone zgodnie z tabelą opracowań projektowych (załącznik nr 5 do siwz). W § 3 ustępie 2 cena została przedstawiona w rozbiciu na cenę jednostkową pełnienia nadzoru autorskiego i wyliczoną na tej podstawie wartość przewidywanej liczby pobyków na budowie (40), a także łączną kwotę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia określonego w § 1 Umowy wraz z nadzorami autorskim. *Kwoty określone w ust. 1 zawierają wszelkie koszty związane z realizacją zadania a niezbędne do jego wykonania, w szczególności wszelkie opłaty niezbędne do uzgodnień i opinii, zakup map, zakup podkładów geodezyjnych i inne w tym miejscu niewyszczególnione (ust. 4). Zapłata za projekt budowlany nastąpi w wysokości 90% kwoty wyspecyfikowanej w tabeli opracowań projektowych, od pkt 1 do 8 na podstawie faktury częściowej w oparciu o podpisany przez strony protokół odbioru. Pozostałe 10% kwoty zostanie rozliczone fakturą częściową po uzyskaniu decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ust. 8).*

W § 2 wzoru umowy Zamawiający określił termin wykonania prac, tj. 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy, w tym: przekazanie koncepcji programowo-przestrzennej – do 90 dni od dnia zawarcia umowy; uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej.

W terminie przewidzianym na składanie ofert zostały złożone 3 oferty z cenami: 963.213,00 zł (CertusVia Sp. z o.o.), 1.011.367,00 zł. (YLE Inżynierowie Sp. z o.o.) oraz 1.488.300,00 zł. (Mosty Katowice So. Z o.o.). Jedna oferta została złożona po terminie (PBW Inżynieria Sp. z o.o.) – oferta zwrócona.

W tabeli opracowań projektowych CertusVia Sp. z o.o. wartość netto poz. 2 (koncepcja programowo-przestrzenna) stanowi ok. 81% wartości całości przedmiotu zamówienia, tj. 640.000,00 zł netto. W ofercie YLE również poz. 2 – koncepcja programowo-przestrzenna została najwyżej wyceniona (403.650,00 zł.) i odpowiada ok. 49% wartości całości przedmiotu zamówienia. W pozycji tej Wykonawca termin realizacji określił na 02/03.2019. W pozostałych pozycjach prac projektowych termin realizacji określony został przez wskazanie na dany miesiąc roku 2019 lub 2020 r. Do wszystkich z terminów odnosiła się uwaga pod tabelą oznaczona „*” *Przy założeniu, że data podpisania umowy to 12.2018.*

Pismem z dnia 04.12.2018 r. Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy do Odwołującego o wyjaśnienie wyceny istotnych części składowych, tj. projektu budowlanego (32.100,00 zł. netto z terminem realizacji 15 m-cy) oraz projektów wykonawczych (35.000,00 zł. netto z terminem realizacji 18 m-cy), wskazując na elementy prac wymagane w ramach tych opracowań wynikające z OPZ. Zamawiający wskazał na sposób, w jaki szacował wartość zamówienia i przyjęte wskaźniki dla projektu budowlanego (30%), projektów wykonawczych (40%). Wg Zamawiającego rażąco niska wydała się wycena składowych elementów ceny, procentowo niższych o 89,03% dla projektu budowlanego oraz 91,03% dla projektów wykonawczych od szacunkowej wartości zamówienia, jak również znacząco niższa w zestawieniu z wyceną koncepcji programowo-przestrzennej (640.000,00 zł netto), która stanowi ponad 80% całości zamówienia. Na str. 5 wezwania Zamawiający wzywając na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy do *udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny* wskazał, iż *oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Państwa, oryginalności projektu, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r., poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265).*

Wykonawca w piśmie z dnia 11.12.2018 r. złożył wyjaśnienia, w których między innymi zwrócił uwagę na ryczałtowy charakter ceny, jak również złożoność przedmiotu zamówienia wynikającą z procesu stanowiącego szereg następujących po sobie etapów, których kolejności nie można odwrócić, jednak poszczególne czynności mogą być wykonywane na wcześniejszym lub późniejszym etapie. Przyjęte przez Zamawiającego założenia na etapie szacowania kosztów projektu budowlanego (30% wartości zamówienia) oraz projektów wykonawczych (40% wartości zamówienia) wynikają z wytycznych ujętych w rozporządzeniu sprzed 14 lat, kiedy sposób prowadzenia prac projektowych był znacząco inny niż obecnie, które utraciły aktualność. Natomiast Środowiskowe Zasady Wyceny nie uwzględniają wszystkich okoliczności, jakie decydują o sposobie spełnienia świadczenia. Wykonawca wskazał na znaczenie elementu najwyżej wycenionego – koncepcji programowo-przestrzennej, w praktyce nazywanej projektem wstępnym, w niniejszym zamówieniu uwzględniającym koszty część prac, które Zamawiający przyjął do wykonania na etapie wykonania projektu budowlanego i projektów wykonawczych. W załączeniu Wykonawca przedstawił szczegółowe zestawienie prac wykonywanych na poszczególnych etapach realizacji zamówienia, które uzasadniają wysokość cen wskazanych elementów oferty (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Zgodnie z siwz wykonawcy mieli swobodę w

zakresie kalkulacji ceny, inaczej niż ma to miejsce w innych postępowaniach prowadzonych przez PKP PLK SA na prace projektowe, w których określone są limity wartości poszczególnych etapów, w szczególności w kontekście rozliczeń.

W piśmie z dnia 01.02.2019 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał na przyjęte założenia dla szacowania wartości zamówienia, a także zakresy merytoryczne poszczególnych elementów dokumentacji projektowej i terminy ich realizacji: 90 dni na wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej oraz 18 m-cy na pozostałe elementy, w tym: projekt budowlany, projekt wykonawczy wraz z uzyskaniem ZRID, które podlegać będą procedurze odbioru na zgodność wykonanych prac z opisem przedmiotu zamówienia. Według Zamawiającego nierealne jest wykonanie w terminie 90 dni określonym w ofercie prac związanych ze sporządzeniem projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego, które miałyby być wykonane na etapie koncepcji. Zamawiającej zakłada, że nie będzie miał możliwości uzyskania na etapie sporządzania i odbioru koncepcji programowo-przestrzennej zakresu części robót obejmujących etap projektu budowlanego i wykonawczego, w szczególności w przeważającej części elementów wymienionych w OPZ pkt II, ppkt 5 i 6 i nie będzie miał podstaw do żądania wykonania większego zakresu prac projektowych zgodnie z wyjaśnieniami oferenta na etapie koncepcji. Zamawiający uznał, iż wycenione elementy składowe w podanych w poz. 7 i 8 kwotach są nieadekwatne do realnych cen rynkowych, budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W dniu 1.02.2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy (w procedurze odwróconej) zwrócił się do Wykonawcy YLE Inżynierowie Sp. z o.o. o złożenie w terminie do 15 lutego 2019 r., godz. 11:00 aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie dotyczącym zarzutu braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do zarzutu uwzględnionego, tj. opisanego w pkt 1 odwołania – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dalszej kolejności przedstawione zostanie stanowisko, które prowadziło do oddalenia zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, której zgodność z siwz stanowił podstawę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Zasadniczą dla rozstrzygnięcia pierwszego z zarzutów pozostawała ocena wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 4.12.2018 r. Zamawiający uznał bowiem, iż wycena elementów składowych ceny, tj. 32.100,00 zł netto (projekt budowlany) oraz 35.000,00 zł netto (projekty wykonawcze) jest nieadekwatna do realnych cen rynkowych, budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia i na tej podstawie uznał, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odnosząc się do tak określonej podstawy decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba uznała, iż ocena wyjaśnień, jakiej dokonał Zamawiający nie uwzględniała istotnego aspektu kalkulacji, jakim była wycena koncepcji programowo-przestrzennej i tym samym nie mogła być oceniona jako poprawna. Zamawiający wprawdzie w piśmie z 1 lutego 2019 r. odniósł się do tego elementu wyceny, ale wyłącznie pod kątem terminu przewidzianego w projekcie umowy, tj. 90 dni na realizację koncepcji, wskazując, iż w terminie tym nie jest realne wykonanie większości prac związanych ze sporządzeniem projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego, które miałyby być wykonane na etapie koncepcji. Powyższe miało ten skutek, iż Zamawiający uznał cenę za rażąco niską, faktycznie pomijając wycenę koncepcji, w której Wykonawca uwzględnił wycenę elementów dotyczących projektu budowlanego oraz wykonawczych, wskazując na ich wysokość. Zamawiający przyjął, jako rzeczywistą wartość elementów kalkulacji wskazaną wyłącznie w poz. 7 i 8 tabeli opracowań projektowych. Konsekwentnie na rozprawie Zamawiający prezentował stanowisko, w którym jako rażąco niską wskazywał wartość tych dwóch pozycji z pominięciem wartości elementów prac uwzględnionych w pozycji dotyczącej opracowania koncepcji programowo-przestrzennej.

Stanowisko Zamawiającego było niezasadne z tej przyczyny, iż Zamawiający nie wykazał, aby przyjęta przez Odwołującego metoda rozkładu kosztów była niedopuszczalna w świetle zapisów siwz, czy też wymagań wynikających z odrębnych przepisów. Słusznie zauważył Odwołujący, iż w siwz Zamawiający nie wprowadził żadnych wytycznych co do sposobu kalkulacji kosztów, wymagając wyłącznie, aby cena oferty (cena za całość przedmiotu zamówienia) uwzględniała wszystkie koszty związane z wykonaniem prac objętych przedmiotem zamówienia. Konsekwencją takich zapisów siwz było wskazanie na ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy (z pominięciem wynagrodzenia za nadzory autorskie). Wykonawcy mieli zatem swobodę w prezentacji wyceny, z tym zastrzeżeniem, aby cena całkowita za jaką oferują wykonać przedmiot zamówienia, uwzględniała całość prac ujętych w OPZ. Porównanie dwóch ofert, tj. Odwołującego i Przystępującego wskazuje, iż obaj Wykonawcy właśnie w wycenie elementu, jakim jest koncepcja uwzględnili zasadniczą część kosztów prac projektowych, co jak ustalono na rozprawie, wykraczało poza metodykę wyceny wynikającą z założeń, którymi Zamawiający się kierował szacując wartość

zamówienia. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego pominął tą część wyjaśnień, która zasadniczo odnosiła się do przedmiotu zapytania, czyli sposobu kalkulacji kosztu wykonania projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego. Wnioski jakie powziął nie uwzględniały założeń wskazanych w wyjaśnieniach, w tym wartości prac projektowych przypisanych do etapu koncepcji i były podyktowane założeniami, jakie Zamawiający przyjął na etapie szacowania wartości zamówienia. Założenia Zamawiającego, którymi kierował się na potrzeby oszacowania wartości zamówienia nie mogły decydować o ocenie wyjaśnień po pierwsze z tej przyczyny, iż nie były znane na etapie przygotowania oferty (nie były elementem treści siwz), a po drugie stały w sprzeczności ze sposobem kalkulacji kosztów, przyjętym przez Odwołującego. Oceniając wyjaśnienia Zamawiający powinien uwzględnić odmienny sposób prezentacji kosztów przedstawiony w tabeli (tajemnica przedsiębiorstwa), a nie ograniczać się wyłącznie do ceny wskazanej w poz. 7 i 8 tabeli.

W ocenie Izby wezwanie skierowane do Wykonawcy, chociaż obszerne pod względem ilości stron, sprowadzało się faktycznie do przywołania na stronie 5 przepisu art. 90 Ustawy. Nie było w nim szczegółowych pytań, na jakie Wykonawca powinien był odpowiedzieć, a jedynym wyrażonym wprost w piśmie oczekiwaniem Zamawiającego było wyjaśnienie wątpliwości, jakie dotyczyły elementów wyceny dwóch pozycji tabeli. Do tych wątpliwości Wykonawca się odniósł, co Zamawiający streścił zasadniczo w stwierdzeniu o braku możliwości wykonania elementów prac ujętych w pozycji 2 tabeli w terminie określonym w siwz, tj. 90 dni.

Podsumowując, wnioski Zamawiającego o rażąco niskiej wycenie prac dotyczących projektu budowlanego oraz wykonawczego, w ocenie Izby, były błędne przede wszystkim z tego powodu, iż Zamawiający nie uwzględnił okoliczności wskazanej w wyjaśnieniach, dotyczącej istotnego udziału kosztów części prac związanych z projektem budowlanym i wykonawczymi już na etapie koncepcji programowo-przestrzennej. Zamawiający pominął fakt, iż pozycja ta była najwyżej wycenioną spośród złożonych ofert i jednocześnie miała najwyższy udział w cenie oferty. Kwestia dotycząca terminu 90 dni na wykonanie koncepcji, nie miała znaczenia ponieważ wykraczała poza podstawę prawną decyzji o odrzuceniu oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę. Analiza, czy w terminie tym możliwe będzie wykonanie części prac, nie odnosiła się do kosztów i nakładów Wykonawcy wpływających na wycenę oferty. Należy zauważyć, iż podstawą odrzucenia oferty nie była niezgodność oferty z siwz, ale rażąco niska cena dwóch elementów składowych wyceny ceny ryczałtowej obejmującej koszty całości prac. Stąd ewentualne wątpliwości dotyczące sposobu realizacji prac nie miały bezpośredniego znaczenia dla niniejszej sprawy. Zasadniczym błędem Zamawiającego było pominięcie przy ocenie oferty - ceny całkowitej, która dla tego zamówienia faktycznie

oddawała obraz wyceny prac projektowych. Przypisywanie istotnego znaczenia poszczególnym etapom, faktycznie nie miało przełożenia na sposób spełnienia świadczenia, gdyż wykonawca niezależnie od wskazanych w tabeli kwot otrzymać miał wynagrodzenie płatne w dwóch ratach, tj. za projekt budowlany w wysokości 90% kwoty wyspecyfikowanej w tabeli opracowań projektowych (pkt 1-8) oraz pozostałe 10 % po uzyskaniu decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Powyższe wskazuje, iż sposób w jaki wykonawcy rozłożyli koszty poszczególnych etapów prac nie miały finalnie znaczenia z punktu widzenia zakresu, jak i ceny wskazanej w ofercie, a dla otrzymania zapłaty decydującym będzie przedstawienie projektu budowlanego, jako tego elementu zamówienia, które stanowi cel procesu projektowego.

Odnosząc się do drugiego zarzutu należy przede wszystkim zaznaczyć, iż podstawa której dopatrywał się Odwołujący formułując zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, tj. niezgodność treści oferty z siwz, została faktycznie wywiedziona ze sposobu wskazania terminu w załączniku nr 5 do siwz. Wykonawca określając termin na wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej (poz. 2) wskazał na 02/03.2019. W ocenie Odwołującego opis ten może czynić niejednoznacznym ustalenie, czy na etapie wykonania umowy, nie dojdzie do przekroczenia terminu 90 dni określonego przez Zamawiającego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zapisy siwz nie precyzowały, w jaki sposób termin należy oznaczyć, w tym nie było wymogu wskazania daty dziennej, której brak w ocenie Odwołującego czynić miał ofertę niezgodną z siwz. Jedynym wiążącym wykonawców było wskazanie na przedziały czasu, w jakich Zamawiający oczekuje wykonania prac, tj. 90 dni od dnia zawarcia umowy do przekazania koncepcji programowo-przestrzennej i ogólny termin 18 miesięcy od zawarcia umowy na zakończenie prac. Powyższe miało ten skutek, że terminy realizacji wskazywane w ofercie nie ilością dni, czy miesięcy, lecz miesiącem, w jakim dane prace miałyby się zakończyć, w przypadku wydłużonej procedury przetargowej mogły ulegać znacznemu skróceniu w stosunku do założeń przyjętych przy składaniu oferty. Nie czyni to jednak oferty niezgodną z siwz. Do takiej oceny skłania uwaga zamieszczona pod tabelą, w której Przystępujący zastrzegł, iż terminy realizacji przez niego wskazane pozostają aktualne przy założeniu, że data podpisania umowy będzie miała miejsce w miesiącu grudzień 2018 r. Oceny oświadczenia Wykonawcy należało zatem dokonać z perspektywy czasu, jaki został przyjęty dla poszczególnych prac przyjmując, iż ich rozpoczęcie nastąpi w grudniu 2018 r. Prezentowana przez Odwołującego ocena zakłada najmniej korzystny dla wykonawcy stan sprawy, który nie może zaistnieć, gdyż termin 3 grudnia 2018 r. wskazany w odwołaniu, jako termin zawarcia umowy, już minął. W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do zakwestionowania złożonego oświadczenia, tym bardziej iż dopiero wykonawca wybrany przedstawi harmonogram realizacji prac. Na etapie

złożenia oferty, przy braku wyraźnej dyspozycji Zamawiającego co do potrzeby wskazania konkretnej daty, wykonawcy mogli uznać za wystarczające określenie orientacyjnego okresu, w którym zakładają wykonanie poszczególnych etapów prac projektowych. Izba oddaliła odwołanie w tej części.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji. Z uwagi na wpływ nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego na możliwy wynik postępowania, w którym to oferta tego Wykonawcy może być najwyżej oceniona, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Odwołującego, stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nim Zamawiającego.

Przewodniczący: