

WYROK

z dnia 21 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie **18 maja 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **4 maja 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji „Budowa obwodnicy m. Radomyśl Wielki w ciągu DW 984”* (nr postępowania PZDW/WZP/3052/243/WFU/2/2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu Podkarpackiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz kontynuowanie badania, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sprecyzowanych na rozprawie wątpliwości co do adekwatności liczby dniówek oraz terminu wykonania zamówienia wskazanych w wyjaśnieniach z 16 marca 2018 r.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich**

w Rzeszowie na rzecz **odwołującego PROKOMU Construction sp. z o.o.**
z siedzibą w Sosnowcu kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach inwestycji „Budowa obwodnicy m. Radomyśl Wielki w ciągu DW 984”* (nr postępowania PZDW/WZP/3052/243/WFU/2/2018).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 24 stycznia 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_016 pod poz. 032705.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

24 kwietnia 2018 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu {dalej również: „Prokom”} zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty, a także o unieważnieniu prowadzonego postępowania.

4 maja 2018 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 – przez niezasadne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie tych przepisów.
2. Art. 90 ust. 3 – przez niezasadne uznanie, że Odwołujący nie dochował ciężącego na nim obowiązku potwierdzenia, że zaoferowana przez niego nie jest rażąco niska.
3. Art. 93 ust. 1 pkt 4 – przez niezasadne unieważnienie postępowania z powołaniem się na to, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, pomimo braku ku temu przesłanek.
4. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Dokonania ponownego badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Uznania oferty Odwołującego za niezawierającą rażąco niskiej ceny.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia budżet w wysokości 206503,00 zł. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Pomostu Consulting sp. z o.o. sp. k. z ceną 540432,25 zł oraz Prokomu z ceną 265680,00 zł, co daje średnią arytmetyczną w wysokości 403056,13 zł. Cena oferty Prokomu stanowi 66% tej średniej, a jednocześnie 129% budżetu Zamawiającego. Cena drugiej złożonej oferty stanowi 134% tej średniej, a jednocześnie 262% budżetu Zamawiającego.

Zamawiający 12 marca 2018 r. wezwał Prokom do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej wysokość.

16 marca 2018 r. Prokom złożył takie wyjaśnienia, wskazując, że czynnikami cenotwórczymi są: koszty wynagrodzenia pracowników, koszty transportu, dodatkowe ryzyka, koszt utrzymania biura, koszt obsługi laboratoryjnej oraz koszt obsługi w okresie zgłaszania wad. Przedstawiono szczegółowe wyliczenie kosztów, w tym koszt pozyskania poszczególnych członków personelu (w Tabeli kosztów). Do wyjaśnień załączono: kopię umowy o pracę osoby wskazanej na stanowisko inżyniera kontraktu, zarządzenie spółki o przewidywanym zysku na poziomie 10%, fakturę potwierdzającą wysokość kosztów utrzymania biura, fakturę za wynajem lokalu oraz ofertę handlową podwykonawcy.

Prokom powołał się również w wyjaśnieniach na to, że odnośnie stawek oraz roboczodniówek przyjął założenia na podstawie doświadczeń własnych przy realizacji tego typu kontraktów.

28 marca 2018 r. Zamawiający wezwał ponownie Prokom do złożenia wyjaśnień i dowodów w następującym zakresie:

- *Przedłożenie dowodów potwierdzających, że personel Inżyniera Kontraktu wskazany w ofercie będzie sprawował swoją funkcję za kwoty wskazane w przedłożonych*

wyjaśnieniach.

- Wyjaśnienie przyjętego terminu w Tabeli Koszty Personelu.

W odpowiedzi Prokom wskazał, że wymóg przedstawienia dokumentów dotyczących kwot wynagrodzenia poszczególnych pracowników jest nadmiarowy, a informacje w tym zakresie wynikają z pierwotnych wyjaśnień. Ponadto załączono oświadczenia pozyskane od osób, które są *podstawowym Personelem i których koszt pracy wpływa w istotny sposób na wysokość wyceny oferty*. Wyjaśniono również przyczyny przyjęcia podanego w poprzednich wyjaśnieniach terminu na potrzeby wyceny oferty.

Zamawiający jako podstawę swojej decyzji o odrzuceniu oferty Prokom podał:

- w swoich wyjaśnieniach Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających zasadność przyjęcia wynagrodzenia dla personelu (...): Tabela poz. 2,3,4,6,7,8,9,11, 12, 13);
- w opinii Zamawiającego Wykonawca powinien na potrzeby sporządzenia swojej oferty posiadać wiarygodne informacje na temat wysokości wynagrodzenia:
- Zamawiający dokonał analizy i oceny wszystkich wyjaśnień Wykonawcy i uznał, że nie udźwignął on ciężaru udowodnienia, iż cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący zarzucił, że decyzja została podjęta przez Zamawiającego arbitralnie i nie była poprzedzona rzetelną analizą złożonych wyjaśnień oraz dowodów. W przekonaniu Odwołującego dokonał rzetelnej oraz prawidłowej kalkulacji ceny oferty, co wykazał w wystarczający sposób na etapie postępowania wyjaśniającego – składając szczegółową kalkulację i załączając szereg dowodów potwierdzających zasadność przyjętych wyliczeń.

Odwołujący podniósł, że celem procedury z art. 90 pzp jest wykazanie, że cena wskazana w ofercie jest realna i pozwala na należyte wykonanie zamówienia. Według Odwołującego udowodnił, że stawki wynagrodzeń poszczególnych pracowników odpowiadają przepisom określającym minimalne wynagrodzenie za pracę, gdyż przewidywana dniówka to 140 zł, a według tych przepisów wynosi ona ok. 109 zł. Stąd wykazał, że jest w stanie zrealizować należycie zamówienie za cenę wskazaną w ofercie, a realizacja zamówienia pozwoli mu na wygenerowanie zysku.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający wyciągnął względem niego ujemne konsekwencje w związku z niedysponowaniem dokumentami, których posiadania nie wymaga żaden przepis prawa (w tym art. 25 ust. 1 pzp) ani uprzednio nie wymagał sam Zamawiający.

Odwołujący dodał, że nie można wymagać od wykonawcy, aby już przy składaniu oferty, kiedy nie wie, czy uzyska zamówienie, dysponował pełnym personelem i miał zawarte umowy o pracę lub o współpracę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w drugim wezwaniu nie wskazał na personel z tabeli zestawienia kosztów, a na personel wskazany w ofercie, choć nie zawierała ona danych oraz nazw stanowisk, na które powołał się Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia.

Odwołujący podkreślił, że wynagrodzenia osób, dla których załączył oświadczenia do drugich wyjaśnień są 4-5 razy wyższe aniżeli pozostałych członków zespołu personelu wykonawcy. Dlatego przyjął, że będą one najbardziej miarodajnym dowodem prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

Natomiast personel dodatkowy (czyli wg art. 11 ust.11 osoby niewymienione w ofercie wykonawcy, a zatrudnione przez niego w celu prawidłowej realizacji zamówienia), jest kompletowany przez wykonawcę wg jego uznania, gdyż Zamawiający nie określił zakresu oraz wymagań względem tych osób. Odwołujący zauważył, że załączył jednak do wyjaśnień oświadczenie jednej z osób personelu dodatkowego, które jest miarodajne dla kalkulacji kosztów wynagrodzenia wszystkich pozostałych osób z tej grupy.

W ocenie Odwołującego dzięki wykonywaniu uprzednio podobnych zamówień uzyskał wiedzę o rozkładzie wynagrodzeń, stopniu zaangażowania poszczególnych stanowisk oraz innych czynnikach determinujących koszty realizacji zamówienia, co Zamawiający zupełnie pominął przy ocenie złożonych wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że w podobnych zamówieniach określał cenę oferty na zbliżonym poziomie, a w składanych wyjaśnieniach powoływał się na analogiczne okoliczności i dowody, co było dotychczas uznawane za wystarczające przez Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w okolicznościach sprawy doszło do paradoksu, że jego oferta została odrzucona z powodu określenia ceny na poziomie przekraczającym budżet Zamawiającego na realizację przedmiotowego zamówienia. Różnica rzędu 50 tys. świadczy zaś, że Prokom dokonał właściwej kalkulacji. Samo wezwanie był zaś jedynie rezultatem przeszacowania przez drugiego wykonawcę ceny oferty, która blisko dwukrotnie przewyższała tak budżet Zamawiającego, jak i cenę oferty Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił jego wyjaśnienia, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W takim przypadku Zamawiający miałby podstawy prawne i faktyczne do niewielkiego zwiększenia swojego budżetu, dzięki czemu mógłby udzielić zamówienia Odwołującemu.

Zamawiający poinformował Izbę, że 4 maja 2018 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

W złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie (datowanej na 17 maja 2018 r.) Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz odniósł się polemicznie do argumentacji odwołania.

Zamawiający opisał przebieg postępowania w sposób zbieżny z odwołaniem, z tą różnicą, że podał skorygowaną wysokość ceny oferty złożonej przez drugiego wykonawcę (540431,25 zł), co odpowiednio wpłynęło na wysokość średniej arytmetycznej cen złożonych ofert (403055,63 zł)

Generalnie Zamawiający podtrzymał podjętą uprzednio decyzję o odrzuceniu oferty Prokomu jako prawidłową.

Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że dokonał analizy wyjaśnień złożonych przez Prokom również w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. Nr 419), ale ponieważ złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę samo w sobie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jako podstawę odrzucenia podał tylko art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp.

Zamawiający podtrzymał dokonane 18 stycznia 2018 r. oszacowanie wartości zamówienia na 218.255, 21 zł (kwota uwzględniająca wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp), a także adekwatność odczytanej przed otwarciem ofert kwoty 206503,00 zł jako przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia objętego aktualnie prowadzonym postępowaniem.

Zamawiający podniósł, że przed unieważnieniem postępowania rozpoznał możliwość zwiększenia tej kwoty do kwoty oferty najkorzystniejszej złożonej przez Pomost Consulting, ale stwierdził, że nie dysponuje dodatkowo kwotą 333928,25 zł ponad dotychczas przewidywany budżet.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że do niego należy ocena i decyzja, czy istniałaby możliwość zwiększenia tego budżetu o kwotę około 60 tys. zł do wysokości ceny oferty Prokomu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty, a także unieważnienie postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

Zrelacjonowane powyżej za odwołaniem okoliczności faktyczne dotyczące kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia, cen złożonych ofert (z uwzględnieniem korekty z odpowiedzi na odwołanie dot. ceny drugiej oferty, co ma również przełożenie na wysokość średniej cen z dwóch złożonych ofert), przebiegu badania oferty Prokomu, uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy i nie były sporne.

Izba uznała jednak za celowe przywołanie i podkreślenie następujących okoliczności.

W wezwaniu z 12 marca 2018 r. Zamawiający przytoczył brzmienie art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 2 ustawy pzp, a także sprecyzował, zwraca się o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności o przedłożenie kalkulacji:

- kosztów zatrudnienia osób zaangażowanych do wykonania przedmiotu zamówienia;
- kosztów utrzymania biur – zapewnienia (np. wynajęcia) biura na cały okres realizacji kontraktu, opłat za media (np. energia elektryczna, telefon, ogrzewanie, woda, Internet), wyposażenia i użytkowania umeblowania, utrzymania czystości, materiałów biurowych, ewentualnej ochrony, zapewnienia miejsc parkingowych, przesyłek w związku z prowadzonymi usługami, narad i spotkań;
- usług nadzoru – wynagrodzenia wraz z narzutami, urządzenia stanowiska pracy, zakwaterowania i delegacji, wyposażenia BHP, transportu i łączności oraz wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób, wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a nie wyszczególnionych w SIWZ, wszystkie inne koszty niewymienione w pkt 1, 3 i 4 formularza ofertowego;
- kosztów transportu związanych z realizacją przedmiotu umowy;
- zysku.

W określonym terminie Prokom złożył pisemne wyjaśnienia (datowane na 16 marca 2018 r.), składające się z tabelarycznej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia poprzedzonej objaśnieniami dla poszczególnych rodzajów kosztów jako danymi wyjściowymi.

W szczególności odnośnie kosztów osobowych zawarto następujące informacje {systematyka wg tego pisma}:

- (a) Wynagrodzenie miesięczne – przyjęto wysokość wynagrodzeń na podstawie doświadczeń własnych oraz rzeczywistych stawek obowiązujących w Prokom, przy czym przyjęta stawka przekracza wysokość minimalnego wynagrodzenia, o którym mowa w Rozporządzeniu Rady Ministrów z 12 września 2017 r. (Dz.U. poz. 1747), które wynosi 2.100 zł, a także uwzględnia wymagane prawem dodatkowe obciążenia pracodawcy. Jako dowód (nr 21) do wyjaśnień załączono kopię umowy o pracę osoby przewidzianej na stanowisko inżyniera kontraktu. Ponieważ jest to wynagrodzenie najwyższego stanowiska kierowniczego w zespole przewidzianym do realizacji umowy, stąd wysokość wynagrodzenia pozostałych członków zespołu nie będzie w istotny sposób od niego odbiegać.
- (b) Stawka za dniówkę – jest to wysokość miesięcznego wynagrodzenia podzielona przez ilość dniówek w miesiącu, tj. 25 dni i zakłada czas pracy w wymiarze minimum 8 godzin.
- (c) Przewidywana ilość dniówek – jest to liczba dni, w których będzie zaangażowany dany specjalista przy realizacji tego zamówienia. Przyjęto założenia na podstawie doświadczeń

własnych firmy przy realizacji tego typu kontraktów (wypracowanych schematów działań, procedur, oraz tzw. know-how). Ilość dniówek dla danego specjalisty jest średnią z przewidywanego okresu realizacji oraz uwzględnia ewentualne przerwy i przestoje spowodowane warunkami pogodowymi, w tym przerwę zimową, procesy technologiczne, przewidywaną realizację i zaangażowanie dla poszczególnych asortymentów robót, a także uwzględnia okres projektowania, w którym nie będą prowadzone roboty budowlane.

Przy czym:

- zaangażowanie personelu inżyniera kontraktu przyjęto przez cały okres realizacji usługi na podstawie faktycznego przewidywanego zakresu robót budowlanych wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia, danej funkcji oraz warunków umowy;
- koszty administracji, tj. obsługa specjalistyczna taka jak: archiwizacja, obsługa prawna, administracja, telefony, fax, projektor wraz z ekranem, aparaty fotograficzne, dron do wykonywania zdjęć lotniczych, kamery, sprzęt komputerowy, geodezyjny sprzęt pomiarowy i sekretariat, stanowią koszty ogólne firmy i są rozłożone równomiernie na wszystkie kontrakty realizowane przez Prokom, zgodnie z zarządzeniem zarządu nr 1/2018 przyjmowane są one w kalkulacjach na określonym poziomie (zarządzenie to załączono jako dowód nr 31).

W kolejnych pkt (lit. od „d” do „g”) zawierają objaśnienia dotyczące kosztów transportu, delegacji, przyjętych ryzyk dodatkowych, kosztów utrzymania biura oraz kosztów badań laboratoryjnych

Ponadto w lit. „h” objaśniono, że koszt obsługi w okresie zgłaszania wad przyjęto w wysokości około 30 dniówek pracy personelu wraz z pozostałymi niezbędnymi kosztami takimi jak transport, obsługa biurowa itd.

W piśmie z 28 marca 2018 r. Zamawiający stwierdził, że działając na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy pzp wzywa Prokom do wyjaśnienia treści złożonej oferty w postaci dodatkowych wyjaśnień dot. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w następującym zakresie:

- 1) przedłożenia dowodów potwierdzających, że personel inżyniera kontraktu wskazany w ofercie będzie sprawował swoją funkcję za kwoty wskazane w złożonych wyjaśnieniach;
- 2) wyjaśnienia przyjętego w tabeli koszty personelu, w kolumnie „ilość miesięcy” terminu wykonywania usługi przez poszczególnych członków kadry inżyniera kontraktu, biorąc pod uwagę, że termin realizacji usługi od kwietnia 2018 r. do 30 listopada 2018 r. to 8 miesięcy.

Do przesłanego w odpowiedzi pisma Prokomu (datowanego na 4 kwietnia 2018 r.) załączono oświadczenia, jak to określono „kluczowych członków personelu inżyniera”,

których wynagrodzenie w istotny sposób wpływa na wysokość ceny oferty, tj. dla: a) inżyniera kontraktu, b) inspektora nadzoru robót drogowych, c) inspektora ds. rozliczeń, d) specjalisty ds. ochrony środowiska, a z pozostałego personelu – dla asystenta, potwierdzające zgodę na wysokość dniówki wskazaną w tabeli uprzednio złożonych wyjaśnień.

Odnosnie drugiej kwestii Prokom wyjaśnił że: *Przyjęty okres realizacji został przyjęty z zapasem uwzględniającym ewentualną pracę w okresie przedłużonym realizacji Kontraktu. Stanowi to dodatkową rezerwę finansową na ryzyko wliczoną w cenę ofertową.*

Z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Prokom zawartego w piśmie z 24 kwietnia 2018 r. wynika, że Zamawiający stwierdził, że w przedstawionych mu przez Wykonawcę wyjaśnieniach brak jest dowodów potwierdzających założenia dotyczące oferty cenowej dla personelu branżowego, gdyż przedstawiono oświadczenia – zobowiązania dla osób mających pełnić odpowiednio funkcje: inżyniera kontraktu, inspektora ds. rozliczeń, inspektora ds. ochrony środowiska oraz dla asystenta (personel pomocniczy), natomiast nie przedstawiono takich dokumentów dla osób przewidzianych na stanowiska: weryfikatora branży drogowej, weryfikatorów pozostałych branż, inspektora nadzoru branży drogowej, inspektora nadzoru robót teletechnicznych, inspektora nadzoru ds. elektrycznych i elektroenergetycznych, inspektora nadzoru ds. wod.-kan., archeologa, geodety, geotechnika oraz geologa. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że Prokom nie przedstawił dokumentów potwierdzających zasadność przyjęcia wynagrodzenia dla ww. personelu na poziomie określonym w pierwotnych wyjaśnieniach (tabela w pkt I koszty personelu dla poz. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 11,12 i 13).

W opinii Zamawiającego Wykonawca powinien na potrzeby sporządzania swojej oferty posiadać wiarygodne informacje na temat wysokości wynagrodzenia niezbędnego personelu, a obejmujące co najmniej wstępne zobowiązania do wykonania określonego zakresu za daną kwotę. Według Zamawiającego posiadane doświadczenie oraz znajomość realiów prowadzenia inwestycji drogowych i kosztów wykonywania przedmiotu umowy pozwoliły mu stwierdzić w oparciu o przedłożone wyjaśnienia i dokumenty, że Prokom nie skalkulował w sposób wystarczający i rzetelny swojej oferty.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że po dokonaniu analizy i oceny wszystkich złożonych wyjaśnień uznał, że Wykonawca nie udźwigną ciężaru udowodnienia, że cena 265 680,00 zł nie jest rażąco niska.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Według art. 90 pzp:

– [ust.1] jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

– [ust. 1a] w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

– [ust. 2] Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

– [ust. 3] Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza termin „rażąco niska cena” używany w powyżej przywołanych przepisach.

Jak trafnie zauważono w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08), przepisy ustawy pzp nie określają bowiem definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku Izby z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Wreszcie Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen

obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej [opublikowanej w serwisie internetowym UZP] zbieżnie z powyższym wskazano m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości [obecnie – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w skrócie „TSUE”]. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie, z uwagi na to, że zostały złożone tylko dwie oferty ze znacznie odbiegającymi od siebie cenami, a cena oferty odrzuconej przez Zamawiającego przekraczała kwotę, którą zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, biorąc dodatkowo pod uwagę, że ta ostatnia odpowiada powiększonej o kwotę VAT wartości szacunkowej udzielanego zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania z należytą starannością, nie było podstaw, aby *a priori* uznać, że oferta Prokomu zawiera cenę odbiegającą od rynkowych kosztów realizacji tego zamówienia. Wręcz przeciwnie, jedyną podstawą wezwania skierowanego przez Zamawiającego było odbieganie ceny oferty Prokomu od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co w okolicznościach tego postępowania oznaczało, że punktem odniesienia była tu średnia wyznaczona przez zaledwie dwie oferty, z których droższa ponad dwukrotnie przekraczała budżet Zamawiającego przeznaczony na realizację tego zamówienia.

Przed wszystkim (choć w treści uzasadnienia swojej decyzji Zamawiający zdaje się utożsamiać obie kwestie) podstawą odrzucenia nie było stwierdzenie, że oferta Prokomu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (którego wartość sam Zamawiający ustalił na jeszcze niższym poziomie), a negatywna ocena złożonych wyjaśnień, a konkretnie – brak udowodnienia przyjętych do kalkulacji założeń odnośnie wysokości wynagrodzenia dla wszystkich stanowisk wyszczególnionych w tabeli przedstawionej w ramach pierwotnych wyjaśnień.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny

prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia tego, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, przywołano okoliczności faktyczne, które zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że Zamawiający nie miał podstaw, aby negatywnie ocenić złożone na jego żądanie wyjaśnienia.

Dla tej sprawy podstawowe znaczenie ma jednak inny aspekt wynikający z art. 192 ust. 7 pzp – w przypadku spraw dotyczących odwołań od czynności odrzucenia zakres kognicji Izby nie może wykraczać poza uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego

przekazane wykonawcy. Oczywiste jest, że odwołujący się wykonawca może skutecznie zakwestionować tylko znane mu powody odrzucenia jego oferty. W konsekwencji jeżeli w toku postępowania odwoławczego zamawiający przedstawi dodatkowe podstawy faktyczne odrzucenia oferty wykonawcy, nie podlegają one rozpoznaniu i nie mogą mieć wpływu na wynik sprawy. W tym aspekcie zasada wynikająca z art. 192 ust. 7 pzp chroni wykonawców przed wdaniem się w spór co do nieznanymi im uprzednio motywów decyzji, które zamawiający przez przeoczenie lub celowo nie podał zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp. Przepis ten nakazuje bowiem zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty.

Stąd w tej sprawie Izba nie wzięła pod uwagę odpowiedzi na odwołanie w zakresie, w którym ewidentnie wykracza poza ramy uzasadnienia przekazanego uprzednio Prokomowi, tj. odnośnie oceny Zamawiającego, że złożenie oferty stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji.

Co istotniejsze dla sprawy, Izba nie mogła wziąć pod uwagę przeformułowanego *ad hoc* na rozprawie uzasadnienia, zgodnie z którym powodem uznania wyjaśnień Prokomu za niewiarygodne było rzekomo wątpliwość, ilu dniówek dotyczy oświadczenie złożone przez osobę przewidzianą na dane stanowisko, a także wątpliwości, na jakiej podstawie dla danego stanowiska przewidziano średnio w miesiącu liczbę dniówek podaną w pierwszych wyjaśnieniach i skąd różnice pomiędzy niektórymi stanowiskami, np. dla inspektora nadzoru branży drogowej wskazano dziesięć dniówek, a dla weryfikatora branży drogowej tylko dwie. Zamawiający dodał również na rozprawie, że nie był usatysfakcjonowany również wyjaśnieniem, że przewidziane wynagrodzenie rozkłada się na jeszcze dłuższy okres, gdyż oznacza to jeszcze niższe wynagrodzenie.

Izba zważyła, że Zamawiający po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień, które mogły zrodzić u niego takie wątpliwości, nie sprecyzował ich w drugim wezwaniu. Jak to powyżej ustalono, Zamawiający zwrócił się jedynie o udowodnienie, że personel inżyniera kontraktu będzie wykonywał swoje czynności przy realizacji tego zamówienia „za kwoty wskazane w przedłożonych wyjaśnieniach”, co trudno było inaczej odczytać niż jako oczekiwanie potwierdzenia przez poszczególne osoby zgody na stawki wskazane w tabeli pierwszych wyjaśnień. Stąd Odwołujący nie miał nawet szans na rozwianie wątpliwości Zamawiającego odnośnie adekwatności ustalenia liczby dniówek dla poszczególnych stanowisk. Zwłaszcza, że jak wykazał to na rozprawie, uprzednio składane w podobnych postępowaniach w analogiczny sposób wyjaśnienia były przyjmowane przez Zamawiającego. Niezrozumiałe jest natomiast wywodzenie z oświadczeń potwierdzających wysokość dniówki przy

wykonywaniu tego zamówienia braku potwierdzenia liczby dniówek.

Z kolei kwestia wskazania przez Prokom w pierwotnych wyjaśnieniach 20 miesięcy jako przewidywanego okresu terminu świadczenia usług objętych zakresem zamówienia co prawda była przedmiotem drugiego wezwania i została odnotowana w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, jednak na podstawie jego treści nie sposób stwierdzić, jakie konkretnie wnioski wyciągnął na tej podstawie Zamawiający. Nie wskazał on również postanowień specyfikacji istotnych warunków dla tego zamówienia, z których wynika konkretnie, że termin jego realizacji będzie wynosił 8 miesięcy.

Wobec tego rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że należy uznać je za zasadne, gdyż Zamawiający nie miał podstaw, aby domagać się dodatkowego potwierdzenia stawek dniówki na poziomie 140 zł, co do której wysokości w istocie, jak się okazuje, nie miał zastrzeżeń (a przy tym niesporne było, że również po uwzględnieniu obciążeń publicznoprawnych i tzw. kosztów pracodawcy jest ona wyższa niż stawka wynikająca z aktualnego wynagrodzenia minimalnego).

Jednocześnie Izba nie ma podstaw, aby odbierać Zamawiającemu prawo do wyjaśnienia swoich wątpliwości, stąd ma on w pełni możliwość kontynuowania badania, czy cena oferty Prokomu nie jest rażąco niska pod ich kątem, co wymaga ich sprecyzowania w wezwaniu w taki sposób, aby Wykonawca mógł je rozwiać.

Na podstawie odpowiedzi na odwołanie i stanowiska Zamawiającego na rozprawie Izba ustaliła, że przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania rozważono negatywnie możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację tego zamówienia do kwoty wynikającej z oferty drugiego wykonawcy.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach unieważnieniu podlega również ta decyzja jako nieprawidłowa i przedwczesna, gdyż nie można przesądzić, czy ofertą najkorzystniejszą nie okaże się oferta Prokomu, a także, czy Zamawiający nie będzie mógł zwiększyć swojego budżetu na realizację tego zadania do kwoty tej oferty, co wymaga dodatkowego wyasygnowania kilkakrotnie mniejszej kwoty niż w przypadku oferty dotychczas rozważanej.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: