

**WYROK**  
**z dnia 17 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**  
**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Safage S.A.S. w Nanterre, Francja**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **DDG sp. z o.o. sp. k. w Białej Podlaskiej**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji „ZDI” sp. z o.o. w Zamościu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
  - 1.1. **odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę DDG sp. z o.o. sp. k. w Białej Podlaskiej na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zawierającej rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia z powodu niewykazania przez tego wykonawcę prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do badań kontrolnych, z uwzględnieniem okoliczności wynikających z uzasadnienia,**
  - 1.2. **odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Zamojską Dyrekcję Inwestycji „ZDI” sp. z o.o. w Zamościu na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zawierającej rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia z powodu niewykazania przez**

**tego wykonawcę prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do badań kontrolnych, z uwzględnieniem okoliczności wynikających z uzasadnienia,**

2. **w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Safage S.A.S. w Nanterre, Francja** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od **Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie** na rzecz wykonawcy **Safage S.A.S. w Nanterre, Francja** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji Projektu: <Budowa i rozbudowa drogi gminnej – ul. Muzycznej w Lublinie na odcinku od zjazdu na teren Stadionu Miejskiego do skrzyżowania z ul. Nadbystrzycką / ul. Narutowicza wraz z obiektem mostowym nad rzeką Bystrzycą, budową sieci: oświetlenia drogowego, trakcji trolejbusowej, kanału technologicznego, budową i przebudową sieci kanalizacji deszczowej wraz z oczyszczalnią ścieków deszczowych oraz przebudową: sygnalizacji świetlnej, sieci gazowej średniego i niskiego ciśnienia, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci ciepłowniczej, sieci elektroenergetycznej nN i SN, sieci teletechnicznej>”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 sierpnia 2015 r., 2015/S 152-280698.

W dniu 23 października 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Safage S.A.S. w Nanterre, Francja, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez DDG sp. z o.o. sp. k. w Białej Podlaskiej, zwanego dalej „przystępującym DDG”.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez przystępującego DDG, jak również oferty złożonej przez wykonawcę Zamojską Dyрекcję Inwestycji „ZDI” sp. z o.o. w Zamościu, zwanego dalej „przystępującym ZDI”,
- 2) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego DDG odwołujący wniósł w dniu 2 listopada 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego DDG oraz oferty przystępującego ZDI, mimo iż oferty te nie odpowiadają treści SIWZ,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego DDG oraz oferty przystępującego ZDI pomimo, iż oferty te zawierają rażąco niską cenę,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert,
- 4) odrzucenia oferty przystępującego DDG oraz oferty przystępującego ZDI,
- 5) wykonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że treść ofert przystępującego DDG oraz przystępującego ZDI i wyjaśnień tych wykonawców złożonych w toku badania i oceny ofert wskazują, iż ceny ich ofert zawierają znamiona rażąco niskich. Przyjęcie przez Izbę, że oferty tych wykonawców zostały skalkulowane prawidłowo będzie prowadziło z kolei do wniosku, że oferty te nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący przywołał postanowienia SIWZ odnoszące się do obowiązku zapewnienia przez wykonawcę wykonywania niektórych badań w certyfikowanym laboratorium.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ZDI odwołujący podniósł, że zamawiający wystosował do tego wykonawcy wezwanie do przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej. W ocenie odwołującego treść tych wyjaśnień potwierdza, że wykonawca ten albo skalkulował ofertę zaniżając poszczególne jej elementy albo oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie nieodpowiadającym oczekiwaniom zamawiającego. Złożone przez przystępującego ZDI wyjaśnienia są lakoniczne, bardzo ogólnikowe i sprowadzają się jedynie do wyводу, że dzięki posiadanemu doświadczeniu w wykonywaniu tego rodzaju zamówień oraz dysponowaniu odpowiednią kadrą jest w stanie zaoferować cenę niższą aniżeli konkurenci. Odwołujący nadmienił, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu są podmiotami specjalizującymi się w realizacji przedsięwzięć o podobnym lub analogicznym profilu, a także podobnie jak przystępujący ZDI dysponują wykwalifikowanym personelem, tym niemniej zaoferowali ceny znacznie wyższe niż ZDI. Niemniej jednak kwestia ta z punktu widzenia odwołującego nie stanowi istoty sprawy, w związku z tym oświadczył, że dalsza polemika w tym zakresie w jego ocenie wydaje się zbyteczna. Odwołujący zwrócił uwagę, że do wyjaśnień została dołączona kalkulacja ceny, z której wynika, że „obsługa laboratoryjna” została wyceniona na poziomie 40.000 zł netto. Jako potwierdzenie ww. informacji przystępujący ZDI złożył ofertę Dyrekcji Inwestycji Miejskich Sp. z o.o., z której wynika że za wskazaną powyżej kwotę podmiot ten jest w stanie „wykonać kontrolne badania i pomiary laboratoryjne przewidziane w SST w ilościach określonych w SIWZ i wzorze umowy”. Odwołujący podniósł, że ww. podmiot nie jest „certyfikowanym laboratorium” w rozumieniu brzmienia wzoru umowy, tj. nie posiada akredytacji PCA na potwierdzenie badań w zakresie mas mineralno - bitumicznych oraz mas betonowych. Informacja ta wynika z oficjalnej strony

PCA. Odwołujący argumentował, że nie neguje, że wykonawca ten stale współpracuje z ww. firmą i w związku z długoletnią współpracą jest w stanie wynegocjować korzystne warunki wykonywania badań, tym niemniej jednak nie będą to badania wykonywane przez certyfikowane laboratorium. Z uwagi na okoliczność, że zamawiający wzywał wykonawcę do przedłożenia szczegółowych oraz uwzględniających wszystkie elementy wyjaśnień, oraz z uwagi na okoliczność, że kalkulacja przedstawiona przez wykonawcę nie przewiduje elementu, który mógłby zawierać „ukrytą” wartość korzystania z „certyfikowanego laboratorium” należy uznać, że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Jak zostało wskazane w wyjaśnieniach wykonawca ten zakłada wykonanie zamówienia zakładając „minimalny zysk”. W związku z tym przyjęcie przez niego stanowiska, że powierzenie badań laboratoryjnych innej niż ww. firma będzie prowadzić do sytuacji, że wykonanie zamówienia będzie generowało straty. To w związku z tym świadczy o tym, że zaoferowana przez niego cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Odwołujący na marginesie zwrócił również uwagę na formę złożonych dowodów - wszystkie dołączone do oferty „dowody” mają prawie identyczną treść oraz formę graficzną. Co więcej wszystkie dokumenty są opatrzone takim samym miejscem i datą. W związku z tym w ocenie odwołującego taka sytuacja winna wzbudzić u zamawiającego wątpliwość co do wiarygodności tychże dokumentów. Wskazana powyżej okoliczność może skłaniać ku stwierdzeniu, że wykonawca ten narzucił tymże podmiotom treść oświadczeń. Niemniej jednak z uwagi na ww. okoliczność co do braku możliwości uznania, że przystępujący ZDI wykazał współpracę z „certyfikowanym laboratorium” powyższa kwestia wydaje się mieć – zdaniem odwołującego – znaczenie drugorzędne.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego DDG odwołujący podniósł, że wyjaśnienia są zdawkowe oraz ogólnikowe i nie sposób z nich wywieść wymaganych przez zamawiającego informacji. Wywiódł, że przystępujący DDG nie złożył żadnych dowodów potwierdzających wykonane przez niego wyliczenia. Wykonawca ten przyjął, że „koszty związane z wykonaniem wymaganych badań” wyniosą 19.500 zł (wykonawca nie wskazał czy mowa tu o cenie netto czy brutto). Odwołujący wywiódł, że nie jest możliwym wykonanie badań w zakresie wskazanym w SIWZ przez certyfikowane laboratorium. Nawet przy przyjęciu, że wykonawca ten korzysta z usług konkretnego laboratorium na preferencyjnych warunkach (czego nie udowodnił) to i tak nie jest możliwym przyjęcie że kwota ta jest kwotą realną. Odwołujący podniósł także, iż w cenę oferty nie został wkalkulowany ewentualny koszt wydłużenia się okresu obowiązywania umowy. Przystępujący założył czas realizacji zadania 22 miesiące, z czego wynika, że wykonawca nie przewidział możliwości wydłużenia okresu realizacji umowy. W przypadku świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu niemalże w każdym przypadku realizacji umowy występuje konieczność jej aneksowania w związku z koniecznością wydłużania terminu jej

obowiązania. W związku z okolicznością, że przystępujący DDG nie przewidział pozycji „zapasowej” wydłużenie się obowiązywania umowy będzie generowało straty. Wykonawca ten nie przewidział bowiem żadnego wystarczającego mechanizmu równoważącego. Na marginesie odwołujący zauważał, że ZBI przewidział ww. „zapas” jedynie na poziomie 4.000 zł, co przy założeniu że będzie musiał on utrzymać przez dłużej nieokreślony czas wyspecjalizowany personel również stawia w wątpliwym świetle czy dokonał on w tym zakresie prawidłowej kalkulacji. Odwołujący argumentował również, że przystępujący DDG w ww. wyjaśnieniach dokonał porównania kosztów nadzoru inwestorskiego do wartości robót budowlanych do przedmiotowej inwestycji w porównaniu do innych robót przez niego nadzorowanych w okresie trzech ostatnich lat. DDG obliczył średni współczynnik wartości umowy o nadzorowane roboty budowlane do wartości umowy o nadzór. Odwołujący wskazał, iż z uwagi na brak dostępu do dokumentacji z przywołanych postępowań nie ma możliwości odniesienia się co do prawdziwości i prawidłowości wykonanych obliczeń. Odwołujący wywiódł również, że przedstawienie tego rodzaju wyliczeń nie stanowi dowodu potwierdzającego, że zaoferowana przez wykonawcę cena w tym konkretnym przypadku nie nosi znamion rażąco niskiej. Odwołujący odnosząc się do ofert obu wykonawców podniósł, że z treści przedłożonych wyjaśnień nie wynika, że są oni w stanie wykonać należycie zamówienie za zaoferowane przez nich ceny. Wykonawcy ci nie przedstawili żadnych okoliczności, które pozwalałyby na przyjęcie odmiennego stanowiska. Złożone wyjaśnienia są ogólne, brak w nich konkretnych informacji.

Zdaniem odwołującego zamawiający przez zaniechania odrzucenia obu ofert „zablokował” dostęp do uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy w sposób rzetelny dokonali kalkulacji swoich ofert. Umożliwił dostęp do wykonania zamówienia wykonawcom, którzy nie spełniają wymagań określonych w SIWZ, a tym samym nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia, co stanowi o naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca DDG sp. z o.o. sp. k. w Białej Podlaskiej. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” sp. z o.o. w Zamościu.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ z 25 i 31 sierpnia 2015 r., ofertę złożoną przez przystępującego DDG, ofertę złożoną przez przystępującego ZDI, wezwania zamawiającego z 9 października 2015 r. skierowane do przystępującego DDG i ZDI o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia przystępującego DDG i ZDI co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zawiadomienie zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 23 października 2015 r., jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska stron a także uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu trzecim. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia ofert sklasyfikowanych na miejscu pierwszym i drugim. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności odrzucenia tych ofert z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji uznano, że odwołującemu przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji Projektu: <Budowa i rozbudowa drogi gminnej – ul. Muzycznej w Lublinie na odcinku od zjazdu na teren Stadionu Miejskiego do skrzyżowania z ul. Nadbystrzycką / ul. Narutowicza wraz z obiektem mostowym nad rzeką Bystrycą, budową sieci: oświetlenia drogowego, trakcji trolejbusowej, kanału technologicznego, budową i przebudową sieci kanalizacji deszczowej wraz z oczyszczalnią ścieków deszczowych oraz przebudową: sygnalizacji świetlnej, sieci gazowej średniego i niskiego ciśnienia, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci ciepłowniczej, sieci elektroenergetycznej nN i SN, sieci teletechnicznej>” (pkt 3.1. SIWZ).

Jak wynikało z pkt 4 SIWZ, zamawiający określił termin wykonania zamówienia *jako maksymalnie 4 lata od dnia zawarcia umowy, w tym:*

- 1) Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór w trakcie realizacji inwestycji i jej rozliczenie po zrealizowaniu wszystkich robót budowlanych – od dnia zawarcia umowy do dnia 31.08.2017 r.*
- 2) Termin określony w pkt 1) może ulec skróceniu lub wydłużeniu (maksymalnie do 4 lat od daty zawarcia umowy) w zależności od przebiegu procesu budowlanego i wystąpienia zdarzeń których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.*
- 3) W przypadku wydłużenia terminu określonego w pkt 1), Inżynier Kontraktu zobowiązany będzie do ich nadzorowania zgodnie z postanowieniami umowy. Wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu z uwagi na wydłużenie terminu nie ulegnie zmianie.*

Jak wynikało z pkt 3.3.6. SIWZ zakres zamówienia obejmował m.in.: *prowadzenie niezależnego certyfikowanego laboratorium do badań kontrolnych wykonywanych robót przewidzianych w SST.*

Jak wynikało z § 5 ust. 4 pkt 1 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ, w brzmieniu nadanym modyfikacją SIWZ z dnia 31 sierpnia 2015 r.) zamawiający zastrzegł, iż jednym z obowiązków wykonawcy będzie prowadzenie na koszt własny badań i pomiarów kontrolnych przez niezależne Certyfikowane Laboratorium do badań kontrolnych wykonywanych robót budowlanych przewidzianych w SST. W § 5 ust. 4 pkt 9 wzoru umowy zamawiający postanowił co należy rozumieć przez „certyfikowane laboratorium”. Przesądził, że za „certyfikowane” laboratorium *należy rozumieć laboratorium posiadające akredytację PCA Polskiego Centrum Akredytacji, na prowadzenie badań określonych do wykonania w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Laboratorium powinno posiadać akredytację PCA na wykonywane badania w zakresie mas mineralno – bitumicznych oraz mas betonowych. Pozostałe badania mogą być wykonywane w laboratorium, które przedstawi dokumenty świadczące o kwalifikacjach personelu spełniających ściśle określone kryteria do wykonywania konkretnych badań, przechodzących*



*szkolenia podnoszące kwalifikacje, oraz świadectwa wzorcowania i legalizację wszystkich urządzeń pomiarowych zgodnie z obowiązującymi normami niezbędne do określonych badań. Jednocześnie Zamawiający dopuszcza prowadzenie różnych rodzajów badań w różnych laboratoriach. W § 5 ust. 4 pkt 10 wzoru umowy zamawiający przesądził, iż Inżynier kontraktu ma wykonać minimum 20% badań wskazanych w STWiORB dla Wykonawcy robót budowlanych lecz nie mniej niż 1 badanie z danego asortymentu robót.*

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w dniu 14 lipca 2015 r. w wysokości 891.340,69 zł netto, na podstawie szacunkowej wyceny zamówienia. Na sfinansowanie zamówienia przeznaczono kwotę 1.096.349,05 zł brutto (pkt 2 i 8 protokołu postępowania).

Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły oferty wykonawców, którzy zaoferowali następujące ceny brutto za wykonanie zamówienia:

- 1) przystępujący DDG – 520.290,00 zł,
- 2) przystępujący ZDI – 536.280,00 zł,
- 3) odwołujący – 921.270,00 zł,
- 4) wykonawca Prokom Construction sp. z o.o. w Sosnowcu – 986.000,00 zł,
- 5) wykonawca ECM Group Polska S.A. – 1.088.550,00 zł,
- 6) wykonawca NBQ SI sp. z o.o. – 1.682.640,00 zł,
- 7) wykonawca Promost Consulting T. S. sp.j. – 1.990.069,56 zł,
- 8) wykonawcy Getinsa Polska sp. z o.o. i Getinsa\_Payma s.l. – 2.410.308,00 zł.

Ustalono także, że zamawiający pismami z dnia 22 września 2015 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego DDG i przystępującego ZDI do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość oferowanej ceny. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in., że wykonawcy zobowiązani są do przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej w zakresie wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia. Zastrzegł, że wykonawcy składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinni wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki ww. czynnikom cena została obniżona. Zamawiający wskazał także, że wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Poinformował także, że zaleca załączenie do składanych wyjaśnień dowodów w granicach ich celu. W wezwaniu wskazano również, iż wykonawca powinien przedstawić kalkulację ceny ofertowej (czynność obliczeniowa zmierzająca do ustalenia kosztów przypadających na przedmiot zamówienia) w zakresie wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia z

uwzględnieniem wszystkich elementów mających wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał również, że kalkulacja powinna w szczególności zawierać:

- a) koszty usług nadzoru inwestorskiego w poszczególnych branżach,
- b) koszty przeprowadzenia wszystkich badań, pracy laboratorium drogowego oraz technologa,
- c) koszty pozostałych usług oraz prac specjalistów nadzorujących inwestycję,
- d) zysk wykonawcy.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący DDG złożył pismo z 15 października 2015 r. W piśmie tym wskazał m.in., że do nadzoru przewiduje zespół 11 inspektorów nadzoru. Wszystkie osoby prowadzą własne działalności gospodarcze i zawierają umowy na konkretne zadania. Podał wartości umów z poszczególnymi osobami, ustalone w ten sposób, że wartość miesięczną poszczególnych umów pomnożono przez liczbę 22 miesięcy. Ujawnił koszty zapewnienia transportu po terenie budowy. Wskazał m.in., że przyjął czas realizacji zadania do 31 sierpnia 2017 r., to jest 22 miesiące. Ujawnił koszt zapewnienia biura. Podał koszt przeprowadzenia badań w kwocie 19.500 zł oraz zysk w wysokości 9,5% w kwocie 37.500 zł. Do swych wyjaśnień przystępujący DDG nie załączył żadnych dowodów.

Ustalono również, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący ZDI złożył pismo z 14 października 2015 r. W swym piśmie m.in. ujawnił stawkę zysku na poziomie 5%. Wskazał m.in., że dysponuje zespołami wykwalifikowanych inżynierów we wszystkich branżach. Posiada własną kadrę współpracowników, zaś zamawiający nie wymagał aby kadra inżyniera kontraktu była zatrudniona na podstawie umowy o pracę. Przedstawiciel inżyniera oraz inspektor nadzoru robót elektrycznych będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Pozostali pracownicy będą zatrudnieni na podstawie umów cywilnoprawnych. Wskazał, że posiada w swoich zasobach materiały oraz urządzenia biurowe, rejestrujące, środki transportu, których nie będzie musiał kupować na potrzeby realizacji usługi. Wyjaśniał m.in., że cenę wyliczył w oparciu o wycenę indywidualną, zaś strukturę ceny wraz ze wskazaniem poszczególnych kosztów przedstawił w załączniku do pisma. Wyjaśnił, że obsługę laboratoryjną powierzy firmie przez siebie sprawdzonej i współpracującej z nim na innych kontraktach. Do wyjaśnień załączono kalkulację cenową w formie tabelarycznej. W tabeli ujawniono m.in. koszt obsługi laboratoryjnej na poziomie 40 tys. zł netto, zysk w wysokości 5% w kwocie 20 760 zł netto. Do wyjaśnień załączono 9 szt. dowodów w postaci ofert współpracy z inspektorami nadzoru i specjalistami, które były zbliżone do siebie zarówno treścią jak i formą, a także opatrzone były tą samą datą i miejscem sporządzenia. Do wyjaśnień załączono również ofertę współpracy pochodzącą od

Dyrekcji Inwestycji Miejskich sp. z o.o. w Lublinie, w której oferuje swoje usługi w zakresie wykonania kontrolnych badań i pomiarów laboratoryjnych przewidzianych w SST w ilościach określonych w SIWZ i wzorze umowy za kwotę 40.000 zł. Zakres i termin realizacji usługi zgodnie z wymaganiami postawionymi w zapytaniu ofertowym i siwz dla tego postępowania.

Ustalono również, że zamawiający w dniu 23 października 2015 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego DDG. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu trzecim, za ofertą przystępującego DDG i przystępującego ZDI (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Ponadto, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Wreszcie, w myśl art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.*

Izba stwierdziła, że obaj przystępujący, pomimo obowiązku spoczywającego na nich z mocy art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie udowodnili zamawiającemu prawidłowości kalkulacji jednego z istotniejszych elementów cenotwórczych jakim był koszt zapewnienia laboratoryjnych badań kontrolnych. Jednym z elementów przedmiotu zamówienia było prowadzenie niezależnego certyfikowanego laboratorium do badań kontrolnych wykonywanych robót przewidzianych w SST (pkt 3.3.6 SIWZ). Co warte podkreślenia, część z tych badań w zakresie mas mineralno-bitumicznych oraz mas betonowych, zgodnie z SIWZ miała być wykonana przez laboratorium posiadające akredytację Polskiego Centrum Akredytacji w tym zakresie. Powyższe wynikało z § 5 ust. 4 pkt 9 wzoru umowy. Powyższe postanowienia SIWZ jak również odpowiedzi na pytania, jakich zamawiający udzielał w toku postępowania wyraźnie wskazywały na to, że zamawiający w analizowanym postępowaniu przypisał badaniom kontrolnym znaczącą i istotną rolę. Po pierwsze, co nie jest zabiegiem standardowym w tego typu zamówieniach, nałożył na wykonawcę obowiązek wykonania badań kontrolnych w laboratorium posiadającym akredytację Polskiego Centrum Akredytacji we wskazywanym wyżej zakresie. Powyższe znacząco ograniczyło liczbę laboratoriów, jakie mogły być brane pod uwagę, co niewątpliwie miało wpływ na koszty jakie poniesie wykonawca, który uzyska zamówienie. O tym, że lista laboratoriów odpowiadających wymogom z SIWZ nie jest wielka, świadczyły wydruki ze stron internetowych Polskiego Centrum Akredytacji, jakie odwołujący złożył na rozprawie. Po drugie, pomimo zapytań i monitów wykonawców zamawiający nie zrezygnował z nałożonego na wykonawców obowiązku wykonania badań przez laboratoria posiadające omawianą akredytację. Powyższe wynikało z odpowiedzi na pytania jakich zamawiający udzielił 25 i 31 sierpnia 2015 r. Po trzecie, zakres badań, które mogło wykonać wyłącznie laboratorium akredytowane okazał się znaczny. W §5 ust. 4 pkt 9 wzoru umowy zamawiający określając zakres badań kontrolnych jakie ma wykonać akredytowane laboratorium posłużył się określeniami „masy mineralno- bitumiczne” oraz „masy betonowe”. Należało zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że zamawiający nie posłużył się pojęciem „beton”, lecz „masy betonowe”, z czego należało wysnuć wniosek, że badaniami kontrolnymi miał być objęty nie tylko beton, ale i mieszanki betonowe. Nie było sporne pomiędzy stronami, że z postanowienia pkt 6.2.1.1 rozdz. M.13.00.00 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych branży mostowej, stanowiącej część SIWZ na wykonanie robót budowlanych, które miał nadzorować wykonawca wyłoniony w tym postępowaniu, wynikało że w trakcie robót w zakresie mostu przewidziano do wbudowania 3991 m<sup>3</sup> betonu. Z tego samego postanowienia wynikało, że wykonawca robót budowlanych ma wykonać badanie każdego ładunku betonu (ilość mieszanki betonowej transportowanej pojazdami). Nie było sporne pomiędzy stronami, że ilość 3991 m<sup>3</sup> odpowiada w zaokrągleniu pojemności 400 betoniarek. W tej sytuacji, z mocy §5 ust. 4 pkt 10 wzoru umowy, po stronie inżyniera

kontraktu istniał obowiązek wykonania aż 80 takich badań (1/5 badań przypadających na wykonawcę robót).

Wzięto pod uwagę, że zamawiający w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, miał obowiązek wezwać obu przystępujących do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Obie ceny (odpowiednio 520.290,00 zł i 536.280,00 zł brutto) odbiegały 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT (1.096.349,05 zł) oraz średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w postępowaniu (1.266.925,95 zł). Zatem zamawiający słusznie wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniach do złożenia wyjaśnień, jakie skierował do obu przystępujących wielokrotnie wskazywał na konieczność złożenia „kalkulacji”. Przesądził nawet, że ma to być *czynność obliczeniowa zmierzająca do ustalenia kosztów przypadających na przedmiot zamówienia*. Sprecyzował także, że tak rozumiana kalkulacja miała odnosić się do wykonania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, być szczegółowa i zawierać wyliczenia. Wreszcie wyraźnie wymienił, że kalkulacja powinna odnosić się również do kosztów przeprowadzenia badań i pracy laboratorium drogowego. Sformułowania te jednoznacznie wskazywały na to, że wyjaśnienia miały zawierać element kalkulacyjny. Jest to oczywiste dlatego, że celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. O tym, że koszt wykonania badań może być znaczący świadczył wydruk korespondencji z 7 września 2015 r., jaką odwołujący prowadził z laboratorium certyfikowanym jakim jest Instytut Badawczy Dróg i Mostów, który złożono w trakcie rozprawy. Również ujawniony w piśmie z 7 września 2015 r. koszt wykonania badań przez Dyрекcję Inwestycji Miejskich sp. z o.o. w Lublinie na poziomie 75.000 zł (która dodatkowo nie jest laboratorium certyfikowanym, o czym w dalszej części uzasadnienia), wskazywał na znaczącą rolę czynnika cenotwórczego, jakim były laboratoryjne badania kontrolne. Rzeczywiście, jak słusznie dostrzegł przystępujący DDG, oferty przedstawione przez odwołującego były ofertami ryczałtowymi, które mogły abstrahować od rzeczywistej liczby badań, jakie należy wykonać w trakcie kontraktu. Wykonawcy mieli prawo skalkulować rzeczywistą liczbę badań jakie należy wykonać na tym konkretnym kontrakcie i tak ustaloną wartość przyjąć do wyceny. Jednakże, w tej sytuacji obaj przystępujący zobowiązani byli nie tylko ujawnić, jaki koszt badań założyli, ale również jakie założenia przyczyniły się do takiej kalkulacji. W szczególności zobowiązani byli co najmniej ujawnić, jaką liczbę badań kontrolnych wycenili i jakie konkretnie badania mieszczą się w tej cenie. Tymczasem przystępujący DDG jak i przystępujący ZDI tych informacji zamawiającemu nie podali, pomimo wyraźnego wezwania w tym zakresie, ograniczając się jedynie do podania globalnej ceny za badania na poziomie odpowiednio 19.500 zł i 40.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że przystępujący nie przedstawili w swych wyjaśnieniach jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych, które pozwoliłyby zamawiającemu przeanalizować prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do laboratoryjnych badań kontrolnych, w tym również badań w zakresie mas mineralno-bitumicznych oraz mas betonowych. Powtórzyć należy, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień, w tym przypadku na przystępującym DDG i przystępującym ZDI. Przystępujący uchylając się od złożenia wyjaśnień co do jednego z istotniejszych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jakim były laboratoryjne badania kontrolne, nie sprostali temu obowiązkowi.

Należało przyznać również rację odwołującemu, że laboratorium Dyrekcji Inwestycji Miejskich sp. z o.o. w Lublinie nie było laboratorium certyfikowanym w rozumieniu wymagań wzoru umowy. Tymczasem jak wynikało z wyjaśnień przystępującego ZDI obsługa laboratoryjną zamierzał powierzyć ww. firmie. Okoliczność, iż laboratorium to nie posiada akredytacji PCA na potwierdzanie badań w zakresie mas mineralno-bitumicznych oraz mas betonowych została przyznana przez zamawiającego na rozprawie. Ponadto świadczyły o tym wydruki ze stron internetowych [pca.gov.pl](http://pca.gov.pl), w tym zawierające wyciąg z wykazu laboratoriów. Stanowisko zamawiającego jakoby laboratorium to miało na zasadzie dalszego podwykonawstwa zlecić niektóre badania laboratorium akredytowanemu pozostało gołosłowne. Z wyjaśnień wykonawcy ZDI wynikało jedynie, że za kwotę 40.000 zł laboratorium Dyrekcji Inwestycji Miejskich sp. z o.o. w Lublinie wykona badania kontrolne i pomiary przewidziane w SST w ilościach określonych w SIWZ i wzorze umowy. A zatem z treści tych wyjaśnień wynikało, że w cenie oferty skalkulowano badania, które będzie wykonywało to właśnie laboratorium, a nie laboratorium akredytowane. Przypomnieć należy, że zgodnie z treścią wezwania wyjaśnienia miały być szczegółowe, umotywowane i odnosić się również do badań. Izba na podstawie art. 185 ust. 5 ustawy Pzp pominęła – jako sprzeczne ze stanowiskiem odwołującego – twierdzenia przystępującego ZDI ze zgłoszenia przystąpienia, w których powoływał się na to, że badania w zakresie mas mineralno-bitumicznych oraz mas betonowych będzie wykonywało inne laboratorium, aniżeli wymienione w jego wyjaśnieniach. Ponieważ obaj wykonawcy nie obalili domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia w omawianych aspektach należało stwierdzić, że zaoferowali zamawiającemu taką właśnie cenę. W konsekwencji oferty przystępujących powinny zostać przez zamawiającego odrzucone na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czego jednak zamawiający zaniechał. Zarzut naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów należało zatem uznać za zasadny.

Podkreślenia wymagało, że obaj przystępujący nie zdołali udowodnić prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej w analizowanym zakresie również w toku postępowania odwoławczego. Przystępujący ZDI przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego a nie po stronie zamawiającego. Wprawdzie w treści zgłoszenia zawarł pewne oświadczenia świadczące o zamiarze odpierania niektórych zarzutów względem jego oferty, jednak z uwagi na stronę postępowania do której przystąpił, to jest odwołującego, Izba zobowiązana była te twierdzenia pominąć na podstawie art. 185 ust. 5 ustawy Pzp. Natomiast na rozprawę przed Izbą przystępujący ZDI w ogóle się nie stawił. Dowodów na prawidłowość kalkulacji spornego elementu kosztowego nie przedstawił również zamawiający, pomimo obowiązku dowodowego wynikającego z art. 190 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp.

Z kolei przystępujący DDG na poparcie swoich twierdzeń co do tego, że zaoficerowana cena nie jest rażąco niska, nie przedstawił dowodów, które można byłoby uznać za wiarygodne i kompletne. Dowód taki obciążał przystępującego DDG stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Przystępujący w trakcie rozprawy podjął jedynie próbę uzasadnienia prawidłowości kalkulacji niektórych badań kontrolnych, jakie zgodnie z SIWZ miało wykonać laboratorium akredytowane. Złożył wydruk korespondencji pocztą elektroniczną jaką prowadził z Centralnym Laboratorium Drogowym w Stanisławowie obejmujący m.in. ofertę tego laboratorium i oświadczył, że w ofercie tej uwidocznione są te badania, które zamierzał zlecić laboratorium akredytowanemu. Izba stwierdziła, że uszło uwadze przystępującego DDG, iż laboratorium akredytowane miało wykonać badania kontrolne nie tylko betonu, ale i mas betonowych. Nie było sporne pomiędzy stronami, że z postanowienia pkt 6.2.1.1 rozdz. M.13.00.00 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych branży mostowej, stanowiącej część SIWZ na wykonanie robót budowlanych, które miał nadzorować wykonawca wyłoniony w tym postępowaniu, wynikało że w trakcie robót w zakresie mostu przewidziano do wbudowania 3991 m<sup>3</sup> betonu. Z tego samego postanowienia wynikało, że wykonawca robót budowlanych ma wykonać badanie każdego ładunku betonu (ilość mieszanki betonowej transportowanej pojazdami). Nie było sporne pomiędzy stronami, że ilość 3991 m<sup>3</sup> odpowiada w zaokrągleniu pojemności 400 betoniarek. W tej sytuacji, z mocy §5 ust. 4 pkt 10 wzoru umowy, po stronie inżyniera kontraktu istniał obowiązek wykonania aż 80 takich badań (1/5 badań przypadających na wykonawcę robót). Oferta Centralnym Laboratorium Drogowym przedstawiona przez przystępującego DDG nie odnosiła się w ogóle do tego elementu. Po drugie zaś, przystępujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie ujawnił kalkulacji, która pozwoliła by przeanalizować prawidłowość oszacowania kosztów pozostałych badań kontrolnych, w tym z zakresu geotechniki i nośności pali, które w świetle SIWZ muszą być również zapewnione przez laboratorium, choć już niekoniecznie akredytowane przez PCA.

Nie świadczyły o prawidłowości kalkulacji kosztów wykonania badań kontrolnych kserokopie umów, jakie zamawiający zawierał na usługi pełnienia menedżera projektu i inżyniera kontraktu i które załączył do odpowiedzi na odwołanie. Wartości tych umów i ich zestawienie z wartościami szacunkowymi nie stanowią jakiegokolwiek dowodu na to, że ceny ofert przystępujących w tym postępowaniu zostały skalkulowane prawidłowo. Zamawiający nie przedstawił dowodów na porównywalność tych postępowań do przedmiotowego postępowania zamówieniowego, nie wiadomo także czy ceny ofertowe w tamtych postępowaniach zostały skalkulowane prawidłowo.

W konsekwencji stwierdzonych naruszeń art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp za zasadny uznano także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie odwołującego i przystępujących DDG i ZDI. Zamawiający tak samo potraktował bowiem przystępujących DDG i ZDI, których oferty – jak się okazało – podlegały odrzuceniu i ofertę odwołującego, która takiemu odrzuceniu nie podlegała.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego, który wywiódł, że przystępujący DDG zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż nie skalkulował w cenie oferty ryzyka wydłużenia kontraktu. Izba stwierdziła, że rzeczywiście 22-miesięczny termin realizacji usługi zgodnie z pkt 4 SIWZ mógł zostać wydłużony maksymalnie do 48 miesięcy, zaś wynagrodzenie nie miało ulec zmianie. Jednakże, jak słusznie wskazał przystępujący, przedmiotem analizowanego zamówienia jest usługa nadzoru nad robotami budowlanymi. Nie było sporne pomiędzy stronami, że umowny termin zakończenia robót przypada na dzień 30 maja 2017 r. Tymczasem podstawowy termin realizacji usługi nadzoru nad tymi robotami obejmował czas 22 miesięcy, to jest od podpisania umowy do sierpnia 2017 r. Zatem w podstawowy 22-miesięczny termin realizacji usługi zostało już wkalkulowane ryzyko wydłużenia nadzoru o trzy miesiące ponad termin zakończenia nadzorowanych robot budowlanych. Po drugie, ryzyko zmiany okresu realizacji usługi opisane w pkt 4 SIWZ działało w obydwie strony. Z powołanego postanowienia wynikało bowiem bezspornie, że termin realizacji zamówienia mógł być nie tylko wydłużony ale i skrócony. Skrócenie terminu działałoby zaś na korzyść wykonawców, gdyż nie wiązała się z nim konieczność obniżenia należnego im wynagrodzenia. Po trzecie, przystępujący DDG założył na kontrakcie zysk w znacznej wysokości bo 9,5%, co wynikało ze złożonych przez niego wyjaśnień. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że – w okolicznościach analizowanej sprawy – dopuszczalne było niewkalkulowanie przez przystępującego DDG do ceny jego oferty ryzyka dalszego wydłużenia okresu realizacji usługi. Z analogicznych



powodów podlegał oddaleniu podobny zarzut sformułowany względem oferty przystępującego ZDI, z tą jednak różnicą, że wykonawca ten założył zysk na poziomie 5%.

Za niezasadny uznano zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ZDI z powodu załączenia do wyjaśnień dowodów (ofert współpracy) zbliżonych do siebie pod względem tak formy jak i treści. Odwołujący wywiódł, że ww. okoliczność może skłaniać ku stwierdzeniu, że wykonawca ten narzucił tymże podmiotom treść oświadczeń. Zdaniem Izby sam fakt podobieństwa dowodów co do formy jak i treści nie musiał – sam przez się - prowadzić do konieczności odmowy wiarygodności tym pismom. Jeżeli odwołujący uważał, że wbrew treści tych dowodów, podmioty je podpisujące w istocie nie wiedziały jakie oświadczenia składają, to powinien ten fakt udowodnić, choćby występując do wystawców z prośbą o zajęcie stanowiska co do okoliczności złożenia oświadczeń. Jednakże dowodów takich odwołujący Izbie nie przedstawił.

Izba nie rozpoznała zarzutów odwołującego co do zaniechania odrzucenia:

- 1) oferty przystępującego DDG z powodu:
  - a) oszacowania niewystarczającej kwoty na pokrycie kosztów eksploatacji pojazdu,
  - b) niezapewnienia obecności osoby specjalisty nadzoru robót mostowych w trakcie realizacji zamówienia w wymiarze całego etatu,
  - c) niedoszacowania kosztów prowadzenia biura,
- 2) oferty przystępującego ZDI z powodu:
  - a) niedoszacowania kosztów zatrudnienia specjalisty nadzoru robót teletechnicznych,
  - b) niedoszacowania kosztów zatrudnienia personelu, przy pomocy którego będzie wykonywane zamówienie.

Izba stwierdziła, że zarzuty te nie zostały podniesione w odwołaniu i zostały sformułowane dopiero w trakcie rozprawy. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie można utrzymywać, że o prawidłowym sformułowaniu tych zarzutów w odwołaniu świadczy powołanie naruszonych przepisów ustawy Pzp i towarzyszące temu wywody co do ogólnego charakteru wyjaśnień obu przystępujących. Składniki cenotwórcze, które odwołujący zakwestionował w trakcie rozprawy, zostały ujawnione w wyjaśnieniach obu przystępujących. Jeżeli odwołujący zamierzał kwestionować prawidłowość kalkulacji cen ofertowych w tych obszarach to powinien je wskazać w odwołaniu, analogicznie jak to uczynił względem ujawnionych kosztów badań laboratoryjnych. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje

się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie. Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert obu przystępujących, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Za wynik postępowania w rozumieniu ww. przepisu rozumie się wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej bądź unieważnienie postępowania. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego DDG. Tymczasem – jak stwierdzono – oferta ta podlegała odrzuceniu z przyczyn przedstawionych w uzasadnieniu. Tym samym wynik postępowania ulegnie zmianie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie czynności odrzucenia ofert przystępujących DDG i ZDI w sposób określony w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Oдноśnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do żądań, które uznano za bezzasadne, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o całości żądania uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*.” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI.*

Izba uznała, że pomimo, iż zamawiający uległ tylko co do części żądań odwołującego, to jednak należało odstąpić od zasady orzekania o kosztach stosownie do wyników postępowania wynikającej z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i nałożyć na zamawiającego obowiązek zwrotu wszystkich kosztów postępowania. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem iż z uwagi na brak w przepisach ustawy Pzp odpowiednika art. 100 zdanie 2 kpc nie można włożyć na zamawiającego obowiązku poniesienia całości kosztów postępowania odwoławczego, pomimo iż uległ odwołującemu jedynie w części, z uwagi na znaczenie żądań zasadnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

**Przewodniczący:** .....