

Sygn. akt: KIO 217/12

WYROK

z dnia 15 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie : Renata Tubisz

Bogdan Artymowicz

Protokolant : Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Beethovena 115 i Mosty Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Jaśminowy Stok 12A** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie, Al. Warszawska 89**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm Katarzyny Manikało-Obidzińskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ARKAS PROJEKT Pracownia Projektowo-Konsultingowa Katarzyna Manikało-Obidzińska z siedzibą w Olsztynie, al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 75a bud. B i EUROPROJEKT GDAŃSK Spółka Akcyjna z siedzibą Gdańska, ul. Nadwiślańska 55** zgłaszających przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 217/12 po stronie zamawiającego

orzeka :

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Kontrakt Biuro Projektowo-**

Konsultingowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Beethovena 115 i Mosty Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Jaśminowy Stok 12A i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Beethovena 115 i Mosty Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Jaśminowy Stok 12A 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 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 w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Członkowie :

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie Aneksu uzupełniającego do STEŚ II, Koncepcji programowej, Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego budowy obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15 oraz pełnienie nadzoru autorskiego w czasie realizacji robót objętych ww. dokumentacją zostało wszczęte przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie, Al. Warszawska 89 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2011r. za numerem 2011/S 197-321117.

W dniu 23 stycznia 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w konsekwencji powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm Katarzyny Manikało-Obidzińskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ARKAS PROJEKT Pracownia Projektowo-Konsultingowa Katarzyna Manikało-Obidzińska z siedzibą w Olsztynie, al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 75a bud. B i EUROPROJEKT GDAŃSK Spółka Akcyjna z siedzibą Gdańska, ul. Nadwiślańska 55. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Beethovena 115 i Mosty Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Jaśminowy Stok 12A.

W dniu 2 lutego 2012r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Beethovena 115 i Mosty Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Jaśminowy Stok 12A – zwani dalej odwołującym wnieśli odwołanie (wpływ bezpośredni do Izby). Odwołaniem tym zaskarżyli czynności zamawiającego związane z badaniem ofert, oceną ofert, oceną prawidłowości zastrzeżenia przez Konsorcjum firm ARKAS-PROJEKT Pracownia Projektowo-Konsultingowa Katarzyna Manikało-Obidzińska i EUROPROJEKT GDAŃSK S.A. (dalej kwane w odwołaniu: Konsorcjum ARKAS-PROJEKT i EUROPROJEKT GDAŃSK), że informacje stanowiące wyjaśnienie wysokości ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz wyborem oferty Konsorcjum ARKAS-PROJEKT i EUROPROJEKT GDAŃSK jako najkorzystniejszej. Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – alej ustawy) poprzez niewykonanie czynności zawartych w odwołaniu z dnia 29 grudnia 2011 roku (tj. odrzucenia oferty Konsorcjum ARKAS-PROJEKT i EUROPROJEKT GDAŃSK – dalej przystępujący, wykonawca wybrany i wybór oferty Odwołującego), które zostało w całości uwzględnione przez zamawiającego pismem z dnia 5 stycznia 2012 roku,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, zawierającej rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia cenę w zakresie pełnienia czynności

nadzoru autorskiego, wykonania Koncepcji programowej i dodatkowych badań geologicznych, wynikających z: Formularza 2.1. „Tabela opracowań projektowych” - tabeli B2 („Dokumentacja geotechniczna z ustaleniem geotechnicznych warunków posadowienia obiektów”), tabeli A1 („Koncepcja programowa dla układu docelowego”), tabeli E i F („Nadzór autorski”); co stanowiło obejście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i miało wpływ na całościową cenę ofertową przystępującego;

3. naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy poprzez uznanie, że przystępujący właściwie i zasadnie zastrzegł, że dokumenty złożone przy okazji składania wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstw przystępującego;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców w toku postępowania poprzez zaoferowanie przez wykonawcę wybranego ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie nadzoru autorskiego, wykonania koncepcji programowej i dodatkowych badań geologicznych i brak odrzucenia tej oferty przy jednoczesnym uznaniu zasadności utajnienia dokumentacji mającej stanowić wyjaśnienie wysokości ceny ofertowej wykonawcy wybranego.

Wniósł o :

1. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert, a także ponownej weryfikacji zasadności zastrzeżenia przez przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie dokumentów mających stanowić podstawę oceny wysokości zaoferowanej przez przystępującego ceny;

2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, a następnie nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Ponadto wniósł o :

4. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy do spraw wycen prac projektowych na okoliczność ustalenia rynkowej i minimalnej ceny wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie: czynności nadzoru autorskiego, wykonania Koncepcji programowej, a także przeprowadzenia dodatkowych badań geologicznych,

5. dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu: wyciągu z dokumentu w postaci: „Środowiskowych Zasad Wycen - 2006”, wyciągu z dokumentu w postaci: Specyfikacji SIWZ na projekt drogi ekspresowej S7 odcinek Nidzica-Napierki (nr przetargu : GDDKiA-0/OL-R2-P2-2812-02/07, nr umowy : 2006/PL/16/C/PA003-III-1 z dnia 17.10.2007 r. -przetarg zakończony 30.11.2011 r.) - Tabela Opracowań Projektowych, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W uzasadnieniu wskazał, że wybrana oferta oferowała wykonanie przedmiotu zamówienia za kwoty : za wykonanie Dokumentacji projektowej: 2.158.207,20 zł., za pełnienie nadzoru autorskiego: 28.191,60 zł. Pierwotny wybór tej oferty został zakwestionowany przez odwołującego odwołaniem w dniu 29 grudnia 2011 roku. Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty odwołującego, tj. zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 (rażąco niska cena), art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy (zaniechanie

zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień co do wysokości ceny), art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy (nieodrzućenie oferty) i art. 7 ust. 1 ustawy (przetarg niezachowujący uczciwej konkurencji).

Następnie w piśmie datowanym na 23 stycznia 2012 roku zamawiający poinformował odwołującego, iż wezwał wykonawcę wybranego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, ocenił, że oferta wykonawcy wybranego nie zawiera rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia ceny, dokonał powtórnego badania i oceny złożonych ofert, ponownie dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Jednocześnie zamawiający uznał, iż wykonawca wybrany zasadnie utajnił dokumentację wyjaśniającą wysokość zaoferowanej przez to konsorcjum ceny.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wypełnił swoich obowiązków ustawowych wynikających z uwzględnienia odwołania w trybie art. 186 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący żądał nie tylko powtórzenia czynności podlegających na wyborze ofert i ich ponownej ocenie (co zostało przez zamawiającego wykonane), ale nade wszystko żądał odrzucenia oferty wybranej i wyboru oferty odwołującego. W tych potencjalnych decyzjach zamawiającego mieścił się interes prawny odwołującego do złożenia odwołania. Żądanie wyjaśnienia kwestii ceny ofertowej oferty wybranej miało charakter ewentualny - na wypadek nieuwzględnienia żądania odrzucenia tej oferty. Fakt ten wynika jednoznacznie, według odwołującego, z treści żądania odwołującego, które zostało w całości przez zamawiającego uwzględnione.

Skoro zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, to wszystkie żądania odwołującego powinny znaleźć odzwierciedlenie w dalszych decyzjach zamawiającego.

Odwołujący podał, że zamawiający przy ocenie ofert zastosował wyłącznie kryterium ceny. Przy czym cena dokumentacji projektowej miała stanowić 80 %, a cena nadzoru autorskiego 20 % ogólnej oceny oferty. Ceny netto należało wpisać do poszczególnych pozycji Tabeli opracowań projektowych i Tabeli czynności nadzoru autorskiego (punkt 9.3 SIWZ); przy czym wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzać zmian do Tabeli opracowań projektowych i Tabeli czynności nadzoru autorskiego, a także pominąć jakiegokolwiek pozycji zapisanej w Tabeli opracowań projektowych i Tabeli wyceny czynności nadzoru autorskiego (punkt 9.5. i 9.6. SIWZ). Według odwołującego, w ofercie wybranej przede wszystkim zaniżona została cena dotycząca pełnienia nadzoru autorskiego, co w związku z 20-procentową wagą tego czynnika w całościowej ocenie ofert, miało to bezpośredni wpływ na wynik przetargu. Wykonawca wybrany, zdaniem odwołującego, obszedł regulację przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zaniżył bowiem jeden z dwóch głównych elementów ogólnej ceny ofertowej, tj. ceny za pełnienie nadzoru autorskiego, po to tylko by zyskać przewagę nad konkurentami, a swoją stratę ewentualnie wyrównać w zakresie ceny za wykonanie dokumentacji projektowej. Zabieg ten naruszył kryteria przyjęte przez zamawiającego. Zabiegi mające na celu ominięcie kryteriów są nieuprawnione i w istocie zmierzają do obejścia przepisu przewidującego konsekwencje prawne z tytułu zastrzeżenia rażąco niskiej ceny, a akceptacja zamawiającego dla takich działań narusza wymóg zachowania uczciwej konkurencji w tym przetargu. Każdy z pozostałych oferentów lojalnie zastosował się do wskazań Zamawiającego. Zaniechanie odrzucenia oferty wybranej z powodu rażąco niskiej ceny było

nieprawidłowe, gdyż inni oferenci biorący udział w przetargu zaproponowali zdecydowanie wyższe ceny, w zakresie czynności nadzoru autorskiego. Odwołujący podał w ujęciu tabelarycznym ceny brutto 11 wykonawców ze wskazaniem cen za dokumentację projektową, za nadzór autorski i za całość przedmiotu zamówienia i wyliczył, że średnia cena ofertowa brutto za pełnienie nadzoru autorskiego wynosi: 258.017,08 zł, natomiast średnia cena ofertowa brutto bez uwzględnienia ceny ofertowej przystępującego wynosi 283.553,24 zł. Kwota 28.191,60 zł, zaoferowana przez wykonawcę wybranego, rażąco zdaniem odwołującego, odbiega od cen zaproponowanych przez wszystkich pozostałych oferentów. Kwota wskazana w ofercie wybranej 14 procent drugiej najniższej kwoty (oferta Transprojekt Gdański sp. z o.o.), a jednocześnie niecałe 10 procent średniej ceny ofertowej za pełnienie nadzoru autorskiego. Cena ta odbiega także od standardowych stawek obowiązujących na rynku, określonych m.in. w Środowiskowych Zasadach Wycen Prac Projektowych, a nawet przyjętych w innych przetargach organizowanych przez Zamawiającego, tj. Generalną Dyрекcję Dróg i Autostrad. Odwołujący wskazał, iż zgodnie ze Środowiskowymi Zasadami Wycen Prac Projektowych - 2006 (tożsame parametry w Środowiskowych Zasadach Wyceny Prac Projektowych - 2009) opracowanymi przez Izbę Projektowania Budowlanego Rady Koordynacji Biur Projektów wynagrodzenie za nadzór autorski może być określone procentowo w wysokości 15 % kosztu dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany, projekt podstawowy, projekt wykonawczy i inne dodatkowe opracowania mające wpływ na zakres robót budowlano-montażowych. Zamawiający w innych zbliżonych przetargach wyraźnie przewiduje, iż kwota za pełnienie nadzoru autorskiego musi stanowić co najmniej 10 % wynagrodzenia za opracowania projektowe. Tymczasem kwota z oferty wybranej w zakresie nadzoru autorskiego wynosi zaledwie około 1 procent wynagrodzenia z tytułu opracowania projektowego. Cena ta nie pozwala na realizację nadzoru autorskiego, bo drastycznie odbiega od stawek rynkowych. W Tabeli Wyceny Czynności Nadzoru Autorskiego przygotowanej przez wykonawcę wybranego wskazano (tabele E i F) m.in. iż całkowity jednorazowy koszt pobytu projektanta na budowie (w tym koszt noclegu, diety, dojazdu) będzie wynosił 100 zł; z kolei koszt wykonania ocen, ekspertyz, opinii, analiz, raportów, uzgodnień, itp. wyniesie 10 zł, a stawka za wykonanie opracowań zamiennych i uzupełniających wyniesie 1,82 zł za 1 jednostkę nakładu pracy wg cennika Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych - 2006, stosowanych przez Zamawiającego. W tym ostatnim przypadku wybrany Wykonawca zastosował aż 90-procentowy rabat. Takie stawki odbiegają od stawek nie tylko rynkowych, ale i minimalnych (przepisy regulujące płacę minimalną). Podkreślił, że nadzór autorski powinien być realizowany przez partnera wybranego konsorcjum, której to projektanci spełniają warunki przetargu w zakresie nadzoru autorskiego. Podmiot ten ma siedzibę w Gdańsku (przybliżona odległość siedziby spółki od placu budowy wynosi ok. 170 km). Ponadto pozostali oferenci określili jednorazowy koszt wizyty na budowie w ramach pełnienia nadzoru autorskiego w kwotach przekraczających minimum 500 zł. i w tym miejscu odwołujący podał koszty pobytu wskazane w poszczególnych ofertach.

Według odwołującego, zastrzeżenia budzą ceny jednostkowe wskazane przez wykonawcę wybranego w zakresie dokumentacji geologicznej - wykonanie odwiertu i sondowania (tabela B2 - „Dokumentacja geotechniczna z ustaleniem geotechnicznych warunków posadowienia obiektów” dołączona do Formularza 2.1. ARKAS-PROTEKT) tj. 2 zł./mb, podczas gdy inni wykonawcy zaproponowali cenę

zdecydowanie wyższą. Również wykonawca wybrany w innej tabeli (tabela A2, dołączona do formularza 2.1) podał cenę 150 zł/mb za analogiczne prace. Nadto odwołujący podważał także wycenę wykonawcy wybranego z tytułu przygotowania Koncepcji programowej tj. kwotę 1000 zł, co jest kwotą rażąco zaniżoną zważywszy na wymagany zakres tej koncepcji wynikający z SIWZ. Zastanawiające jest, że kwota zaproponowana przez wykonawcę wybranego za wykonanie Koncepcji programowej jest niższa niż zaproponowana przez większość oferentów cena za wykonanie jedynie jednej kopii dodatkowego egzemplarza opracowania. Zgodnie z dokumentacją przetargową Koncepcja programowa stanowić powinna opracowanie projektowe wykonane zgodnie ze „Stadiami i składem dokumentacji projektowej dla dróg i mostów w fazie przygotowania zadań”, które weszło do stosowania Zarządzeniem nr 17 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w dniu 11 maja 2009 r. Jest to skomplikowany dokument, którego przygotowanie wymaga znacznych nakładów czasowych. W skład stadium Koncepcji programowej wchodzi także, w zależności od potrzeb, inne opracowania projektowe:

- część ogólna,
- część techniczna drogowa,
- obiekty inżynierskie,
- opracowanie z zakresu analizy i prognozy ruchu w niezbędnym zakresie na podstawie prognoz ruchu przekazanych przez Zamawiającego, część ekonomiczna,
- materiały informacyjne,
- analizy i prognozy ruchu,
- projekty organizacji ruchu.

Zgodnie z powyższym zakresem prac oraz w nawiązaniu do cennika Środowiskowych Zasad Wyceny Prac Projektowych - 2006 (tożsame parametry w Środowiskowych Zasadach Wyceny Prac Projektowych - 2009) koszt wykonania Koncepcji programowej powinien wynosić ok. 30 % kosztów prac związanych z Dokumentacją projektową.

Ponadto odwołujący podniósł naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w toku postępowania, gdyż w jego ocenie, konsekwencją sformułowanych powyżej zarzutów jest naruszenie przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji. Uszczegółowieniem zasady zachowania uczciwej konkurencji jest art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przewidujący sankcję w postaci odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Powyżej zostało wykazane, że wykonanie czynności nadzoru autorskiego za cenę ofertową wskazaną przez wykonawcę wybranego jest całkowicie nierealne. Zamawiający zgodził się z tym zarzutem podejmując decyzję o uwzględnieniu w całości odwołania z dnia 29 grudnia 2011 roku i zarzutów odwołującego z niego wynikających. Według odwołującego, działanie zamawiającego, który po pierwsze uznał za zasadne utajnienie dokumentów rzekomo wyjaśniających wysokość ceny ofertowej oferty wybranej, a następnie dokonał ponownego wyboru tej oferty jest całkowicie niezrozumiałe i budzi wątpliwości co do prowadzenia przetargu w

sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji i zasadą równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w przypadku odrzucenia oferty wybranej, to jego oferta musiałaby być przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Kopia niniejszego odwołania została wysłana Zamawiającemu za pośrednictwem faksu w dniu 2 lutego 2012r., a także drogą pocztową. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 stycznia 2012r. udzielonego przez pełnomocnika konsorcjum, zgodnie z pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 21 listopada 2011r. udzielonym przez obu członków konsorcjum i podpisanym przez prezesa zarządu partnera konsorcjum upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania i przez prezesa zarządu lidera konsorcjum także upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

W dniu 2 lutego 2012r. zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 6 lutego 2012r. (05.02.2012r. – niedziela) do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia Konsorcjum firm Katarzyny Manikało-Obidzińskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ARKAS PROJEKT Pracownia Projektowo-Konsultingowa Katarzyna Manikało-Obidzińska z siedzibą w Olsztynie, al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 75a bud. B i EUROPROJEKT GDAŃSK Spółka Akcyjna z siedzibą Gdańska, ul. Nadwiślańska 55. Wskazano, iż przystąpienie następuje po stronie zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie oświadczył, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż został wyłoniony w postępowaniu jako wykonawca wybrany. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika lidera konsorcjum działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 listopada 2011r. udzielonego przez właściciela lidera, zgodnie z zaświadczeniem o wpisie do EDG oraz na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 22 listopada 2011r. udzielonego liderowi przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 3 lutego 2012r. faksem, na dowód czego załączono dowody transmisji faksowej.

W dniu 9 lutego 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania w trybie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy albo o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska zacytował zakres żądań odwołującego podniesiony w odwołaniu z dnia 30 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2802/11 i wskazał, że wykonał żądania 1 i 3 odwołania, zaś wykonanie żądania nr 2 było sprzeczne z przepisami ustawy – art. 90 ustawy, gdyż procedura wyjaśniania ceny rażąco niskiej nie może stanowić jedynie formalności poprzedzającej bezwarunkowe odrzucenie oferty wybranej i wybór oferty odwołującego. Podał, że w dniu 16 stycznia 2012r. wezwał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień, a po ich otrzymaniu w wyznaczonym terminie, dokonał analizy wyjaśnień. Oceniając wyjaśnienia wziął pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia oraz sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Zamawiający wskazał, że nie narzucił sposobu obliczenia ceny oferty, ani proporcji między jej cenami składowymi, a harmonogram odbioru poszczególnych prac jak i ich podział w tabeli opracowań projektowych miały być jedynie elementami pomocniczymi przy

rozliczeniach pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym na etapie realizacji umowy. Powołał się na pkt 9.1 instrukcji dla wykonawców i podniósł, że nie ustalił obligatoryjnych podstaw ustalenia cen poszczególnych pozycji, ani „Środowiskowe zasady wyceny prac projektowych” nie stanowią obowiązującej podstawy wyceny prac projektowych, a zatem powoływanie tych zasad przez odwołującego jako dowodu nie jest uzasadnione. Nadto porównywanie cen zaoferowanych przez wykonawcę wybranego i cen innych wykonawców oraz cen zaoferowanych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w 2007r. nie jest prawidłowe, gdyż cena rażąco niska to cena rażąco niska w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a nie do wartości szacunkowej zamówienia, czy cen innych ofert. W tym miejscu zamawiający powołał wyrok Izby sygn. akt Kio 1665/11. Zamawiający podniósł, że całkowita cena oferty wybranej jest od ceny odwołującego niższa o 9,47%. Wskazał, że przyjął wyjaśnienia wykonawcy wybranego, co do metody wykonania zamówienia – wierceń, oraz transportu osobowego, gdzie wykonawca wybrany przedłożył bardzo korzystne umowy przedwstępne. Wykonawca przedstawił także harmonogram działań, organizację pracy i zaangażowanie pracowników przy wykonywaniu poszczególnych opracowań i przyjął, że niektóre opracowania będą wykonywane równolegle. Wykonawca wybrany dysponuje także bardzo korzystnymi warunkami dojazdu na budowę, niedużą odległość siedziby wykonawcy wybranego od miejsc wykonywania nadzoru autorskiego i brak konieczności opłacania noclegu dla projektantów, co powoduje obniżenie ceny. Zamawiający wskazał także na udzielony rabat. Według zamawiającego odwołujący błędnie interpretuje rolę podziału kryterium ceny. Zamawiający nie naruszył poprzez takie wskazanie kryterium proporcji jakie należało zachować przy ustalaniu cen w ofertach. Wskazał, że przy ocenie ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę całkowitą cenę ofertową i powołał się na wyrok Izby sygn. akt KIO 1665/11. Według zamawiającego cena oferty wybranej jest realna i umożliwiła należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy zamawiający stwierdził, że jest on bezzasadny, gdyż wykonawca wybrany zastrzegł informacje wskazujące oszczędność metody wykonania zamówienia oraz sposób w jaki stworzył sobie sprzyjające warunki wykonania zamówienia, szczegółowe wyjaśnienia i metody kalkulacji cen, a także stawki wynagrodzenia projektantów, stawki za dojazdy oraz umowy przedwstępne z podwykonawcami. Według zamawiającego te informacje stanowią wartość gospodarczą. Zamawiający powołał się na wyrok Izby sygn. akt KIO 1773/11, wyrok Izby sygn. akt KIO 1243/11 i wyrok Izby sygn. akt KIO 1936/11. Uznał je za zastrzeżone właściwie i zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy. Wskazał, że skoro dokumenty stanowiące wyjaśnienie wysokości zaoferowanej ceny zostały utajnione zgodnie z przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to nie doszło do naruszenia przez niego art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Ponadto odwołujący tego zarzutu nie udowodnił. Zamawiający przywołał w tym zakresie wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 704/10.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. z wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 16 stycznia 2012r. skierowanego do wykonawcy wybranego oraz odpowiedzi wykonawcy wybranego z dnia 19 stycznia 2012r., a także dokumentacji postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2802/11 tj. odwołania, odpowiedzi na odwołanie, „Środowiskowych Zasad Wycen -

2006", wyciąg z dokumentu w postaci: Specyfikacji SIWZ na projekt drogi ekspresowej S7 odcinek Nidzica-Napierki (nr przetargu : GDDKiA-0/OL-R2-P2-2812-02/07, nr umowy : 2006/PL/16/C/PA003-III-1 z dnia 17.10.2007 r. -przetarg zakończony 30.11.2011 r.), Tabeli Opracowań Projektowych.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że zakres żądań odwołującego zgłoszonych w odwołaniu z dnia 30 grudnia 2012r. sygn. akt KIO 2802/11 nie jest pomiędzy stronami sporny. Zarówno zamawiający jak i odwołujący wskazują na żądanie odrzucenia oferty wybranej i dokonanie wyboru ofert odwołującego oraz na to, że w przypadku nie uwzględnienia tego żądania odwołujący oczekiwał nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty wybranej mających wpływ na wysokość ceny. Sporna pomiędzy stronami jest natomiast okoliczność w jaki sposób zamawiający, który uwzględnił w całości zarzuty odwołania powinien był takie żądania wykonać zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 stycznia 2012r. w sprawie sygn. akt KIO 2802/11 poinformował o uwzględnieniu zarzutów w całości i wskazał, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokona powtórnego badania i oceny ofert, jednocześnie wzywając wykonawcę wybranego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w celu ustalenia, czy oferta wybrana zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 10 stycznia 2012r. Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania w sprawie sygn. akt KIO 2802/11.

W dniu 16 stycznia 2012r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W wezwaniu tym zamawiający poddał w wątpliwość w szczególności możliwość wykonania za zaoferowaną przez wykonawcę wybranego cenę takich elementów zamówienia jak :

- koncepcja programowa dla układu docelowego (poz. 2 Koncepcja programowania, poz. 3 koncepcja uproszczona)
- dokumentacja geotechniczna z ustaleniem geotechnicznych warunków posadowienia obiektów,
- sprawowanie czynności nadzoru autorskiego.

Wezwał wykonawcę wybranego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na cenę wyliczoną w formularzu 2.1, wskazanych przez zamawiającego oraz innych, zdaniem wykonawcy, wpływ na wysokość skalkulowanej ceny oferty oraz przedstawienia dowodów, że cena jest realna i wiarygodna (np. przedstawiając szczegółowe kalkulacje rozbitcia cen poszczególnych pozycji tabeli z uwzględnieniem kosztów osobowych i rzeczowych związanych z realizacją zamówienia i zakładanego poziomu zysku). Podał, że wykonawca składając wyjaśnienia powinien wykazać, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia oraz wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zacytował także treść art. 90n ust. 2 ustawy i wskazał, że wyjaśnienia powinny być złożone do 19 stycznia 2012r.

W dniu 19 stycznia 2012r. wykonawca wybrany przedłożył wyjaśnienia ujęte w czterech segregatorach i stwierdził, iż wszystkie dokumenty będące załącznikami do tego pisma za wyjątkiem

ogólnodostępnych informacji zawartych w segregatorach 2 i 3 stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i wniósł o ich utajnienie na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy.

Wyjaśnienie elementów oferty i wskazanie, które dokumenty służą udowodnieniu poszczególnych tez wykonawcy wybranego zostało zawarte w załączniku nr 1 i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W załączniku tym w części 1 wykonawca wybrany przeprowadził analizę rynku zamówień publicznych w zakresie drogowych dokumentacji projektowych z infrastrukturą towarzyszącą – klasa G, GP, S na podstawie wybranych przez siebie 10 przykładowych zadań, których ceny za 1 km drogi porównał z cenami zaproponowanymi przez siebie w przedmiotowym postępowaniu. Dla każdego z zadań wskazał nazwę, termin realizacji, inwestora, wykonawcę, zakres prac oraz cenę na jeden kilometr netto i brutto. W celu udowodnienia prawdziwości wykazywanych danych załączał referencje, umowy, opisy przedmiotu zamówienia, wyciągi z siwz, harmonogramy finansowo-rzeczowe, a także faktury rozliczające dokumentację projektową z inwestorem. W konkluzji wykonawca wybrany stwierdził, że zaoferowane przez niego ceny są realne, gdyż wszystkie projekty realizuje za kwoty zbliżone lub niższe od wartości ofertowej zamówienia. W drugiej części wyjaśnień przedstawił zestawienie cen oferowanych na inne zamówienia zlecane przez GDDKiA na drogi krajowe – podobne zamówienia na zamówienia realizowane przez 6 oddziałów GDDKiA, w których zaoferowano ceny zbliżone lub niższe niż cena za 1 km drogi zaoferowana przez wykonawcę wybranego w przedmiotowym postępowaniu. Na poparcie swoich twierdzeń wykonawca wybrany przedstawił wyniki i ogłoszenia o zamówieniu publicznym, lub specyfikacje istotnych warunków zamówienia objęte segregatorami nr 2 i 3, które nie zostały przez wykonawcę wybranego utajnione i do których miał wgląd odwołujący w dniu 30 stycznia 2012r. W części trzeciej wyjaśnień wykonawca wybrany przedstawił analizę czynników cenotwórczych – analizę branżową. Wskazał na wartość pieniężną netto i procentową poszczególnych pozycji cenotwórczych dla każdego z projektów branżowych oraz skalkulowane nieprzewidziane wydatki i koszty biura oraz zakładany zysk. Wskazał na posiadane doświadczenie, nowoczesny sprzęt i oszczędne metody realizacji zamówienia oraz współpracę ze stałą grupą specjalistów, co pozwala na uzyskanie cen konkurencyjnych. Przedłożył także zestawienia na podstawie których kalkulować cenę oferty z podziałem na poszczególne branże. Kalkulacje dla poszczególnych branż zostały oparte na wyliczeniu średniej ceny projektu w poszczególnej branży za jeden kilometr drogi na podstawie konkretnie wskazanych umów (opisano inwestora, długość drogi, przedmiot umowy, wartość kontraktu, wartość projektu w danej branży oraz cenę za 1 km) oraz na przykładowych cenach projektów wykonywanych przez podwykonawców. Wyliczenia dotyczące podwykonawców każdorazowo zostały udowodnione umowami z podwykonawcami oraz załączono rachunki i faktury.

W części czwartej zawarł wykonawca wybrany analizę czynników cenotwórczych za nadzór autorski. Wskazał, że cenę obliczył rzetelnie i zawiera ona wszystkie koszty niezbędne do jej wykonania. Ponadto nawet gdyby zaoferował cenę powyżej poziomu średniej arytmetycznej cen nadzoru autorskiego w przedmiotowym postępowaniu i tak uzyskałby najwyższą liczbę punktów oceny oferty. Na potwierdzenie tego zawarł tabelę obrazującą hipotetyczny rozkład punktów w przypadku zawyżenia ceny nadzoru autorskiego zaoferowanej przez wykonawcę wybranego do poziomu 260 000zł, zgodnie z którą nawet przy założeniu takiej ceny za nadzór autorski uzyskałby najwyższą liczbę punktów. W uzasadnieniu kalkulacji ceny wskazał na rolę nadzoru autorskiego w procesie

budowlanym, podał kalkulację kosztów pobytu na budowie z uwzględnieniem swojej głównej siedziby i w porównaniu z siedzibami innych oferentów. Wskazał na możliwość łączenia wyjazdów w przedmiotowej sprawie z innymi pełnionymi przez siebie nadzorami, wskazał sposób jaki obliczył czas trwania wyjazdu związanego z pobytem na budowie oraz jego częstotliwość, załączył umowę o sprawowanie nadzoru autorskiego oraz dokonał porównania cen za pobyt na budowie zaoferowane przez niego w innych przetargach, na dowód czego faktury i tabele wyceny, również wskazał na rzetelność kalkulacji cen ofertowych dotyczących wykonania opracowań, ocen, ekspertyz, analiz i raportów poprzez odniesienie do cen rynkowych z terenu wykonawcy wybranego. W części piątej wskazał na koszty wykonania koncepcji programowej. W tym zakresie podał swoje wyliczenia dotyczące czasu niezbędnego na wykonanie poszczególnych opracowań i dokonał jego porównania z przykładowymi zamówieniami na wykonanie koncepcji w innych postępowaniach, a także zamówień na wykonanie STES i wykonanie projektów budowlanych i wykonawczych, na podstawie tych danych przyjęto określoną metodę realizacji zamówienia. Podał, co zgodnie z wymogami specyfikacji technicznych zamawiającego ma składać się na koncepcję programową i podał swoje szczegółowe kalkulacje oraz porównał je z kalkulacjami innych wykonawców w tym postępowaniu, stwierdzając, że cena obliczona przez niego dla koncepcji programowej nie jest najniższą ceną zaoferowaną w tym postępowaniu. W analogiczny sposób odniósł się do koncepcji uproszczonej. W części VI odniósł się do kosztów wykonania dokumentacji geologicznej i geotechnicznej i w tym zakresie powołał się na pozyskane wyceny branży geologicznej i geotechnicznej, wskazał na przyjętą metodykę wyceny oraz przedstawił zestawienie cenowe w zakresie rozpoznania podłoża gruntowego cen wszystkich wykonawców i wskazał, że jego oferta w tym zakresie nie była ofertą najtańszą. W części VII podał orzecznictwo KIO dotyczące ceny rażąco niskiej.

W dniu 23 stycznia 2012r. zamawiający poinformował o wynikach ponownego badania i oceny ofert i stwierdził, że w wyniku oceny złożonych wyjaśnień i dostarczonych dowodów stwierdził, że oferta pierwotnie wykonawcy wybranego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i ponownie dokonał wyboru oferty tego wykonawcy.

Izba zważyła, co następuje :

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta nie została odrzucona przez zamawiającego, ani nie został on wykluczony z postępowania, a w rankingu oceny ofert zajmuje drugą pozycję, za wykonawcą wybranym. Zatem w sytuacji uwzględnienia odwołania zamawiający byłby zobligowany do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji zamówienia.

W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy poprzez niewykonanie czynności zawartych w odwołaniu z dnia 29 grudnia 2011 roku (tj. odrzucenia oferty Konsorcjum ARKAS-PROJEKT i EUROPROJEKT GDAŃSK i wybór oferty Odwołującego), które zostało w całości uwzględnione przez zamawiającego pismem z dnia 5 stycznia 2012 roku.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wprawdzie bezsporne jest, iż odwołujący sformułował w odwołaniu z dnia 29 grudnia 2011r. w sprawie sygn. akt KIO 2802/12 żądanie nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującej (oferty wybranej) i nakazania wyboru oferty odwołującego, to jest również bezsporne (wynika wprost z treści odwołania), że sformułował żądanie ewentualne – nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający wprost w uwzględnieniu odwołania z dnia 5 stycznia 2012r. wskazał, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzy czynność badania i oceny ofert, a w zakresie żądań ewentualnych wykona żądanie wezwania przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Istotą żądania ewentualnego jest to, że żądanie takie może być rozpoznane i rozstrzygnięte tylko wówczas, gdy nie można uwzględnić żądania pierwszego- vide wyrok SN z dnia 26 stycznia 1979r. sygn. akt IV CR 403/78 OSN 1979 nr 10 poz. 193 oraz wyrok SN z 31 stycznia 1996r. sygn. akt III CRN 58/95 niepubl. Tym samym dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy stało się konieczne stwierdzenie, czy możliwe było uwzględnienie żądania odrzucenia oferty przystępującego jako oferty z rażąco niską ceną w dacie pierwotnego wyboru tej oferty. W momencie pierwszego wyboru zamawiający nie weryfikował w ofercie przystępującego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ani nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest niedopuszczalne bez wyczerpania trybie art. 90 ust. 1 ustawy wezwania do wyjaśnień. Ponieważ wobec przystępującego taka procedura wezwania do wyjaśnień w ramach pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej nie była przeprowadzona, zamawiający nie mógł uwzględnić żądania odwołującego polegającego na odrzuceniu oferty przystępującego z powodu złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską bez naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 ustawy. Tym samym skoro zadośćuczynienie żądaniu odwołującego było niemożliwe, gdyż powodowałoby, że czynności zamawiającego byłoby niezgodne z przepisami ustawy, zamawiający miał prawo rozpoznać i wykonać żądanie ewentualne tj. żądanie wezwania przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby wobec zgłoszenia żądań ewentualnych i niemożności uwzględnienia jednego z nich uwzględnienie drugiego należy traktować, jako wypełnienie żądań odwołującego w całości. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy – odwołującemu nie służy prawo do kwestionowania prawidłowości czynności podjętych po wykonaniu przez zamawiającego żądań odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2802/11 tj. kwestionowania czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz powtórzonych czynności badania i oceny ofert, oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ARKAS-PROJEKT i EUROPROJEKT GDAŃSK, zawierającej rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia cenę w zakresie pełnienia czynności nadzoru autorskiego, wykonania koncepcji programowej i dodatkowych badań geologicznych, wynikających z: Formularza 2.1. „Tabela opracowań projektowych” - tabeli B2 („Dokumentacja geotechniczna z ustaleniem geotechnicznych warunków posadowienia obiektów”), tabeli A1 („Koncepcja programowa dla układu

docelowego"), tabeli E i F („Nadzór autorski”); co stanowiło obejście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i miało wpływ na całościową cenę ofertową Konsorcjum ARKAS-PROJEKT i EUROPROJEKT GDAŃSK

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za taką ofertę w myśl art. 90 ust. 3 ustawy należy rozumieć ofertę, co do której nie złożono wyjaśnień, albo taką, do której złożono wyjaśnienia, ale te wyjaśnienia wraz z załączonymi do nich dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym przedmiotem postawionego przez odwołującego zarzutu jest zarzut nieprawidłowego dokonania przez zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień przez przystępującego i błędne przyjęcie, że z wyjaśnień tych i dołączonych do nich dowodów wynika, że cena nie jest ceną rażąco niską. W ocenie Izby taki zarzut nie potwierdził się. W pierwszej kolejności Izba zauważyła, że odwołujący kwestionował przede wszystkim nie cenę zaoferowaną za całość przedmiotu zamówienia, ale za elementy tego przedmiotu takie jak wykonanie koncepcji programowej dla układu docelowego (koncepcja programowa i koncepcja uproszczona), wykonanie dokumentacji geotechnicznej i sprawowanie czynności nadzoru autorskiego, raporty, uzupełnienia, opinie. Izba stoi na stanowisku, że dla ustalenia czy oferta zawiera cenę rażąco niską konieczne jest jej odniesienie do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zamawiał poszczególnych usług opracowania koncepcji programowej, usługi wykonania dokumentacji geotechnicznej czy usługi sprawowania czynności nadzoru autorskiego, ale usługę kompleksową w skład, której wchodziły wskazane usługi, a także inne usługi szczegółowo przez zamawiającego opisane w IDW i załącznikach – specyfikacjach technicznych. Zamawiający jednocześnie w sposobie obliczenia ceny wskazał jedynie ogólnie na konieczność uwzględnienia wszelkich wymogów siwz oraz wliczenia w ceny ryczałtowe także wszelkich kosztów towarzyszących. Nie podał natomiast jakichkolwiek wytycznych, co do sposobu kalkulacji ceny, nie opracował przedmiaru, czy nie podał standardów na podstawie, których wykonawcy byłiby zobligowani wyliczyć ceny ryczałtowe za określone opracowania projektowe. Również w opisie kryteriów oceny ofert zamawiający poza podaniem rodzajów kryteriów, ich wag, oraz matematycznego sposobu obliczenia punktacji także nie podał, żadnych wytycznych obliczenia cen, czy też proporcji cenowej, jaką wykonawcy mieliby zachować pomiędzy ceną za wykonanie dokumentacji projektowej, a ceną za sprawowanie nadzoru autorskiego. Tym samym wykonawcy mieli dowolność w sposobie obliczenia ceny ryczałtowej za całość zamówienia jak i za poszczególne usługi. Sam fakt oczywiście braku wytycznych w siwz, co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej nie oznacza, że wykonawca nie może złożyć oferty z ceną rażąco niską, jednakże brak takich podstaw kalkulacji pozwala wykonawcy na pewną swobodę kalkulacji kosztów w ramach poszczególnych cen ryczałtowych składających się na cenę oferty. Oznacza to również brak związania wykonawców wytycznymi, standardami, czy innymi dokumentami stanowiącymi materiały pomocnicze do wyceny kalkulowanych usług, ale nie mających waloru obowiązującego prawa. W ocenie Izby brak zatem zastosowania się przez wykonawcę do takich standardów czy wytycznych nie może być uznany za podstawa do stwierdzenia ceny rażąco niskiej. W ocenie Izby odwołujący przedstawił dowody, które uprawdopodobniały możliwość złożenia oferty przez przystępującego z

cenami rażąco niskimi na określone elementy usług. Również oddalony przez Izbę na etapie rozprawy wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ustalonych w odwołaniu tezę dowodową dotyczącą ustalenia cen rynkowych i cen minimalnych mógł służyć jedynie wykazaniu, że zachodzi podejrzenie, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w ramach poszczególnych cen składowych. Jednakże wobec faktu uwzględnienia przez zamawiającego żądania wezwania przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, okoliczność ta została przyznana przez zamawiającego i zamawiający wykonał ciążący na nim obowiązek badania, czy przystępujący oferując konkretne ceny ryczałtowe za poszczególne elementy oferty (kwestionowane przez odwołującego) dysponował obiektywnymi czynnikami sprzyjającymi właśnie temu wykonawcy dla wykonania elementu przedmiotu zamówienia za zaoferowane ceny. Izba stoi na stanowisku, że ustawodawca w art. 90 ustawy pojęcie ceny rażąco niskiej odniósł do całego przedmiotu zamówienia i ceny za całość tego przedmiotu. Izba uznaje, że możliwe jest kwestionowanie cen za poszczególne usługi składające się na całość przedmiotu zamówienia, ale w sytuacji, gdy zniżenie ceny za daną usługę skutkuje zniżeniem ceny za całość przedmiotu zamówienia. Taka sytuacja w przedmiotowej sprawie nie miała miejsca. Jednakże podstawą odrzucenia oferty na gruncie art. 90 ust. 3 ustawy jest przede wszystkim ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Tym samym mimo, iż w ocenie Izby cena za całość przedmiotu zamówienia nie odbiegała w sposób znaczący od innych ofert zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, to jednak poszczególne elementy składowe tej ceny ujęte w załącznikach do oferty i wskazane przez odwołującego, mogły budzić wątpliwości, co do prawidłowości skalkulowania ceny za cały przedmiot zamówienia, a w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 2802/11 odwołujący tę okoliczność uprawdopodobnił. Tym samym w sytuacji wezwania do wyjaśnień zamawiający był zobligowany do dokonania oceny złożonych wyjaśnień i dokonania ich oceny zarówno po tym kątem, czy rzeczywiście stanowią one wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (czyli czy złożono wyjaśnienia) oraz czy złożone wyjaśnienia wskazują na obiektywne czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy i czy zostały potwierdzone dowodami. Zamawiający dokonując ponownego wyboru oferty przystępującego dał wyraz temu, iż uznał, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego powołują się na takie obiektywne czynniki, a załączone do nich dowody ten fakt potwierdzają, a całość złożonych wyjaśnień pozwala na przyjęcie, że nie złożono oferty zawierającej cenę rażąco niską. W ocenie Izby ta ocena zamawiającego jest prawidłowa. Przystępujący złożył obszernie wieloaspektowe wyjaśnienia wskazując na własną politykę cenową przyjętą w dotychczas realizowanych zamówieniach publicznych, które zgodnie z przedłożonymi referencjami wykonał w sposób należyty, mimo tego, że zaoferowana przez niego cena całkowita dokumentacji projektowej przy przeliczeniu za 1km drogi była porównywalna z zaoferowaną w przedmiotowym postępowaniu lub niższa, wskazał na tendencję rynkową na podstawie zamówień realizowanych przez 6 oddziałów GDDKiA (10 zamówień publicznych) wskazując również na to, że cena całkowita dokumentacji projektowej przy przeliczeniu za 1km drogi była porównywalna z zaoferowaną w przedmiotowym postępowaniu lub niższa, następnie przystępujący dokonał analizy sposobu kalkulacji kosztów opracowania dokumentacji projektowej dla każdej z branż podpierając wyliczenia dowodami w postaci umów z podwykonawcami na analogiczny przedmiot zamówienia oraz na ceny konkretnego rodzaju dokumentacji zaoferowane w innych postępowaniach przetargowych, w

dalszej części wyjaśnień odniósł się do analizy czynników cenotwórczych za nadzór autorski. W tym zakresie podniósł zweryfikowany także przez Izbę argument, iż nawet w sytuacji, gdyby zaoferował za nadzór autorski cenę 260 000zł., to z symulacji rozkładu punktów w ramach oceny oferty wynikałoby, że jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą. Jednakże przystępujący poza tą konstatacją podał obiektywne czynniki, przy uwzględnieniu jakich kalkulował cenę ryczałtową za nadzór autorski i w tym zakresie powołał się na odległość siedziby konsorcjum (Olsztyn) od miejsca realizacji umowy, możliwość łączenia wyjazdów z wyjazdami na inne budowy realizowane przez przystępującego, koszt dojazdu na teren budowy wyszacowany na podstawie złożonej mu oferty (załączonej jako dowód), wynagrodzenia projektanta (także na podstawie załączonej do wyjaśnień umowy o sprawowanie nadzoru autorskiego, a także na ceny za tego typu usługę zaoferowane przez niego w innym postępowaniu, które są obecnie realizowane. W zakresie kosztów opracowań ocen, ekspertyz, analiz i raportów przystępujący załączył jako dowody oferty jakie uzyskał na opracowanie tych dokumentów. W dalszej części wskazał na koszty wykonania koncepcji programowej. W tym zakresie podał swoje wyliczenia dotyczące czasu niezbędnego na wykonanie poszczególnych opracowań i dokonał jego porównania z przykładowymi zamówieniami na wykonanie koncepcji w innych postępowaniach, a także zamówień na wykonanie STES i wykonanie projektów budowlanych i wykonawczych, na podstawie tych danych przyjęto określoną metodę realizacji zamówienia wskazaną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Podał, co zgodnie z wymogami specyfikacji technicznych zamawiającego ma składać się na koncepcję programową i podał swoje szczegółowe kalkulacje oraz porównał je z kalkulacjami innych wykonawców w tym postępowaniu, stwierdzając, że cena obliczona przez niego dla koncepcji programowej nie jest najniższą ceną zaoferowaną w tym postępowaniu. W analogiczny sposób odniósł się do koncepcji uproszczonej. W kolejnej części odniósł się do kosztów wykonania dokumentacji geologicznej i geotechnicznej i w tym zakresie powołał się na pozyskane wyceny branży geologicznej i geotechnicznej, wskazał na przyjętą metodykę wyceny oraz przedstawił zestawienie cenowe w zakresie rozpoznania podłoża gruntowego cen wszystkich wykonawców i wskazał, że jego oferta w tym zakresie nie była ofertą najtańszą. Dowody na poparcie powyższych argumentów zostały przez przystępującego zawarte w załączniku nr 4 do wyjaśnień. Izba oceniła przedstawiony przez przystępującego materiał dowodowy i weryfikowała go z twierdzeniami zawartymi w wyjaśnieniach – załącznik nr 1. W ocenie Izby wyjaśnienia te są logiczne, nie pozostają w sprzeczności z przedstawionymi dowodami, przedstawiony materiał dowodowy, a w szczególności umowy z podwykonawcami, umowa o nadzór autorski, załączone oferty na dojazd, na wyceny geologiczne na dokumentację uzupełniającą potwierdzają kalkulację zawartą przez przystępującego w wyjaśnieniach. Przystępujący odwołał się do argumentacji i czynników właściwych dla niego i obiektywnych. W ramach przedstawionej kalkulacji przystępujący podał wysokość zakładanego zysku. W ocenie Izby brak jest podstaw do kwestionowania prawdziwości i rzetelności sporządzonego opracowania. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez przystępującego i prawidłowo uznał, że oferta przystępującego nie zawiera ceny rażąco niskiej. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się zaniechania zamawiającego polegającego na niezastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy poprzez uznanie, że Konsorcjum ARKAS-PROJEKT i EUROPROJEKT GDAŃSK właściwie i zasadnie zastrzegło, że dokumenty złożone przy okazji składania wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstw Konsorcjum ARKAS-PROJEKT i EUROPROJEKT GDAŃSK;

Zarzut zasługuje częściowo na uwzględnienie. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W celu zatem uznania danej informacji za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być spełnione następujące przesłanki :

- szczególny charakter informacji tj. co do zasady informacje posiadające wartość gospodarczą,
- fakt nieujawnienia takich informacji do wiadomości publicznej,
- podjęcie przez przedsiębiorcę czynności w celu zachowania ich poufności.

Bezsporne jest, że przystępujący nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników nr 2 i 3 do wyjaśnień – załączniki te zawierały wyciągi z ogłoszeń, siwzów oraz informacji o wynikach postępowań stanowiących uzasadnienie części II wyjaśnień. Przystępujący zastrzegł natomiast w całości załącznik nr 1 i 4 do wyjaśnień. Zamawiający nie odtajnił żadnego z dokumentów zawartych w tych załącznikach. Zamawiający oświadczył na rozprawie, iż dokonywał weryfikacji treści tych załączników i uznał prawo przystępującego do zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba oceniła, iż w odniesieniu do części dokumentacji składającej się na załączniki nr 1 i 4 taka ocena dokonana przez zamawiającego była nieprawidłowa. W załączniku nr 1 poza samymi wyjaśnieniami dokumenty oznaczone od nr 2a do 11b mają wprawdzie charakter informacji mającej wartość gospodarczą i przystępujący określając, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa podjął czynności w celu zachowania ich poufności, jednak nie można uznać, że spełniają one przesłankę nieujawnienia do publicznej wiadomości dokumenty te bowiem stanowią dokumentację postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wraz z dokumentacją realizacji zamówień publicznych. Dokumenty te dotyczą 10 postępowań, w których przystępujący uzyskał zamówienie publiczne i realizował zamówienia. Na dokumenty te składają się wyciągi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umowy o zamówienie publiczne, harmonogramy finansowo-rzeczowe oraz faktury dotyczące realizacji, a także referencje wystawione przystępującemu przez zamawiających. Wszyscy zamawiający są zamawiającymi sektora finansów publicznych. Specyfikacje były publikowane przez zamawiających na ich stronach internetowych, to samo dotyczy informacji o wyniku postępowania. Umowy o zamówienie publiczne są jawne. Referencje zostały uzyskane przez przystępującego w celu przedstawiania w kolejnych postępowaniach przetargowych. Harmonogramy finansowo – rzeczowe i faktury mogą być udostępnione w trybie dostępu do informacji publicznej. Zatem nie sposób uznać, aby przystępujący w odniesieniu do tych dokumentów mógł powołać się na istnienie przesłanki nieujawnienia do publicznej wiadomości. Analogiczna sytuacja występuje w odniesieniu do załącznika nr 42 i 44 w załączniku nr 4 tam odwołujący zamieścił wyciąg z siwz niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i SZWPP Rozdział IV, tym samym również i zastrzeżenia tajności w odniesieniu do tych dokumentów zamawiający prawidłowo nie zweryfikował. W pozostałym zakresie

Izba uznała, że dokumenty zawarte jako załącznik nr 1 do załącznika nr 1 – wyjaśnienia ceny rażąco niskiej i załączniki załącznika nr 4 od nr do 41 i 43 zostały przez zamawiającego ocenione prawidłowo jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokumenty na tych bowiem załącznikach zawarte dotyczą ofert podwykonawców, umów o nadzór autorski, umów na opracowanie dodatkowej dokumentacji, rachunków i faktur na podstawie, których przystępujący szacował ceny poszczególnych elementów oferty, oferty dotyczące dojazdów, wykazanie przyjętej kalkulacji związanej z możliwością łączenia czynności nadzoru autorskiego (wyjazdów) w ramach różnych umów o nadzór autorski dla kilku zamawiających itp. czyli inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Te informacje wskazują na rynki zaopatrzenia przystępującego, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, ma to przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informację o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez tych podwykonawców swojemu kontrahentowi, pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić przystępującemu wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów. Przystępujący poczynił działania zmierzające do zachowanie tych informacji w poufności zastrzegając w piśmie przewodnim do wyjaśnień tajemnicę wskazanych załączników, jak również ponawiając to zastrzeżenie w samej treści wyjaśnień. Informacje te dotyczą w większości umów z osobami prywatnymi. W ocenie Izby podjęte działania są wystarczające do zachowania poufności. Mając to na uwadze, Izba uznała, że w odniesieniu do załączników od nr 2 a do 11b w ramach załącznika nr 1 oraz w odniesieniu do załącznika nr 42 i 44 w ramach załącznika nr 4 ustawy zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 3 ustawy dokonując weryfikacji oświadczenia przystępującego o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób nieprawidłowy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców w toku postępowania poprzez zaoferowanie przez wykonawcę wybranego ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie nadzoru autorskiego, wykonania koncepcji programowej i dodatkowych badań geologicznych i brak odrzucenia tej oferty przy jednoczesnym uznaniu zasadności utajnienia dokumentacji mającej stanowić wyjaśnienie wysokości ceny ofertowej wykonawcy wybranego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W przedmiotowym postępowaniu zarzut zaoferowania usługi nadzoru autorskiego poniżej kosztów świadczenia nie potwierdził się. Cena zaoferowana przez przystępującego za sprawowanie czynności nadzoru autorskiego jest niska, jednakże przystępujący przedstawił dowody na potwierdzenie, że posiada osoby, które są skłonne za świadczyć tę usługę za cenę, która pozwoliła przystępującemu na skalkulowanie oferty na przedstawionym poziomie. Ponadto aby zamawiający mógł dokonać

odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy musi wykazać, że zniżenie ceny za nadzór autorski utrudniło innym przedsiębiorcom dostęp do rynku tego typu usług i było działaniem celowym prowadzącym do eliminacji innych przedsiębiorców. Przy czym Izba zwraca uwagę na treść art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zacytowanego przez odwołującego w odwołaniu, otóż przepis ten wskazuje na dwa zasadnicze elementy, które muszą zajść, aby była możliwość postawienia zarzutu nieuczciwej konkurencji musi istnieć grupa przedsiębiorców innych niż popełniający czyn przedsiębiorca – ustawodawca wyraźnie posłużył się pojęciem „innych przedsiębiorców” w liczbie mnogiej, co w ocenie Izby należy rozumieć, jako taką ilość przedsiębiorców, którym ograniczenie dostępu do rynku zapewni popełniającemu czyn rzeczywistą przewagę konkurencyjną. Oczywiście w skrajnym przypadku, gdy na rynku konkuruje ze sobą jedynie dwóch przedsiębiorców taki czyn może odnosić się do grupy składającej się z jednego przedsiębiorcy. Ponadto w przepisie mowa jest o rynku, a więc do potencjalnych inwestorów, który nabywają określone towary i usługi, a więc nie wąsko pojmowanego rynku zamówień publicznych czy rynku jednego postępowania o zamówienie publiczne. Nadto Działanie sprawcy musi być działaniem świadomym z zamiarem bezpośrednim, albo przynajmniej ewentualnym wyeliminowania innych przedsiębiorców z tego rynku. Przez wyeliminowanie Izba rozumie co najmniej utratę zdolności konkurowania na danym rynku. Przez wyeliminowanie Izba rozumie co najmniej utratę zdolności konkurowania na danym rynku. W ocenie Izby tych przesłanek odwołujący nie udowodnił, a swoje przekonanie o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji oparł wyłącznie na analizie przedmiotowego postępowania, wytycznych zawodowych i jednego postępowania o zamówienie publiczne, w którym brał udział i w którym zaoferowano zbliżonego do jego oferty ceny za wykonywanie nadzoru autorskiego. Izba uznała zarzut za nieudowodniony i nie dopatrzyła się w działaniach zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Uwzględnienie częściowe zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzone naruszenia miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Izba dokonała oceny wyjaśnień przystępującego uwzględniając całość ich treści i dokonała analizy ich prawidłowości przez pryzmat załączonych dowodów zarówno zawartych w części skutecznie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak i w części, która nie mogła takiej tajemnicy stanowić. Izba uznała, że wszystkie załączone dowody stanowią uzasadnienie stanowiska przystępującego, że jego oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną, ale w szczególności uznała, że dokumenty prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a dotyczące pozyskanych ofert, umów z podwykonawcami potwierdzają prawidłowość czynności zamawiającego jaką była ocena wyjaśnień przystępującego oraz prawidłowość uznania przez zamawiającego, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu. Tym samym dla odwołującego nie ma wpływ na wynik postępowania stwierdzone naruszenie, gdyż nie mógłby on zaprzeczyć prawdziwości czy wiarygodności dokumentów, na których oparł się głównie zamawiający, a które były prawidłowo zastrzeżone przez przystępującego. Z tych względów pomimo uwzględnienia powyższego zarzutu odwołanie należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego.

Przewodniczący

Członkowie :

.....