

**Sygn. akt: KIO 1641/14**

**Sygn. akt: KIO 1651/14**

**WYROK**

**z dnia 4 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 28 sierpnia 2014r. oraz 2 września 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 11 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa
- B. w dniu 11 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę SAFEGE S.A., Parc de l'Île 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa Oddział w Gdańsku

przy udziale:

- A. wykonawcy SAFEGE S.A., Parc de l'Île 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1641/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72A, 80-254 Gdańsk zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1641/14 oraz KIO 1651/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia oba odwołania wykonawców: URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wykonawcy SAFEGE S.A. oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa Oddział w Gdańsku i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa oraz SAFEGE S.A., Parc de l'Île 15/27 rue du Port, 92000 Nanterre tytułem wpisów od odwołań,
  - 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcyjii Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa Oddział w Gdańsku na rzecz URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 2.3. zasądza od Generalnej Dyrekcyjii Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa Oddział w Gdańsku na rzecz SAFEGE S.A., Parc de l'Île 15/27 rue du Port, 92000 Nanterre kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Budowa obwodnicy m. Kościerzyna w ciągu DK nr 20 Stargard Szczeciński – Gdynia”, numer sprawy (znak przetargu): GDDKiA-O/Gd-ZP/21/1-4/2014, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 marca 2014 r. pod numerem 2014/S 048-080196.

Przedmiotem zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem jest: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa Obwodnicy M. Kościerzyna w ciągu DK nr 20 Stargard Szczeciński - Gdynia”.

Wykonawca w ramach usługi ma zarządzać, pełnić kontrolę i nadzór inwestorski, a także współpracować ze służbami Zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji realizowanego Projektu unijnego. Kontrakt na roboty budowlane będzie realizowany zgodnie z „Warunkami Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę”. COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko - polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999. Wykonawca zamówienia objętego Postępowaniem będzie wykonywał czynności przypisane Inżynierowi w wyżej wymienionych Warunkach Kontraktowych.

Zakres projektowania i budowy obwodnicy m. Kościerzyna w ciągu DK nr 20 Stargard Szczeciński - Gdynia, nad którą sprawowany będzie nadzór nad projektowaniem i realizacją robót, obejmuje w szczególności: 1) projektowanie, po wcześniejszej analizie materiałów pomocniczych przekazanych wykonawcy (Koncepcja Programowa, Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy wraz z materiałami przetargowymi dla zadania: Budowa obwodnicy Kościerzyny w ciągu drogi krajowej nr 20 Stargard Szczeciński - Gdynia), zgodnie z wymaganiami programu funkcjonalno - użytkowego (PFU) oraz uzyskanie w imieniu i na rzecz Inwestora wymaganych decyzji administracyjnych, w tym Zezwolenia na Realizację Inwestycji Drogowej (ZnRID); 2) wykonanie robót budowlanych i uzyskanie w imieniu i na rzecz Inwestora decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

## KIO 1641/14

W przetargu tym oferty złożyło 10 wykonawców, w tym Odwołujący: URS Polska sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa, którego oferta zawierała najniższą cenę ze wszystkich złożonych w postępowaniu.

Pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp w terminie do dnia 27 czerwca 2014 r., odpowiednich wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Odwołującego ceny ofertowej i wskazania elementów mających wpływ na wysokości zaoferowanej ceny, w szczególności wyjaśnień, czy cena jednostkowa wskazana w ofercie obejmuje całkowity koszt wykonania danej pozycji oraz informacji, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

W odpowiedzi na wskazane wezwanie Odwołujący pismem z dnia 27 czerwca 2014 r. przedstawił swoje wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie.

W dniu 1 sierpnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Jednocześnie, zgodnie z treścią przywołanego zawiadomienia, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując, jako podstawę odrzucenia sprzeczność oferty Odwołującego z treścią SIWZ - art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a ponadto, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu ze względu na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k. - art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą u.z.n.k., jednocześnie wskazując, iż oferta Odwołującego podlega nadto odrzuceniu ze względu na fakt, iż jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów - art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 14 u.p.z.p. oraz art. 5 kodeksu cywilnego.

Zamawiający powołał się przy tym na wymogi zawarte w tomie I SIWZ pkt 10.4. IDW, oraz naruszenie pkt 10.2. IDW. Ponadto wskazał przy tym, iż zgodnie z treścią Formularza cenowego, Wykonawca winien wycenić koszt dniówki osoby na konkretne stanowisko Eksperta kluczowego, a liczba tych ekspertów winna być równa liczbie wymaganych osób na

ww. stanowisko. Dla innych ekspertów Wykonawca powinien wycenić koszt dniówki danego rodzaju eksperta, bez względu na liczbę osób.

Ponadto, Zamawiający wskazał, iż sposób wyceny określony w SIWZ warunkuje rzetelne rozliczenie umowy zgodnie z zapisami § 26 Istotnych Postanowień Umowy, który wiąże pobyt danej osoby na budowie z odpowiednim wynagrodzeniem za ten pobyt, przyjętym na podstawie rzetelnie wycenionych stawek jednostkowych. W ocenie Zamawiającego, taki sposób wyceny gwarantuje, że wydatki publiczne będą dokonywane w sposób celowy o oszczędny, z zachowaniem zasad odnośnie uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż analiza treści oferty Odwołującego oraz złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień, prowadzi do wniosku, iż wyjaśnienia Wykonawcy potwierdzają, iż wycena cen jednostkowych pracy ekspertów opiera się na błędnych założeniach i została sporządzona niezgodnie z zapisami SIWZ.

Zamawiający stwierdził przy tym, iż zastosowana przez Odwołującego metoda kalkulacji ceny jednostkowej stanowi de facto zmianę ilości dniówek określonych w formularzu ofertowy. W ocenie Zamawiającego Odwołujący naruszył przy tym pkt 10.2. IDW poprzez samodzielne wprowadzenie zmian do Formularza cenowego, które nie nosi znamion omyłki.

Zamawiający wskazał przy tym, iż przyjęte przez Wykonawcę założenia dotyczące sposobu wyceny cen jednostkowych pracy ekspertów wskazanych przez Zamawiającemu w wezwaniu z do wyjaśnień, prowadzi do niedozwolonej zdaniem Zamawiającego manipulacji cenowej.

W ocenie Zamawiającego, nie można wykluczyć, iż Wykonawca manipulując w proporcjach cen za poszczególne Usługi nadzoru, spowodowałby, że Zamawiający przepłaciłby za pozostałe.

Według Zamawiającego taki sposób wyceny doprowadziłby w efekcie do przedwczesnej wypłaty wynagrodzenia za udział ekspertów, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia na jego późniejszych etapach.

Reasumując powyższe, Zamawiający wskazał, iż sposób kalkulacji oferty oparty na zdaniem Zamawiającego manipulacji „dniówek” narusza wymagania formalne SIWZ i godzi w zasady związane z rozliczeniem umowy.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 11 sierpnia 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

I. czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, której zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1) dyspozycji art. 89 ust. 1 Pkt 2) ustawy Pzp - poprzez odrzucenie w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że treść oferty Odwołującego, wbrew stanowisku Zamawiającego, odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ogłoszonej w postępowaniu, zwanej dalej SIWZ;

2) dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 31 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy u.z.n.k - poprzez odrzucenie w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że, wbrew stanowisku Zamawiającego, jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy u.z.n.k.;

3) dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 5 kodeksu cywilnego - poprzez odrzucenie w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo braku podstaw do uznania jej za nieważną na podstawie odrębnych przepisów (art. 5 kodeksu cywilnego);

II. czynności Zamawiającego polegającej na następczej, wobec niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, wadliwej ocenie ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności poprzez brak oceny oferty Odwołującego względem wynikających z SIWZ kryteriów oceny ofert, tj. ceny oraz metodyki, a w konsekwencji braku ustalenia punktacji oferty Odwołującego odnoszącej się do kryteriów oceny ofert wynikających z SIWZ - przez które to działanie Zamawiający naruszył dyspozycję art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;

III. wobec zaniechania Zamawiającego polegającego na braku wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że spełnia ona wszystkie wymogi wynikające z SIWZ, zawiera najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a ponadto winna uzyskać maksymalną liczbę punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert - metodyka, z uwagi na fakt, iż w tym zakresie oferta została przygotowana zgodnie z SIWZ oraz aktualnym stanem prawnym dotyczącym stanu faktycznego, którego opracowanie metodyki dotyczy, będąc w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5) ustawy Pzp, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, co łącznie narusza dyspozycję art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;

IV. którymi to działaniami i zaniechaniami Zamawiający w konsekwencji naruszył także: dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający konkurencję i nierówne traktowanie wykonawców, polegające zwłaszcza na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego, która winna zostać uznana za

najkorzystniejszą w postępowaniu, a nadto art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez dokonanie niezgodnie z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, którego oferta nie była najkorzystniejsza w porównaniu do wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

W związku z tym, że interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 8), art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp, a także art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. oraz art. 5 K.c., które to naruszenia miały – w jego ocenie - wpływ na wynik postępowania, na podstawie art. 180 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp zażądał:

a. merytorycznego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienia w całości,

b. nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

c. nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej w Postępowaniu,

d. nakazania Zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, wskutek czego oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu,

e. przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania, w tym objętych aktami Postępowania lub przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Nadto Odwołujący wnosił o obciążenie Zamawiającego całością kosztów postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp w zw. z § 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 2010 r., Nr 41, poz. 238), w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów, o których mowa w § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia.

Na wstępie wyjaśnił, że ze względu na fakt, iż istotna część zarzutów podniesionych w odwołaniu odnosi się do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego zawartych w treści Załącznika nr 1 do Wyjaśnień Wykonawcy - pisma URS Polska sp. z o.o. z dnia 27 lipca 2013 r.

Poza tym dodatkowo Odwołujący wyjaśnił, iż informacje objęte Załącznikiem nr 1 do odwołania - dotyczące: strategii działalności operacyjnej Wykonawcy, polityki cenowej, marży, przedmiotu współpracy handlowej i wspólnego z innymi partnerami gospodarczymi prowadzenia przedsięwzięć, w tym polegających na współdziałaniu przy wykonywaniu zamówień publicznych, zasad współpracy z klientami sektora prywatnego, podwykonawcami, usługodawcami, polityki wynagrodzeń i kształtowania zasad zatrudniania personelu, treści umów z sektora prywatnego realizowanych przez Wykonawcę i jego partnerów gospodarczych, charakteru i przedmiotu powiązania kapitałowego, współpracy organizacyjnej, osobowej oraz gospodarczej w Grupie URS, w skład której wchodzi Wykonawca, jako prezentujące wartość gospodarczą dla konkurentów Odwołującego na rynku usług inżynierskich, budowlanych oraz technicznych, w tym będące informacjami organizacyjnymi, stanowią tajemnice przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu przepisów ustawy u.z.n.k., nie są ujawniane do wiadomości publicznej, a Odwołujący podjął i podejmuje w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a zatem spełnione zostały przesłanki: kwalifikacji tych informacji z art. 11 ust. 4 ustawy u.z.n.k. i w konsekwencji zastosowania art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W swoim odwołaniu Odwołujący zakwestionował odrzucenie oferty złożonej przez niego w toku postępowania, które nastąpiło w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, doprowadziło do wadliwej oceny oferty złożonych w postępowaniu i w konsekwencji do wyboru oferty złożonej przez Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu - zamiast oferty Odwołującego.

W pierwszym zarzucie nie zgodził się z czynnością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp, jako oferty, której treść nie odpowiada SIWZ

Odwołujący podniósł, że w sporządzonej przez siebie ofercie uwzględnił wszelkie okoliczności wpływające na prawidłowość jej sporządzenia, w tym kalkulację ceny oraz jej składowych, co potwierdził w swych wyjaśnieniach z dnia 27 czerwca 2014 r., składanych na wezwanie Zamawiającego, a odnoszących się do braku możliwości kwalifikacji ceny ofertowej Odwołującego, jako ceny rażąco niskiej.

Odwołujący argumentował, iż do treści jego wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2014 r. Zamawiający odniósł się w sposób konkludentny, nie kwestionując tych wyjaśnień w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 sierpnia 2014 r., a zatem należy zatem przyjąć, że wyjaśnienia te zostały przez Zamawiającego uwzględnione.



Jeśli bowiem, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący w treści złożonej oferty dokonał rzekomo zaniżenia składowych ceny, Zamawiający po wezwaniu Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, powinien w sposób szczegółowy odnieść się do nich i rozstrzygać na ich podstawie. Zamawiający natomiast pominął okoliczności skierowanego przez siebie do Odwołującego wezwania oraz abstrahując od wyjaśnień Odwołującego i dokonał rozstrzygnięcia niekorespondującego z treścią zarzutu czynionego wyjściowo ofercie Odwołującego.

Odnosząc przytoczone uzasadnienie do decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, zawarte w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 sierpnia 2014 r., do treści SIWZ, zauważył, iż zgodnie z ostatecznym brzmieniem SIWZ, uwzględniającym zmianę treści pkt 10.4. IDW z dnia 21 marca 2014 r., Zamawiający wskazał sposób kalkulacji ceny za realizację zamówienia.

Zwrócił uwagę, że na podstawie pkt 10.2. IDW, Zamawiający wymagał, aby Formularz cenowy, o którym mowa w pkt 10.1 IDW, wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto metodą kalkulacji uproszczonej. Wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu. Jednocześnie zgodnie z pkt 10.3. IDW, wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego.

Nadto zaznaczył, że zgodnie z ostatecznym brzmieniem pkt 10.4. SIWZ, każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w formularzu cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące. Dodatkowo wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni wskazaną w umowie możliwość zmiany ilości innych ekspertów, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.

Podkreślił przy tym, iż Zamawiający w treści SIWZ, pkt 10.4. IDW wprost wymienił sytuacje, w których w jego ocenie oferta podlegać będzie odrzuceniu, jako sprzeczna z treścią SIWZ, zgodnie z tymi postanowieniami SIWZ, gdy wartość sumy pozycji 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” nie może przekroczyć 10% ceny oferty netto. W przypadku, gdy wartość ta przekroczy 10% ceny oferty netto, Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Wartość sumy pozycji 3 „Działania promocyjne” nie może przekroczyć 2% ceny oferty netto.

Zauważył przy tym, że w przypadku, gdy wartość ta przekroczy 2% ceny oferty netto,

Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4a nie może przekroczyć 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1a. W przypadku, gdy cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4a przekroczy 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1a Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp. Cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4b nie może przekroczyć 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1a. W przypadku, gdy cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4a przekroczy 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1b Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Według Odwołującego oferty złożonej przez niego nie można zakwalifikować, jako spełniającej którakolwiek ze szczegółowych przesłanek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp określonej przez samego Zamawiającego w treści pkt 10.4. SIWZ/IDW.

Zdaniem Odwołującego powyższy przepis odnosi się wyłącznie do merytorycznego aspektu zaoferowanego świadczenia i merytorycznych wymagań postawionych przez Zamawiającego, a podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, szczególnie w sytuacji, gdy Zamawiający określając postanowienia SIWZ nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w SIWZ skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł.

O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić – w ocenie Odwołującego - wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego.

Zwrócił uwagę na fakt, iż świadczenie Odwołującego w pełni odpowiada przedmiotowi zamówienia, a ponadto Odwołujący zapewnia realizację przedmiotu zamówienia w całości, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SIWZ, a także uchybienia, co do treści ofert w odniesieniu do SIWZ powinny być merytoryczne oraz istotne, aby mogły być przyczyną uzasadniająca odrzucenie oferty.

W związku z powyższym wskazał, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, aby zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ.

Ponadto, zwrócił uwagę, że niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy, nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p.) i musi być oczywista oraz powinna dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie.

Zwrócił uwagę, iż powołana przez Zamawiającego przyczyna odrzucenia oferty nie mieści się w katalogu przyczyn, które można zakwalifikować, jako przyczynę, dla której można odrzucić ofertę Odwołującego.

Odwołujący podniósł również, iż przesłanki odrzucenia oferty powinny być interpretowane ściśle, tzn. podstawą odrzucenia winna być tylko jednoznacznie wykazana niezgodność czy też sprzeczność oferty z treścią SIWZ nie ocenny i niedookreślony stopień „odpowiadania” oferty wymogom SIWZ. Zasadnicza „treść” oferty stanowi oświadczenie woli wykonawcy, że wykona zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, natomiast wszystkie dodatkowe informacje podawane w ofercie stanowią uzupełnienie, uszczegółowienie i dookreślenie powyższego. Treść oferty może zostać uznana za niezgodna z treścią SIWZ dopiero, gdy ww. informacje dookreślające oświadczenie woli stoją w wyraźnej sprzeczności do wymagań zamawiającego co do przedmiotu i sposobu wykonania zamówienia.

W odniesieniu do powyższego, zwrócił uwagę na fakt, iż Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 1 sierpnia 2014 r., nie wykazuje w sposób jednoznaczny i precyzyjny zaistniałej jego zdaniem niezgodności treści oferty z SIWZ, a uzasadnienie odrzucenia oparł na ogólnych rozważaniach niewskazujących dokładnie bezpośrednich naruszeń i sprzeczności.

Stanął na stanowisku, że literalna treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, ujętego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 sierpnia 2014 r., w zakresie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na sprzeczność z SIWZ - art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp przesądza natomiast, że rzekomą sprzeczność Zamawiający jedynie przypuszcza.

Poniósł również, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę w odniesieniu do niektórych informacji nie zwalnia Zamawiającego z właściwego uzasadnienia swojej decyzji dotyczącej w stanie faktycznym niniejszego postępowania, odrzucenia oferty Odwołującego.

Dalej, Odwołujący wywodził, że treści jego oferty nie można kwalifikować jako sprzecznej z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, a to w szczególności z uwagi na fakt, iż obejmuje zaoferowanie wszelkich świadczeń wymaganych przez Zamawiającego i na warunkach przez niego wskazanych w treści SIWZ, a Zamawiający nie przewidział w treści pkt 10.4. SIWZ przesłanek, które mogłyby przesądzać ową sprzeczność.

O oczywistej sprzeczności oferty z treścią nie może być uznawana – zdaniem Odwołującego - okoliczność kalkulacji wynagrodzenia w sposób uwzględniający możliwości rynkowej konkurencji ze strony Odwołującego.

Odwołujący powołał się również na argumentację zawartą w oddzielnym załączniku do niniejszego odwołania, gdzie zaprezentował wyjaśnienia, które dotychczas już przedstawił Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 czerwca 2014 r., do wyjaśnienia zastosowanej metody kalkulacji.

W zakresie drugiego zarzutu kwestionującego odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3) ustawy Pzp jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zakwalifikowanie jej przez Zamawiającego jako naruszenie art. 15 ust. 1 u.z.n.k. poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów i wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, także art. 3 ust. 1 u.z.n.k., który to przepis czynem nieuczciwej konkurencji określa działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący nie zgodził się z uzasadnieniem stanowiska Zamawiającego, gdzie ten wskazał, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia (w zakresie rażąco niskiej ceny) pozwalają mu przypuszczać, że: „w złożonym do oferty Formularzu cenowym Wykonawca dokonał przeniesienia rzeczywistych kosztów, które musiałby ponieść w związku z realizacją zamówienia w taki sposób, iż cena wskazana w ofercie nie odzwierciedla nakładów finansowych, jakie Wykonawca musiałby ponieść w związku z realizacją Zamówienia.”.

Nie podzielił on również przyjętej przez Zamawiającego oceny, że w zakresie przyjętego przez Wykonawcę „sposobu ukształtowania ceny oferty, w którym zakłada się znaczne zaniżenie poszczególnych pozycji Formularza Cenowego (1,00 zł), sprowadzając je do poziomu ceny świadczenia usług ekspertów poniżej kosztów ich świadczenia”, jakoby naruszało ono interesy innych przedsiębiorców poprzez utrudnianie im dostępu do rynku

usług konsultingowych, co jest niezgodne z „ww. ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami”. W ocenie Zamawiającego należało zatem ceny świadczenia usług przez ekspertów „skalkulować w sposób rynkowy, zaś stawka dziennego wynagrodzenia, co jasno wynikało ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia miała obejmować koszty pośrednie oraz zysk Wykonawcy (wynagrodzenie wraz z narzutami).”.

Odnosnie naruszenia przepisu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. podniósł, że to klauzula ogólna, która znajduje zastosowanie, o ile przedmiotowy czyn:

1) w ogóle nie znajduje odbicia w części szczegółowej ustawy i wówczas zachodzi potrzeba rozważenia, czy narusza on jednak ogólną normę art. 3 ust. 1;

2) wprawdzie spełnia kryteria czynu nieuczciwej konkurencji z części szczegółowej ustawy, ale ponadto występują w nim elementy, które nie poddają się ocenie w świetle szczegółowego czynu nieuczciwej konkurencji i tylko wówczas, gdy zachodzą szczególne okoliczności to uzasadniające, nie powinno zaś następować w każdej sprawie.

Zdaniem Odwołującego, jeżeli stan faktyczny wypełnia znamiona deliktu szczegółowego, to należy go stosować tak, jak został on sformułowany w rozdziale 2 i tylko gdy zachodzą wyjątkowe okoliczności, można treść deliktu szczegółowego uzupełnić poprzez wprowadzenie elementów oceny stanu faktycznego w świetle dobrych obyczajów.

Wyraził również pogląd, że jeżeli czyn zostanie zakwalifikowany na podstawie art. 15 u.z.n.k., to nie może dojść do kumulatywnego zastosowania w stosunku do niego także art. 3 ust 1 u.z.n.k., co uczynił Zamawiający.

Według Odwołującego analiza stanu faktycznego czynu nieuczciwej konkurencji wymaga jednak każdorazowo potwierdzenia, że zachowanie danego przedsiębiorcy jednocześnie pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami i zagraża interesom innego przedsiębiorcy lub klienta lub je narusza.

Zwrócił również uwagę, że u.z.n.k. nie chroni żadnego przedsiębiorcy przed pogorszeniem interesów lub nawet stratami, jeżeli są one wynikiem zgodnych z prawem i uczciwych działań innych osób, w szczególności konkurujących z nim przedsiębiorców. Jak słusznie podniesiono w doktrynie, a do naruszenia interesów gospodarczych podmiotu działającego na rynku, włącznie z jego wyeliminowaniem, może dojść w wyniku uczciwej gry rynkowej, a więc walki jakością, ceną czy też skutecznymi akcjami promocyjnymi.

Wskazał również, iż zarzut czynu nieuczciwej konkurencji - naruszenie art. 89 ust. 1

pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. - nie zasługuje na uwzględnienie wobec uznania, że cena oferty wybranego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską, ale cena zaoferowana w ramach dopuszczalnej konkurencji rynkowej.

Podniósł przy tym, iż złożenie przez niego oferty nie może być kwalifikowane, jako czyn nieuczciwej konkurencji, w tym, w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., albowiem nie stanowi naruszenia przepisów prawa ani dobrych obyczajów oraz nie zagraża ani nie narusza interesów innych przedsiębiorców, a nadto jest przejawem dozwolonej konkurencji rynkowej.

Zauważył, że sprzeczne z istotą konkurencji jest dopiero takie „utrudnianie”, które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji tj. głównie ceny i jakości towarów i usług w efekcie, czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu.

Zdaniem Odwołującego sam fakt zaoferowania niskiej ceny, a zatem takiej, która różni się znacznie od cen zaproponowanych przez innych wykonawców, nie oznacza automatycznie, iż doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślił również, że niezbędne staje się wykazanie, iż złożenie oferty z ceną niską lub ceną nierealną miało na celu (zmierzało do) utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom. Istotne jest wykazanie celu przedstawienia oferty z niską ceną, czy też z ceną poniżej kosztów wytworzenia tj. eliminacji innych wykonawców. Bowiern brak jego wykazania wyłącza kwalifikację, jako deliktu nieuczciwej konkurencji.

Podniósł, że działaniem w ramach dozwolonej konkurencji, zgodnym z prawem i dobrymi obyczajami jest złożenie przez przedsiębiorcę oferty - w celu uzyskania danego zamówienia pomimo, że zawiera one konkurencyjne warunki wykonania zamówienia w postaci np. ceny niższej od cen zaoferowanych przez konkurencję (czasem nawet ceny niższej od kosztów produkcji), korzystnych warunków płatności, warunków dostawy towarów itp. w tym również krótkich terminów realizacji, tak jak w niniejszym postępowaniu, które mogą w pewnym stopniu decydować o uzyskaniu zamówienia przez danego przedsiębiorcę.

Ponadto zaznaczył, że złożenie oferty na takich warunkach jedynie w jednym postępowaniu (jednorazowa czynność) trudno uznać za utrudnianie prowadzonej działalności gospodarczej i ograniczanie dostępu do rynku, a obiektywne okoliczności mogą przemawiać za kalkulacją ceny przez Wykonawcę na stosunkowo niskim poziomie.

Odwołujący podkreślił również, że sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), musi być podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów, a jak wiadomo, taka sytuacja nie będzie miała miejsca na rynku zamówień publicznych, co wynika wprost z jego specyfiki.

Podniósł, że sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji, a konieczne jest ponadto wykazanie, iż ewentualna transakcja doprowadzi do eliminacji innych przedsiębiorców.

Poza tym Odwołujący wywodził, że zaoferowania przez wykonawcę pojedynczych (niektórych) składników ceny ofertowej, znacznie niższych niż składniki te oferowane przez konkurentów, nie może samo przez się być uznawane za czyn nieuczciwej konkurencji, w tym, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, brak jest jakichkolwiek podstaw, by złożenie przez niego oferty, w której konkuruje on na zasadach rynkowych z innymi wykonawcami, stosując dopuszczalne przepisami prawa preferencyjne warunki kształtowania składowych swego wynagrodzenia, traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji, stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k., w szczególności w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Na marginesie i niezależnie od powyższego, Odwołujący przypomniał, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przy czym po ich otrzymaniu nie odrzucił oferty Odwołującego, jako oferty zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego Zamawiający w sposób konkludentny zaakceptował te wyjaśnienia, a skoro jednym z punktów odniesienia przy badaniu ceny oferty, pod kątem zarzutu ceny rażąco niskiej, są koszty świadczenia usługi (wytworzenia towaru), to trudno jest przyjmować, by wobec tego stanowiska Zamawiającego, że złożenie oferty przez Odwołującego można kwalifikować, jako delikt z art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. - zaoferowanie świadczenia usług po niżej kosztów własnych, w szczególności celem eliminacji innych przedsiębiorców.

Kolejny zarzut skierowany został przeciwko decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp jako oferty, która jest

nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący nie zgodził się oceną Zamawiającego czynienia ze swego prawa użytku (do złożenia oferty konkurencyjnej ekonomicznie), który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Zasada prymatu opisanych powyżej zasad – zdaniem Odwołującego - odnosi się również do zasad współżycia społecznego, niesprecyzowanych jednak bliżej przez Zamawiającego.

Zauważył, że w toku przedmiotowego postępowania (w ramach wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2014 r.) wskazywał na fakt, że preferencyjność jego oferty w zakresie cen jednostkowych wynika ze znacznej przewagi konkurencyjnej, niedostępnej innym wykonawcom.

Odwołujący przyznał, że dąży do utrzymania tej przewagi oraz jednocześnie współzawodnictwa pomiędzy poszczególnymi podmiotami na rynku usług konsultingowych, konkurując jednak wyłącznie jakością, ceną i innymi pożądanymi na rynku cechami oferowanych im usług, przy zachowaniu jednak zasad etycznego i uczciwego postępowania.

Nie sposób przy tym uznać za zasadne – według Odwołującego, stanowiska Zamawiającego jakoby zgodnie z dobrymi obyczajami w obrocie gospodarczym, Odwołujący nie powinien korzystać z dostępnej mu przewagi konkurencyjnej, bowiem stanowiłoby to wypaczenie zasady wolności działalności gospodarczej na rynku.

Odwołujący podkreślił przy tym, że to właśnie wolny rynek konkurujących ze sobą o uzyskanie zamówienia przedsiębiorstw zapewnia osiągnięcie maksymalnej efektywności gospodarowania środkami publicznymi zapobieżenie nadużyciom oraz promowanie solidnych i uczciwych przedsiębiorców będących w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia publicznego za zaoferowaną cenę.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający pominął zasadę tzw. powściągliwego stosowania art. 5 K.c., które wymaga, aby rozstrzygnięcie opierać na wszechstronnym uwzględnieniu okoliczności konkretnego wypadku.

Ponadto zwrócił uwagę, że Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował, które zasady współżycia społecznego Odwołujący miałby naruszyć swoim działaniem, ani na czym miałyby polegać sprzeczność tego działania ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem



praw Wykonawcy.

Wobec braku należytego doprecyzowania przez Zamawiającego zarzutu naruszenia przez Wykonawcę art. 5 k.c., zarzut ten należy – zdaniem Odwołującego - uznać za bezpodstawny i niemogący prowadzić do odrzucenia Oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 5 K.c.

Ostatni zarzut naruszenia art. 91 ust 1. art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp uzasadnił w ten sposób, że w wyniku niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przeprowadził wadliwą ocenę ofert złożonych w postępowaniu, gdyż w szczególności nie dokonał oceny oferty Odwołującego względem wynikających z SIWZ kryteriów oceny ofert, tj. ceny oraz metodyki, a w konsekwencji nie ustalił punktacji oferty Odwołującego odnoszącej się do kryteriów oceny ofert wynikających z SIWZ i zaniechał wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu - oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że spełnia ona wszystkie wymogi wynikające z SIWZ, zawiera najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a ponadto winna uzyskać maksymalną liczbę punktów w poza cenowym kryterium oceny ofert – metodyka.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2014r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Safege S.A. i Transprojekt Gdański sp. z o.o.

## KIO 1651/14

Odwołujący: SAFEGE S.A. z siedzibą we Francji, 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre dowiedział się z pisma Zamawiającego przekazanego mailem w dniu 1 sierpnia 2014r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o.

Nie zgadzając się powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 11 sierpnia 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze we wskazanym postępowaniu, jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. (dalej: „Transprojekt”) i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ oraz z uwagi na nie złożenie przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, - zaniechania dokonania przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu zbyt małej ilości punktów w podkryterium 1.1.2., podkryterium 1.2.2., podkryterium 1.2.3., podkryterium 1.3.1. oraz podkryterium 2.3.2.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14.1 SIWZ, co skutkowało nieprzyznaniem Odwołującemu punktów w podkryterium 1.1.2., podkryterium 1.2.2., podkryterium 1.2.3., podkryterium 1.3.1. oraz podkryterium 2.3.2. za opisane w załączonej do oferty wykonawcy Metodycy działania, które zdaniem Zamawiającego nie wykraczały poza obowiązki wykonawcy wynikające z treści SIWZ, w tym wzoru umowy, względnie za działania, które nie są adekwatne do zapisów SIWZ;

2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konkurencyjnej w sytuacji, gdy wykonawca koszt utrzymania biura Zamawiającego w okresie od rozpoczęcia usługi do wystawienia Świadectwa Przejęcia ujął także w innych pozycjach niż w pozycji 1b Formularza ofertowego, a co za tym idzie jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, w szczególności z pkt 10.4 akapit pierwszy SIWZ - IDW; 3;

3) art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, o jakich mowa w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp - składając

w dniach 26.06.2014r. i 21.08.2014r. wyjaśnienia lakoniczne i nie poparte żadnymi dowodami, względnie naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień bardziej szczegółowych w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę pozwoliły Zamawiającemu na dokonanie oceny oferty tego wykonawcy w zakresie „rażąco niskiej ceny”.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy Transprojekt oraz dokonania poprawnej, tj. zgodnej z pkt 14.1 SIWZ, oceny oferty Odwołującego w zakresie Kryterium Metodyka.

W swoim odwołaniu zwrócił uwagę, że zwycięska oferta otrzymała 59,21 pkt w kryterium „Cena” oraz 36,66 pkt w kryterium „Metodyka”, podczas gdy oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pozycji drugiej listy rankingowej, otrzymując 56,75 pkt w kryterium „Cena” oraz 37,50 pkt w kryterium „Metodyka”.

Odwołujący nie podzielił wniosków Zamawiającego w zakresie takiej oceny ofert i zarzucił mu nieprawidłową ocenę Metodyki Odwołującego.

Zwrócił uwagę, że w pkt 14 SIWZ - IDW Zamawiający zawarł m.in. następujące zapisy odnoszące się do sposobu przyznawania punktów w Kryterium Metodyka.:

„ 1.2. Opis działań, jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w PFU/dokumentacji projektowej - maks. 6 punktów, 0 punktów oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań, jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w PFU; 1 punkt oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań, jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w PFU oraz za każde działanie jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w PFU wraz z uzasadnieniem celowości tego działania (maks. 3 pkt); 1 punkt oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w PFU oraz za każde działanie jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w PFU wraz z uzasadnieniem celowości tego działania (maks. 3 pkt)”,

„1.3. Identyfikacja przez Konsultanta potencjalnych obszarów ryzyka zgłoszenia roszczeń przez Wykonawców robót budowlanych - maks. 4 punkty, 1 punkt za każde właściwe zidentyfikowanie obszaru ryzyka wraz ze wskazaniem środka (lub środków) służącego do jego ominięcia lub zminimalizowania (maks. 4 pkt)”,

„2.3. Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego - maks. 3 punkty O punktów oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez Konsultanta skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego; 1 punkt oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez Konsultanta skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego oraz za każdą propozycję działania wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego (maks. 3 pkt).”

Co istotne zauważył, że w przypadku podkryterium 1.1. Zamawiający wprowadził odmienne zasady przyznawania punktów, a mianowicie wskazał w SIWZ, że będzie przyznawał 1 punkt za cyt.: „oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych i robót budowlanych oraz za każdą propozycję dodatkowych działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania na zapewnienie zgodności postępu prac projektowych i robót budowlanych z harmonogramami (maks. 5 pkt.).”

Według Odwołującego z powyżej zacytowanych zapisów SIWZ wynika, że tylko w przypadku działań wskazywanych przez wykonawców zakresie podkryterium 1.1. dla uzyskania punktów wymagane było wykazanie, że są to działania dodatkowe, wykraczające poza określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pozostałym zakresie, tj. w zakresie podkryterium 1.2, podkryterium 1.3 i podkryterium 2.3 – w ocenie Odwołującego - nie było wymagane zapisami SIWZ, by działania wskazywane przez wykonawcę miały charakter „dodatkowy”.

Zdaniem Odwołującego na etapie dokonywania badania i oceny ofert, Zamawiający odszedł od literalnego brzmienia zapisów SIWZ i dokonał ich wykładni rozszerzającej promując, iż w każdym podkryterium punkty przydzielane będą wykonawcom tylko za wskazane w ich metodyce działania „dodatkowe, wykraczające poza określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, a wniosek taki wypływa z karty indywidualnej oceny metodyki Odwołującego.

Jej analiza doprowadziła Odwołującego do wniosku, że w zakresie:

- podkryterium 1.2.2. - otrzymał on tylko 1 punkt z racji, iż cyt.: „wszystkie opisane powyżej działania poza pkt 1 mieszczą się w zakresie opisanym umową”,

- podkryterium 1.2.3. - Odwołujący otrzymał 0 punktów, gdyż cyt.: „wszystkie opisane powyżej działania mieszczą się w zakresie opisanym umową oraz działaniami Inżyniera zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC”,

- podkryterium 1.3.1. - Odwołujący otrzymał 1 punkt, gdyż w przypadku obszaru ryzyka nr 3, 4 i 6 - zdaniem Zamawiającego - wskazał środki zaradcze wynikające z obowiązków Konsultanta określonych umową o zamówienie publiczne,

- podkryterium 2.3.2. - Odwołujący nie otrzymał maksymalnej ilości punktów, gdyż działanie wskazane pod pozycją nr 1 oraz częściowo pod pozycją nr 7 mieści się w zakresie obowiązków Konsultanta.

Reasumując powyższe wskazał należy, iż identyczne zapisy SIWZ były już przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 6 sierpnia 2014r., sygn. akt KIO 1518/14, gdzie Izba zgodziła się, iż Zamawiający musi na etapie badania i oceny ofert trzymać się literalnego brzmienia zapisów SIWZ, co oznacza, iż nie może on przyznawać punktów we wskazanych podkryteriach tylko za działania dodatkowe, nie wynikające z obowiązków wykonawcy określonych zapisami SIWZ, w tym wzoru umowy.

Według Odwołującego, jeżeli Zamawiający chciał oceniać tylko działania dodatkowe, zamiar taki powinien zostać wyrażony w zapisach SIWZ wprost, jak zostało to uczynione zakresie podkryterium 1.1.

Odwołujący całą Metodologię zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa i zastrzeżenie to zostało przyjęte przez Zamawiającego, a dalszą część uzasadnienia do niniejszego odwołania zawarł osobnym w treści odwołania z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Drugi zarzut dotyczył zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Transprojekt z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 2, doprecyzował brzmienie pkt 10.4 SIWZ akapit pierwszy wskazując: „Każda cena jednostkowa powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu Cenowym, w tym również wszystkie koszty towarzyszące”.

Podniósł, że wskazanym zapisem Zamawiający wykluczył możliwość dokonania przez wykonawców kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o metodę tzw. przerzucania kosztów pomiędzy poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego. Tym samym w danej cenie jednostkowej winny być ujęte wszelkie koszty związane z wykonaniem prac opisanych w pozycji, której dotyczy

wycena i nie mogą się w niej znaleźć koszty wykonania prac, czy usług opisanych w innych pozycjach kosztorysu.

Zdaniem Odwołującego Transprojekt od tego wymogu odstąpił, na co wskazują jego wyjaśnienia złożone Zamawiającemu pismem z dnia 21 lipca 2014r.

Wskazał, że w wyjaśnieniach tych podano, że koszty utrzymania biura Zamawiającego wynoszą łącznie 1500 zł/miesiąc, przy czym zdaniem wykonawcy nie mógł on ująć tych kosztów w pełnej wysokości w odpowiedniej pozycji Formularza cenowego (poz.1b) z uwagi na brzmienie wymogu z pkt.10.4 akapit trzeci SIWZ, stąd cyt.: „koszty te zmuszeni byliśmy umieścić w innych pozycjach oferty”.

Zarzucił, że wykonawca ten wskazał wprost, w jakich pozycjach Formularza ofertowego uwzględnił część kosztów zapewnienia biura Zamawiającego( „w szczegółowej kalkulacji...” mowa jest tylko o koszcie biura jako takiego) niemniej kierując się pozostałymi wyjaśnieniami wykonawcy przyjąć można, że koszty te zostały ujęte w kosztach usługi nadzoru (cenach jednostkowych za „dniówkę” pracy członka zespołu konsultanta).

Z powyższego wnioskował, że oferta wykonawcy konkurencyjnego jest niezgodna z treścią pkt.10.4 akapit pierwszy SIWZ i oceny tej nie zmienia brzmienie pkt.10.4 akapit trzeci SIWZ-IDW, bowiem zgodnie z przywołanym zapisem SIWZ: „wartość sumy pozycji 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” nie może przekroczyć 10% ceny oferty netto”, a wskazany zapis SIWZ nie był przedmiotem zaskarżenia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, jedynie pytaniem nr 14 jeden z wykonawców wskazał, że koszty administracyjne w tego typu umowach mogą stanowić więcej niż 10% ceny oferty, a co za tym idzie ustalenie ich na tym poziomie będzie nierealne.

Zaznaczył przy tym, że w odpowiedzi na to pytanie, Zamawiający podtrzymał zapis SIWZ. Według Odwołującego wskazanym zapisem SIWZ Zamawiający przesądził, że pozycja 1 Formularza cenowego obejmująca: koszt utrzymania biura Konsultanta (1a), koszt utrzymania biura Zamawiającego (1b) i personel biurowy i pomocniczy (1c) jest w rzeczywistości pozycją ryczałtową - stałą w całym okresie umowy.

Stwierdził przy tym, że rozwiązanie to lepiej odpowiada charakterowi kosztów ponoszonych przez wykonawcę w związku z utrzymaniem biur i zaplecza administracyjnego, koszty te bowiem mają w zasadzie charakter stały w całym okresie realizacji umowy.

Dodatkowo podkreślił, że wynagrodzenie za wykonanie przez wykonawcę usługi nadzoru ma - jak wynika ze wzoru umowy — charakter wynagrodzenia kosztorysowego, tj. wysokość ostatecznego wynagrodzenia, jakie z tego tytułu otrzyma wykonawca wynika z ilości dniówek „wypracowanych” przez członków personelu.

Ujmując w cenie jednostkowej dniówki członka personelu konsultanta koszt utrzymania biura Zamawiającego wykonawca nie wie – według Odwołującego, ile dniówek przepracuje w danym okresie rozliczeniowym dany członek personelu - jaka część kosztów przypadających na koszty administracyjne pokryta zostanie z wynagrodzenia członka personelu, a zatem ujęcie w cenie kosztorysowej kosztów stałych związanych z utrzymaniem biura może doprowadzić do takiej sytuacji, że w okresie, w którym wykonawca „wykorzysta” więcej dniówek personelu otrzyma on większy zwrot kosztów związanych z utrzymaniem biura Zamawiającego niż w rzeczywistości ponosi.

Zaznaczył przy tym, że sytuacji tej przeciwdziałać miało właśnie wprowadzenie do kosztorysu ofertowego ryczałtowej pozycji 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia”.

Nie można twierdzić – zdaniem Odwołującego, że zapis pkt 10.4 akapit pierwszy SIWZ - IDW był bez znaczenia w przypadku sposobu kalkulacji kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia i pomijać go przy dokonywaniu oceny treści oferty wykonawcy.

Z ostrożności wskazał, że w opisanej sytuacji nie istnieje możliwość zastosowania względem wykonawcy Transprojekt instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, skoro na podstawie treści oferty Zamawiający nie jest w stanie ustalić, na jakim poziomie kształtowałyby się ceny jednostkowe innych pozycji Formularza ofertowego niż poz. 1b, gdyby wykonawca w sposób prawidłowy zastosował się do zapisów pkt 10.4 akapit pierwszy SIWZ - IDW. III.

Trzeci zarzut został podniesiony w odniesieniu do braku odpowiednich wyjaśnień wskazujących, że cena wykonawcy Transprojekt nie ma charakteru rażąco niskiej.

Zwrócił uwagę, że wykonawca TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 7 444 633, 50 zł brutto, przy czym jego oferta zawiera najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w warunkach przeznaczenia przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia kwoty 11 773 400,10 zł.

Wyjaśnił, że wobec powyższego, jak i kierując się wysokością średniej ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o zamówienie Zamawiający powziął jak najbardziej uzasadnione - wątpliwości, co do realności ceny zaoferowanej przez TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., w związku z czym zwrócił się on do tego Wykonawcy - w trybie art. 90 ust. 1 Pzp - o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny.

Wskazał, że Zamawiający zastosował powyższy tryb dwukrotnie, tj. pismem z dnia 18 czerwca 2014r. oraz - wobec braku wykazania przez TRANSPROJEKT GDAŃSKI, że jego cena nie nosi znamion rażąco niskiej - pismem z dnia 15 lipca 2014r.

Zaznaczył, że Zamawiający kierując do wykonawcy drugie z wezwań wskazał, wprost jakich informacji dodatkowych oczekuje od wykonawcy (Przykładowo Zamawiający oczekiwał odpowiedzi na pytanie, na ile posiadane środki transportu i zasoby sprzętowe pozwoliły zoptymalizować wykonawcy ofertę, jakie narzuty na wynagrodzenie uwzględnił wykonawca w swojej ofercie i w jakiej wysokości).

Nadto zauważył, że Zamawiający prosił także o podanie innych czynników, które zdaniem Wykonawcy mają wpływ na kalkulację ceny całkowitej oferty oraz w związku z charakterem zamówienia oraz sposobem rozliczenia Umowy także cen jednostkowych „dniówek” wskazanych w Formularzu ofertowym wykonawcy.

W kontekście powyższego zarzucił, że odpowiadając na to wezwanie z dnia 15 lipca 2014r., wykonawca Transprojekt w zakresie wskazanych powyżej pytań, wyjaśnił jedynie, że cyt.: „posiadane środki transportu, zasoby sprzętowe oraz wyposażenie pozwoliły na wyłączenie z oferty kosztów ich zakupu”, przy czym wykonawca nie wskazał, jakie koszty w związku z tym musiały ponieść, gdyby wskazanych zasobów nie posiadał.

Na marginesie dodał, iż wskazana okoliczność nie jest okolicznością szczególną dla tego wykonawcy, w zasadzie wszyscy wykonawcy składający ofertę w tym postępowaniu - z racji stałego świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia - dysponują sprzętem i pojazdami niezbędnymi do jego realizacji.

Podobnie zarzucił, że wykonawca Transprojekt nie odpowiedział na pytanie Zamawiającego, w jakiej wysokości założył on w ofercie wysokość narzutów na wynagrodzenie członków zespołu konsultanta, a poprzestał on jedynie na ogólnej deklaracji, iż uwzględnił wszystkie obowiązkowe obciążenia, które zostały narzucone na pracodawcę z tytułu zatrudnienia pracowników.



Zdaniem Odwołującego odpowiedzią na zadane pytanie nie są dane zawarte w pozycji kalkulacji ceny ofertowej „Płace i pochodne”, skoro w pozycji tej podana jest wartość łączna.

Nadto, mimo przedstawienia w wyjaśnieniach „Szczegółowej kalkulacji kosztu pracy Personelu Konsultanta” nie sposób przyjąć – w opinii Odwołującego, że wykonawca Transprojekt przedstawił wyjaśnienia odpowiadające także dalszym wymogom wyrażonym w powołanym powyżej wezwaniu do złożenia wyjaśnień, jak i ogólnym wymogom przepisów prawa, a w szczególności wykonawca ten nie wskazał, czynników, które zdaniem Wykonawcy mają wpływ na kalkulację ceny całkowitej oferty w związku ze sposobem rozliczenia Umowy, a także cen jednostkowych „dniówek” wskazanych w Formularzu ofertowym wykonawcy.

Podkreślił, że w niniejszej sprawie właśnie szczególny system rozliczenia przewidziany wzorem umowy powoduje wzrost kosztów zatrudnienia personelu wykonawcy, bowiem wysokość wynagrodzenia otrzymywanego przez wykonawcę jest uzależniona od ilości „wypracowanych” w danym miesiącu dniówek, przy czym zdarzyć może się tak, że w danym miesiącu dany członek zespołu przepracuje tylko kilka dniówek. Jednocześnie z uwagi na brzmienie § 10 ust. 16 wzoru umowy wykonawca nie może skierować części członków personelu do innych zajęć zarobkowych, a co za tym idzie zatrudniając personel kluczowy na podstawie umowy o pracę, zobowiązany jest do wypłaty pracownikom umówionego wynagrodzenia niezależnie od tego, w jakim wymiarze osoba ta pracowała na rzecz Kontraktu, a co za tym idzie „za” ile dniówek pracy tej osoby na rzecz kontraktu otrzyma wynagrodzenie od Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego w przypadku członków personelu zatrudnianych na umowę o pracę wykonawca ma dużo mniejszą elastyczność w modelowaniu zasad rozliczeń z takim członkiem personelu, a co za tym idzie wykazując, że jego cena ofertowa nie jest rażąco niska wykonawca Transprojekt powinien wykazać, jakie koszty poniesie w związku z zawartymi z członkami personelu umowami o pracę w całym okresie realizacji przedmiotu umowy i że koszt ten pokryje wynagrodzenie ustalone w oparciu o system „dniówek”, nawet w razie zastosowania przez Zamawiającego mechanizmu opisanego w § 4 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy, a więc w sytuacji uznania przez Zamawiającego, że Konsultant świadczył usługę wyłącznie w Standardzie Podstawowym.

W ocenie Odwołującego wymogu w tym zakresie nie spełnia przedstawienie przez wykonawcę tylko i wyłącznie „Szczegółowej kalkulacji kosztu pracy Personelu Konsultanta”,

która jest niczym innym, jak „rozbiciem” cen jednostkowych „dniówek” podanych w Formularzu cenowym w taki sposób, by koszty cząstkowe „złożyły” się na cenę jednostkową.

Konkludując ten wątek stwierdził, że wykonawca w wyjaśnieniach nie wykazał, ani by koszty cząstkowe składające się na cenę jednostkową „dniówki” były wystarczające na pokrycie rzeczywistego ponoszonego przez wykonawcę kosztu pracy danego członka personelu, ani by ustalenie ich w takiej wysokości zapewniało otrzymanie od Zamawiającego - przy zastanym modelu dokonywania rozliczeń - wynagrodzenia niezbędnego do tego, by pokryć koszty zatrudnienia członków personelu dedykowanego realizacji tego właśnie zamówienia.

Reasumując zaznaczył, że zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a na równi z brakiem wyjaśnień należy traktować sytuację, gdy złożone wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe, w tym w szczególności ze względu na poziom swojej ogólności mogą odnosić się nie tylko do danego postępowania.

Poza tym zarzucił, że przedmiotowe wyjaśnienia nie zawierały wskazania obiektywnych czynników dostępnych tylko temu wykonawcy, które pozwoliły mu na zaoferowanie aż tak niskiej, a zarazem nierynkowej ceny.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2014r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Transprojekt Gdański sp. z o.o.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

#### **KIO 1641/14**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, zmianę SIWZ z dnia 21 marca 2014r., wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ z dnia 10 kwietnia 2014r., ofertę Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2014r., pisma Odwołującego z dnia 27 czerwca 2014r. wraz z wyjaśnieniami, w tym załącznika nr 1 z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 sierpnia 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.89 ust.1 pkt. 2, 3 i 8 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu sprzeczności treści złożonej oferty z treścią SIWZ, a także z tego powodu, że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego opierając się na przepisach art.89 ust.1 pkt.2, art.89 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp w związku z art.3 oraz art.15 ust.1 pkt.1 ustawy u.z.n.k., art.89 ust.1 pkt.8 w związku z art.14 ustawy Pzp oraz art.5 k.c.

Izba stwierdziła przy tym, że Zamawiający uznał istnienie sprzeczności pomiędzy wpisanymi przez Odwołującego do Formularza Cenowego pod liczbami porządkowymi dotyczącymi 7 ekspertów( Inżynier Rezydent, Inspektor Nadzoru Robót Drogowych nr 1, Inspektor Nadzoru Robót Mostowych nr 1, Technolog, Prawnik, Specjalista ds. przygotowania umów, współpracy z gestorami sieci, Herpetolog) cenami jednostkowymi a wymogiem postanowień SIWZ - pkt.10.4 IDW zgodnie, z którym każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu Cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące.

Według Zamawiającego wskazane w powyższych pozycjach ceny jednostkowe o wartości 1 zł nie obejmowały wszystkich kosztów związanych z wykonaniem danej pozycji.

Powyższe wynika z treści uzasadnienia do odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 1 sierpnia 2014r.

Izba ustaliła również, że Odwołujący obszernie wyjaśniał w piśmie z dnia 27 czerwca 2014r.(pismo – 15 kart) oraz z załączniku nr 1 objętym tajemnicą przedsiębiorstwa (14 kart) kwestie związane z ceną ofertową.

Z podanej przez Zamawiającego podstawy prawnej rozstrzygnięcia przetargu w części dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający uznał powyższe dokumenty za wystarczające do przyjęcia, że zaoferowana cena nie stanowi rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w powyższych wyjaśnieniach doszukał się jedynie kolizji treści zaproponowanych powołanych wyżej cen jednostkowych z treścią pkt.10.4 IDW.

Analizując motywację Zamawiającego prowadzącą do odrzucenia oferty Odwołującego, Izba doszła do przekonania, że nie zawierała ona w sobie elementów odnoszących się do złożonych przez Odwołującego obszernych wyjaśnień.

Istota sporu pomiędzy stronami – w ocenie Izby – sprowadzała się do odmiennej oceny zastosowania przez Odwołującego postanowienia pkt.10.4 IDW przy formułowaniu w Formularzu Cenowym oświadczenia woli, co do cen jednostkowych odnoszących się do powyższych stanowisk.

Według zapatrywania Izby Odwołujący poprawnie zinterpretował treść postanowienia pkt.10.4 IDW i stosując się do jego dyrektywy zaproponował powyższe ceny jednostkowe.

Izba reprezentuje pogląd, że brzmienie pkt.10.4 IDW – „każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu Cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące”, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie jest jednoznaczne, bowiem może być ono wykładane również w ten sposób, że wpisana wartość w jednostkach pieniężnych w danej pozycji Formularza Cenowego nie musi stanowić sumy wszystkich planowanych poniesionych przez wykonawcę kosztów cząstkowych i może oznaczać cenę jednostkową skalkulowaną z uwzględnieniem wszelkich wymaganych kosztów, przy czym umiejscowienie tych kosztów czy w ramach innej pozycji cenowej oferty, czy też poza przedmiotowym zamówieniem ma znaczenie wtórne.

Podstawowe znaczenie w takiej sytuacji ma zobowiązanie wykonawcy do pokrycia wszelkich kosztów związanych z tą konkretną pozycją cenową, które – w ocenie Izby – zawiera samo oświadczenie Odwołującego deklarującego podaną cenę jednostkową.

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że Zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia, w tym wymaganych cen jednostkowych w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając

wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co wynika *expressis verbis* z przepisu art.29 ust.1 ustawy Pzp.

W kontekście powyższego należy zwrócić uwagę, że ta niejednoznaczność została przez jednego z wykonawców dostrzeżona, a Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 55 do SIWZ „czy wykonawca po przeprowadzeniu odpowiednich analiz i uwzględnieniu w swoim działaniu takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy może przyjąć ceny jednostkowe netto w formularzu Cenowym na poziomie ) 0,00 PLN (słownie: „zero złotych polskich”) lub bliskim zera?” w piśmie z dnia 10 kwietnia 2014r. nie udzielił wykonawcom stanowczej odpowiedzi przeczącej, że nie można przyjąć cen zero złotych lub bliskich zero, lecz wyjaśnił, że „oferty wykonawców, w tym również wyceny pozycji w formularzu cenowym, będą oceniane przez Zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp oraz zapisami SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Opis sposobu obliczenia ceny oferty został zawarty w pkt. 10 IDW(Tom I SIWZ)”.

Zdaniem Izby z powyższego oświadczenia woli Zamawiającego wynika w sposób jednoznaczny, że skoro nie zanegował możliwości zaoferowania cen jednostkowych na wskazanym w pytaniu poziomie, to znaczy, że dopuścił możliwość zaoferowania takich cen, o jakie pytał wnioskodawca.

Z powyższych względów, jeżeli Zamawiający sam dokonał wykładni legalnej przedmiotowego postanowienia SIWZ, to nie może go na etapie oceny ofert zmieniać, a zatem należy przyjąć, że zaproponowane w ofercie ceny jednostkowe pozostawały w zgodzie z treścią SIWZ.

Dodatkowo wymaga podkreślenia, że żadne postanowienie SIWZ nie zawiera zakazu przesunięcia wartości cenowych pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza cenowego, ani zastrzeżenia o braku możliwości uwzględnienia w cenie jednostkowej kosztów ponoszonych przez Odwołującego poza przedmiotowym zamówieniem, które ma istotny wpływ na obniżenie ceny jednostkowej.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut złożenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby Zamawiający nie wykazał przesłanek z art. 3 ust. 1 i w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy u.z.n.k.

Przede wszystkim Izba nie uznała za czyn nieuczciwej konkurencji umieszczenia w formularzu cenowym cen jednostkowych w niektórych pozycjach na poziomie 1 zł w warunkach dopuszczenia takiej praktyki przez Zamawiającego, co potwierdza odpowiedź na pytanie 55.

Zamawiający nie udowodnił w żaden sposób, że powyższa praktyka biznesowa Odwołującego w jakikolwiek sposób narusza prawo czy dobre obyczaje.

Wymaga zauważenia, że powyższa instrukcja Zamawiającego została zakomunikowana wszystkim wykonawcom na równych zasadach, a zatem każdy z oferentów miał możliwość takiego skalkulowania ceny, aby ta stanowiła najkorzystniejszą ofertę.

Poza tym – w ocenie Izby – Zamawiający nie wykazał jakiegokolwiek deliktu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy u.z.n.k., bowiem w szczególności sposób zaoferowania cen jednostkowych był dostępny innym wykonawcom na zasadach równych, a zatem brak było elementu działania w celu eliminacji z rynku, a także utrudniania do niego dostępu, a proponowane ceny jednostkowe nie miały charakteru przesądzającego o wartości ceny całkowitej, która nie była poniżej kosztów świadczenia, co potwierdza stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu przetargu nie wskazujące na istnienie rażąco niskiej ceny.

Ostatecznie Izba uznała, że ostatni zarzut odwołania również jest bezzasadny, a to z racji nieopisania przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego naruszonej zasady współżycia społecznego, a także społeczno – gospodarczego przeznaczenia prawa.

Podsumowując powyższą motywację rozstrzygnięcia Izba uważa, że w warunkach wolnej gospodarki rynkowej każde zachowanie przedsiębiorcy, które nie jest reglamentowane prawem bezwzględnie obowiązującym, jest prawnie dopuszczalne.

Z powyższych względów należy uznać, jeżeli nie zachodziły warunki do zastosowania przepisów art.89 ust.1 pkt. 2, 3 i 8 ustawy Pzp, to Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego.

## KIO 1651/14

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, zmianę SIWZ z dnia 21 marca 2014r., wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ z dnia 10 kwietnia 2014r., ofertę Odwołującego i Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2014r., pisma Odwołującego z dnia 26 czerwca 2014r. wraz z wyjaśnieniami, w tym wykazu posiadanych urządzeń komputerowych i sieciowych oraz oprogramowania, wezwania Zamawiającego z dnia 15 lipca 2014r., pisma Odwołującego z dnia 21 lipca 2014r. wraz z wyjaśnieniami, w tym załącznikiem nr 1 stanowiącym szczegółową kalkulację kosztów pracy personelu Konsultanta, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 sierpnia 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.91 ust.1 w związku z art.7 ustawy Pzp, przy czym nie stwierdziła jednak naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 w związku z art.87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp, art.90 ust.3 w związku z art.89 ust.1 pkt. 4 i w związku z art.7 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie były do rozstrzygnięcia trzy zagadnienia prawne: pierwsze odnosiło się do oceny czynności Zamawiającego w zakresie przeprowadzonej przez niego punktacji oferty Odwołującego dotyczącej kryterium oceny ofert związanego z Metodyką, drugie odnosiło się do oceny oferty wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. w zakresie możliwości wystąpienia w niej sprzeczności z treścią SIWZ, a wreszcie ostatnie dotyczyło oceny czynności Zamawiającego pod kątem możliwości przeprowadzenia przez niego nierzetelnego, sprzecznego z prawem postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę i dokonania w następstwie tej procedury nieprawidłowej oceny zaoferowanej ceny przez wykonawcę Transprojekt Gdański sp. z o.o. i uznania braku istnienia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu związanego z oceną oferty Odwołującego w zakresie kryterium metodyka, Izba uznała, ten zarzut za uzasadniony.

Izba ustaliła, że w pkt. 14.1.1. SIWZ obok kryterium „Cena”, Zamawiający wprowadził dodatkowe kryterium „Metodyka” informując wykonawców tym postanowieniem SIWZ, że w

ramach tego kryterium punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 40 pkt., na podstawie opracowania „Metodyka” złożonego wraz ofertą(sporządzonego na formularzu zgodnym z treścią Formularza 2.2. „Metodyka”) sporządzonego przez wykonawcę w oparciu o poniżej opisane podkryteria. W ramach kryterium Metodyka punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 40 pkt. Niezłożenie opracowania „Metodyka” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w tym kryterium.

Izba stwierdziła, że Odwołujący takie opracowanie „Metodyka” złożył przy ofercie i otrzymał za nie 37,50 punktów w przedmiotowym kryterium.

Przed wszystkim analizując karty indywidualnej oceny powyższego opracowania Odwołującego, sporządzone przez członków Komisji Przetargowej, w poszczególnych podkryteriach częściowych Izba, uznała, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie jest nazbyt lakoniczne i mało transparentne, co oznacza, że odjęta Odwołującemu punktacja mogła zostać dokonana w sposób sprzeczny z przyjętym kryterium oceny oferty.

Jednocześnie takie uzasadnienie punktacji przyznanej przez Zamawiającego, jakie znajduje się w indywidualnych kartach oceny opracowania uniemożliwia obiektywne zweryfikowanie prawidłowości przeprowadzonej przez niego oceny w poszczególnych podkryteriach.

Jeżeli chodzi o powyższe wadliwości dokonanej oceny przez Zamawiającego, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający motywując własną ocenę poszczególnych podkryteriów podanych w opracowaniu Metodyka powinien wskazać wyraźnie między innymi zakresy pozostawania przedstawionego przez wykonawców rozwiązania w danym dokumencie, na który powołuje się Zamawiający(vide: ocena podkryterium 1.1.2 pkt.1).

Nadto według Izby Zamawiający w swoich ocenach podkryteriów powinien wyraźnie określić zakres zobowiązania wykonawcy, w którym mieści się już podane przez wykonawcę rozwiązanie(vide: ocena podkryterium 1.1.2 pkt. 3 i 5) z podaniem konkretnego postanowienia wzoru umowy i przytoczeniem danego działania wykonawcy.

Uzasadnienie do oceny Zamawiającego wymaga również opisanego przez niego braku adekwatności do stawianego celu(vide: ocena podkryterium 1.1.2 pkt. 2, podkryterium 1.2.2 pkt. 2).

Dodatkowo należy wskazać, że powołanie się przez Zamawiającego na okoliczność pozostawania proponowanego rozwiązania w zakresie standardowych działań Konsultanta,



czy odnoszenie się do sfery jego obowiązków wymaga uszczegółowienia i wykazania, że w istocie takie działanie zostało już skonsumowane wcześniej przewidzianym obowiązkiem konsultanta( vide: ocena podkryterium 1.2.2 pkt. 3 i 4, podkryterium 1.2.3 pkt. 1 i 2, podkryterium 1.3.1 obszar ryzyka nr 3 i 4, podkryterium 2.3.2 pkt.1).

Według zapatrywania Izby również wskazania przez Zamawiającego wymagają procedury dotyczące wprowadzenia zmian we wzorze z ich odniesieniem do zaproponowanych przez Odwołującego działań(vide: ocena podkryterium 1.2.3 pkt. 3).

Zamawiający powinien również wyjaśnić, na czym polegał – w jego ocenie - brak opisu podjętych działań(vide: ocena podkryterium 1.2.3 pkt. 4).

Wymaga również rozbudowanej argumentacji uzasadniającej ocena Odwołującego zawarta w podkryterium 1.2.5 pkt. 5.

Zamawiający powinien również uzasadnić swoje stanowisko z podkryterium 1.3.1 w zakresie Obszaru ryzyka nr 1 i nr 6.

W ocenie Izby zaproponowane działanie w obszarze ryzyka nr 5 (vide: ocena podkryterium 1.3.1 pkt. 5) jest zasadne z racji wskazania tam konkretnego środka, jeżeli Zamawiający miałby odmienną ocenę tej sytuacji, to powinien to wywieść w swojej motywacji.

Izba nie podzieliła również oceny Zamawiającego w zakresie oceny podkryterium 2.3.2 pkt. 4 z argumentacją o możliwości okazania się działania za zawodne w okolicznościach wskazanych w ocenie, uznając ją za absurdalną. Możliwość wystąpienia siły wyższej zachodzi w każdym przypadku.

Izba przy tym podzieliła argumentację Zamawiającego o konieczności podania w opracowaniu dodatkowych działań w celu uzyskania dodatkowych punktów, co wynika z uwagi zawartej w pkt. 14.1.1 SIWZ w pkt. 1 - Uwagi, gdzie Zamawiający poinformował wykonawców, że w sytuacji, gdy w opracowaniu „Metodyka” wykonawca proponuje dodatkowe działania nieadekwatne do celu, jaki ma zostać osiągnięty w ramach danego podkryterium, wówczas Zamawiający nie przyzna punktów za zaproponowane działanie.

Nadto Izba stwierdziła pewne sprzeczności w zakresie ocen poszczególnych członków Komisji Przetargowej dokonujących przedmiotowej oceny w podkryterium 1.2.3 pkt. 1, gdzie w jednej ocenie podano standardowość działań konsultanta nie przyznając

punktu, w drugiej ocenie uznano, że dotyczy to etapu przetargowego, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia, gdzie również nie przyznano punktu, a w trzeciej ocenie przyznano 1 pkt. uznając, że działanie wykracza poza OPZ.

W ocenie Izby powyższa ocena w powołanym wyżej podkryterium wymaga dodatkowego rozważenia i szczegółowego uzasadnienia.

Izba dopuszcza odmiennosc i autonomicznosc ocen czlonkow Komisji, jednak musza one posiadac mocne podstawy i byc weryfikowalne.

Wszystkie przytoczone wyzej braki – zdaniem Izby – przesadzaja o naruszeniu przez Zamawiajacego przepisu art.91 ust.1 ustawy Pzp odnosnie oceny oferty Odwolujacego.

Przechodzac do omowienia kolejnych zarzutow Izba uznala, ze te zarzuty nie potwierdzily sie.

Przede wszystkim – wedlug zapatrywania Izby - nie moze byc mowy o razaco niskiej cenie w warunkach, kiedy kilka ofert jest do siebie zblizonych cenowo i brak jest innych okolicznosci wskazujacych na mozliwosc wystapienia razaco niskiej ceny.

Izba stwierdzila, ze w przedmiotowym przetargu kilka ofert z najnizszymi cenami zawieralo ceny zblizone wartosciowo: URS Polska sp. z o.o. – 7 530 486,81 zł, Egis Poland – 7 642 728 zł, Transprojekt Gdański sp. z o.o. – 7 744 633 zł, w tym oferta Odwolujacego – 8 081 100 zł.

Wedlug Izby powyzsze ceny mogly budzic uzasadnione watpliwosci Zamawiajacego, co do istnienia razaco niskiej ceny, a wobec tego mial on podstawy prawne do przeprowadzenia postepowania wyjasniajacego.

Zgodnie z art. 90 ust.1 ustawy Pzp Zamawiajacy w celu ustalenia, czy oferta zawiera razaco niska cene w stosunku do przedmiotu zamowienia, zwraca sie do wykonawcy o udzielenie w okreslonym terminie wyjasnień dotyczacych elementow oferty majacych wplyw na wysokość ceny.

Zamawiajacy dwukrotnie skorzystal z powyzszego uprawnienia i wystapil do wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. o wyjasnienie przedmiotowej ceny(pismo z dnia 18 czerwca 2014r. i 15 lipca 2014r.).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Transprojekt Gdański sp. z o.o. pismem z dnia 26.06.2014r. udzielił odpowiedzi na pismo Zamawiającego oraz przedstawił wyjaśnienia w piśmie z dnia 21.07.2014r. wraz załączoną przez niego szczegółową kalkulacją, które stanowiły - w ocenie Izby – wystarczającą podstawę do uznania braku przez Zamawiającego wystąpienia rażąco niskiej ceny.

We wskazanym wyżej zakresie Izba podzieliła w całej rozciągłości argumentację Przystępującego wynikającą z powołanych wyżej wyjaśnień i kalkulacji.

Wobec powyższego należało przyjąć, że przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające odnośnie rażąco niskiej ceny oferty zostało przeprowadzone w sposób kompleksowy i było ono niejako przeprowadzone z ostrożności w aspekcie złożenia przez czterech wykonawców ofert ze zbliżonymi cenami.

Jednocześnie należy zauważyć, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008r., sygn. akt XIX Ga 128/08, wyrok KIO 385/14 z dnia 13 marca 2014).

W rozpoznawanej sprawie z uwagi na zbliżenie cenowe w czterech ofertach powyższa sytuacja wystąpienia rażąco niskiej ceny nie zachodzi.

Poza tym należy również zwrócić uwagę, że o rażąco niskiej cenie nie przesądzają ceny jednostkowe, lecz całkowita cena ofertowa. Takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie ( vide: wyrok z 14 marca 2014r., sygn. akt KIO 382/14, wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3021/13).

Ostatni zarzut dotyczący sprzeczności złożonej przez konkurenta oferty z treścią SIWZ, Izba uznała również za nietrafny, przyjmując, że postanowienie pkt.10.4 IDW nie wymaga wartościowego wpisania w pozycji wszystkich kosztów składających się na cenę jednostkową, lecz umieszczenia w formularzu ceny jednostkowej obejmującej te koszty, niezależnie gdzie one się znajdują.

Według zapatrywania Izby Odwołujący poprawnie zinterpretował treść postanowienia pkt.10.4 IDW i stosując się do jego dyrektywy zaproponował powyższe ceny jednostkowe, a w szczególności odnoszące się do kosztów utrzymania biura Zamawiającego.

Izba reprezentuje pogląd, że brzmienie pkt.10.4 IDW – „każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu Cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące”, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie jest jednoznaczne, bowiem może być ono wykładane również w ten sposób, że wpisana wartość w jednostkach pieniężnych w danej pozycji Formularza Cenowego nie musi stanowić sumy wszystkich planowanych poniesionych przez wykonawcę kosztów częściowych i może oznaczać cenę jednostkową skalkulowaną z uwzględnieniem wszelkich wymaganych kosztów, przy czym umiejscowienie tych kosztów czy w ramach innej pozycji cenowej oferty, czy też poza przedmiotowym zamówieniem ma znaczenie wtórne.

Podstawowe znaczenie w takiej sytuacji ma zobowiązanie wykonawcy do pokrycia wszelkich kosztów związanych z tą konkretną pozycją cenową, które – w ocenie Izby – zawiera samo oświadczenie Odwołującego deklarującego podaną cenę jednostkową.

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że Zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia, w tym wymaganych cen jednostkowych w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co wynika *expressis verbis* z przepisu art.29 ust.1 ustawy Pzp.

W kontekście powyższego należy zwrócić uwagę, że ta niejednoznaczność została przez jednego z wykonawców dostrzeżona, a Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 55 do SIWZ „czy wykonawca po przeprowadzeniu odpowiednich analiz i uwzględnieniu w swoim działaniu takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy może przyjąć ceny jednostkowe netto w formularzu Cenowym na poziomie ) 0,00 PLN (słownie: „zero złotych polskich”) lub bliskim zera?” w piśmie z dnia 10 kwietnia 2014r. nie udzielił wykonawcom stanowczej odpowiedzi przeczącej, że nie można przyjąć cen zero złotych lub bliskich zero, lecz wyjaśnił, że „oferty wykonawców, w tym również wyceny pozycji w formularzu cenowym, będą oceniane przez Zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp oraz zapisami SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Opis sposobu obliczenia ceny oferty został zawarty w pkt. 10 IDW(Tom I SIWZ)”.

Zdaniem Izby z powyższego oświadczenia woli Zamawiającego wynika w sposób jednoznaczny, że skoro nie zanegował możliwości zaoferowania cen jednostkowych na wskazanym w pytaniu poziomie, to znaczy, że dopuścił możliwość zaoferowania takich cen, o jakie pytał wnioskodawca.

Z powyższych względów, jeżeli Zamawiający sam dokonał wykładni legalnej przedmiotowego postanowienia SIWZ, to nie może go na etapie oceny ofert zmieniać, a zatem należy przyjąć, że zaproponowane w ofercie ceny jednostkowe pozostawały w zgodzie z treścią SIWZ.

Dodatkowo wymaga podkreślenia, że żadne postanowienie SIWZ nie zawiera zakazu przesunięcia wartości cenowych pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza cenowego, ani zastrzeżenia o braku możliwości uwzględnienia w cenie jednostkowej kosztów ponoszonych przez Odwołującego poza przedmiotowym zamówieniem, które ma istotny wpływ na obniżenie ceny jednostkowej.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba uznała treść przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie dowodu z dnia 2 września 2014r. za próbę rozszerzenia zarzutów odwołania, bowiem Odwołujący w odwołaniu nie sformułował zarzutu sprzeczności treści oferty z pkt.2.2.3 OPZ.

Reasumując Izba nie znalazła dostatecznego uzasadnienia prawnego do odrzucenia przez Zamawiającego oferty konkurenta na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 i pkt. 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła oba odwołania uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**