

**WYROK**

**z dnia 14 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2011 r. przez wykonawcę **Pawła Zawilskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ARCHEOGRAF” Paweł Zawilski, 91-527 Łódź, ul. Chromowa 19** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90-056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi dokonanie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Pawła Zawilskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ARCHEOGRAF” Paweł Zawilski;****
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90-056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9 i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pawła Zawilskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ARCHEOGRAF” Paweł Zawilski, 91-527 Łódź, ul. Chromowa 19** tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90-056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9 na rzecz **Pawła Zawilskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ARCHEOGRAF” Paweł Zawilski, 91-527****

**Łódź, ul. Chromowa 19** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi zwana dalej Zamawiającym prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie archeologicznych badań powierzchniowych i sondażowych poprzedzających ratownicze badania wykopaliskowe na stanowiskach archeologicznych zlokalizowanych na obszarze planowanej inwestycji pn. „Autostrada A1 Tuszyn-Pyrzowice odc. Tuszyn-granica woj. śląskiego” wraz z opracowaniem wyników badań.

W postępowaniu tym wykonawca Paweł Zawilski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ARCHEOGRAF” Paweł Zawilski zwany dalej Odwołującym wniósł w dniu 27 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, które nastąpiło wskutek błędnej interpretacji przez Zamawiającego niejednoznacznych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że odrzucenie złożonej przez niego oferty nastąpiło z naruszeniem prawa. Odwołujący podniósł, że wymóg podania jednakowych stawek jednostkowych w formularzu cenowym nie został określony przez Zamawiającego w sposób precyzyjny i czytelny dla wykonawców. Obowiązek wskazania w formularzu cenowym jednakowych stawek jednostkowych dla badań powierzchniowych i badań sondażowych nie został wskazany w pkt 10 specyfikacji, gdzie Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny. Zdaniem Odwołującego, postanowienie formularza cenowego o treści „jedna stawka dla poz. 1 i 2” jest nieprecyzyjne, a sformułowanie „jedna” (a nie np. jednakowa) stawka dla poz. 1 i 2” może być zrozumiane również w ten sposób, że w każdej pozycji formularza cenowego wykonawca można wpisać tylko jedną stawkę cenową (a nie np. dwie lub trzy). W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział poświęcony sposobowi obliczenia ceny ofertowej

i nie przewidział w nim tak istotnej kwestii, jaką jest obowiązek zastosowania jednakowej stawki dla obu rodzajów badań objętych zamówieniem, to nie można wymagać od wykonawców, aby tego rodzaju warunek wyinterpretowali sami na podstawie wieloznacznego postanowienia zamieszczonego w formularzu ofertowym, co więcej, postanowienia zamieszczonego w nawiasie, co sugeruje, zdaniem Odwołującego, że kwestia ta pozbawiona jest większego znaczenia. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej funkcjonuje ugruntowany pogląd, zgodnie z którym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji Zamawiającego przy konstruowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwłaszcza gdy taką konsekwencją jest pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający rozróżnił dwa rodzaje badań, które składają się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje zarówno tytuł nadany postępowaniu, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i treść samego formularza cenowego, w którym wykonawcy zobowiązani byli do wpisania cen (jednostkowych oraz łącznych) odrębnie dla badań powierzchniowych i sondażowych. Zdaniem Odwołującego, powyższe jest uzasadnione, bowiem badania powierzchniowe różnią się w istotny sposób od badań sondażowych zarówno pod względem metodologii, jak i kosztów ich wykonania. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie ze standardami obowiązującymi w archeologii, archeologiczne badania powierzchniowe to badania prowadzone wyłącznie na powierzchni gruntu, które nie są połączone z odkrywaniem warstw ziemi w celu poszukiwania zabytków. W praktyce polegają one na tym, że grupa badaczy wyposażona w szczegółowe mapy terenowe pieszo przemierza wyznaczony rejon badań. Badacze zazwyczaj poruszają się w tyralierze w odległości kilka metrów od siebie. W przypadku natrafienia na stanowisko archeologiczne, nanosi się jego położenie na mapę, a znalezione na powierzchni gruntu zabytki są po uprzednim oznaczeniu zabierane. Odwołujący dalej wskazywał, że badania sondażowe wiążą się z ograniczoną eksploracją stanowisk archeologicznych. Czynności te wymagają wytyczenia geodezyjnego stanowisk, ręcznego lub mechanicznego odhumusowania powierzchni, wykonania wykopów, zapewnienia odpowiedniego nadzoru archeologicznego i zinwentaryzowania dokumentacji oraz pozyskanych materiałów na zasadach opisanych szczegółowo w załączniku do rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych (Dz.U. Nr 165, poz. 987). Każde z tych badań wymaga zaangażowania innych sił i środków oraz poniesienia różnych nakładów, których wysokość uzależniona jest w znacznym stopniu od posiadanego przez wykonawcę potencjału kadrowego i sprzętowego, cen usług geodezyjnych, warunków

najmu sprzętu i in. Z tej przyczyny koszty badań powierzchniowych z reguły różnią się od kosztów badań sondażowych, czego najlepszym dowodem może być, w ocenie Odwołującego, fakt, iż z siedmiu wykonawców biorących udział w postępowaniu aż sześciu wskazało inne ceny jednostkowe za badania powierzchniowe i inne za badania sondażowe.

Dodatkowo, Odwołujący zauważył, że Zamawiający narzucił różne, nieporównywalne ze sobą jednostki miary dla potrzeb obliczenia ceny ofertowej. W przypadku badań sondażowych jako podstawę obliczenia ceny jednostkowej Zamawiający wskazał jednostkę powierzchni (1 ar), natomiast w przypadku badań powierzchniowych jednostkę długości (1 km). Odwołujący stwierdził, że z uwagi na okoliczność, iż badania powierzchniowe wykonywane są standardowo na szerokości 300 m wzdłuż planowanej osi jezdni, to badanie powierzchniowe 1 km obejmuje w istocie badanie terenu o powierzchni 3000 arów.

W opinii Odwołującego, wymóg podania takiej samej stawki za wykonanie 1 km badań powierzchniowych i 1 ara badań sondażowych jest również krzywdzący dla wykonawców, którzy byliby w takim przypadku zmuszani do sztucznego zaniżania cen jednostkowych badań wyłącznie w celu spełnienia spornego wymogu. Kwestia ta jest o tyle istotna, zdaniem Odwołującego, że zgodnie z treścią § 3 ust. 1 wzoru umowy, podana cena ofertowa miała charakter maksymalny, a wynagrodzenie wybranego wykonawcy ustalone zostanie ostatecznie na podstawie powierzchni faktycznie wykonanych badań i stawek jednostkowych podanych w formularzu cenowym. Odwołujący wskazał, że nawet w sytuacji, w której wykonawca podałby w formularzu cenowym średnie ceny jednostkowe pozwalające na osiągnięcie zysku w przypadku realizacji całości zamówienia, to w przypadku ograniczenia zakresu badań przez Zamawiającego realizacja zamówienia groziłaby stratą wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie może zmuszać wykonawców do kalkulowania cen nierealnych, nie mających oparcia w rachunku ekonomicznym.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, sporne wymaganie pozostaje w sprzeczności z postanowieniami pkt 10.2 i 10.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których Zamawiający zobowiązał wykonawców do uwzględniania w cenie wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Dodatkowo, Odwołujący stwierdził, że żaden przepis ustawy nie upoważnia Zamawiającego do narzucenia wykonawcom sposobu kalkulacji cen jednostkowych przyjętych do obliczenia ceny ofertowej. Kwestia kalkulacji stawek jednostkowych pozostaje bowiem w dyspozycji wykonawcy składającego ofertę.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 września 2011 r. pod nr 312548-2011.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 249 450 PLN, co stanowi równowartość 64 977,86 euro.

W pkt 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dokonał opisu sposobu obliczenia ceny oferty wskazując, że cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę na Formularzu Cenowym, którego wzór został zamieszczony w Rozdziale 2 specyfikacji (Formularz 2.1.), cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, ceny określone przez wykonawcę w Formularzu Cenowym nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia (dotyczy stawki za 1 ar), jak również, że wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do Formularza cenowego i nie może pominąć jakiegokolwiek pozycji zapisanej w Formularzu Cenowym (pkt 10.1.-10.3., 10.5, 10.6.).

Jedynym kryterium wyboru ofert stanowiła cena (pkt 14.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Zamawiający ustanowił wzór Formularza Cenowego (Formularz 2.1.) w ten sposób, że stwierdził w nim „oferujemy realizację całości zamówienia zgodnie z poniższymi cenami: (jedna stawka dla poz. 1 i 2)”, a następnie w tabeli ustanowił dwa wiersze, z których pierwszy dotyczył badań powierzchniowych wraz z opracowaniem wyników badań, drugi zaś badań sondażowych wraz z opracowaniem wyników badań. Zamawiający wymagał wpisania do tabeli następujących danych: stawki cenowej netto za 1 km w wierszu pierwszym i za 1 ar w wierszu drugim (kolumna druga), szacowanej ilości (kolumna trzecia), łącznej wartości netto (kolumna czwarta), stawki VAT (kolumna piąta) i łącznej wartości brutto (kolumna szósta).

Zamawiający ustanowił następującą treść §3 ust. 1 wzoru umowy: „Strony ustalają, że łączne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy nie przekroczy ...zł brutto (słownie:...) przy czym rozliczenie za wykonane prace nastąpi w oparciu o szczegółową kalkulację powynikową, przyjmując stawkę za 1 km badań powierzchniowych wraz z opracowaniem wyników badań: ... zł netto oraz za 1 ar za badania sondażowe, dołkowania i badania nieniszczące wraz z opracowaniem wyników badań: ... zł netto”.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło siedmiu wykonawców:

- ARCHEOGRAF Paweł Zawilski na kwotę 52 796,52 PLN,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN Przemysław Wierzbicki i Pracownia Archeologiczna DOMINAT Grzegorz Łaczek na kwotę 69 372 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MEANDER Sławomir Chwałek i Archeologiczna Pracownia IN SITU Radosław Czerniak na kwotę 74 913,89 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska Alina Jaszewska, Fundacja Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu i Archeologiczna Pracownia Badawcza THOR Piotr Marian Pachulski na kwotę 87 812,16 PLN,
- ARCHEO-DISCOVERS Stanisław Petrykowski na kwotę 104 837 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Firma Archeologiczna PSAMETYK Przemysław Szelest i Firma Archeologiczna ERCHEO-EXPLORERS Wiesław Koszul na kwotę 119 359,20 PLN,
- KANOPA Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska mgr Bartłomiej Gwóź na kwotę 152 106,72 PLN (pkt 9 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, DRUK ZP-PN).

Odwołujący w złożonej ofercie w Formularzu 2.1. zaoferował stawkę cenową netto dla pozycji pierwszej „Archeologiczne badania powierzchniowe wraz z opracowanie wyników badań” w wysokości 480 PLN za 1 km, oraz stawkę cenową netto dla pozycji drugiej „Wykonanie badań sondażowych” w wysokości 300 PLN za 1 ar (strona 3 oferty).

Pismem z dnia 17 października 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KANOPA Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska mgr Bartłomiej Gwóź oraz o odrzuceniu pozostałych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na podanie w Formularzu 2.1. różnych cen dla poz. 1 i 2.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

W ocenie Izby, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w spornym zakresie dotyczącym wymagania zaoferowania jednej stawki dla pozycji 1 i 2 Formularza 2.1. nie są jednoznaczne. Przede wszystkim, sporny wymóg nie został sformułowany w pkt 10 specyfikacji, gdzie Zamawiający określił sposób obliczenia ceny. Izba zgodziła się w jednak z Zamawiającym, który stwierdził, że specyfikację istotnych warunków zamówienia i załączniki do niej należy czytać jako całość, dlatego sam fakt braku spornego wymagania w pkt 10 specyfikacji nie może stanowić podstawy uwzględnienia zarzutu. Jednakże należy uznać, że wypełnienie wymagania wynikającego z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez opisanie wszystkich wymogów dotyczących sposobu obliczenia ceny w zasadniczej części specyfikacji stanowiłoby istotną wskazówkę dla wykonawców.

Izba stwierdziła ponadto, że sam Formularz 2.1 został sformułowany w sposób sprzeczny – z jednej strony Zamawiający wprowadził wymóg podania jednej stawki dla pozycji 1 i 2, z drugiej jednak strony przygotował tabelę w ww. Formularzu w taki sposób, że wymaga ona od wykonawców podania dwóch stawek, dla każdego rodzaju badań z osobna.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że użyte przez Zamawiającego określenie „jedna” nie prowadzi w prosty sposób do wniosku, że Zamawiający wymaga podania jednakowej stawki dla obu pozycji formularza. Określenie to można interpretować np. w ten sposób, że Zamawiający wymaga podania ilościowo jednej stawki dla każdej z pozycji. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który stwierdził, że taka interpretacja spornego postanowienia nie jest możliwa z uwagi na zastrzeżenie przez Zamawiającego w specyfikacji, iż wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, oraz że Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych (pkt. 9.1. i 9.3. specyfikacji), bowiem nieuprawnione jest nakładanie na wykonawców ciężaru interpretowania zamierzeń Zamawiającego na podstawie poszczególnych postanowień specyfikacji. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformułowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób nie budzący wątpliwości, jednoznaczny i czytelny.

Na niejednoznaczność treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w spornym zakresie wskazuje także treść §3 ust. 1 wzoru umowy, gdzie Zamawiający przewidział określenie dwóch osobnych stawek dla poszczególnych badań.

Brak precyzyjności spornego postanowienia potwierdza również okoliczność, że sześciu z siedmiu wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie nie odczytało postanowienia Formularza 2.1. w sposób, jakiego oczekiwał Zamawiający.

Konieczność dokonywania przez wykonawców wykładni postanowień specyfikacji, w przedmiotowym stanie faktycznym, brak jasnych wytycznych odnośnie sposobu określenia ceny, zgodnie z poglądem ugruntowanym w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji wobec wykonawców. Należy podkreślić, że obowiązkiem Zamawiającego jest zachowanie dbałości o przejrzystość i jednoznaczność postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak, aby wykonawca miał pewność co do zakresu zamówienia i sposobu przygotowania oferty.

Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba w swoich rozważaniach nie odniosła się do argumentacji Odwołującego dotyczącej bezzasadności wymagania wskazania jednakowej stawki dla pozycji 1 i 2 Formularza 2.1., ponieważ argumentacja taka mogłaby być brana pod uwagę na etapie ustalania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na obecnym etapie postępowania postanowienia specyfikacji mogą podlegać ocenie tylko pod kątem prawidłowości ich zastosowania przy badaniu i ocenie ofert.

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

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba, działając w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zasądziła także - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Odwołującego obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....