

**Sygn. akt KIO 2224/14**

**Sygn. akt KIO 2228/14**

**WYROK**  
**z dnia 6 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Magdalena Grabarczyk**  
**Emil Kawa**  
**Marek Koleśników**

**Protokolant:** **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2014 r. przez TPF sp. z o.o. w Warszawie oraz w dniu 24 października 2014 r. przez Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

przy udziale TPF sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2230/14

**orzeka:**

1. uwzględni odwołania i nakazuje PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty TPF sp. z o.o. w Warszawie oraz oferty Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TPF sp. z o.o. w Warszawie oraz kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od odwołania;

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz TPF sp. z o.o. w Warszawie oraz kwotę 18.734 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset tysięcy trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie;

- 2.3. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 2224/14**

**Sygn. akt KIO 2230/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: ustawa lub Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zarządzanie i nadzór nad modernizacją linii kolejowej nr 226 Pruszcz Gdański - Gdańsk Port Północny na odcinku od km 1,329 do km 13,550 w ramach projektu POIiŚ 7.2-4.1 „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk (most + dwutorowa linia kolejowa). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 czerwca 2014 r. pod numerem 20014/S 110-194465. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

15 października 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, w związku z czym 24 października 2014 r. odwołania wnieśli wykonawcy TPF sp. z o.o. w Warszawie i Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. w Warszawie. Odwołujący zachowali obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

#### **Odwołanie wniesione przez TPF sp. z o.o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2224/14):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że naruszył art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego i odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekome oferowanie realizacji zamówienia za rażąco niską cenę oraz przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAFEGE S.A.w Nanterre (Francja) oraz Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. w Warszawie (dalej jako: Konsorcjum SAFEGE).

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że analiza cen złożonych ofert wskazuje, że średnia cen ofert złożonych w postępowaniu wynosiła 5.537 694,20 zł brutto i była niższa od zakładanego budżetu o ponad 10.000.000 zł brutto oraz podkreślił, że cena oferty odwołującego nie odbiega zasadniczo od rynkowych cen za realizację tego typu usług.

Argumentował, że do takiego samego wniosku prowadzi analiza innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez tego samego zamawiającego. W postępowaniach o podobnej wielkości zasadą jest bowiem, iż założenia budżetu znacznie przewyższają kwoty, za jakie wykonawcy gotowi są realizować zamówienia. W większości przypadków

przetargów o podobnej wielkości z ostatnich 3 lat, ceny za oferowane usługi wahają się w granicach 20 - 40 % budżetu zamawiającego, zaś wykonawcami wygrywającymi postępowania przetargowe, a następnie realizującymi umowy są podmioty ofertujące na podobnym poziomie. Odwołujący wskazał, że – w jednym z takich postępowań - złożona przez niego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta ta opiewała na 20,70 % budżetu przeznaczonego na realizację zadania, a wykonanie umowy przebiega zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący podniósł, że złożył wyjaśnienia, których stopień szczegółowości jednoznacznie obrazował prawidłowość przeprowadzonej kalkulacji i w żaden sposób nie mógł prowadzić do wniosku o zaferowaniu realizacji zamówienia za wynagrodzeniem nierealnym, nie pokrywającym kosztów świadczonej usługi. Podkreślił, iż przyjęta w kalkulacji średnia wartość dniówki członka Personelu wynosząca ok. 400 zł jest stawką znacznie przewyższającą średnią dniówkę dla ekspertów, jakie zakłada w kosztorysowych postępowaniach przetargowych GDDKiA.

Odwołujący zarzucił, iż treść wezwania do wyjaśnienia ceny z dnia 5 sierpnia 2014 r. nie precyzowała, jakie konkretnie elementy mają być przedmiotem wyjaśnienia, wezwanie nie zawierało wyliczenia elementów, jakie obligatoryjnie miałyby być uwzględnione w wyjaśnieniu. Oceniał, że mógł przedstawić wyjaśnienie w innym układzie, niż wskazano w zawiadomieniu o wynikach.

Wskazał również, że opracowując wyjaśnienia wykonawca bazował na dotychczasowym doświadczeniu w kontaktach z tym samym zamawiającym, który w innych procedurach oceniał podobne wyjaśnienia za wystarczające (postępowanie na „Nadzór oraz pełnienie funkcji Inżyniera Projektu w ramach projektu POliŚ „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa”). W ocenie odwołującego także w tym postępowaniu ryczałtowy charakter wynagrodzenia powoduje, iż poszczególne elementy składowe ceny nie są tak istotne, jak w przypadku kontraktów rozliczanych w oparciu o dniówki pracy personelu wykonawcy.

Cześć wyjaśnień zostało zawarte w Załączniku nr 1 do odwołania zastrzeżonego jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

### **Odwołanie wniesione przez Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2230/14):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo iż nie zaistniały przesłanki określone w tym przepisie;
- art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień odwołującego składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i co za tym idzie błędne przyjęcie przez zamawiającego, iż cena zaferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską;
- art. 7 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez dowolną ocenę wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i co za tym idzie, wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert dokonanej przez zamawiającego, w tym unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum SAFEGE;
- dokonania rzetelnej oceny wyjaśnień odwołującego złożonych z trybie art. 90 ust. 2 Pzp przez uznanie ich za wyczerpujące i potwierdzające, że cena oferty odwołującego nie jest ceną rażąco niską;
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający nie tylko nierzetelnie i wybiórczo ocenił wyjaśnienia i dowody złożone przez odwołującego, ale także wcale nie wziął pod uwagę, ani nie ocenił obiektywnych czynników zawartych w wyjaśnieniach.

Wskazał, że zamawiający kwestionuje kalkulację ceny odwołującego ze względu na brak uwzględnienia zysku oraz uwzględnienie tylko jednej osoby z personelu dodatkowego. Tymczasem uwzględnienie tylko jednej osoby z personelu dodatkowego odpowiada SIWZ w tym zakresie (w szczególności z pk. 5.2 OPZ), a zamawiający nie ma podstaw oczekiwać wyceny personelu, którego nie wymagał.

Odwołujący podkreślił, że zarzut dotyczący braku uwzględnienia zysku jest nieprawdziwy. Jednak nawet gdyby odwołujący w swojej kalkulacji wcale zysku nie uwzględnił, to sam ten fakt nie mógłby być podstawą do odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę. Realizacja przedmiotu zamówienia bez zysku sama przez się nie może prowadzić do uznania, iż mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Sam brak wypracowania zysku nie przesądza o powyższym fakcie. Za rażąco niską cenę należy bowiem uznać taką, która uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia.

Zarzucił, że zamawiający sam sobie zaprzecza, gdyż z jednej strony twierdzi, że odwołujący nie zawarł żadnych wyjątkowych okoliczności, które pozwoliłyby mu na zaproponowanie tak niskiej ceny, w kolejnym jednak zdaniu przyznaje jednak, że odwołujący wskazał takie okoliczności, ale nie poparł ich dowodami i nie wskazał, w jakim stopniu przełożyły się na obniżenie ceny oferty.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie sprecyzował swoich oczekiwań co kalkulacji ceny, co więcej nawet nie wskazywał, że oczekuje, że odwołujący taką kalkulację powinien przedstawić.

Argumentował, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że cena oferty odwołującego ma charakter wiarygodny, rynkowy i rzeczywisty. Dodatkowo potwierdza to fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu cena oferty odwołującego jest zbliżona do cen zaoferowanych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, zaś wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu zaoferowali ceny poniżej 50% kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia).

Szczegółowe uzasadnienie stanowiska odwołujący zawarł jest w Załączniku nr 1 do odwołania zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

TPF sp. z o.o. w Warszawie zgłosiła przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie przepisów ustawy właściwych ze względu na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Konsorcjum SAFEGE zgłosiło przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego, jednak uczyniło to nieskutecznie.

Przepisy ustawy *de lege lata* przewidują, że Izba wydaje postanowienie jedynie w zakresie uwzględnienia albo oddalenia opozycji, która może być oparta wyłącznie o brak interesu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do uzyskania rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Izba zobowiązana jest jednak również do badania pozostałych przesłanek przystąpienia wskazanych w art. 185 ust. 2 Pzp – zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia, obowiązku przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu – oraz uprawnienia osoby podpisującej przystąpienie do działania w imieniu danego wykonawcy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenie złożone przez osobę nie posiadającą stosownego umocowania nie może być skutecznie prawnie, zarówno na gruncie przepisów materialno prawnych, jak i odnoszących się do postępowania odwoławczego.

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że przystąpienie do postępowania odwoławczego jest zbliżone swoim charakterem prawnym do interwencji ubocznej albo do uczestnictwa w postępowaniu nieprocesowym. Nie może być zatem wątpliwości, że zgłoszenia przystąpienia może dokonać wyłącznie osoba uprawniona do działania w imieniu danego wykonawcy. Przystąpienie podpisane przez osobę do tego nieuprawnioną jest bezskuteczne prawnie. Bezskuteczność ta ma charakter definitywny, gdyż braki formalne zgłoszenia przystąpienia (inaczej niż odwołania) w obecnym stanie prawnym nie podlegają uzupełnieniu.

Przystąpienia Konsorcjum SAFEGE zostały podpisane przez Pana M. Z. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 lipca 2014 r. udzielonego mu przez Pana M. P. . Pan M. P. działał z kolei na podstawie pełnomocnictwa z 24 lutego 2014 r., na mocy którego został upoważniony przez osobę uprawnioną do reprezentacji SAFEGE S.A. m.in. do „wnoszenia w imieniu spółki SAFEGE S.A. i konsorcjum oświadczeń o przyłączeniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez innego wykonawcę”. Stosownie do dokumentu pełnomocnictwa z 9 lipca 2014 r. podpisanego przez osobę uprawnioną do reprezentacji Biura Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. w Warszawie pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tworzących Konsorcjum SAFEGE w badanym postępowaniu było SAFEGE S.A. Treść pełnomocnictw z 24 lutego 2014 r. oraz z 9 lipca 2014 r. (podpisanego przez Pana M. P.) nie pozwala na przyporządkowanie ich do badanego postępowania. Wszystkie pełnomocnictwa zawierają upoważnienie do ustanawiania substytutów.

Izba dokonała prezentowanych ustaleń na podstawie dokumentów załączonych do zgłoszenia przystąpienia. Inne dokumenty pełnomocnictw nie zostały złożone na posiedzeniu z udziałem stron. Zamawiający nie dysponował oryginałem oferty Konsorcjum SAFEGE, a pełnomocnicy konsorcjum okazali Izbie kopie wymienionych pełnomocnictw.

Izba zważyła, że Pan M. P. nie był umocowany do ustanawiania dalszych pełnomocników w badanym postępowaniu w imieniu SAFEGE S.A. i Biura Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., zatem przystąpienie podpisane na podstawie udzielonego przez niego pełnomocnictwa jest bezskuteczne.

Po pierwsze: pełnomocnictwo na podstawie którego działał Pan M. P. zostało wystawione 24 lutego 2014 r., a więc przed datą ogłoszenia postępowania (11 czerwca 2014 r.) i przed dniem ustanowienia SAFEGE S.A. liderem konsorcjum (9 lipca 2014 r.), nie może więc dotyczyć badanego postępowania, ani konsorcjum z udziałem SAFEGE S.A., które bierze udział w tym postępowaniu;

Po drugie: nie można uznać, że Pan M. P. udzielając pełnomocnictwa działał wyłącznie w imieniu SAFEGE S.A. - lidera konsorcjum. Z treści pełnomocnictwa wyraźnie wynika, że może działać on jedynie łącznie w imieniu SAFEGE i konsorcjum, a nie w imieniu SAFEGE lub konsorcjum. Nie można pominąć przy tym, że jakiegokolwiek dane identyfikujące owe konsorcjum nie wynikają z treści pełnomocnictwa.

Konkludując, Izba zważyła, że o ile pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia było SAFEGE S.A., o tyle Pan M. P. nie był uprawniony do działania w imieniu SAFEGE S.A. i Konsorcjum SAFEGE w badanym postępowaniu.

Jeśli uznać zatem, że Pan M. P. udzielił pełnomocnictwa Panu M. Z. dla podpisania w imieniu Konsorcjum SAFEGE przystąpienia w badanym postępowaniu to nastąpiło to z przekroczeniem zakresu umocowania. Alternatywnie można uznać jedynie, że dokumenty pełnomocnictw nie identyfikujące postępowania, ani uczestnika konsorcjum, nie dotyczą badanego postępowania. Oba poglądy prowadzą do takiej samej konstatacji – uznania, że przystąpienie zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną.

W okolicznościach sprawy, Izba uznała, że pełnomocnictwo sprzed daty wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia i jednocześnie nie wskazujące jasno podmiotów, których reprezentacji dotyczy, nie może być skuteczne w postępowaniu odwoławczym.

U podstaw stosunku pełnomocnictwa leży zaufanie mocodawcy, dlatego komentatorzy powszechnie postulują ostrożną wykładnię dopuszczalności i zakresu pełnomocnictw dalszych. Pogląd ten jest szczególnie uprawniony na gruncie zamówień publicznych, gdzie samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz wpadkowe postępowanie odwoławcze mają charakter sformalizowany. Pociąga to za sobą obowiązek szczególnej dbałości wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o prawidłowe umocowanie osób podpisujących przystąpienia, zwłaszcza w przypadku konsorcjów. Konsorcjum nie posiada zdolności sądowej, a stroną w znaczeniu procesowym są zawsze wszystkie podmioty wchodzące

w skład konsorcjum (postanowienie SN z 27 maja 2010 r., III CZP. 25/10 LEX nr 602808). Jak wskazano na wstępie braki zakresie reprezentacji przystępującego nie są możliwe do usunięcia.

Odwołujący są uprawnieni do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odrzucenie ofert odwołujących uniemożliwia im uzyskanie zamówienia.

Odwolania okazały się zasadne.

Szacunkowa wartość zamówienia podstawowego wynosi 13.599,950,87 zł netto i została ustalona przez zamawiającego na podstawie wartości zamówień udzielonych przy przyjęciu, że wartość wynagrodzenia inżyniera kontraktu wynosi 3% wartości robót budowlanych.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 16 724 249, 57 zł brutto.

W postępowaniu złożono 12 ofert, z cenami (brutto) odpowiednio:

1. TOV Rheinland Polska Sp. z o.o. 5 311 140,00 zł;
2. Egis Polska Inżynieria Sp z o.o. 3 670 315,82 zł;
3. Konsorcjum: Ayesa Polska Sp z o.o., Ayesa Ingenierfa y Arquitectura S.A. - 8 053 302,00 zł;
4. TPF Sp. z o.o. - 4 099 599,38 zł;
5. ECM Group Polska S.A. - 3 444 000,00 zł;
6. Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. - 4 740 420,00 zł;
7. Konsorcjum: SAFEGE S.A. Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. - 7 239 780,00 zł;
8. MGGPS.A. - 4 222 713,00 zł;
9. Konsorcjum: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., KV Consultores de ingenieria, proyectos y obras S.L, Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S. A. - 6 943 129,42 zł;
10. EUROCONSULT S.A. - 7 257 000,00 zł;
11. Konsorcjum Firma Menadżersko - Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o., SGS Polska Sp. z o.o. - Partner - 6 072 460,80 zł;
12. Grontmij Polska Sp. z o.o.-5 398 470,00 zł (dowód: kopia protokołu postępowania, w aktach sprawy).

Pismami z 5 sierpnia 2014 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wystąpił do odwołujących o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Żądał, aby wyjaśnienie wykazało, czy zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia oraz czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (merytorycznego i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący udzielili wyjaśnień, które zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa (dowód: kopie pism zamawiającego i odwołujących w aktach sprawy).



Odwołujący TPF sp. z o.o. w uzasadnieniu odwołania ujawnił jednak część wyjaśnień. Wskazał, że złożone wyjaśnienia z 8 sierpnia 2014 r. można podzielić na dwie zasadnicze części. Część pierwsza zawiera obszerny opis funkcjonowania odwołującego na rynku usług nadzoru, w tym czynności jakie podejmuje w celu zapewnienia z jednej strony wysokiej jakości usług przy równoczesnym kalkulowaniu cen na konkurencyjnym poziomie. Druga część wyjaśnień odnosi się do badanego postępowania i zawiera wyliczenia poszczególnych składników cenowych jakie miały wpływ na wysokość zaoferowanego wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał liczbę dniówek 6.500 w okresie projektowania i realizacji robót oraz około 540 dniówek jako rezerwę na nieprzewidziane zdarzenia. W wyjaśnieniach wskazano też kwotę, jaką skalkulowano na okres zgłaszania wad i usterek. Podano założenia, jakie przyjęto do kalkulacji pracy poszczególnych członków personelu w ilości wynikającej z dokumentacji przetargowej, a więc Personelu Stałego Zespołu Inżyniera, Zespołu Inżyniera o zmiennej liczebności w ilości gwarantującej sprawną obsługę umów na roboty, jak i również dodatkowego personelu pomocniczego. Uzupełnieniem wyliczenia było wskazanie przyjętej do kalkulacji ceny za średnią dniówkę pracy członków personelu, która została skalkulowana na poziomie ok. 400 zł. Odwołujący przedstawił również podział wynagrodzenia na koszty ogólne wraz z narzutami i zabezpieczeniem ryzyk, koszty utrzymania i wyposażenia biura, koszty personelu m.in. w rozbiciu na podstawowe okresy realizacji usługi, zakładaną rezerwę na nieprzewidziane zdarzenia tj. np. wydłużenie okresu realizacji robót, czy konieczność zwiększenia zatrudnienia personelu i okresy przypadające w czasie zgłaszania wad. W wyjaśnieniach wskazał również koszty dotyczące transportu, a także przedstawił swoją sytuację finansową.

Zamawiający nie uwzględnił powołanych wyjaśnień. Mimo że informacja o odrzuceniu oferty odwołującego została zastrzeżona przez zamawiającego wyłącznie do wiadomości TPF sp. z o.o., zasadnicza część argumentacji została wskazana w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący zacytował stwierdzenie zamawiającego, że „wykonawca nie określił jak szacuje zaangażowanie poszczególnych specjalistów w okresie realizacji usługi, nie wyjaśnił, jakie okoliczności dają podstawę do przyjęcia, że wskazany minimalny zespół osób, bez personelu dodatkowego, będzie wystarczający do rzetelnego wykonania zamówienia”.

Odwołujący Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. również złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień załączył dowody, na co powołuje się w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający nie uznał wyjaśnień. Mimo że informacja o odrzuceniu oferty odwołującego została zastrzeżona przez zamawiającego wyłącznie do wiadomości Egis Polska Inżynieria Sp z o.o., zasadnicza część argumentacji została wskazana w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący oświadczył, że zamawiający zakwestionował kalkulację ceny jego oferty ze względu na pominięcie zysku oraz uwzględnienie tylko jednej osoby z personelu dodatkowego.

Elementem wspólnym informacji o odrzuceniu ofert obu odwołujących z 15 października

2014 r. są stwierdzenia zamawiającego, że odwołujący skupili się na podkreśleniu swojego profesjonalizmu i doświadczenia, które mają charakter ogólny, wspólny dla wszystkich wykonawców.

Zgodnie z poglądem aprobowanym powszechnie w orzecznictwie i piśmiennictwie badanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, sprowadza się zasadniczo do oceny udzielonych wyjaśnień. W orzecznictwie ukształtował się pogląd, że złożenie wyjaśnień lakonicznych i ogólnikowych zrównane jest w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle i pociąga za sobą odrzucenie oferty stosownie do art. 90 ust. 3 Pzp.

Mimo zastrzeżeń części relewantnych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstw odwołujących oraz częściowego wyłączenia jawności rozprawy, Izba sformułowała uzasadnienie jawne w całości i jednakowe dla wszystkich wykonawców.

Izba skonstatowała bowiem, że po pierwsze, część informacji istotnych dla rozstrzygnięcia została podana przez wykonawców w jawnych uzasadnieniach odwołań, a po drugie, że częściowe kwoty podane przez wykonawców i składające się na cenę ich ofert, nie były kwestionowane przez zamawiającego.

Istotę sporu stanowi przede wszystkim kompletność i szczegółowość złożonych wyjaśnień. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest złożenie wyjaśnień szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że za daną cenę można należycie wykonać zamówienie. Dostrzec jednak trzeba, że ocena udzielonych wyjaśnień powinna następować w granicach określonych treścią wezwania (*vide* wyrok SO w Krakowie z 13 marca 2012 r., XII Ga 73/12).

Z fundamentalnych zasad ustawy wynika reguła, która można sprowadzić do stwierdzenia „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia”. Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji stoją na straży gwarancji braku ryzyka faworyzowania jednego z wykonawców kosztem innych i arbitralnego traktowania wykonawców przez zamawiającego. Kolejno, zasady jawności i pisemności postępowania, składające się na obowiązek przejrzystości działań zamawiającego, domagają się, aby ocena oświadczeń wykonawców oparta była na jasnych i jednoznacznych wymaganiach. Zatem zakres oczekiwań zamawiającego co do wyjaśnień powinien być określony w wezwaniu w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, tak aby pozwolić wszystkim wykonawcom wykazującym staranność oczekiwaną od uczestnika rynku zamówień publicznych na zrozumienie zakresu wymagań zamawiającego.

Zamawiający, który odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp na podstawie oczekiwań, których rozsądnie działający wykonawca nie może wywieść z treści wyjaśnień, narusza prawo.

Takiego naruszenia dopuścił się zamawiający w badanym postępowaniu, gdyż przyczyny odrzucenia ofert obu odwołujących wskazane zostały przez niego arbitralnie.

Wezwanie skierowane do odwołującego TPF sp. z o.o. nie zobowiązywało bowiem do złożenia

wyjaśnień o wskazanym stopniu szczegółowości, ani też nie wzywało odwołującego do złożenia szczegółowej kalkulacji ceny oferty. Nie może zatem zamawiający powoływać się na brak kalkulacji prac wykonanych przez Inżyniera Tymczasowego, zwłaszcza, że informacja o zakresie tych prac nie była podana wszystkim wykonawcom, w celu uwzględnienia jej na równych zasadach przy przygotowywaniu oferty. Odpowiedź odwołującego co do zakresu oczekiwanych informacji odpowiada wezwaniu. Odwołujący uwzględnił wszystkie istotne elementy składające się na cenę oferty.

Niezasadnie podnosi zamawiający niedoszacowanie liczby godzin przeznaczonych na pracę personelu zmiennego. Dostrzec bowiem trzeba, że o ile w stosunku do Personelu stałego zamawiający w pkt 5.2 OPZ wyłączył możliwość łączenia funkcji przez jedną osobę, o tyle wyłączenie takie nie zostało dokonane w stosunku do personelu zmiennego. Wykonawca uprawniony był zatem do tego, aby w tej grupie personelu jedna osoba łączyła funkcje. Ponadto, zgodnie z § 13 ust. 3 wzoru umowy oraz pkt 5.2.2 OPZ ustalenie liczby personelu zmiennego powinno nastąpić z uwzględnieniem określonych minimów, w sposób zapewniający sprawną obsługę umów na roboty budowlane, w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji.

Z powyższego wynika, że zamawiający pozostawił wykonawcom dużą dowolność co do liczby Personelu zmiennego, kalkulacji pracy specjalistów oraz jej wyceny.

Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których podał obiektywne informacje indywidualne - obrazujące kondycję ekonomiczną odwołującego w kontekście obliczenia ceny oferty. Pogląd zamawiającego o braku ich udowodnienia nie może się ostać, gdyż dowody w tym zakresie zostały złożone wraz z ofertą. Są to dokumenty złożone dla wykazania spełniania wymagań zamawiającego co do sytuacji ekonomicznej i finansowej, obejmujące m.in. sprawozdania finansowe.

Również odrzucenie oferty Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o., nie znajduje oparcia w treści wyjaśnień udzielonych przez tego wykonawcę, zwłaszcza przy uwzględnieniu dowodów załączonych do wyjaśnień, które zamawiający zignorował.

Zamawiający zarzuca brak uwzględnienia zysku. Tymczasem zysk został w sposób jasny wskazany w wyjaśnieniach. Jeśli zamawiający powziął wątpliwości, co do prawidłowości obliczenia zysku, to zamiast odrzucać ofertę odwołującego, mógł i powinien był wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia. Izba w tym składzie orzekającym wyraża pogląd, że jest dopuszczalne uzyskanie przez zamawiającego dodatkowych informacji w granicach zakreślonych wyjaśnieniami udzielonymi w wyniku wezwania.

Niezasadnie zarzuca zamawiający, że odwołujący nie uwzględnił personelu dodatkowego w dostatecznej liczbie. Zamawiający zapomina, że zgodnie z pkt 5.2.2. OPZ zatrudnienie personelu dodatkowego jest możliwością daną wykonawcy, nie zaś jego obowiązkiem, zatem nie może stanowić przyczyny uznania, że cena oferty jest niedoszacowania o koszt tego personelu.

Odnosząc się łącznie do odrzucenia ofert obu odwołujących dodać należy, że subiektywne przekonanie zamawiającego, że uzyskane wyjaśnienia były nie dość szczegółowe, są nierzetelne lub

niespójne, nie oznacza automatycznie obowiązku dyskwalifikacji wyjaśnień i odrzucenia oferty. Izba uznała, że zamawiający uzyskał wyjaśnienia odpowiednie do żądanych wyjaśnień, a żadna z podstaw wskazanych w informacji o odrzuceniu ofert nie uzasadnia uznania cen ofert odwołujących za rażąco niskie.

Pomimo tego, że odwołujący podali w wyjaśnieniach również charakterystykę swych przedsiębiorstw, która może być odniesiona do większości podmiotów przodujących w branży nadzoru inwestorskiego, zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia ich ofert, gdyż obaj wykonawcy podali jeszcze inne czynniki mające wpływ na wysokość ceny. Zdaniem Izby kalkulacje przedstawione przez odwołujących odnoszą się do badanego postępowania i mają charakter zindywidualizowany. Złożone wyjaśnienia odpowiadają wymaganiom zamawiającego i są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Uwzględnić przy tym trzeba, że cena żadnej ze złożonych ofert nie przekraczała 50% wartości zamówienia, a średnia cena złożonych ofert wynosiła ok. 5.500.000 zł.

Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że ceny ofert odwołujących są niewiarygodne i nierealistyczne w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Wskazane wartości uzasadniają natomiast tezę, że zamawiający przy szacowaniu wartości zamówienia nie uwzględnił realiów rynku, lecz działał wyłącznie na podstawie własnych zasad i uwzględnił w tej wartości poprzednie szacunki, a nie aktualny poziom cen.

Wreszcie, zamawiający odrzucając oferty odwołujących i broniąc tej czynności na rozprawie odnosił się wyłącznie do pewnych składowych cen ofert bez próby wywiedzenia wpływu cen tych elementów na cenę całej oferty. Tymczasem dowód, co do rażąco niskiego charakteru ceny ofert, spoczywał - w stanie prawnym dotyczącym rozpoznawanego odwołania – spoczywał niepodzielnie na zamawiającym.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie w kwocie 134 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....