

WYROK
z dnia 20 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2016 r. przez wykonawcę **P. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PM Partners P. P., ul. gen. J. Filipowicza 5 lok. 2, 05-400 Otwock** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Egis Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **P. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PM Partners P. P., ul. gen. J. Filipowicza 5 lok. 2, 05-400 Otwock**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PM Partners P. P., ul. gen. J. Filipowicza 5 lok. 2, 05-400 Otwock** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **P. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PM Partners P. P., ul. gen. J. Filipowicza 5 lok. 2, 05-400 Otwock** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zadanie VI.1.16 Inżynier dla zadania: *Modernizacja Zakładu Północnego. Modernizacja Pompowni I i III stopnia*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 077-138119.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 65 oraz 353¹ k.c. w związku z Częścią I SIWZ *Instrukcja dla Wykonawców* - pkt 4.1 IDW oraz Częścią III SIWZ *Opis Przedmiotu Zamówienia* - pkt 6.1.4 OPZ, poprzez ich niewłaściwą wykładnię i błędne zastosowanie oraz błędną ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów, potwierdzających dokumentami, że oferta Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i nie jest z nią sprzeczna, a także, iż nie zawiera rażąco niskiej ceny i że spełnia wymagania SIWZ w zakresie posiadania personelu dedykowanego do realizacji zamówienia w całym okresie jego trwania, zwłaszcza, że:

- a) Wykonawca wykazał oświadczeniami członków personelu dedykowanych do realizacji zamówienia, że dysponuje personelem eksperckim (Eksperci nr 2 - 10), niezbędnym do realizacji zamówienia przez cały okres jego trwania, a więc przez okres 44 miesiące, zgodnie z wymaganiami pkt 4.1 IDW, a nie jak błędnie ustalił Zamawiający, że tylko na okres 36 miesięcy - w związku z czym oferta Odwołującego odpowiada SIWZ,
- b) zapewnienie przez Odwołującego usług Ekspertów nr 2 - 10 na cały okres realizacji zamówienia, przy wyliczeniu ich wynagrodzeń za czas wymaganych w pkt 6.1.4 OPZ stałych przeglądów budowy i obecności na terenie budowy (36 miesięcy) nie oznacza, iż Eksperci ci są przez Odwołującego zapewnieni jedynie na okres realizacji robót, gdyż są zapewnieni na cały okres realizacji zamówienia, zgodnie z ich oświadczeniami przedłożonymi za pismem Odwołującego z dnia 14 czerwca 2016 r., w związku z czym oferta Odwołującego odpowiada SIWZ,
- c) z pkt 6.1.4 OPZ wynika wyraźnie, że koszty stałego przebywania Ekspertów na

terenie budowy powinny być skalkulowane dla okresu realizacji robót - o czym świadczy użyte w tym punkcie OPZ sformułowanie „*dokonywały przeglądu budowy i były dostępne na terenie budowy*” - wyraźnie odnoszące się do okresu realizacji robót, wobec czego kalkulacja wynagrodzenia Ekspertów za okres prowadzenia robót (36 miesięcy) jest zgodna z SIWZ,

co razem skutkowało błędną oceną oferty Odwołującego jako nieodpowiadającą treści SIWZ, a także błędną oceną tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, co skutkowało bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, w sytuacji, kiedy odrzuceniu ona nie podlegała, a także wyborem oferty złożonej przez Egis Poland Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „Przystępujący”), która w świetle SIWZ nie mogła być uznana za najkorzystniejszą - co miało istotny wpływ na wynik postępowania przetargowego.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności, polegającej na wyborze oferty złożonej przez Przystępującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem Oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2016 r. w sprawie, m.in. odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty złożonej przez Przystępującego, przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego było uznanie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), a ponadto, że zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie takiej oceny oferty przez Zamawiającego wynika z tego, iż zdaniem Zamawiającego:

- a) Odwołujący zaoferował świadczenie usługi przez Ekspertów nr 2 - 10 przez okres krótszy niż wymagany w SIWZ (pkt 4.1 ID W), tzn., że zapewnił dysponowanie personelem eksperckim na okres 36 miesięcy, a nie na 44 miesięcy,
- b) Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji ceny oferty kosztów pracy wszystkich członków zespołu personelu Inżyniera Kontraktu w Okresie Zgłaszania Wad, wynikającym z umowy, jaką Zamawiający zawarł z wykonawcą robót budowlanych.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego, wskazując na następujące okoliczności:

Odwołujący podał, że po otwarciu ofert, Zamawiający, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego pismem z dnia 6 czerwca 2016 r. o wyjaśnienie i

przedstawienie dowodów w oparciu, o które Odwołujący wykazałby (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający zawarł w swoim wezwaniu z dnia 6 czerwca 2016 r. tabelę kosztów, którą Odwołujący miał wypełnić, a dane te poprzeć stosownymi dowodami.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, iż opis przedmiotu zamówienia musi być jednoznaczny i wyczerpujący, zaś zamawiający nie może w ramach ceny ofertowej żądać skalkulowania innych przedmiotów zamówienia niż wynikające z dokonanego przez niego opisu przedmiotu zamówienia, w przeciwnym bowiem przypadku dochodzi do sytuacji, w której narusza się przepisy o tożsamości umowy i oferty z przedmiotem zamówienia, a także dochodzi do obejścia przepisów o zamówieniach dodatkowych i uzupełniających (wyrok KIO z dnia 3 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2015/12).

Odwołujący podniósł również, że każdy opis przedmiotu zamówienia, naruszający wymagania art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, skutkuje również naruszeniem art. 7 ustawy Pzp, gdyż utrudnia uczciwą konkurencję. Powyższa zasada, zdaniem Odwołującego, ma znaczenie także dla oceny, czy wykonawca zaoferował zamawiającemu cenę rażąco niską za zamawianą usługę, decydująca bowiem i rozstrzygająca jest treść opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego w tym zakresie, gdyż tylko w zakresie nim przewidzianym wykonawca może kalkulować wartość swojej oferty. Innymi słowy, wykonawca może nie kalkulować kosztów, które nie wynikają z SIWZ, a zamawiający nie może tego potraktować za zaoferowanie mu przez wykonawcę ceny rażąco niskiej. Brak kalkulacji kosztów nieprzewidzianych w SIWZ nie może mieć żadnego wpływu na ocenę złożonej oferty.

Odwołujący dostrzegł, że w wyroku z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt: KIO 1833/14, Izba stwierdziła, że *przedmiotem wezwania i wyjaśnienia/elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny są te składniki, które mają wpływ na wysokość ceny, to jest elementy istotne dla kalkulacji ceny oferty. Istotne jest takie wyjaśnienie kalkulacji ceny, które przekona, że wykonawca przyjął racjonalne założenia co do koniecznych do poniesienia kosztów i nakładów. Chodzi tu więc o uprawdopodobnienie poprawności kalkulacji, rozwianie wątpliwości zamawiającego, nie zaś o przedstawienie szczegółowego biznes planu.*

Odwołujący podał, że przedstawił, w układzie oczekiwanym przez Zamawiającego, swoje wyjaśnienia, pismem z dnia 14 czerwca 2016 r., oświadczając, że cena oferty została określona na podstawie wymagań SIWZ z należytą starannością i dokładnością oraz uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia, ryzyka oraz spodziewany zysk z tytułu realizacji zamówienia. Do wyjaśnień Odwołujący dołączył stosowne dokumenty świadczące zarówno o dysponowaniu wymaganymi w SIWZ Ekspertami na cały czas realizacji zamówienia, jak i o wysokości kosztów personalnych,

będących podstawą kalkulacji ceny ofertowej w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego, całkowicie błędne jest stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 31 sierpnia 2016 r., jakoby Odwołujący nie wykazał stosownymi dowodami przyjętej metodologii szacowania kosztów (personalnych). Koszty te wynikają bowiem wprost z oświadczeń (mających umowny charakter) poszczególnych Ekspertów. Jednocześnie z oświadczeń tych wynika, w ocenie Odwołującego, zobowiązanie wszystkich Ekspertów do świadczenia Zamawiającemu usług w całym okresie realizacji zamówienia. Oświadczenia Ekspertów załączone do pisma Odwołującego z dnia 14 czerwca 2016 r. stanowią, jak podał Odwołujący, dokumenty prywatne, zawierające oświadczenia woli, których treść wymagała wykładni zgodnie z art. 65 k.c. Analizując pismo Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2016 r. w sprawie odrzucenia oferty Odwołującego, zdaniem Odwołującego, należy stwierdzić, iż Zamawiający dowody te ocenił błędnie i pominął istotne, wynikające z nich okoliczności, świadczące o tym, iż oferta Odwołującego odpowiada wymaganiom SIWZ, nadto zaś Odwołujący wykazał, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego, jak podał, koszty realizacji usługi przez Eksperta nr 1 (Kierownika Zespołu - poz. 1.1 tabeli) zostały przyjęte dla okresu 44 miesięcy realizacji usługi, zaś pozostałych Ekspertów - dla okresu 36 miesięcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w załączonych do wyjaśnień dowodach Nr od 2 do 10 - mających charakter zobowiązań cywilnoprawnych, określających też koszt wynagrodzeń - stanowiących oświadczenia poszczególnych Ekspertów, będących członkami zespołu Inżyniera, dedykowanymi do realizacji zamawianej usługi: dowód nr 2 – J. W., dowód nr 3 – G. M., dowód nr 4 – D. T., dowód nr 5 – M. M., dowód nr 6 – G. N., dowód nr 7 – T. ., dowód nr 8 – P. S., dowód nr 9 – H. K., dowód nr 10 – J. K. jest mowa, że w kwotach tam wskazanych zobowiązują się oni do wykonywania zleczonych im przez Odwołującego funkcji inspektorów nadzoru/projektantów przez cały okres realizacji zamówienia, a więc również w Okresie Zgłaszania Wad.

Powyższe oznacza, zdaniem Odwołującego, iż oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) w zakresie dysponowania niezbędną kadrą i personelem wymaganym przez Zamawiającego na cały okres realizacji zamówienia, w tym na Okres Zgłaszania Wad. Nie można zatem, w opinii Odwołującego, postawić Odwołującemu zarzutu, że złożył ofertę niezgodną z SIWZ, a co najwyżej oceniać jego ofertę pod kątem ceny rażąco niskiej - co też nie zachodzi.

Odwołujący zwrócił uwagę, że udział samego Odwołującego (właściciela firmy) w realizacji zamówienia nie wymaga ponoszenia dodatkowych kosztów. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wziął pod uwagę tych dowodów, choć powinien był je uwzględnić, jako przemawiające za uznaniem, iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco

niskiej ceny. Zamawiający dokonał zatem, zdaniem Odwołującego, błędnej oceny treści tych dowodów w świetle art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 65 k.c. i art. 353¹ k.c., co stanowiło przyczynę błędnego uznania oferty Odwołującego za zawierającą rażąco niską cenę, doprowadzając do jej bezzasadnego odrzucenia przez Zamawiającego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Drugim zarzutem Odwołującego, przemawiającym, w jego ocenie, za uwzględnieniem odwołania w oparciu o te same podstawy prawne, jak wskazane wyżej, jest to, iż Zamawiający nie przewidział w SIWZ - *Opisie Przedmiotu Zamówienia*, że w zakresie objętym zamawianą usługą Inżyniera Kontraktu ma być przewidziana stała i regularna obecność Ekspertów Inżyniera Kontraktu na budowie również w Okresie Zgłaszania Wad.

Odwołujący podał, że zgodnie z Częścią III SIWZ - *Opis Przedmiotu Zamówienia* - pkt 6.1.4, Zamawiający wymagał, aby „osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów, tj. Kierownik Zespołu oraz wszyscy Eksperci, dokonywały przeglądu budowy i były dostępne na terenie budowy (w zależności od potrzeb: na Stacji Strefowej Białoleka lub SUW Zakładu Północnego) przez minimum 4 godziny w ciągu dnia, minimum 3 razy w tygodniu”. Przy takim brzmieniu OPZ, jest oczywiste, w ocenie Odwołującego, że wymagania powyższe dotyczyć mogą wyłącznie okresu realizacji robót budowlanych, trwającego 36 miesięcy. Nie ma bowiem żadnego uzasadnienia by Odwołujący zapewniał bieżące i regularne pobyty Eksperta każdej specjalności na terenie użytkowanych już Robót w Okresie Zgłaszania Wad, a zwłaszcza, by zapewniał je w tej samej ilości co w okresie realizacji Robót (przez minimum 4 godziny w ciągu dnia, minimum 3 razy w tygodniu). Odwołujący, jak podał, zapewnia udział w czynnościach podejmowanych przez niego w Okresie Zgłaszania Wad zależnie od potrzeb i specyfiki, co wkalkulował w cenę swojej oferty.

Zdaniem Odwołującego, z cytowanego postanowienia pkt 6.1.4 OPZ wynika, iż należy ściśle rozgraniczyć okres, w którym budowa jest prowadzona, od okresu po wystawieniu Świadczenia Przejęcia Robót, którym jest Okres Zgłaszania Wad. Dla wszystkich wskazanych przez Zamawiającego w OPZ Ekspertów należy uznać, w ocenie Odwołującego, że koszty dokonywania przeglądów budowy są objęte ofertą. Czas przebywania poszczególnych Ekspertów na terenie przejętych Robót nie jest w OPZ określony, co wydaje się zrozumiałe, biorąc pod uwagę, że czas ten jest uzależniony od potrzeby i specyfiki czynności niezbędnych do wykonania w danych okolicznościach.

W opinii Odwołującego, wypada podkreślić, że analogiczna zasada dotyczy przewidzianego w SIWZ (pkt 6 akapit 4 OPZ) szacowania kosztów usług zewnętrznych wykonawcy, których wymiaru nie można ustalić na etapie składania oferty. Mianowicie, „w przypadku kiedy wystąpi taka konieczność Inżynier zatrudni min.: dyplomowanego geodetę, doradcą prawnego, hydrogeologa, eksperta od zabezpieczenia przeciwpożarowego,

inżyniera materiałowego, inżyniera spawalnika, inżyniera drogownictwa, specjalistą w zakresie harmonogramowania, eksperta od spraw bezpieczeństwa". Odwołujący zwrócił uwagę, że tutaj również OPZ nie podaje, w jakim wymiarze należy skalkulować koszt takich usług, odwołując się jedynie do wystąpienia „konieczności” ich poniesienia. Także zatem kalkulacja kosztu usług Ekspertów nr 2 - 10 w Okresie Zgłaszania Wad, które mogą występować w różnym zakresie, nie wynika z OPZ.

Podkreślenia wymaga, zdaniem Odwołującego, iż ani w pkt 6 akapit 4 OPZ ani w pkt 6.1.4 OPZ Zamawiający nie określił ryczałtowej lub maksymalnej stawki kosztów realizacji zamówienia, którą każdy wykonawca mógłby na tym samym poziomie w kalkulować w cenie ofertowej, a taki zabieg pozwalałby na zachowanie wymagań art. 7 ustawy Pzp. Tym samym zwiększając wynagrodzenie Ekspertów, przysługujące im za okres 36 miesięcy w stosunku do normalnych stawek rynkowych, Odwołujący zrekompensował, jak twierdzi, swoim Ekspertom przyszły potencjalny koszt wykonywania funkcji w Okresie Zgłaszania Wad.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że zgodnie z OPZ, Zamawiający nie wymaga od wykonawcy przedstawiania mu Kart Pracy kluczowych specjalistów w Okresie Zgłaszania Wad - Karty te składane są (pkt 6.1.4 akapit pierwszy OPZ) za każdy miesiąc kalendarzowy razem z Raportami Okresowymi, aż do zakończenia fazy realizacji robót i wystawienia Świadectwa Przejęcia. Po wystawieniu Świadectwa Przejęcia, a więc w Okresie Zgłaszania Wad, Zamawiający nie wymaga już od wykonawcy dokumentowania mu ilości godzin pracy Ekspertów, więc musi dziwić, zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 31 sierpnia 2016 r., że wymaga ich obecności w tym samym wymiarze, co w okresie realizacji robót.

Podobnie, jak zauważył Odwołujący, zgodnie z pkt 7.2 akapit drugi OPZ, wymóg zapewnienia przez wykonawcę Biura Inżyniera dotyczy wyłącznie okresu „na czas wykonywania Robót”.

Z szeregu postanowień OPZ wynika, w opinii Odwołującego, iż stanowisko Odwołującego jest słuszne i logiczne, gdyż w oczywisty sposób wymagania Zamawiającego są inne dla okresu realizacji robót budowlanych, a inne dla Okresu Zgłaszania Wad.

Zdaniem Odwołującego, podnieść wypada także, iż nawet, jeśli treść OPZ budziłaby w przedmiotowym zakresie jakieś wątpliwości, (co zdaniem Odwołującego nie zachodzi), to Zamawiający odpowiada za treść opisu przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie może ponosić żadnych negatywnych skutków jego niejednoznaczności. To Zamawiającego, jako autora OPZ, zgodnie, z powszechną zasadą *in dubio contra proferentem*, obciążają skutki niedokładności i niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Taką interpretację, jak podał Odwołujący, aktualną zwłaszcza na gruncie obowiązków Zamawiającego, wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, potwierdza utrwalone orzecznictwo Sądu Najwyższego, z którego dla przykładu można powołać wyrok SN z dnia 29 kwietnia 2016 r.,

sygn. akt: I CSK 306/15: *„Wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która zredagowała tekst je wywołujący (in dubio contra proferentem). Ryzyko niedających się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli niejasności tekstu umowy powinna ponieść ta strona, która tekst zredagowała. W sytuacji, gdy ogólne warunki kontraktu FIDIC i szczególne warunki kontraktu, jakie miały wiązać pozwanego z wykonawcą wyłonionym w przetargu dotyczącym inwestycji polegającej na przebudowie drogi, zostały opracowane przez pozwanego, musi być to uwzględnione w procesie wykładni oświadczeń woli złożonych przez strony i prowadzących do związania się przez nie umową”.*

W analogiczny sposób, jak podał Odwołujący, wypowiadał się Sąd Najwyższy w wyrokach: z dnia 15 stycznia 2016 r., sygn. akt: I CSK 1083/14, z dnia 9 października 2014 r., sygn. akt: IV CSK 10/14, z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. akt: III CSK 70/12, czy z dnia 8 stycznia 2010 r., sygn. akt: IV CSK 269/09, jest to więc linia orzekania najnowsza i obowiązująca. Odwołujący podkreślił, że ewentualne wątpliwości co do interpretacji SIWZ nie mogą szkodzić wykonawcy, gdyż ustawowym obowiązkiem Zamawiającego (art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp) jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Biorąc zatem pod uwagę, że nie jest racjonalne, w ocenie Odwołującego, by w świetle pkt 6.1.4 OPZ, zakres ilościowy usług Ekspertów nr 2 - 10 miał być taki sam w okresie realizacji budowy, jak i po jej zakończeniu, należy tak wyklądać pkt 6.1.4 OPZ, że Zamawiający wymaga, by osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów dokonywały *„przeglądu budowy i były dostępne na terenie budowy (...)”* jedynie w okresie realizacji robót. Skoro więc okres realizacji robót wynosi 36 miesięcy, to oferta Odwołującego wymaganiu to spełnia. Interpretacja pkt 6.1.4 OPZ, zdaniem Odwołującego, musi zostać rozstrzygnięta na korzyść Odwołującego, zaś odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający dokonał błędnej interpretacji wymagań OPZ, w aspekcie treści art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od tego, Odwołujący podniósł, iż koszty realizacji zamówienia w Okresie Zgłaszania Wad są uwzględnione w ofercie, o czym była mowa wyżej.

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby przyjmować, że Odwołujący nie skalkulował w ofercie kosztów obsługi zamówienia przez Ekspertów nr 2 - 10 w Okresie Zgłaszania Wad, to koszty te nie stanowią zasadniczego elementu wpływającego na wysokość oferty i nie świadczą o złożeniu oferty z rażąco niską ceną. Z samej bowiem definicji, koszty stanowiące wynagrodzenia Ekspertów, uzależnione są od rzeczywistej intensywności realizacji usługi Inżyniera Kontraktu w Okresie Zgłaszania Wad. *„Dla oceny, czy zaoferowana cena jest*

rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, istotna jest ogólna cena oferty, za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy” - wyrok z dnia 28 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1620/14.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z informacji Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2016 r. nie wynika, aby Zamawiający miał jakiegokolwiek uzasadnione zastrzeżenia co do poprawności wyceny innych, głównych elementów cenotwórczych, składających się na ofertę, w szczególności kosztów pracy i zaplecza biurowego oraz personalnego Odwołującego, przewidzianych na okres realizacji Robót.

Odwołujący podkreślił, że ponieważ ustawa nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny przyjmuje się, że cena rażąco niska jest ceną niewiarygodnie niską i znacząco odbiegającą od cen rynkowych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi (wyrok z dnia 10 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 2937/13).

Zdaniem Odwołującego, nie sposób stwierdzić, że oferta Odwołującego jest niewiarygodnie niska w takim sensie, że uniemożliwia mu rzetelne wykonanie zamówienia. Odwołujący podkreślił, że należy mieć na uwadze całą cenę ofertową, zaś w takim przypadku, choćby koszt usług przez wszystkich Ekspertów nr 2 - 10 w Okresie Zgłaszania Wad wyniósł o tyle więcej, o ile wynikałoby z kalkulacji tego kosztu dla okresu 44 miesiące (dodatkowo 84.000,00 zł) - czego prawdopodobieństwo jest bliskie „0”, gdyż intensywność świadczenia Usługi Inżyniera Kontraktu w Okresie Zgłaszania Wad jest wielokrotnie mniejsza niż w okresie realizacji robót - to Odwołujący nadal będzie w stanie wykonać rzetelnie całość zamówienia w zaoferowanej cenie i osiągnąć zysk.

Zamawiający uznając ofertę Odwołującego za złożoną z rażąco niską ceną nie uwzględnił (zresztą tego nie kwestionował), zdaniem Odwołującego, iż zysk Odwołującego z realizacji zamówienia został przyjęty w ofercie na kwotę 196.000,00 zł. Tym samym, choćby nawet zakres niezbędnych usług Ekspertów nr 2-10 w Okresie Zgłaszania Wad był taki sam, jak w okresie realizacji robót, to Odwołujący, jak podał, odnotuje jedynie niższy zysk niż spodziewany (112.000,00 zł zamiast 196.000,00 zł). Nie świadczy to jednak, w ocenie Odwołującego, o złożeniu oferty z rażąco niską ceną.

Zdaniem Odwołującego, o tym, iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny świadczy również fakt, iż 7 spośród 9 złożonych ofert (odrzuconych przez Zamawiającego z tych samych powodów) oscylowało około kwoty brutto 1 - 1,2 mln zł za wykonanie zamówienia, przez co należy uznać, w ocenie Odwołującego, że zawierały zbliżone i realne ceny, a oferta Odwołującego mieści się w ich średniej. Oferty nr 6 i 7 (wybrana) są tymczasem znacząco wyższe od średniej pozostałych 7 ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części 4 pkt 4.1 Część I SIWZ *Instrukcja dla wykonawców*, Zamawiający określił termin wykonania zamówienia, stanowiąc, że: „Umowa będzie wykonywana w czasie 44 miesięcy od daty jej podpisania. Czas realizacji Umowy przewiduje się, że obejmuje łącznie:

- a) *Termin realizacji Kontraktu na Roboty: 36 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu,*
- b) *Okres Zgłaszania Wad wynoszący 6 miesięcy od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia,*
- c) *Przeprowadzenie wszelkich wymaganych kontraktem Prób oraz Odbioru Końcowego,*
- d) *Czas na opracowanie i zatwierdzenie Raportu Końcowego dla Kontraktu na Roboty.*

Niezależnie od powyższych terminów Inżynier będzie pełnił swoje obowiązki do czasu opracowania i (jeśli wymagane) zatwierdzenia przez Zamawiającego wszystkich dokumentów wymaganych od Inżyniera i wypełnienia innych obowiązków wynikających z Umowy”.

Z części 5 pkt 5.1 ppkt 5.1.4 SIWZ wynika, że wykonawca winien dysponować Zespołem Kluczowych Specjalistów, który stanowią Eksperci (10 osób), których funkcje i wymagania względem nich Zamawiający szczegółowo opisał.

W pkt części 6 tiret 4 OPZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „*Inżynier powinien wyposażyć osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów w niezbędne wsparcie i techniczną pomoc innych specjalistów, którzy mogą być niezbędni do właściwej realizacji tej Umowy z Inżynierem i Umowy na Roboty. W przypadku, kiedy wystąpi taka konieczność, Inżynier zatrudni m.in.: dyplomowanego geodetę, doradcę prawnego, hydrogeologa, eksperta od zabezpieczenia przeciwpożarowego, inżyniera materiałowego, inżyniera spawalnika, inżyniera drogownictwa, specjalistę w zakresie harmonogramowania, eksperta od spraw bezpieczeństwa”.*

Zgodnie z części 6 pkt 6.1.4 *Opisu przedmiotu zamówienia* Zamawiający sformułował wymagania dotyczące Zespołu Kluczowych Specjalistów: „*Dla osób wchodzących w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów Inżynier będzie sporządzał za każdy miesiąc kalendarzowy Karty Pracy. Karty Pracy będą składane razem z Raportami Okresowymi (miesięcznymi) dla Umowy na Roboty. Zamawiający będzie uprawniony do weryfikacji Kart Pracy w oparciu o rejestrowane wejścia i wyjścia z/na teren Stacji Strefowej Białoleka oraz teren SUW Zakładu Północnego.*

Wymaga się, aby osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów tj. Kierownik Zespołu oraz wszyscy Eksperci dokonywały przeglądu budowy i były dostępne na terenie budowy (w zależności od potrzeb: na Stacji Strefowej Białoleka lub SUW Zakładu Północnego) przez minimum 4 godziny w ciągu dnia, minimum trzy razy w tygodniu”.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, „*Inżynier w ramach Umowy zapewni zakwaterowanie dla wszystkich swoich pracujących specjalistów w pobliżu miejsca realizacji Umowy. Koszty zakwaterowania będą wliczone w cenę ofertową” (część 7 pkt 7.1 OPZ).*

„Inżynier w ramach niniejszej Umowy zapewni Zespołowi Kluczowych Specjalistów Biuro o odpowiednim standardzie wyposażone w niezbędne meble biurowe, a także dostęp do sali konferencyjnej i parkingu dla samochodów na czas wykonywania Robót” (część 7 pkt 7.2 OPZ).

W części 13 pkt 13.1 Instrukcji dla wykonawców Zamawiający wskazał, że kryteria oceny ofert stanowią cena (82%) oraz metodyka pracy (18%). W ppkt 2 pkt 13.1 wspomnianej instrukcji Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „W kryterium przyznawane będą punkty za dodatkowe działania i zwiększony zakres pracy Inżyniera w zakresie realizowanych usług i nadzorów nad Robotami. Wszystkie działania, które zostaną zadeklarowane przez Inżyniera, który złożył zwycięską ofertę, zostaną włączone w zakres OPZ, a Inżynier zobowiązany będzie realizować umowę w oparciu o ich zapisy i wytyczne. Metodyka pracy nie może zmienić zapisów ani Umowy, ani OPZ. Metodykę pracy uznaje się za obowiązującą tylko w zakresie zapisów rozszerzających obowiązki Inżyniera.

Tabela do wypełnienia przez składających ofertę:

L.p.	OPIS ZADAŃ I CZYNNOŚCI DODATKOWYCH REALIZOWANYCH PRZEZ INŻYNIERA W RAMACH REALIZACJI UMOWY	DEKLARACJA REALIZACJI	ILOŚĆ PUNKTÓW PRYZNANYCH ZA REALIZACJĘ
1	Wymagania wobec Zespołu Kluczowych Specjalistów	W kolumnie nr 3 należy oznaczyć opcję TAK tylko w jednym polu spośród poz. 1.1, 1.2, 1.3,	Maksymalna ilość punktów: 16
1.1	Opis zgodny z wytycznymi określonymi w SIWZ, PFU, Warunkami Ogólnych Kontraktu i Warunkach Szczegółowych Kontraktu tj.: „Wymaga się, aby osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów dokonywały przeglądu budowy i były dostępne w biurze Inżyniera lub na terenie budowy przez <u>minimum 4 godziny w ciągu dnia, minimum trzy razy w tygodniu.</u> ”	TAK/NIE (niepotrzebne skreślić)	0
1.2	Inżynier deklaruje, że osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów będą dokonywały przeglądu budowy i będą dostępne w biurze Inżyniera lub na terenie budowy przez <u>minimum 4 godziny w ciągu dnia, minimum cztery razy w tygodniu</u>	TAK/NIE (niepotrzebne skreślić)	8
1.3	Inżynier deklaruje, że osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów będą dokonywały przeglądu budowy i będą dostępne w biurze Inżyniera lub na terenie budowy przez <u>minimum 4 godziny w ciągu dnia, minimum pięć razy w tygodniu.</u>	TAK/NIE (niepotrzebne skreślić)	16

W pkt II ppkt 1.3 Formularza oferty Odwołujący złożył następujące oświadczenie: „Inżynier deklaruje, że osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów dokonywały będą przeglądu budowy i będą dostępne w biurze Inżyniera lub na terenie budowy przez minimum 4 godziny w ciągu dnia, minimum pięć razy w tygodniu”.

Pismem z dnia 6 czerwca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał: „Wartość niniejszego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę: 1.500.000,00 zł bez podatku VAT /1.845.000,00 zł z podatkiem VAT. Zważywszy na zaoferowaną przez Państwa cenę - niższą od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedstawione wyjaśnienia i dowody będą przez Zamawiającego oceniane, w szczególności w kontekście tego, że zaproponowana przez Państwa cena musi dotyczyć pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Część III SIWZ. Dowodami, o których mowa powyżej może być przykładowo szczegółowa kalkulacja, czy kosztorys, z tym, że Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający, oceniając Państwa wyjaśnienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, będzie brał pod uwagę, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty 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. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314). Zamawiający zwraca się o sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy wskazane poniżej:

L.p.	Składniki cenotwórcze	Ilość roboczo-dni uwzględnionych w ofercie zgodnie z wymaganiami opz dla prawidłowej realizacji umowy	Stawka netto/r-d	Koszt całkowity	Okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę wraz z dowodami
				[4]=[2]*[3]	
	[1]	[2]	[3]	[4]	
1	Zespół Kluczowych Specjalistów				
1.1	Ekspert 1 – Kierownik Zespołu - Inżynier specjalista w				

	zakresie zarządzania, nadzorowania i rozliczania kontraktów.				
1.2.	Ekspert 2 - Inspektor Nadzoru nr 1 - specjalista w zakresie robót ogólnobudowlanych				
1.3	Ekspert 3 – Inspektor Nadzoru nr 2 - specjalista w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych				
1.4	Ekspert 4 - Inspektor Nadzoru nr 3 - specjalista w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych				
1.5	Ekspert 5 - Inspektor Nadzoru nr 4 (Automatyk) - specjalista w zakresie robót AKPiA				
1.6	Ekspert 6 - Inspektor Nadzoru nr 5 (Technolog)				
1.7	Ekspert 7 - Specjalista do spraw obmiarów i rozliczeń				
1.8	Ekspert 8 - Projektant branży technologicznej/sanitarnej				
1.9	Ekspert 9 - Projektant branży elektrycznej i AKPiA				
1.10	Ekspert 10 - Projektant branży architektoniczno-konstrukcyjnej				
2	Wsparcie techniczne				
2.1	Inżynier drogownictwa				
2.2	Inżynier Materiałowy				
2.3	Ekspert ds. Spawalnictwa				
3	Inni Specjaliści				
4	Metodyka pracy Inżyniera				
4.1	Koszty wynikające ze sporządzenia i implementacji				
Wartość (suma pozycji 1.1 - 4.1)					
L.p.	Koszty	Wartość netto			
	[1]	[2]			
5	Koszty ogólne:				
5.1	Koszty uzyskania ubezpieczenia				
5.2	Koszty gwarancji należytego wykonania				
5.3	Zysk				
5.4	Biuro Inżyniera Kontraktu				
5.4.1	Koszty utrzymania i eksploatacji biura				

5.4.2	Wyposażenie biura - meble				
5.4.3	Materiały eksploatacyjne biurowe				
5.4.4	Zakup komputerów i oprogramowania/koszty dzierżawy				
5.4.5	Koszty dojazdu personelu				
6	Inne koszty nieujęte w niniejszym zestawieniu				
		Wartość (suma pozycji 5.1 do 6)			
		Wartość całkowita (suma pozycji od 1.1 do 6)			

Na podstawie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca, niełoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wówczas Zamawiający odrzuci ofertę”.

Pismem z dnia 14 czerwca 2016 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, których treść ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie będzie szerzej przytaczana.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że: „odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w dniu 06 czerwca 2016 roku, zgodnie z art. 90 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca w wyznaczonym terminie przedstawił wyjaśnienia, które potwierdziły, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca w dniu 14 czerwca 2016 roku przedstawił wyjaśnienia, które potwierdziły, iż oferta zawiera rażąco niską cenę oraz potwierdziły, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z pkt. 4.1 IdW - „Termin wykonania zamówienia:

Umowa będzie wykonywana w czasie 44 miesięcy od daty jej podpisania. Czas realizacji Umowy przewiduje się, że obejmuje łącznie:

- a) Termin realizacji Kontraktu na Roboty: 36 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu
- b) Okres Zgłaszania Wad wynoszący 6 miesięcy od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia,
- c) Przeprowadzenie wszelkich wymaganych kontraktem Prób oraz Odbioru Końcowego,
- d) Czas na opracowanie i zatwierdzenie Raportu Końcowego dla Kontraktu na Roboty."

Ponadto zgodnie z wymogami Opisu Przedmiotu zamówienia w szczególności zgodnie z pkt. 6.1.4 - „Wymaga się, aby osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów tj. Kierownik Zespołu oraz wszyscy Eksperci dokonywały przeglądu budowy i były dostępne na terenie budowy (w zależności od potrzeb: na Stacji Strefowej Białoleka lub SUW Zakładu Północnego) przez minimum 4 godziny w ciągu dnia, minimum trzy razy w tygodniu”.

Jednocześnie Zamawiający przyjął do oceny ofert kryterium ceny (82 %) oraz Metodyka Pracy (18%), określając to kryterium jako „W kryterium przyznawane będą punkty za dodatkowe działania i zwiększony zakres pracy Inżyniera w zakresie realizowanych usług i nadzorów nad Robotami. Wszystkie działania, które zostaną zadeklarowane przez Inżyniera, który złożył zwycięską ofertę, zostaną włączone w zakres OPZ, a Inżynier zobowiązany będzie realizować umowę w oparciu o ich zapisy i wytyczne. Metodyka pracy nie może zmienić zapisów ani Umowy, ani OPZ. Metodykę pracy uznaje się za obowiązującą tylko w zakresie zapisów rozszerzających obowiązki Inżyniera.”

Wykonawca w złożonej ofercie oświadczył, że zamierza dokonać czynności dodatkowych w tym: „Inżynier deklaruje, że osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów będą dokonywały przeglądu budowy i będą dostępne w biurze Inżyniera lub na terenie budowy przez minimum 4 godziny w ciągu dnia, minimum pięć razy w tygodniu” oraz „Inżynier deklaruje, że w ramach Raportu Początkowego przedstawi kompleksową Procedurę zarządzania ryzykiem (dalej zwaną: „Procedurą”), zgodnie z którą będzie realizować swoje Usługi. W ramach tej procedury Inżynier uwzględni i szczegółowo opisze co najmniej następujące jej elementy: tworzenie planu ryzyk, procedurę identyfikacji ryzyk, ocenę jakościową ryzyk, strategię zarządzania ryzykami, procedurę monitorowania ryzyk, procedurę wdrażania działań przeciwdziałającym ryzykom. Powyższe zostaną opisane uwzględniając m.in.: cel, sposób realizacji, schemat procesu lub procedury, odpowiedzialność uczestników procesu”.

Biorąc pod uwagę powyższe wymogi postawione przez Zamawiającego oraz oświadczenie złożone przez Wykonawcę w ofercie oznacza to, iż wszyscy wykazani w ofercie Eksperti tj.: Ekspert nr 1 - Kierownik Zespołu - Inżynier, Ekspert nr 2 - Inspektor Nadzoru nr 1, Ekspert nr 3 - Inspektor Nadzoru nr 2, Ekspert nr 4 - Inspektor Nadzoru nr 3, Ekspert nr 5 - Inspektor Nadzoru nr 4 (Automatyk), Ekspert nr 6 - Inspektor Nadzoru nr 5 (Technolog), Ekspert nr 7 - Specjalista ds. obmiarów i rozliczeń, Ekspert nr 8 - Projektant branży technologicznej/sanitarnej, Ekspert nr 9 - Projektant branży elektrycznej i AKPiA, Ekspert nr

10 - Projektant branży architektoniczno-konstrukcyjnej muszą mieć tożsamy wymiar świadczenia usługi.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 06 czerwca 2016 r. wymagał przedstawienia wymiaru świadczenia usługi w roboczościach, jednakże Wykonawca w swoich wyjaśnieniach przedstawił wymiar czasu pracy poszczególnych Ekspertów w miesiącach w związku z czym aby spełnić wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy przyjąć dla każdego Eksperta 44 miesięczny wymiar świadczenia usługi.

Z przedstawionych wyjaśnień wynika, iż przyjęty przez Wykonawcę wymiar świadczenia usługi jest niezgodny z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż wynosi on dla Eksperta nr 1 - Kierownik Zespołu - Inżynier - 44 miesiące, zaś w przypadku pozostałych Ekspertów to 36 miesięcy.

Przyjęty przez Wykonawcę wymiar 36 miesięcy, a nie 44 miesięcy ma bezpośredni wpływ na koszty osobowe świadczenia usługi, które są głównym składnikiem cenotwórczym.

Wykonawca załączył do swojego wyjaśnienia oświadczenia poszczególnych Ekspertów dotyczące realizacji przez nich przedmiotu zamówienia za określone stawki, jednakże w przedstawionych wyjaśnieniach przedstawił ogólną metodologię szacowania kosztów, nieopartą dowodami, a która miałyby przełożyć się na skalkulowanie przedmiotowego zamówienia. Po analizie wyjaśnień oraz złożonych dokumentów Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających możliwość zastosowania przez Wykonawcę wskazanych przez niego oszczędności i tym samym nie udowodnił różnicy kosztów pomiędzy złożoną ofertą cenową a rzeczywistymi kosztami świadczenia usługi. Na poparcie powyższego Zamawiający pragnie przytoczyć stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2016 roku, w którym Izba stwierdziła, że „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Niemniej jednak okoliczności, co do których możliwe jest przedstawienie dowodów, powinny być takimi dowodami poparte” [sygn. akt: KIO 218/16]”.

Iza odmówiła przeprowadzenia dowodu z kontraktu na zaprojektowanie i wykonawstwo: Zadanie III.7 „Modernizacja Zakładu Północnego – etap II. Modernizacja Pompowni I i III stopnia” oraz wyciągu z Warunków Kontraktu dla urządzeń oraz projektowania i budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę, 4. wydanie angielsko-

polskie niezmienione 2008 z erratą (tłumaczenie 1. wydania FIDIC 1999) uznając je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odnie się do zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący uzasadniając rzeczony zarzut odwołał się w szczególności do postanowień części 6 pkt 6.1.4 OPZ stojąc na stanowisku, że wymagania dotyczące okresu i czasu zaangażowania personelu Zespołu Kluczowych Specjalistów odnoszą się wyłącznie do czasu, w którym będą realizowane roboty budowlane. Izba nie podziela tych twierdzeń Odwołującego.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w części 4 pkt 4.1 Część I SIWZ *Instrukcja dla wykonawców* określił termin wykonania zamówienia, wskazując, że będzie ono wykonywane przez okres 44 miesiące od dnia podpisania Umowy. Oznacza to, że okres realizacji Umowy wynosi 44 miesiące. Jednocześnie Zamawiający wskazał, jakie etapy wyróżnia w ramach realizacji Umowy, czy też, jakie kamienie milowe (kluczowe czynności) składają się na realizację umowy, a są to: okres realizacji Kontraktu na Roboty, Okres Zgłaszania Wad, przeprowadzenie wszelkich wymaganych kontraktem Prób oraz Odbioru Końcowego, czas na opracowanie i zatwierdzenie Raportu Końcowego dla Kontraktu na Roboty.

Powyższe wskazuje, że realizację Umowy Zamawiający postrzegał jednorodnie, całościowo w ramach, której występują pewne etapy. Natomiast Zamawiający nie czynił jakiegoś rozróżnienia między tymi etapami, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jeśli chodzi o zaangażowanie członków Zespołu Kluczowych Specjalistów. Potwierdzeniem tego jest brzmienie części 13 pkt 13.1 ppkt 2 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazuje na konieczność określenia w ofercie czasu zaangażowania personelu wchodzącego w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów na tydzień, podając przy tym minimalne wymogi. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający nie wyróżnia pracy w okresie realizacji Kontraktu na Roboty i w Okresie Zgłaszania Wad. Zamawiający oczekuje określenia tego zaangażowania w okresie realizacji Umowy, co wprost wskazuje, że deklarowany czas pracy tego Zespołu dotyczy całego okresu realizacji Umowy, a nie tylko realizacji Kontraktu na Roboty.

W ocenie Izby, również wskazywane przez Odwołującego postanowienie części 6 pkt 6.1.4 OPZ nie potwierdza stanowiska Odwołującego. Mowa tam o dokonywaniu przeglądu budowy i dostępności na terenie budowy a nie w czasie realizacji Kontraktu na Roboty. Stąd też za nieuprawnione należy uznać zawężanie przez Odwołującego spornych wymagań Zamawiającego tylko do okresu prowadzenia robót budowlanych. Zdaniem Izby, pojęcie budowy i teren budowy winno być rozumiane jako okres realizacji inwestycji, zakończony

Odbiorem Końcowym, skoro Zamawiający realizację umowy postrzega szerzej niż tylko wykonanie nadzoru nad robotami budowlanymi. Nadto, nie ma uzasadnienia, aby pojęcie „budowy” interpretować przez pryzmat ustawy Prawo budowlane, skoro Zamawiający zarówno na gruncie tego kontraktu, jak i kontraktu, który jest przedmiotem nadzoru posługuje się nomenklaturą zaczerpniętą z FIDIC.

W tym miejscu warto również zwrócić uwagę, że Odwołujący konstruuje swoje stanowisko posługuje się również argumentacją, że nie ma żadnego uzasadnienia, aby Odwołujący zapewniał bieżące i regularne pobyty Eksperta każdej specjalności na terenie użytkowanych Robót w Okresie Zgłaszania Wad.

Stanowisko to pokazuje, że Odwołujący określając czasowe zaangażowanie Zespołu Kluczowych Specjalistów w realizację Umowy nie tyle brał pod uwagę postanowienia SIWZ, ile w tym względzie opierał się na własnym doświadczeniu. Jednakże ocena Odwołującego o braku konieczności zaangażowania Zespołu Kluczowych Specjalistów w Okresie Zgłaszania Wad w takim samym wymiarze, jak w okresie realizacji Kontraktu na Roboty nie może być rozstrzygająca dla tej sprawy. Jeśli wolą Zamawiającego jest, aby to zaangażowanie w Okresie Zgłaszania Wad nie uległo zmniejszeniu w porównaniu z okresem realizacji Kontraktu na Roboty, to Odwołujący winien to przyjąć.

Co więcej, w ocenie Izby, samo wymaganie nie budzi wątpliwości Izby, bowiem jak wskazuje doświadczenie życiowe, nierzadkie są sytuacje, w których po okresie realizacji robót niezwykle trudno wyegzekwować czynności nadzoru w Okresie Zgłaszania Wad, zaś sama potrzeba deklaracji zaangażowania personelu składającego się na Zespół Kluczowych Specjalistów potwierdza również, że częstokroć osoby te pojawiają się na budowach nieregularnie, czy wręcz okazjonalnie, nie zapewniając właściwego nadzoru sprzężonego z postępem robót budowlanych, tak więc nie może dziwić wymaganie Zamawiającego, który również w toku rozprawy na te trudności wskazywał.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że na podstawie części 6 pkt 6.1.4 OPZ można wyraźnie rozgraniczyć okres, w którym jest prowadzona budowa od Okresu Zgłaszania Wad. Na próżno takiego rozróżnienia poszukiwać we wskazanej części SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, czas przebywania poszczególnych Ekspertów na terenie przyjętych Robót jest w SIWZ określony. Jak już wskazywano, czas ten został określony dla okresu realizacji umowy, a więc dla 44 miesięcy i jest jednakowy dla wszystkich Ekspertów, stanowiących Zespół Kluczowych Specjalistów zarówno dla okresu realizacji Kontraktu na Roboty, jak i Okresu Zgłaszania Wad.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje wskazywane przez Odwołującego postanowienie części 6 tiret 4 OPZ, z którego wynika, że w razie konieczności Inżynier zatrudni również specjalistów z innych branż. Prawdą jest, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający w odniesieniu do tych specjalistów nie określił czasowego zaangażowania w

realizację przedmiotowego kontraktu, jednakże zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja, jeśli idzie o Zespół Kluczowych Specjalistów. Tutaj bowiem Zamawiający określił minimalne zaangażowanie przez cały okres realizacji Umowy, rozumiany w szczególności jako okres realizacji Kontraktu na Roboty i Okres Zgłaszania Wad.

Nawet, gdyby przyjąć, że Zamawiający wymaga przedkładania Kart Pracy członków Zespołu Kluczowych Specjalistów tylko w okresie realizacji Umowy na Roboty, to w ocenie Izby, z powyższego nie można wywodzić, że czas pracy członków tego personelu nie został oznaczony przez Zamawiającego dla Okresu Zgłaszania Wad. Przeczą temu inne postanowienia SIWZ, o czym była mowa wyżej. Powyższe postanowienie oznacza jedynie tyle, że Zamawiający ten czas pracy w okresie realizacji Umowy na Roboty polecił ewidencjonować i w tym zakresie będzie dokonywał weryfikacji.

Konieczność zapewnienia przez Inżyniera Biura na czas wykonywania Robót również, zdaniem Izby, nie daje podstaw do przyjęcia, że czas pracy Zespołu Kluczowych Specjalistów dotyczy wyłącznie okresu realizacji Umowy na Roboty. Nie można utożsamiać funkcjonowania Biura z czasem pracy wskazanego personelu, to bowiem by oznaczało, przyjmując logikę Odwołującego, że w Okresie Zgłaszania Wad Zespół Kluczowych Specjalistów w ogóle nie musi podejmować pracy.

Warto również dostrzec, że Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko posłużył się następującym twierdzeniem: *„Biorąc zatem pod uwagę, że nie jest racjonalne, w ocenie Odwołującego, by w świetle pkt 6.1.4 OPZ, zakres ilościowy usług Ekspertów nr 2 - 10 miał być taki sam w okresie realizacji budowy, jak i po jej zakończeniu, należy tak wyklądać pkt 6.1.4 OPZ, że Zamawiający wymaga, by osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów dokonywały „przeгляdu budowy i były dostępne na terenie budowy (...)” jedynie w okresie realizacji robót”*. Powyższe wskazuje, że po pierwsze, określając czas zaangażowania Zespołu Kluczowych Specjalistów Odwołujący odwołał się do racjonalności, według własnego uznania pojmowanej, a nie do postanowień SIWZ, po drugie, Odwołujący sam przyznał, wbrew temu, co twierdził wcześniej, że z części 6 pkt 6.1.4 OPZ nie wynika, iż członków Zespołu Kluczowych Specjalistów w okresie realizacji Umowy na Roboty obowiązuje inny czas pracy niż w Okresie Zgłaszania Wad.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że Odwołujący sam oświadczył, udzielając wyjaśnień z dnia 14 czerwca 2016 r., że jedynie Ekspert Nr 1 będzie wykonywał usługę przez okres 44 miesiące, a więc przez okres realizacji Umowy, określony przez Zamawiającego, natomiast pozostali Eksperti Nr 2 - 10 będą zaangażowani w realizację zamówienia jedynie w okresie wykonywania Umowy na Roboty, a więc przez 36 miesięcy. Oświadczenie to nie pozostawia wątpliwości co do jego treści, tak więc absolutnie nieuzasadnione pozostaje twierdzenie Odwołującego, że wszyscy członkowie personelu

Zespołu Kluczowych Specjalistów pozostają w dyspozycji Odwołującego przez okres 44 miesięcy.

Oceny tej nie zmieniają oświadczenia poszczególnych Ekspertów, przedłożone wraz z przedmiotowymi wyjaśnieniami, co prawda jest tam mowa o wynagrodzeniu miesięcznym „przez cały okres realizacji zamówienia w zakresie i terminie zgodnym z SIWZ dla ww. postępowania przetargowego”, niemniej jednak tego okresu nie można określać w oderwaniu od treści złożonych wyjaśnień. Skoro Odwołujący przyznał w rzeczonych wyjaśnieniach, że w ofercie przewidział czas zaangażowania Ekspertów Nr 2 -10 przez okres 36 miesięcy 4 godz. dziennie pięć dni w tygodniu, to oświadczeń tychże Ekspertów nie można wyklądać w oderwaniu od oświadczenia Wykonawcy. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że Odwołujący przewidział pracę rzeczonych Ekspertów przez okres 36 miesięcy i w ich oświadczeniach, jeśli mowa o okresie realizacji zamówienia, to należy przyjąć, że chodzi właśnie o ten okres - 36 miesięcy, a więc realizacji Umowy na Roboty.

Za całkowicie nieprzekonujące należy uznać również i te twierdzenia Odwołującego, że dysponuje on wszystkimi Ekspertami przez okres 44 miesięcy, natomiast wynagrodzenie zostało skalkulowane na okres 36 miesięcy, bowiem taki obowiązek wynika z SIWZ. W ocenie Izby, na próżno poszukiwać w SIWZ postanowień zgodnie, z którymi wykonawca ma obowiązek zaangażowania personelu Zespołu Kluczowych Specjalistów przez cały okres realizacji Umowy, zaś wynagrodzenie płatne będzie jedynie za okres realizacji Umowy na Roboty. Po pierwsze, postanowienie to byłoby niedopuszczalne, jako, że Zamawiający nie ma uprawnienia do wymagania świadczenia usługi bez wynagrodzenia, po drugie, spełnienie powyższego przez wykonawcę, oznaczałoby, że zgadza się na zaoferowanie ceny rażąco niskiej, co skutkowałoby negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty. Powyższe pokazuje, że twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są całkowicie nieracjonalne.

Izba nie ma wątpliwości, że postanowienia SIWZ w badanym zakresie są jasne, tak więc wywody Odwołującego, iż wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia pozostają nieaktualne w niniejszej sprawie.

Ewentualne zarzuty co do opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) należałoby uznać jako podniesione po terminie (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Jednocześnie Izba nie dostrzegła, aby interpretacja spornych postanowień SIWZ i oświadczeń Wykonawcy i Ekspertów wymknęła się regułom wykładni, określonym w art. 65 k.c., o czym była mowa wyżej.

Konkludując stwierdzić należy, że treść oferty Odwołującego została prawidłowo uznana przez Zamawiającego za niezgodną z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), gdyż Odwołujący, wbrew postanowieniom SIWZ, zróżnicował czas pracy poszczególnych

Ekspertów w okresie realizacji Umowy, przyjmując, że jedynie Ekspert Nr 1 winien być zaangażowany przez cały okres realizacji Umowy, zaś pozostali jedynie w okresie wykonywania Umowy na Roboty, co nie znajduje usprawiedliwienia.

Przechodząc do drugiego aspektu sporu, a mianowicie ceny rażąco niskiej, stwierdzić należy, że Izba nie ma wątpliwości, iż Wykonawca winien skalkulować obecność personelu, stanowiącego Zespół Kluczowych Specjalistów, dla okresu 44 miesięcy, a więc czasu realizacji Umowy w wymiarze zadeklarowanym, a więc 4 godziny dziennie pięć dni w tygodniu. Szerzej była już o tym mowa.

Z wyjaśnień Odwołującego z dnia 14 czerwca 2016 r. wynika, że Odwołujący skalkulował wynagrodzenie dla wskazanego okresu jedynie dla Eksperta Nr 1, natomiast dla pozostałych Ekspertów Nr 2 – 10 oszacował koszty dla okresu 36 miesięcy. Powyższe pokazuje, że Odwołujący w swoich szacunkach nie uwzględnił przynajmniej w części głównych kosztów cenotwórczych i ta okoliczność wystarcza, żeby uznać, iż wyjaśnienia złożone w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie pokazały, że kalkulacja sporządzona przez Odwołującego jest prawidłowa, a zatem cena została wyszacowana właściwie. Oznacza to, że Odwołujący za pomocą rzeczonych wyjaśnień nie udowodnił, że cena nie jest rażąco niska (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Argumentacja dodatkowa podawana przez Odwołującego w treści odwołania, że gdyby uwzględnić zaangażowanie wszystkich Ekspertów przez okres 44 miesięcy i przyjąć tożsamą stawkę wynagrodzenia w Okresie Zgłaszania Wad, to cena zaoferowana przez Odwołującego nie byłaby rażąco niska, a jedynie zmniejszyłby się zysk, nie może być przyjęta, bowiem ocenie podlegają jedynie wyjaśnienia złożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego (art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający ani na etapie wyjaśnień ani tym bardziej później nie może domniemywać określonych okoliczności, czy też przyjmować dodatkowych wyjaśnień zawartych w odwołaniu, bowiem z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jasno wynika, po pierwsze, że ocenie podlegają wyjaśnienia, po drugie zaś, że chodzi o wyjaśnienia złożone na wezwanie Zamawiającego, a nie w odwołaniu czy w toku rozprawy.

Natomiast, jeśliby nawet uwzględnić, tak jak chciałby tego Odwołujący, koszty pracy tych Ekspertów, które nie zostały skalkulowane dla Okresu Zgłaszania Wad, to wbrew twierdzeniom Odwołującego, rachunek nie wypadłby pomyślnie dla niego. Zauważyć należy, że dla siedmiu Ekspertów (Nr 2, 4, 6, 7, 8, 9 10) nie uwzględniono pracy w Okresie Zgłaszania Wad. Oznacza to, że Odwołujący nie skalkulował pracy dla rzeczonych Ekspertów przez okres 56 miesięcy łącznie (7 Ekspertów x 8 miesięcy pracy w Okresie Zgłaszania Wad), co daje kwotę, uwzględniając stawki podane w wyjaśnieniach, 112.000,00 zł. Biorąc powyższe pod uwagę okazuje się, że pierwotnie zysk deklarowany przez

Odwołującego ulega zmniejszeniu do kwoty 84.000,00 zł, pozostają zaś jeszcze koszty związane z pracą samego Odwołującego w charakterze Eksperta nr 3 i funkcjonowania firmy przez niemalże 4 lata, które w żaden sposób nie zostały określone i nie poddają się weryfikacji. Nie sposób więc poprzestać na takim prostym założeniu, choć nieuprawnionym, o czym była mowa wyżej, że uwzględniając koszty personelu, stanowiącego Zespół Kluczowych Specjalistów, przez Okres Zgłaszania Wad i tak Odwołujący odnotuje zysk.

Okoliczność, że 7 spośród 9 złożonych ofert zawierało zbliżone ceny, a cena oferty Odwołującego mieści się w ich średniej nie jest wystarczająca do oceny, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Jedyne źródło oceny, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, stanowią wyjaśnienia wykonawcy.

Nadto, nie sposób nie dostrzec, co całkowicie pomija Odwołujący, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej nie poprzestał jedynie na zakwestionowaniu kosztów osobowych, ale wskazał również, że Odwołujący „nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających możliwość zastosowania przez Wykonawcę wskazanych przez niego oszczędności i tym samym nie udowodnił różnicy kosztów pomiędzy złożoną ofertą cenową a rzeczywistymi kosztami świadczenia usługi”. Do powyższej okoliczności Odwołujący w treści odwołania w ogóle się nie odniósł, podczas, gdy w treści wyjaśnień z dnia 14 czerwca 2016 r. kilka pozycji, uwzględnionych w kalkulacji ceny oferty w ogóle nie zostało wyszacowanych (poz. 5.4.1, 5.4.2, 5.4.4), na co zwrócił uwagę Zamawiający w kwestionowanej decyzji. Zamawiający wprost bowiem wskazał, że Odwołujący powołał się na określone oszczędności, ale nie wykazał, że może je wykorzystać czy też się na nie powołać. Brak zakwestionowania tej okoliczności w treści odwołania, a stanowiącej jedną z dwóch, które legły u podstaw stwierdzenia przez Zamawiającego ceny rażąco niskiej, zaoferowanej przez Odwołującego, powoduje, że decyzja Zamawiającego, została zakwestionowana jedynie w części, a przez to brak uzasadnienia do stwierdzenia, że Odwołujący ceny rażąco niskiej jednak nie zaoferował.

Za absolutnie nieprzekonujące należy uznać twierdzenia Odwołującego, że w wynagrodzeniu poszczególnych Ekspertów, skalkulowanym dla okresu 36 miesięcy, przewidział rezerwę związaną ewentualnie z koniecznością świadczenia pracy przez okres dłuższy, a więc 44 miesięcy. W żaden sposób nie potwierdzają tej okoliczności wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 14 czerwca 2016 r., a oświadczenia poszczególnych Ekspertów wręcz przeczą tej tezie. Jasno bowiem z nich wynika, że stawka wynagrodzenia przewidziana jest za miesiąc pracy (4 godz. przez 5 dni w tygodniu), a nie za czynności dodatkowe, podejmowane w Okresie Zgłaszania Wad. Argumentację tę należy więc potraktować jedynie jako strategię procesową Odwołującego.

Reasumując stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał swoimi wyjaśnieniami, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego

przepisów art. 90 ust. 3 art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać za nieuzasadniony. Odwołujący w swojej ofercie nie skalkulował części kosztów realizacji zamówienia, istotnych, stanowiących główne elementy cenotwórcze, a jednocześnie brak podstaw do przyjęcia, że prognozowany (czy też zmniejszony) zysk różnicę tę uwzględnia, tym bardziej zaś nie ma podstaw do przyjęcia, że w miesięcznym wynagrodzeniu Ekspertów, których pracę skalkulowano dla okresu 36 miesięcy, zwarto rezerwy związane z ewentualną pracą w Okresie Zgłaszania Wad. Co więcej, Odwołujący nie zakwestionował czynności Zamawiającego w aspekcie nieudowodnienia możliwości skorzystania ze wskazanych w wyjaśnieniach oszczędności, co samo w sobie, powoduje, że ww. zarzut już z tej przyczyny należało uznać za chybiony.

Za bezprzedmiotowe należy uznać zarzuty naruszenia przepisów art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, bowiem po pierwsze, wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący nie kwestionował, zaś norma zawarta w ust. 2 adresowana jest do wykonawcy, zatem nie może jej przekroczyć zamawiający. Analogicznie należy ocenić zarzut naruszenia przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, który to przepis reguluje ciężar rozkładu dowodu w postępowaniu odwoławczym, a zatem niezrozumiałe pozostaje dopatrywanie się jego naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba za całkowicie chybione i bezpodstawne uznała zarzuty naruszenia przepisów art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 353¹ k.c. mając na uwadze fakt, że żaden stosunek obligacyjny nie był przedmiotem oceny ze strony Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: