

WYROK
z dnia 13 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. przez wykonawcę **MGGP S.A.** z siedzibą w Tarnowie przy ul. Kaczkowskiego 6 (33-100 Tarnów) w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie przy Al. Warszawskiej 89 (10-083 Olsztyn), w którym Zamawiającym jest **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa),

przy udziale wykonawcy **ZBM Inwestor Zastępczy S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Jagiellońskiej 88 (02-315 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **MGGP S.A.** z siedzibą w Tarnowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **MGGP S.A.** z siedzibą w Tarnowie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „zamawiającym”, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie proceduje w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (SIO) ode. Strzegowo - Pieńki” oraz „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (SIO) ode. Pieńki - Płońsk* (nr: O/OL.D-3.2413.21.2017.KP-7), zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 czerwca 2017 r. pod nr 2017/S 114-229771. W dniu 16 lutego 2018 r. zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty i przekazał ją wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

W dniu 26 lutego 2018 r. wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „przystępującym”) pomimo, że wykonawca ten nie zastosował się do wymagań zamawiającego dotyczących sposobu obliczania ceny ofertowej i nie uwzględnił wszystkich składowych opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”) dla niektórych elementów rozliczeniowych (Biuro Konsultanta i Środki transportu wskazanych w Formularzu Cenowym);
2. art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, polegające na wybraniu jako najkorzystniejszej oferty przystępującego w sytuacji gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania powtórnej czynności oceny ofert, w tym oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem zarzutów opisanych w niniejszym odwołaniu i wyników powtórzonych czynności oceny ofert;
3. odrzucenia oferty przystępującego;
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp ponieważ zamawiający w toku postępowania dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Wskazał, że spełnia wszelkie warunki udziału w niniejszym postępowaniu, a jego prawidłowo przygotowana i wyceniona oferta powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu a niepodlegających odrzuceniu. Wyjaśnił, że uzyskałby zamówienie gdyby zamawiający prawidłowo przeprowadził działania zmierzające do wyboru oferty najkorzystniejszej tj. odrzucił ofertę przystępującego jako ofertę o treści niezgodnej z treścią SIWZ w postępowaniu. Tym samym, na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, odwołujący poniósł szkodę. Gdyby bowiem zamawiający postąpił zgodnie z wymogami określonymi przez Pzp to oferta odwołującego uzyskałaby najwyższą punktację i tym samym zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Działania i zaniechania zamawiającego doprowadziły do utraty przez odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysków, które planował on osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia i to w sytuacji gdy odwołujący poniósł już koszty udziału w postępowaniu.

Wskazał, że w SIWZ zamawiający opisał zasady ustalenia (obliczenia) przez wykonawców ceny ofertowej. Tom I SIWZ Instrukcja dla wykonawców w punkcie 15 Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej zawiera wymagania, zgodnie z którymi w szczególności:

1. cena oferty ma zostać wyliczona w oparciu o Formularze Cenowe oraz Zbiorczy Formularz Cenowy zawarte w Tomie IV SIWZ (pkt. 15.1 SIWZ),
2. Formularze Cenowe mają być wypełnione ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych formularzach a wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w formularzach, a następnie wyliczyć ceny netto łącznie (pkt 15.2 SIWZ),
3. wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzach Cenowych przy czym niedopuszczalne jest samodzielne wprowadzanie

przez wykonawcę zmian do tych formularzy (pkt 15.2 SIWZ),

4. Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzach Cenowych (pkt 15.3 SIWZ).

Jednocześnie podał, że zamawiający w Tomie III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia wskazał wymagania dotyczące poszczególnych pozycji wymienionych w Formularzach Cenowych.

W jego ocenie przystępujący nie zastosował się do opisanych w SIWZ zasad tj. nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z elementami rozliczeniowymi wskazanymi pod pozycjami 1.1/4.1 *Biuro Konsultanta* oraz 1.2a/4.2a *Środki transportu*. Cena za te elementy rozliczeniowe jest rażąco niska - jeżeli przeliczyć koszty tylko wymienionych w dokumentacji przetargowej dla tych elementów działań, zobowiązań i czynności, które wykonawca będzie musiał podejmować w trakcie realizacji zamówienia to przekraczają one kwoty wskazane przez przystępującego w jego ofercie. Odwołujący przedstawił wyliczenia i uzasadnienie swojego stanowiska dla wymienionych wyżej elementów rozliczeniowych.

Po zaprezentowaniu w odwołaniu wyliczeń stwierdził, że niemożliwe jest zaproponowanie ceny, którą zawarł przystępujący w swojej ofercie przy jednoczesnym uwzględnieniu wszystkich wymogów zamawiającego co do sposobu jego realizacji. Wykonawca miał obowiązek uwzględnić wszystkie koszty związane z przedmiotowymi elementami cenowymi w poszczególnych pozycjach. Zgodnie z postanowieniami SIWZ nie jest możliwe przyjęcie, że jakaś część kosztów działań objętych pozycjami *Biuro Konsultanta* oraz *Środki transportu* zostanie pokryta z innych środków (pozycji) czy np. z rezerwy. Na potwierdzenie tego przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wydane na gruncie innego postępowania prowadzonego przez tego samego zamawiającego. Co istotne zamawiający posługiwał się wzorem treści SIWZ i pomimo, że postępowania co do których wypowiedała się Izba były prowadzone przez inny Oddział GDDKiA to zapisy dokumentacji przetargowych były identyczne. I tak w wyroku z dnia 5 października 2017 r. sygn. akt KIO 1965/17, KIO 1966/17 Izba stwierdziła że: *zgodnie zatem z ww. wymogami SIWZ Odwołujący nie był uprawniony do przenoszenia kosztów między pozycjami. Odwołujący winien wycenić koszt środka transportu wyłącznie w pozycjach 1.2.a i 4.2.a.*

Podsumowując stwierdził, że zamawiający określił w SIWZ w postępowaniu wymogi dotyczące sposobu obliczenia ceny ofertowej poprzez wskazanie zasad obliczania ceny oraz wymogów merytorycznych, technicznych i organizacyjnych dotyczących poszczególnych elementów cenowych. Przystępujący nie zastosował się do wytycznych zamawiającego. Jak wykazano i wyliczono w odwołaniu dwa elementy cenowe wskazane w Formularzu Cenowym w pozycjach *Biuro Konsultanta* oraz *Środki transportu* nie mogą obejmować wszystkich działań, sprzętu i czynności wymaganych przez zamawiającego gdyż kwoty w

nich wykazane są zbyt niskie. Wyliczenia dokonane przez odwołującego opierają się na danych rynkowych, przy założeniu że ceny i inne wartości przyjmowane były tak aby potwierdzić kwoty zaproponowane przez przystępującego. Nawet przy takim założeniu okazało się to niemożliwe. W warunkach rynkowych, nawet uwzględniając najbardziej korzystne rozwiązania (np. najtańsze auto na rynku) koszt zapewnienia usługi opisanej przez zamawiającego w ww. pozycjach będzie wyższy niż koszty wykazane przez przystępującego w jego ofercie. Tym samym oferta przystępującego jest niezgodna co do swej treści z treścią SIWZ w postępowaniu i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego. Co istotne niezgodność ta ze względu na swój charakter nie może zostać usunięta poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3 gdyż jakkolwiek zmiana prowadziłaby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty przystępującego.

W dniu 9 marca 2018 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, którą wcześniej przesłał za pomocą poczty elektronicznej w dniu 6 marca 2018 r., wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Ponadto w dniu 8 marca 2018 r. przystępujący za pośrednictwem poczty elektronicznej przesłał pismo procesowe w przedmiotowej sprawie, w którym także wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym biorąc pod uwagę pisemne stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole stanowiska stron i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 2 marca 2018 r. (sygn. O/OL.D-3.2413.21.2017.KP-7.46) w tym w szczególności z treści:

- ogłoszenia o zamówieniu;
- SIWZ wraz załącznikami;

- oferty odwołującego;
 - oferty przystępującego;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 lutego 2018 r.;
- przedstawionego w toku rozprawy przez odwołującego:
- zestawienia w formie tabelarycznej stanowiącego informację o ilości przejechanych km przez jeden samochód w ciągu roku;
- stwierdzając, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w ww. pismach procesowych adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt 14.5 ppkt 1) SIWZ ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz wymienione, wypełnione dokumenty: Formularze Cenowe oraz Zbiorczy Formularz Cenowy (Tom IV SIWZ).

Tom I SIWZ Instrukcja dla wykonawców w punkcie 15 *Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej* zawiera wymagania, zgodnie z którymi:

1. cena oferty ma zostać wyliczona w oparciu o Formularze Cenowe oraz Zbiorczy Formularz Cenowy zawarte w Tomie IV SIWZ (pkt. 15.1 SIWZ),
2. Formularze Cenowe mają być wypełnione ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych formularzach a wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w formularzach, a następnie wyliczyć ceny netto łącznie (pkt 15.2 SIWZ),
3. wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzach Cenowych przy czym niedopuszczalne jest samodzielne wprowadzanie przez wykonawcę zmian do tych formularzy (pkt 15.2 SIWZ),
4. Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzach Cenowych (pkt 15.3 SIWZ).

Do momentu upływu wyznaczonego przez zamawiającego terminu na składanie ofert, oferty w postępowaniu złożyło ośmiu wykonawców. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę brutto jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 19 944 338,23 zł.

W wyniku badania i oceny ofert zamawiający wykluczył z postępowania dwóch wykonawców oraz odrzucił oferty trzech pozostałych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art 90 ust. 3 Pzp. Następnie w dniu 16 lutego 2018 r.

zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i ramach tej czynności wybrał ofertę przystępującego opiewającą na kwotę 19 797 000,00 zł.

Przystępujący, dołączył do oferty:

1. Formularz „Oferta”, w którym w pkt 1 złożył oświadczenie, stosownie, do którego „Składamy Ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia" oraz w pkt 2 „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania" (strona 3 oferty przystępującego);
2. Formularz cenowy, w którym wycenił poszczególne elementy składające się na cenę, zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w pkt 15 SIWZ oraz stosownie do wzoru ww. formularza przygotowanego przez zamawiającego. W tymże Formularzu cenowym przystępujący wycenił koszt świadczenia usługi będącej przedmiotem niniejszego zadania m.in. w zakresie pozycji Środki transportu (poz. 1.2a i poz. 4.2a ww. Formularza - strona 6 oferty przystępującego) oraz Biuro Konsultanta (poz. 1.1 i poz. 4.1, ww. Formularza - strona 6 oferty przystępującego).

Zamawiający nie wzywał przystępującego do wyjaśnienia ceny oferty czy też jej określonych elementów w trybie art. 90 ust. 1 ani art. 90 ust. 1a Pzp.

Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 KC, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu. Należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom (zob. wyrok z dnia 8 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2475/17).

Dokonując merytorycznego porównania treści oferty złożonej przez przystępującego z treścią SIWZ Izba stwierdza, że na żadnej podstawie, obejmującej jakiegokolwiek oświadczenie czy też dokument złożony przez przystępującego nie można uznać, aby doszło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ o jakiej jest mowa w art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Wobec powyższego, hipotetyczne rozważania odwołującego odnoszące się do niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ, które zostały oparte na jego własnych tezach niemających potwierdzenia w treści oferty przystępującego, Izba uznała za niezaskługujące na uwzględnienie. Przedmiotowe stanowisko wynika z orzecznictwa Izby powstałego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tytułem przykładu można wskazać wyrok z dnia 26 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1402/17, w którym zostało podniesione, że „przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp powszechnie interpretowana jest przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. W zakresie zastosowania tej podstawy prawnej mieści się jednak szersze spektrum sytuacji, w których można jednoznacznie stwierdzić, że złożona oferta nie odpowiada treści s.i.w.z. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.” (podobnie wyroki: z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 501/17, z dnia 21 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1337/17 czy z dnia 6 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2417/17).

Zamawiający w SIWZ, wprowadził różne zastrzeżenia dotyczące przygotowania oferty, a w niniejszym przypadku - zastrzeżenie dotyczące sposobu obliczania ceny oferty. Odwołujący zarzuca zamawiającemu dokonanie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej „pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Odwołujący nie wskazuje, na czym konkretnie niezgodność ta polega tj. co konkretnie w ofercie i w jaki sposób nie jest zgodne ze wskazanymi (ustalonymi) fragmentami SIWZ. Odwołujący przedstawia jedynie hipotezę takiej niezgodności wysnutą ze „zbyt niskich” cen zawartych w Formularzu cenowym. W związku z tym Izba uznała twierdzenie zamawiającego, że przedstawiony przez odwołującego „scenariusz” skalkulowania cen nie może stanowić dowodu potwierdzającego niezgodność oferty przystępującego z treścią SIWZ za własne.

Odnosząc się do wyliczeń przedstawionych w odwołaniu Izba także przyjęła argumentację zamawiającego i stwierdziła, że w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie środków transportu (pkt. 2.4.) wskazano obowiązki Konsultanta, ale nie określono sposobu wyceny tych obowiązków, tzn. nie wskazano, jakie minimalne kwoty należy uwzględnić dla poszczególnych elementów ceny. Bezpodstawne są więc twierdzenia odwołującego jakoby pozycja w ofercie przystępującego nie uwzględniała jakiegoś składnika tylko dlatego, że wartość całkowita pozycji jest niższa od wyceny odwołującego, sporządzonej na potrzeby udowodnienia zasadności odwołania.

Podobnie liczba personelu, którą podaje odwołujący stanowi jego indywidualne wyliczenie, sporządzone na potrzeby uzasadnienia słuszności odwołania. Liczba personelu

na każdym etapie realizacji umowy jest kwestią indywidualną, zależną od doświadczenia wykonawcy, kwalifikacji jego personelu, umiejętności zarządzania personelem i wykorzystywania jego zasobów. Wobec powyższego, niezasadne jest dowodzenie odwołującego oparte na jego indywidualnych uwarunkowaniach co do przewidywanych kosztów.

Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał, w którym miejscu oferta złożona przez przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, z oczekiwaniami zamawiającego i z czego to wynika. Takiego twierdzenia nie można skutecznie wykazywać i podnosić wyłącznie w oparciu o cenę zaofertowaną przez przystępującego w pozycjach Środki transportu i Biuro Konsultanta oraz kalkulację własną odwołującego. Podnoszone przez odwołującego tezy nie znajdują odzwierciedlenia w materiale dowodowym jaki oceniał zamawiający w momencie podejmowania decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty. W związku z tym Izba przyjęła, że odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu, o którym mowa w art. 190 ust. 1 Pzp.

Ciężar dowodu, którym zgodnie z zasadą kontradyktoryjności jest obarczony odwołujący w przedmiotowym stanie faktycznym polega na wykazaniu, że merytoryczna treść oferty złożonej przez przystępującego jest w jakimkolwiek punkcie niezgodna z oczekiwaniami zamawiającego wyspecyfikowanymi w treści SIWZ. Ta niezgodność powinna po pierwsze wprost wynikać z treści oferty, a po drugie być nieusuwalna. Izba uznała, że z taką sytuacją nie zaistniała w przedmiotowej sprawie, a dodatkowo nie została ona udowodniona przez odwołującego.

Ponadto Izba stwierdziła, że w argumentacji odwołującego powstała pewna co najmniej niekonsekwencja lub nawet sprzeczność, która nie pozwala na uwzględnienie przedmiotowego odwołania. Otóż z jednej strony odwołujący nie podnosił bezpośrednio zarzutu rażąco niskiej ceny czy też niektórych jej elementów zawartych w ofercie przystępującego, a z drugiej strony wskazywał, że pewne jej elementy nie zawierają wszystkich elementów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia zgodnie z założeniami zawartymi przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Reasumując Izba stwierdza, że odwołujący niezasadnie wywodzi swoje zarzuty, ponieważ opiera je na własnych założeniach i nie popiera ich przekonującymi dowodami, a własne założenia odwołującego w sposób sformułowany w odwołaniu nie mogą stanowić, iż oferta przystępującego jest niezgodna z SIWZ. W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji niepotwierdzenia się z powyższego zarzutu Izba uznała, że zamawiający nie naruszył także przepisu art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, polegające na wybraniu jako

najkorzystniejszej oferty przystępującego w sytuacji gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego, skoro zamawiający dysponował niepodlegającą odrzuceniu ofertą przystępującego.

W związku z tym Izba uznała, że i ten zarzut należy oddalić.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: