

**WYROK**

**z dnia 21 maja 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Klaudia Szczytowska-Maziarz Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „**Drogowa Trasa Średnicowa**” **S.A.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Mieszka I 10 (40-877 Katowice) oraz **INKO CONSULTING Sp. z o.o.** z siedzibą w Pszczynie przy ul. Dworcowej 18/6 (43-200 Pszczyna) w postępowaniu, w którym zamawiającym jest **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu z siedzibą przy ul. Powstańców Śląskich 186 (53-139 Wrocław)

przy udziale wykonawcy „**ECM Group Polska**” **S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Rondo ONZ 1 (00-124 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy „**ECM Group Polska**” **S.A.** z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę – **„ECM Group Polska” S.A.** z siedzibą w Warszawie i:

3.1. 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 udzielenie zamówienia: **„Drogowa Trasa Średnicowa” S.A.** z siedzibą w Katowicach oraz **INKO CONSULTING Sp. z o.o.** z siedzibą w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawcy – **„ECM Group Polska” S.A.** z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Drogowa Trasa Średnicowa” S.A.** z siedzibą w Katowicach oraz **INKO CONSULTING Sp. z o.o.** z siedzibą w Pszczynie kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

3.3. zasądza od wykonawcy – **„ECM Group Polska” S.A.** z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – **Skarbu Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

## Uzasadnienie

Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, w imieniu, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4) - Lubawka zadanie IV od węzła Kamienna Góra Północ (z węzłem) do granicy państwa, o długości ok. 15,3 km”,* (nr postępowania: O.WR.D-3.2410.225.2018), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2018 r., pod numerem 2018/S 235-537604.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. z siedzibą w Katowicach oraz INKO CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie zwani dalej: „odwołującym” w dniu 6 maja 2019 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty wykonawcy ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”) jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo iż oferta ta jest niezgodna z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
- zaniechaniu wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów (oświadczeń) potwierdzających, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten złożył ofertę, której pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ, w zakresie w jakim przewiduje ujęcie części kosztów zatrudnienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia Świadectwa Wykonania w Dziale 3 Formularza cenowego;

2) ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego, naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów (oświadczeń) potwierdzających, że wykonawca spełnia warunek udziału w

postępowaniu odnoszący się do dysponowania osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu;

3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty przystępującego jako niezgodnej z SIWZ, względnie wezwanie wykonawcy do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dodatkowych dokumentów (oświadczeń) potwierdzających, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do dysponowania osobą (Inżynier Kontraktu) zdolną do realizacji zamówienia.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę przedmiotowego odwołania, wskazana czynność zamawiającego zostanie unieważniona, a oferta przystępującego zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ, względnie wykonawca ten będzie wezwany do uzupełnienia dokumentów. W ocenie odwołującego w każdym z tych przypadków, po jego stronie zaistnieje możliwość uzyskania zamówienia – odwołujący wskazał, że złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, zgodną z SIWZ i która stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz zamawiającego - spośród ofert złożonych w tym postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu. Zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i wybór jako takiej oferty' innego wykonawcy, wbrew przepisom Pzp, narusza interes odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący wskazał, iż postanowienia zawarte w pkt 15.3 SIWZ – IDW oraz w uwagach do Formularza cenowego do działu 2 są jednoznaczne i nie wymagają jako takie dodatkowej wykładni - koszty zatrudnienia ekspertów i specjalistów koniecznych do realizacji zamówienia muszą być ujęte w Formularzu cenowy dział 2 poz. 2.1, 2.2. i odpowiednio 2.3.

Następnie odwołujący podniósł, że jednym z ekspertów wymaganych do realizacji zamówienia był specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji (pkt 2.1.2 OPZ), którego koszty zatrudnienia na etapie projektowania przystępujący, zgodnie z oświadczeniem złożonym w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 364/19, zamiast zgodnie z powyżej wskazanymi wytycznymi z SIWZ w dziale 2 Formularza ofertowego „Usługi nadzoru i zarządzania” ujął w dziale 3 Formularza cenowego „Działania promocyjne”. Przystępujący natomiast tłumaczył przy tym, że taki sposób przypisania kosztów do pozycji Formularza cenowego wynikał z faktu, że przystępujący zamierza

skorzystać z usług podwykonawcy, któremu powierzona zostanie realizacja „całości” Działań promocyjnych. Odwołujący zaznaczył przy tym, że nawet w sytuacji, gdy podwykonawca będzie realizował „całość” Działań promocyjnych, przystępujący będzie musiał wskazać konkretną osobę, która będzie pełniła funkcję specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji na etapie projektowania - osobę, która wejdzie w skład „Personelu Konsultanta”. Osobę, której całość kosztów zatrudnienia winna być ujęta w Dziale 2 Formularza cenowego. Odwołujący jedynie na marginesie powyższego wskazał, że wśród obowiązków Konsultanta w zakresie działań promocyjnych (pkt 2.5 „Obowiązki Konsultanta w zakresie działań promocyjnych” OPZ) wymienia się zadania, jakie wykonywać ma specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji (pkt 2.5.5. OPZ). Czym innym jest jednak zakres obowiązków takiego specjalisty opisany w pkt 2.5.5 OPZ (i koszty związane z realizacją tych zadań takie, jak np. koszty wizyt studyjnych, koszty spotkań organizowanych ze społecznością), a czym innym koszt zatrudnienia samego specjalisty (i koszty z tym związane). Uwaga, jaka została wprowadzona do Formularza cenowego do działu 3 „Działania promocyjne” o treści: *Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją Działań promocyjnych wynikających z Umowy i OPZ*, nie można więc rozumieć jako zgody na przeniesienie do tego Działu kosztów związanych z zatrudnieniem specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji, skoro w świetle zapisów OPZ obowiązek zatrudnienia tego specjalisty nie wynika z zapisów OPZ odnoszących się do Działań promocyjnych (bo w tym punkcie mowa jest wyłącznie o zadaniach takiej osoby na kontrakcie).

Odwołujący zaznaczył także, iż mimo zlecenia przez przystępującego podwykonawcy „całości” Działań promocyjnych, jak było to wielokrotnie podkreślane przez przystępującego, przystępujący przewidział na etap realizacji robót osobę, która będzie pełniła ww. stanowisko i ujął koszty jej zatrudniania w poz. 2.2. Formularza ofertowego. Jak wynika z powyższego, sam przystępujący, przynajmniej dla etapu realizacji robót, nie uznawał za zasadne przypisywania kosztów zatrudnienia specjalisty, o którym mowa, do kosztów Działu 3 Formularza ofertowego. Przeczy to tezie, że przystępujący, zgodnie z uwagą do Formularza cenowego, zakładał konieczność ujęcia kosztów wszystkich Działań promocyjnych, w tym zatrudnienia specjalisty, w poz. 3 Formularza ofertowego. Gdyby tak w istocie było, koszt własnego specjalisty na etap robót przystępujący ujął by również w Dziale 3 Formularza cenowego. Nawet więc, gdyby sięgnąć po inne metody wykładni zapisów SIWZ niż metody językowe, w tym oceniać zapisy SIWZ przez pryzmat zachowania adresatów tego oświadczenia zamawiającego - wykonawców biorących udział w postępowaniu, bezsporne pozostaje, że dla wszystkich wykonawców oczywistym pozostawało, iż koszty zatrudnienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji ująć należy w Dziale 2 Formularza cenowego i istniał w tym zakresie bezwzględny zakaz tzw. „przerzucania kosztów” między

poszczególnymi Działami Formularza ofertowego. Również sam przystępujący tak rozumiał zapisy SIWZ, przynajmniej gdy mowa o okresie realizacji robót.

Ponadto odwołujący podkreślił, że kwestia zgodności oferty przystępującego z wymogiem wynikającym z pkt 15.3 SIWZ - IDW (ocena, czy dopuszczalne było przez przystępującego „przerzucenie” kosztów specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji na czas projektowania do Działu 3 Formularza cenowego) nie była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. akt KIO 364/19. Zamawiający, odrzucając ofertę przystępującego dnia 19 lutego 2019r. nie wskazał, że przyczyną jej odrzucenia jest ujęcie kosztów zatrudnienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji w Dziale 3 Formularza cenowego i tym samym naruszenie pkt 15.3 SIWZ, bowiem w tamtym czasie zamawiający nie miał wiedzy, że koszt ów został tam ujęty. Zamawiający nie znajdując kosztu, o którym mowa, w Dziale 2 Formularza ofertowego, przyjął, że koszt ten nie został w ogóle przez przystępującego ujęty w cenie ofertowej i odrzucił ofertę przystępującego z uwagi na okoliczność, że *zaoferowana Cena nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia*. Tym samym odwołujący wskazał, że w orzeczeniu zapadłym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 364/19 Izba nie orzekła i formalnie orzec nie mogła (art. 192 ust. 7 Pzp). o tym, czy zgodnym z zapisami SIWZ było ujęcie kosztów zatrudnienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji w Dziale 3 Formularza cenowego. Pogląd, który Izba zdała się wyrazić na marginesie analizy zasygnalizowanych powyżej problemów: *„W ocenie składu orzekającego Izby przedstawiony przez Zamawiającego sposób wypełnienia Formularza Cenowego nie znajduje w pełni odzwierciedlenia w dokumentacji Postępowania”*, nie może być uznany za przesądający dla oceny, czy oferta przystępującego jest zgodna z pkt 15.3 SIWZ. Pogląd Izby co do tego, które zapisy SIWZ przemawiają za dopuszczeniem możliwości ujęcia kosztów zatrudnienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji na czas projektowania w Dziale 3 Formularza cenowego, a które możliwość taką wykluczają, nie jest ostatecznym rozstrzygnięciem co do zgodności działań przystępującego z zapisami SIWZ.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 1 Pzp, Izba wydaje dwa rodzaje orzeczeń: wyrok i postanowienie. Z kolei z przepisu § 34 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wynika, że orzeczenie zawiera wskazanie: rodzaju orzeczenia, miejsce i datę wydania, wskazanie składu orzekającego, protokolanta, stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, w przypadku wyroku rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego albo odwołujących lub rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego oraz pouczenie o możliwości wniesienia skargi. W świetle wskazanego

przepisu uzasadnienie nie jest elementem orzeczenia. Teza ta potwierdza przepis § 34 ust. 2 ww. rozporządzenia, który wprost traktuje orzeczenie (tu: wyrok) i uzasadnienie jako osobne dokumenty wymagające podpisu przez skład orzekający. Elementem orzeczenia, w tym przypadku wyroku, nie jest więc jego uzasadnienie, a co za tym idzie zamawiający nie był związany treścią uzasadnienia wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 364/19 w zakresie ustalenia, czy przystępujący dopuścił się niezgodnego z SIWZ tzw. przerzucenia kosztów. Okoliczność, że Izba przyjęła, iż przystępujący ujął w Cenie kosztów zatrudnienia wymaganego zapisami OPZ specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji, nie jest równoznaczna z oceną, że sposób (miejsce) ujęcia tych kosztów jest zgodny z pkt 15.3 SIWZ - IDW. Zamawiający, w ocenie odwołującego, identycznie rozumiał zakres, w jakim pozostaje związany wyrokiem Izby wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 364/19, skoro pismem z dnia 4 kwietnia 2019r. ponownie wezwał przystępującego do potwierdzenia, że kwoty dla pozycji określonych w Dziale 2 „Usługi nadzoru i zarządzania” Formularza Cenowego uwzględniają wszystkie wymagania stawiane wykonawcy w SIWZ (...), w tym w szczególności uwzględniają pracę m. in.: (...) Specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia Świadectwa Wykonania. Mimo uzyskania potwierdzenia od przystępującego, że koszty zatrudnienia ww. specjalisty na etap projektowania są ujęte w Dziale 3 Formularza Cenowego, zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp odwołujący podniósł, że z Wykazu osób złożonego przez przystępującego wynika, że okres zajmowania stanowiska Inżyniera Rezydenta na tym Kontrakcie (tj. kwiecień 2016 - grudzień 2018, czyli 2 lata i 9 miesięcy). Z przedstawionych informacji wynika, że osoba wskazana przez przystępującego na to stanowisko nie spełnia warunku posiadania minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku/stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych, określonego w pkt. 7.2.3 lit, b) ppkt 1 IDW (warunku drugiego z lit. A). Przystępujący nie wykazał także, by wskazana przez niego osoba spełniała alternatywny wymóg odnoszący się do posiadania 60 miesięcy doświadczenia zawodowego o określonych parametrach (warunek alternatywny z lit B). W tej sytuacji w ocenie odwołującego, wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej był przedwczesny, bowiem wykonawca ten powinien wpieryw zostać wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do wykazania, że spełnia wskazany na wstępie warunek udziału w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – „ECM Group Polska” S.A. z siedzibą w Warszawie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 20 maja 2019 r., zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie oraz sprostowania do tej odpowiedzi, w której:



- uwzględnił odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten złożył ofertę, która pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ, w zakresie w jakim przewiduje ujęcie części kosztów zatrudnienia specjalisty ds. kontraktów ze społecznością i promocji w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia Świadectwa Wykonania w Dziale 3 Formularza cenowego;

- wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów (oświadczeń) potwierdzających, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do dysponowania osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z wnioskiem o oddalenie odwołania zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w trakcie weryfikacji doświadczenia osoby wskazanej przez przystępującego do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, komisja przetargowa pozyskała informację dotyczące tej na innych Kontraktach. Z pozyskanego dokumentu wynika, iż ta osoba ma doświadczenie, o którym mowa w pkt. 7.2.3.b) ppkt. 1A) IDW.

Ponieważ zgodnie z pkt. 9.15 IDW „Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego Wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352).” Komisja przetargowa uznała, że nie ma potrzeby wzywania przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia Wykazu osób o dodatkowe doświadczenie wskazanej osoby. Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający załączył notatkę komisji przetargowej wraz z fragmentem Wykazu, który był w dyspozycji zamawiającego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 20 maja 2019 r. także przystępujący złożył oryginał swojego pisma procesowego, w którym w zakresie pierwszego z zarzutów, dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, wskazał przede wszystkim, iż podnoszone w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne zarzutu były rozpoznawane przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu o sygn. KIO 364/19. Izba rozpoznawała wówczas m.in. zarzut niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ ze względu na niezapewnienie w ofercie realizacji zamówienia na etapie

projektowania przy pomocy specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji. W toku rozprawy, wyjaśnieniu podlegała m.in. kwestia możliwości powoływania się w tym zakresie przez przystępującego na uwzględnienie kosztów zatrudnienia takiego specjalisty nie w poz. 2 Formularza cenowego, dla której sporządzono wstępny HPPK nie uwzględniający pracy tego specjalisty na etapie projektowania, ale w poz. 3 Formularza cenowego, gdzie określano wynagrodzenie za realizację Działań promocyjnych. Izba w ramach rozpoznawania tego zarzutu KIO dążyła m.in. do ustalenia czy istniał wymóg przypisania tych kosztów do określonej pozycji Formularza cenowego, co uniemożliwiłoby przystępującemu skuteczne powoływanie się na powyższe wyjaśnienie.

Zgodnie ze stwierdzeniem przystępującego ocena zgodności z SIWZ sposobu ujęcia kosztów w Formularzu cenowym miała istotne znaczenie dla rozstrzyganego przez Izbę odwołania i została przedstawiona w uzasadnieniu wydanego w sprawie KIO 364/19 wyroku. Treść wyroku w tym zakresie (str. 14-15 uzasadnienia), w rzeczywistości znacznie obszerniejsza niż jedno zdanie przytoczone w odwołaniu, w sposób jednoznaczny adresuje kwestię, która przesądza o bezzasadności zarzutu odwołującego.

W ocenie przystępującego nie budzi wątpliwości, iż ze względu na powiązanie ww. kwestii - podnoszonej obecnie jako podstawa zarzutu odwołania w obecnym postępowaniu - z podstawą odrzucenia ofert przystępującego badaną przez Izbę w sprawie KIO 364/19, przytoczony przez przystępującego fragment stanowi rozstrzygnięcie sprzecznych stanowisk w zakresie rzekomo wynikającego z SIWZ zakazu ujęcia kosztów zatrudnienia specjalisty ds. promocji poza działem 2 Formularza cenowego. Izba, biorąc pod uwagę argumenty stron, uznała, iż zakaz taki, nawet jeśli zamawiający miał zamiar go wprowadzić, nie został wystarczająco wyrażony w treści SIWZ, a tym samym, nie może stanowić podstawy dla negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który był uprawniony do przypisania kosztów zatrudnienia specjalisty ds. promocji do działu 3 Formularza cenowego. Wobec tego, obecnemu odwołującemu, a uczestnikowi postępowania w sprawie KIO 364/19 przysługiwał w tym zakresie środek odwoławczy w postaci skargi do sądu okręgowego na niekorzystny dla niego wyrok w sprawie KIO 364/19, skoro w jego ocenie został wydany w oparciu o nieprawidłowe ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej co do możliwości ujęcia kosztów w sposób podnoszony na rozprawie. Izba nie uwzględniłaby odwołania wykonawcy i przedstawianych przez niego wyjaśnień, gdyby były one niezgodne z treścią SIWZ, niezależnie od podstaw odrzucenia oferty. Innymi słowy, przystępujący nie mógłby skutecznie powoływać się na argumenty, które prowadziłyby to sprzeczności jego oferty z wymaganiami SIWZ, stąd też konieczne było rozważenie i ustalenie tej kwestii przez skład orzekający KIO przy rozpatrywaniu odwołania przystępującego na czynność odrzucenia jego oferty. Wbrew twierdzeniom odwołania, mamy zatem do czynienia z res iudicata, gdyż skład

orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dokonał rozpoznania sprawy w powyższym zakresie i wyraził swoją ocenę (przekładającą się na rozstrzygnięcie merytoryczne odwołania), co do okoliczności faktycznych i interpretacji postanowień SIWZ w dokładnie takim samym zakresie, jaki stanowi obecnie istotę zarzutu odwołującego. Nie ma przy tym znaczenia, iż szczegółowe ustalenia Izby nie zostały wyrażone w sentencji wyroku, tylko w uzasadnieniu, które pozostaje przecież częścią orzeczenia, zawierającą przedstawienie stanowiska zajmowanego przez Krajową Izbę Odwoławczą, które skutkowało, w tym akurat przypadku - uwzględnieniem odwołania w sprawie KIO 364/19. Wobec powyższego, przedmiotowy zarzut powinien zostać pozostawiony bez rozpoznania (wobec braku możliwości odrzucenia odwołania ze względu na drugi z podniesionych zarzutów) w związku z art. 185 ust. 6 Pzp, a odwołujący prowadzi w istocie polemikę z wyrokiem Izby w sprawie KIO 364/19. Przeciwna interpretacja, taka jaką przedstawia odwołujący, prowadzi do sytuacji, w której dwa składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej dokonywałyby rozpoznania stanu faktycznego w dokładnie takim samym zakresie, tj. oceny zgodności możliwości ujęcia przez ECM kosztów zatrudnienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji w Dziale 3 Formularza cenowego wobec treści SIWZ obowiązującej w tym samym postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, przystępujący wskazał, iż w świetle treści SIWZ, jak również biorąc pod uwagę przyjęty przez niego sposób realizacji i wyceny zamówienia (nie sprzeciwiający się żadnym z wymagań zamawiającego), był uprawniony do uwzględnienia kosztów zatrudnienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji w taki sposób, jak zadeklarowany w toku postępowania w sprawie KIO 364/19 (tj. poprzez uwzględnienie tych kosztów w Dziale 3 Formularza cenowego). W OPZ wymagania dotyczące Specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji opisano w pkt 2.5.5 OPZ, umieszczonym w ramach pkt 2.5 Obowiązki Konsultanta w zakresie działań promocyjnych. W punkcie tym wskazano, iż: „Do zadań takiej osoby należy oprócz działań wymienionych w punktach 3.1 do 3.8 (Formularza cenowego), prowadzenie dodatkowych działań informacyjno-promocyjnych”. Natomiast w uwagach zamawiającego zawartych bezpośrednio pod Formularzem Cenowym wskazano w odniesieniu do Działu 3 Działania promocyjne: „Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją Działania promocyjnych wynikających z Umowy i OPZ”.

W ocenie przystępującego, powyższe postanowienia uprawniały go do przyjęcia, iż koszty związane z zapewnieniem udziału w realizacji zamówienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji mogły zostać uwzględnione również w Dziale 3 Formularza. Z pewnością natomiast, brzmienie tych postanowień nie pozwala na uwzględnienie stanowiska odwołującego zgodnie, z którym uwzględnienie kosztów tego specjalisty w Dziale 2 było jednoznacznie i bezwzględnie nakazane. Występująca, i wskazywana również w orzeczeniu

w sprawie KIO 364/19, niejednoznaczność całokształtu postanowień SIWZ co do tego, gdzie należało uwzględnić koszty związane z zatrudnieniem specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji, jest wystarczająca dla oceny, iż wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji z tego wynikających, w szczególności w postaci odrzucenia jego oferty ze względu na niezgodność z SIWZ.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów wykazujących doświadczenie osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, przystępujący wskazał, iż wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sposób zgodny z SIWZ i przepisami ustawy. Zamawiający prawidłowo uznał warunek za spełniony, dysponując informacjami przedstawionymi przez niego w złożonych dokumentach w tym postępowaniu oraz uzyskanych z innych źródeł, a znajdujących się w dyspozycji zamawiającego.

W związku z wyżej przedstawioną argumentacją, przystępujący podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten złożył ofertę, która pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ, w zakresie w jakim przewiduje ujęcie części kosztów zatrudnienia specjalisty ds. kontraktów ze społecznością i promocji w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia Świadectwa Wykonania w Dziale 3 Formularza cenowego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.**

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

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę „ECM Group Polska” S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 13 maja 2019 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
  - Tomu I SIWZ pn. Instrukcje dla wykonawców (zwanego dalej: „IDW”);
  - Tomu II SIWZ pn. Opis przedmiotu zamówienia (zwanego dalej: „OPZ”);
  - Tomu IV SIWZ pn. Formularz cenowy;
  - formularza cenowego złożonego przez przystępującego;
  - pisma zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2019 r. o sygn. akt O.WR.D-3.2410.225.2018.29.md stanowiącego wezwanie skierowane do przystępującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
  - pisma przystępującego z dnia 10 kwietnia 2019 r. stanowiącego odpowiedź na ww. pismo zamawiającego;
- 2) dokumentów dotyczących postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt KIO 364/19, obejmujących odwołanie wniesione przez „ECM Group Polska” S.A. w dniu 1 marca 2019 r. oraz pisemne stanowisko przystępującego w tamtej sprawie, a odwołującego w przedmiotowej sprawie z dnia 13 marca 2019 r wraz z załącznikami;
- 3) złożonych przez odwołującego na rozprawie:
  - dowodu nr 1 w postaci wyciągu dokumentów dotyczących postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Szczecinie;
  - dowodu nr 2 w postaci wyciągu z dokumentacji dotyczących dwóch postępowań przetargowych prowadzonych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu.

Izba ustaliła co następuje.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp:

- zgodnie z pkt 15.3 IDW:

*Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.*

*Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i w cenach ryczałtowych (dział 2 poz. 2.1., 2.2. i 2.3.) uwzględni odpowiednią ilość wszystkich ekspertów i specjalistów tak, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.;*

- w uwagach do działu 2 Formularza cenowego pn. *Usługi nadzoru i zarządzanie* zamawiający wskazał:

*1. Każda pozycja musi obejmować całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia wszystkich Ekspertów, niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ na danym etapie.*

2. Wykonawca musi wycenić koszt pełnienia Usługi na poszczególnych etapach uwzględniając koszt zapewnienia wszelkich osób przewidzianych zarówno na konkretne stanowisko Ekspertów, jak i innego personelu Konsultanta.

- w uwagach do działu 3 Formularza cenowego pn. *Działania promocyjne* zamawiający wskazał:

*Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją działań promocyjnych wynikających z Umowy i OPZ.;*

- w pkt 2.5 pn. *Obowiązki Konsultanta w zakresie działań promocyjnych* OPZ w ppkt 2.2.5. zostały wymienione zadania jakie ma wykonywać specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji (str. 18 i 19 OPZ);

- pismem z dnia 19 lutego 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty przystępującego w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp;

- przystępujący odwołał się od ww. czynności i w dniu 1 marca 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Izba uwzględniła odwołanie i wyrokiem z dnia 18 marca 2019 r. nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty obecnego przystępującego. Zamawiający zastosował się do nakazu Izby w dniu 3 kwietnia 2019 r.;

- zamawiający pismem z dnia 4 kwietnia 2019 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp m. in. w zakresie specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji;

- pismem z dnia 10 kwietnia 2019 r. przystępujący odpowiedział na ww. pismo;

- w dniu 26 kwietnia 2019 r. zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W zakresie zarzutu ewentualnego tj. naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp:

- w pkt 7.2.3 lit. b) IDW, w brzmieniu uwzględniającym zmianę z 17 grudnia 2018 r., zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia:

*Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby stanowiące Personel kluczowy, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:*

**1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Inżynier Kontraktu:**

wymagana liczba osób: 1

Doświadczenie zawodowe:

A)

1) Minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu

*Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:*

*Inżyniera Kontraktu*

*lub*

*Dyrektora Kontraktu*

*lub*

*Inżyniera Rezydenta*

*2) Minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku/stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane w ramach inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją).*

*albo*

*B)*

*Minimum 60 miesięcy przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:*

*Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora*

*lub*

*Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji*

*lub*

*Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji,*

*lub*

*Kierownika Projektu.*

*- w pkt 9.15 IDW zamawiający wskazał:*

*Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego Wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352).*

*Treść przepisów:*

*- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*

*- art. 26 ust. 3 Pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania,*

*oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania;*

*- art. 7 Pzp - 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. 1a. Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw -stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej. 2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp na wstępie należy wskazać, że w ocenie składu orzekającego nie znalazł uznania wniosek przystępującego o pozostawieniu go bez rozpoznania (wobec braku możliwości odrzucenia odwołania ze względu na drugi z podniesionych zarzutów) w związku z art. 185 ust. 6 Pzp lub odrzucenia odwołania w tej części. Zgodnie z ww. przepisem: *Odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3.* Natomiast zamawiający, w ocenie Izby, odrzucając ofertę przystępującego dnia 19 lutego 2019r. nie wskazał, że przyczyną jej odrzucenia jest ujęcie kosztów zatrudnienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji w Dziale 3 Formularza cenowego i tym samym naruszenie pkt 15.3 SIWZ, bowiem wówczas zamawiający nie miał wiedzy, że koszt ów został tam ujęty. Zamawiający, nie znajdując kosztu, o którym mowa, w Dziale 2 Formularza ofertowego, przyjął, że koszt ten nie został w ogóle przez przystępującego ujęty w cenie ofertowej i odrzucił ofertę przystępującego z



uwagi na okoliczność uznania, iż *treść oferty Wykonawcy (na obecnym etapie przystępującego – wyjaśnienie Izby) nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym zaoferowana Cena nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia*. I to do tej okoliczności zadaniem składu orzekającego odnosiło się odwołanie wniesione przez „ECM Group Polska” S.A. w dniu 1 marca 2019 r. Przystępujący w pkt. I.1. wcześniejszego odwołania sam wymieniając podstawy faktyczne, na których oparł się zamawiający odrzucając jego ofertę wskazał, że *przedłożony w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22.01.2019 r. przykładowy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) dla okresu projektowania nie uwzględnia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji, o którym mowa w pkt 2.5.5. OPZ (Tom III SIWZ), co w ocenie Zamawiającego świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ*. Podobnie w pkt II.2. odwołania z dnia 1 marca 2019 r. przystępujący wyjaśnia (...) *W szczególności, w zakresie badania zgodności oferty z treścią SIWZ oraz rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien przed odrzuceniem oferty, upewnić się, że faktycznie dany element nie został przez Wykonawcę uwzględniony w treści oferty i zaoferowanej cenie (...)*. W związku z tym do tej okoliczności w ocenie Izby referowało odwołanie z dnia 1 marca 2019 r., tj. w zakresie okoliczności faktycznych dotyczących specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji, uszczegółowione w pkt III uzasadnienia, stanowiąc argumentację na poparcie w tamtej sprawie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec nieuwzględnienia kosztów takiego specjalisty w ofercie przystępującego w ogóle.

W takim zakresie orzekła Izba w wyroku z 18 marca 2019 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 364/19. Stanowisko to potwierdza część wstępna rozważań Izby w zakresie ww. kwestii podana na stronie 13 uzasadnienia (oznaczona podkreśleniem). Uzasadnienie dla tego stanowiska Izba rozpoczyna wstępem: *Okoliczność nieuwzględnienia specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji dla okresu projektowania oraz okoliczność nieuwzględnienia pracy weryfikatorów dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót – odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp*. Natomiast następujące po tym rozważania Izby, na które powołuje się przystępujący w swoim piśmie procesowym (zawarte na stronach 14-15 uzasadnienia), w ocenie składu orzekającego nie mogą być wiążące w przedmiotowej sprawie. Konstatacje te zostały poczynione na okoliczność rozpoznania postawionego zarzutu w brzmieniu wskazanym powyżej i wystarczyły dla jego rozstrzygnięcia, tj. uznania, że cena podana w ofercie przystępującego zawierała wszystkie niezbędne elementy. Natomiast zarzut postawiony w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym wynikał niejako przy okazji sprawy o sygn. akt: KIO 364/19 i nie ma tu znaczenia podnoszona przez przystępującego okoliczność, iż odwołujący w przedmiotowej sprawie odnosił się do tych kwestii jako przystępujący w sprawie o sygn.

akt: KIO 364/19 m. in. w swoim piśmie procesowym z dnia 13 marca 2019 r. (w pkt od 32 do 43) gdyż Izba rozpoznawała ową sprawę, mając na uwadze zarzuty wskazane w ówczesnym odwołaniu. Innego wniosku nie można wywieść, ponieważ przesądza o tym treść art. 192 ust. 7 Pzp, który stanowi, że *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

Uzupełniająco warto mieć także na uwadze treść art. 196 ust. 4 Pzp, który wskazuje jakie elementy powinno zawierać uzasadnienie wyroku (*Uzasadnienie wyroku zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa*). W treści tego przepisu próżno szukać wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Tym samym rozważania Izby poczynione w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 364/19 nie mogły stanowić rozstrzygnięcia mającego charakter powagi rzeczy osądzonej i przez to nie było przeszkód do merytorycznego rozpatrzenia zarzutu w przedmiotowej sprawie.

Przechodząc do merytorycznej części uzasadnienia dla ww. zarzutu Izba uznała, że w przedmiotowym zakresie należy w pełni przyjąć argumentację odwołującego. W ocenie składu orzekającego postanowienia zawarte w pkt 15.3 IDW oraz w uwagach do Formularza cenowego do działu 2 są jednoznaczne oraz komplementarne przez co nie wymagają jako takie dodatkowej wykładni. Koszty zatrudnienia ekspertów i specjalistów koniecznych do realizacji zamówienia muszą być ujęte w Formularzu cenowym dział 2 poz. 2.1, 2.2. lub 2.3. Jednym z ekspertów wymaganych do realizacji zamówienia był specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji (pkt 2.1.2 OPZ), którego koszty zatrudnienia przystępujący, zamiast zgodnie z powyżej wskazanymi wytycznymi z SIWZ w dziale 2 Formularza ofertowego *Usługi nadzoru i zarządzania* ujął w dziale 3 Formularza cenowego *Działania promocyjne*. Okoliczność taką potwierdził po raz kolejny sam przystępujący w swoim piśmie procesowym (rozdział IV str. 4).

Na przedmiotową kwestię nie wpływa także korzystanie przez przystępującego z usług podwykonawcy, ponieważ nawet w sytuacji, gdy podwykonawca będzie realizował „całość” *Działań promocyjnych*, przystępujący będzie musiał wskazać konkretną osobę, która będzie pełniła funkcję specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji, tj. osobę, która wejdzie w skład „Personelu Konsultanta”. Osobę, której całość kosztów zatrudnienia winna być ujęta w Dziale 2 Formularza cenowego.

Ww. stanowisko nie sprzeciwia się także postanowieniom OPZ. Wśród obowiązków konsultanta w zakresie działań promocyjnych (pkt 2.5 „Obowiązki Konsultanta w zakresie

działań promocyjnych”) wymienione zostały zadania, jakie wykonywać ma specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji (pkt 2.5.5. OPZ). Izba uznała, że czym innym jest zakres obowiązków takiego specjalisty opisany w pkt 2.5.5 OPZ (i koszty związane z realizacją tych zadań), a czym innym koszt zatrudnienia samego specjalisty. Przez co uwagę, podaną dla działu 3 Formularza cenowego, nie można rozumieć jako zgody na przeniesienie do tego Działu kosztów związanych z zatrudnieniem specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji, skoro w świetle postanowień OPZ obowiązek zatrudnienia tego specjalisty nie wynika z postanowień OPZ odnoszących się do Działów promocyjnych (bo w tym punkcie mowa jest wyłącznie o zadaniach takiej osoby na kontrakcie).

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Izba uznała, że przedmiotowy zarzut miał charakter ewentualny zatem w związku z uwzględnieniem zarzutu „głównego” orzekanie w jego zakresie nie ma już żadnego wpływu na wynik postępowania. W związku z tym, że ww. zarzut został podniesiony jedynie jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

Na marginesie Izba wskazuje, że odwołujący w żaden sposób nie odniósł się merytorycznie do stanowiska zamawiającego i złożonego przez niego dokumentu potwierdzającego spełnienie przez przystępującego postawionego warunku, poprzestając wyłącznie na aspekcie proceduralnym wskazując, że dopiero po złożonym przez niego odwołaniu zamawiający zaczął badać przedmiotową kwestię.

Natomiast jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp to wskazać należy, iż odwołujący w żaden sposób nie dokonał odniesienia wskazanej normy prawnej do konkretnych okoliczności faktycznych, a jedynie podał hasłowe stwierdzenie, że przygotowanie i prowadzenie postępowania miało miejsce w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Podkreślić należy, że wykonawca wnosząc odwołanie ma obowiązek precyzyjnego wyrażenia swoich zastrzeżeń wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, co oznacza konieczność określenia nie tylko podstawy prawnej zarzutu i żądania, ale również podstawy faktycznej – na tyle precyzyjnie, aby umożliwić stronie przeciwnej odniesienie się do tych zarzutów, a Izbie – ocenę ich zasadności. Precyzyjne zakreślenie podstawy faktycznej zarzutu powinno nastąpić już w treści odwołania. Natomiast odwołujący zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie, nie odniósł się w żaden sposób do przedmiotowego zarzutu, co należy uznać za niedopuszczalne. Izba nie może bowiem – zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp – orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przez co należy rozumieć

również zarzuty blankietowe, przedstawione jedynie w sposób niedoprecyzowany. W konsekwencji Izba uznała, że niniejszy zarzut należy oddalić.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp., ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od przystępującego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego przez odwołującego na rozprawie, a także od przystępującego na rzecz zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego przez zamawiającego na rozprawie.

Ponadto mimo tego, iż jeden z zarzutów postawionych w odwołaniu został oddalony, Izba nie znalazła uzasadnienia dla częściowego rozdzielenia kosztów pomiędzy strony, gdyż w ocenie Izby odwołanie w istotnym i kluczowym dla odwołującego zakresie dotyczącym odrzucenia oferty przystępującego zostało uwzględnione i tym samym główny cel wniesienia odwołania został przez odwołującego osiągnięty. Natomiast zarzut oddalony miał w ocenie Izby charakter blankietowy, a strony nie prowadziły co do niego merytorycznej polemiki zarówno w swoich pismach procesowych jak i na rozprawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....