

**Sygn. akt: KIO/UZP 360/10**

**KIO/UZP 385/10**

**WYROK**

**z dnia 6 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Emil Kawa  
Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 marca 2010 roku** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2010 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. "Project Management Intertecno" Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36 (sygn. akt. KIO/UZP 360/10)**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Savant Polska Sp. z o.o., AECOM Cz s.r.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44 (sygn. akt KIO/UZP 385/10)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Stałe Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli, 11-50 Bruksela, avenue de Tervuren 282 - 284, Belgia** protestów:

**A. "Project Management Intertecno" Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36 z dnia 12 lutego 2010 r.,**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Savant Polska Sp. z o.o., AECOM Cz s.r.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44 z dnia 19 lutego 2010 r.;**

**orzeka:**

**1. A. uwzględnia odwołanie „Project Management Intertecno” Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36 i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty „Project Management Intertecno” Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36 i czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie badania i oceny oferty „Project Management Intertecno” Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36;**

**B. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Savant Polska Sp. z o.o., AECOM Cz s.r.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44;**

**2. Kosztami postępowania obciąża:**

**A. Stałe Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli, 11-50 Bruksela, avenue de Tervuren 282 - 284, Belgia;**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Savant Polska Sp. z o.o., AECOM Cz s.r.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **"Project Management Intertecno" Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36;**
  - B** koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Savant Polska Sp. z o.o., AECOM Cz s.r.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4422 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia dwa złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) przez **Stale Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli, 11-50 Bruksela, avenue de Tervuren 282 - 284, Belgia** na rzecz **"Project Management Intertecno" Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania;
  - B** kwoty 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Savant Polska Sp. z o.o., AECOM Cz s.r.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44** na rzecz **Stale Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli, 11-50 Bruksela, avenue de Tervuren 282 - 284, Belgia** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 25 556 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **"Project Management Intertecno" Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36;**
  - B** kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Savant Polska Sp. z o.o., AECOM Cz s.r.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44.**

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający- Stale Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej również: „ustawą”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie

usług zarządzania, realizacją inwestycji polegającą na przebudowie, modernizacji i wyposażeniu budynku znajdującego się przy Rue Stevin 139 w 1000 Brukseli".

Pismem z 9 lutego 2010 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferty złożonej przez Project Menagement Intertecno Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Savant Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz AECOM Cz s. r. o. z siedzibą w Pradze (Czechy), zwanych dalej: „Konsorcjum ECM” oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Wymienieni wykonawcy wobec dokonanych czynności wnieśli odwołania poprzedzone protestami.

#### **Sygn. akt KIO/UZP 360/10:**

Odwołujący się Project Menagement Intertecno Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów oraz zasad ustawy przez:

- 1) zaniechanie wyboru oferty odwołującego się, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w tym zasad udzielania zamówień publicznych - uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości,
- 2) bezpodstawne wykluczenie z udziału w postępowaniu odwołującego się w związku z bezzasadnym uznaniem, iż zachodzi niezgodność treści oferty odwołującego się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz”, co skutkowało uznaniem jego oferty za podlegającą odrzuceniu zgodnie z dyspozycją art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy,
- 3) wykroczenie przez zamawiającego poza kryteria oceny ofert określone w siwz, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy.,
- 4) bezpodstawne żądanie od odwołującego się złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty, co narusza art. 87 ust. 1 ustawy,
- 5) bezpodstawne unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, w sytuacji, kiedy nie zachodzą przesłanki do unieważnienia określone w tym przepisie

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegających na: odrzuceniu oferty odwołującego się i unieważnienia postępowania,
- 2) przywrócenia odwołującego się do udziału w postępowaniu,

- 3) dokonania ponownej czynności badania ważnych ofert i ich oceny,
- 4) powtórzenia czynności polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego się i z pominięciem ofert odrzuconych.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 12 lutego 2010 r., odwołanie 1 marca 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy.

### **Sygn. akt KIO/UZP 385/10:**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy - tj. obowiązek równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 93 ust 1, pkt. 1 ustawy - przez unieważnienie postępowania przy niesłusznym uznaniu, że oferta odwołującego się podlega odrzuceniu,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy - przez odrzucenie oferty odwołującego się na skutek niesłusznego uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - przez niesłuszne uznanie, że treść oferty odwołującego się nie odpowiada treści siwz.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum ECM; Group Polska Sp. z o. o.;
- 3) dokonanie czynności ponownej oceny ofert z udziałem oferty Konsorcjum ECM;
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty konsorcjum reprezentowanego przez Konsorcjum ECM jako najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 19 lutego 2010 r., odwołanie 11 marca 2010 r. wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy.

Zamawiający oddalił protesty, odpowiednio wniesiony przez Project Management Intertecno Sp. z o. o. - 19 lutego 2010 r., wniesiony przez Konsorcjum ECM – 1 marca 2010 r. Brak jednoczesności rozstrzygnięcia protestów naruszył art. 183 ust. 1 ustawy, co jednak pozostało bez wpływu na zachowanie przesłanek formalnych wniesienia odwołania.

Zamawiający stwierdził, że Project Menagement Intertecno Sp. z o. o. złożył opis procedur i metodyki działań powielający postanowienia siwz, w związku z czym sporządził ofertę sprzecznie z wymaganiami zamawiającego. Natomiast w toku badania złożonych ofert ustalił, że Konsorcjum ECM nie zaoferowało i nie wyceniło wszystkich czynności wymaganych przez zamawiającego w Części II siwz a nadto zaoferowało cenę rażąco niską – nie gwarantującą wykonania wszystkich czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła na posiedzeniu, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołań wskazane w art. 187 ust. 4 ustawy i rozpoznała oba odwołania na rozprawie.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2 grudnia 2009, pod numerem 2009/S 232-332468.

Zamawiający w pkt 10.5.1 siwz wymagał, aby oferta zawierała opis metodyki i procedur działań wykonawcy. W części II siwz – Opis przedmiotu zamówienia - zamawiający ustalił katalog czynności do których wykonawca jest zobowiązany w ramach realizacji zamówienia pkt 4.2.2 ppkt 5 części II siwz, zgodnie z którą na etapie składania ofert wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wstępnego opisu procedur działania i metodyki, a obowiązek przedstawienia opisu szczegółowego aktualizuje się dopiero w 10 dni po podpisaniu umowy.

Zamawiający w pkt 12.1 siwz ustalił ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Wartość zamówienia zamawiający ustalił uwzględniając realia rynku polskiego i belgijskiego na kwotę 2.054.863 zł, czyli równowartość 530.000 euro mając na względzie krótki czas realizacji zamówienia, poziom jego skomplikowania oraz oczekiwany wysoki standard wykonania usług. Kwota ta stanowi jednocześnie kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z pkt 12.3 siwz zamawiający, w związku z posiadaną atestacją będzie dokonywał płatności w cenach netto.

Odwołujący się złożyli oferty z cenami:

1. Project Menagement Intertecno Sp. z o. o. - 447.500 euro netto, 545.950 euro brutto;
2. Konsorcjum ECM – 295.750 euro netto, 360.815 euro brutto.

Project Menagement Intertecno Sp. z o. o. w ofercie złożył wstępny opis procedur działania i metodyki powielający postanowienia części II siwz.

Wstępny opis procedur działania i metodyki dokonany przez Konsorcjum ECM oprócz przywołania postanowień części II siwz zawierał dodatkowe informacje przygotowane przez wykonawcę.

Dokonując badania ofert zamawiający dwukrotnie występował do odwołujących się o wyjaśnienia:

1. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy 19 stycznia 2010r.;
2. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy 29 stycznia 2010r.

W obu przypadkach zamawiający wymagał wskazania elementów kosztotwórczych poszczególnych składników ceny, w przypadku pkt 2 wymagał wskazania określonych elementów zwartych w części II siwz.

Wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia w wyznaczonych terminach.

Konsorcjum ECM w piśmie z 19 stycznia 2010 r., jako czynniki mające wpływ na wysokość ceny wskazało posiadane doświadczenie, dobrze zorganizowaną siatkę biur oraz zaplecza techniczno organizacyjnego oraz zaawansowanych narzędzi informatycznych – uznając je za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Podniosło również wdrożony system zarządzania zasobami ludzkimi, wkalkulowanie zysku oraz brak wiedzy zamawiającego odnośnie wewnętrznych uwarunkowań działalności wykonawcy. Konsorcjum ECM, jako wartość całkowitą wskazało kwotę 360.815 euro.

Po udzielonych wyjaśnieniach zamawiający powołał Pana mgr inż. Bogdana Kozera jako biegłego w postępowaniu, który w opinii z lutego 2010 r. wyraził pogląd, że oferty tak Konsorcjum ECM, jak i Project Menagement Intetecno Sp. z o. o. są niedoszacowane (jednak w różnych co do ilości i znaczenia obszarach) ponadto cena oferty Konsorcjum ECM z uwagi na poziom wynagrodzenia personelu kluczowego jest zaniżona.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie oryginałów przywołanych pism okazanych na rozprawie oraz znajdujących się w kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

Izba nie uwzględniła przy wydaniu orzeczenia złożonego przez Konsorcjum ECM zestawienia. Po pierwsze: sposób prezentacji danych (brak wskazania, czy kwota ujawniona po stronie zamawiającego stanowi wartość przedmiotu zamówienia netto, czy też kwotę podaną przed otwarciem ofert oraz brak wskazania we wszystkich punktach cen netto i brutto ofert) uniemożliwia jego ocenę. Po drugie: brak jest związku z okolicznościami sporu (specyficznym zamówieniem realizowanym na terenie państwa obcego). Po trzecie: wbrew stanowisku odwołującego się zestawienie nie dowodzi generalnego dużego spadku cen oferowanych usług, lecz wskazuje na ich zróżnicowany poziom w różnych zamówieniach, w tym też tego, że poziom cen oferowanych przez stałych uczestników rynku różni się w poszczególnych postępowaniach. Izba nie uwzględniła również powołanego przez zamawiającego wyjaśnienia Konsorcjum ECM złożonego w innym postępowaniu, uznając je za nierelevantne dla okoliczności sporu.

Opinię biegłego powołanego przez zamawiającego Izba uznała za oświadczenie strony – nie stanowi ona dowodu z opinii biegłego w rozumieniu art. 188 ust. 3 ustawy.

Z uwagi na związanie Izby granicami zarzutów protestu, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy, Izba nie odniosła się do podnoszonych w odwołaniu Project Management Intetecno Sp. z o. o. zarzutów naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy. Wskazać należy, że jeśli odwołujący się uważał, że czynność wezwania dokonana przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy grozi uszczerbkiem w jego interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, winien wobec tej czynności w terminie ustawowym wnieść protest, obecnie nie jest możliwe jej kwestionowanie. Na marginesie podnieść jednak można, że ocena taka prawdopodobnie nie miała miejsca po stronie odwołującego się, który oczekiwane wyjaśnienia złożył a obecnie wnosi środki ochrony prawnej *de facto* nie wobec tej czynności, lecz wobec wywiedzionych z niej przez zamawiającego skutku w postaci odrzucenia oferty Project Management Intetecno Sp. z o. o.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba rozpoznała odwołania w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

#### **Sygn. akt KIO/UZP 360/10 odwołanie wniesione przez Project Management Intetecno Sp. z o. o.:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Potwierdzenie zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty spowoduje unicestwienie przesłanki unieważnienia postępowania wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy, odwołujący się będzie zatem miał możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Treść oferty odwołującego się odpowiada treści siwz. Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego się - sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść siwz to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego.



Odpowiednio treść oferty stanowi jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania na rzecz zamawiającego oznaczonego świadczenia, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do oferowanego zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści siwz.

Porównanie oferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, może dotyczyć w szczególności, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji umowy i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Dla oceny spełnienia przez treść oferty wymagań zamawiającego przesądzające znaczenie ma wyrażenie ich w sposób dostatecznie wyraźny w siwz.

Braki zarzucane ofercie odwołującego się nie znajdują podstawy w ustalonych w treści siwz wymaganiach zamawiającego.

Powstałe po stronie zamawiającego wątpliwości dotyczące sposobu realizacji poszczególnych czynności objętych Częścią II siwz wykraczają poza zakres wymagań dotyczących prezentacji opisu metodologii postępowania w treści oferty.

Zamawiający nie określił, że oczekuje od wykonawców wskazania szczegółowego opisu metodologii postępowania, ani też nie wskazał, choćby w przybliżeniu, wymaganego stopnia precyzji opisu procedur i metodologii postępowania. Nie może zatem wymagać od wykonawców po złożeniu ofert prezentacji metodologii w zakresie szerszym. Samo pojęcie opis wobec braku jakichkolwiek dookreśleń nie rodzi po stronie wykonawców, na etapie składania ofert, jakichkolwiek dodatkowych obowiązków co do sposobu prezentacji zakładanego sposobu działania, zwłaszcza, że sam zamawiający opisowi składanemu wraz z ofertą nadał przymiot opisu wstępnego, zatem ze swej natury ogólnego.

Odwołujący się prezentując wstępny opis metodologii postępowania powielił wymagania zamawiającego zawarte w Części II siwz. Tym samym, acz w sposób ogólny, zaoferował zamawiającemu realizację wszystkich wyrażonych, w nim czynności. Nie można też skutecznie podnosić, że sposób sporządzenia oferty jest sprzeczny z wymaganiami zamawiającego.

W ocenie Izby przyczyny odrzucenia oferty odwołującego się zawarte są w stanowisku mgr inż. Bogdana K. Wskazać jednak należy, że zamawiający uznał uprzednio za wystarczające wyjaśnienia odwołującego się złożone na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, nie zakwestionował również wyjaśnień uzyskanych w ramach badania treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie

zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy. W okolicznościach sprawy brak jest podstaw do uznania, że oferta odwołującego się zawiera podnoszone w informacji o odrzuceniu oferty braki.

Stanowisko zamawiającego nie znajduje oparcia w postanowieniach siwz, ofercie oraz złożonych wyjaśnieniach. Wobec treści postanowień siwz, tezy wyrażone w opinii przez mgr inż. Bogdana Kozera, nie mogą stać się przyczyną uznania, że oferta odwołującego się nie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Zamawiający nie wymagał szczegółowej prezentacji czynności wchodzących w skład poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, ani też podania kosztów poszczególnych pozycji metodologii w ofertach. Nie może zatem z faktu braku ich wskazania przez wykonawców wnioskować o ich pominięciu.

Przez złożenie oferty nawiązuje się między wykonawcą a zamawiającym stosunek przetargowy oparty na akceptacji postanowień siwz. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w siwz. Odpowiednio zobowiązaniem zamawiającego jest dokonanie oceny jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień siwz jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się, co do zasady w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 ustawy) a dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego podstawowe znaczenie ma przede wszystkim literalne brzmienie postanowień siwz.

W konsekwencji odrzucając ofertę odwołującego się zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Skoro oferta odwołującego się nie podlega odrzuceniu odpada przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy. Unieważniając postępowanie zamawiający naruszył przywołany przepis.

### **Sygn. akt KIO/UZP 385/10 - odwołanie wniesione przez Konsorcjum ECM:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Potwierdzenie zarzutów odwołania przyniesie skutek w postaci unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz jednocześnie unicestwienie przesłanki unieważnienia postępowania wskazanej w

art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy. Wobec faktu, że odwołujący się założył ofertę z najniższą ceną, potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Izba wyraża analogiczną ocenę, jak wobec oferty odwołującego się Project Management Intertecno Sp. z o. o. Podtrzymując wyrażoną ocenę działania zamawiającego w zakresie badania zgodności treści oferty z treścią siwz oraz zastosowania przywołanego przepisu, Izba podkreśla, że zaprezentowana w ofercie odwołującego się metodologia ma charakter bardziej szczegółowy, niż opisana przez Project Management Intertecno Sp. z o. o.. Tym bardziej za nieuzasadnione uznać należy odrzucenie oferty odwołującego się z powodu niezgodności metodologii z wymaganiami siwz.

Izba zważyła, że szczególny charakter przedmiotu zamówienia oraz fakt uwzględnienia przy wycenie tak realiów rynku polskiego, jak i belgijskiego powodują, że brak jest podstaw do przyjęcia, że wartość zamówienia nie została oszacowana należycie.

W ocenie Izby różnica między ceną oferty odwołującego się netto a wartością przedmiotu zamówienia uzasadnia wezwanie do złożenia wyjaśnień dokonane przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Czynności wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień trybie art. 90 ust. 1 ustawy, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, na którego ustawodawca nałożył obowiązek złożenia wyjaśnień pozwalających zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r. sygn. akt. VI Ca 464/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4 czerwca 2008 roku, sygn. akt X Ga 127/08 niepubl.).

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy przy ocenie wyjaśnień zamawiający zobligowany jest brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Katalog kryteriów oceny wskazanych w przywołanym przepisie nie jest zamknięty, ma charakter taksatywny. Wykonawcy wolno wskazać inne czynniki wskazujące na rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, w szczególności w sposób obiektywny uzasadniają realizację danego zamówienia za oferowaną cenę. Zatem ocena

powołanych przez wykonawcę czynników uwzględnionych w procesie wyceny oferty winna dotyczyć nie tylko ustalenia ich obiektywnego charakteru ale też odnosić się ściśle do konkretnych okoliczności faktycznych danego postępowania.

Wyjaśnienia udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy mają rozproszyć wątpliwości zamawiającego, dać mu pewność że, mimo iż cena oferty wykonawcy odbiega istotnie od wartości przedmiotu zamówienia, to jednak nie zachodzi niebezpieczeństwo, iż zamówienie nie zostanie zrealizowane należycie. Cena rażąco niska to nie tylko cena odbiegająca od wartości rynkowych, wskazująca na ewentualność realizacji zamówienia za kwotę niższą od ponoszonych kosztów. Cena rażąco niska może wystąpić również wskutek nierzetelnej kalkulacji, braku ujęcia w cenie wszystkich wymagań zamawiającego, pominięcia szczególnych uwarunkowań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdza, że powoływane przez Konsorcjum ECM czynniki, co do zasady, mogą być uznane za odpowiadające normie art. 90 ust. 1 ustawy, jednak odniesione do szczególnych okoliczności badanego postępowania nie uzasadniają poziomu oczekiwanego wynagrodzenia. Złożone wyjaśnienia nie uwzględniają specyfiki postępowania – wykonywania prestiżowego specyficznego zamówienia o znacznym rozmiarze i stopniu skomplikowania na terenie państwa obcego, poruszania się w różnych obszarach językowych i systemach prawnych. Zatem sama treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum ECM nie może być uznana za wystarczające uzasadnienie wysokości ceny oferty. Założenie przez Konsorcjum ECM zysku nie prowadzi do uznania złożonych wyjaśnień za wystarczające. Przede wszystkim zysk stanowi jednocześnie założoną rezerwę a pozostałe elementy kalkulacji nie dały zamawiającemu pewności, co do tego, że kwota rezerwy jest wystarczająca.

Izba zważyła również, że złożone przez odwołującego się wyjaśnienia nie mogły stać się podstawą do uznania przez zamawiającego prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej również z przyczyn *stricte* formalnych. Wyjaśnienia Konsorcjum ECM zawierają odniesienie do ceny jednak bez podania, czy jest to kwota netto czy brutto. Powołane przyczyny przynoszą konsekwencje w postaci uznania, że odwołujący się albo w sposób nieuprawniony dopuścił się zmiany ceny oferty, bądź też uznanie, braku jednoznaczności treści oferty odwołującego się, czyli brak możliwości uznania jej za stanowczą wolę zawarcia umowy na podanych w ofercie warunkach w rozumieniu art. 66 k. c. w zw. z art. 14 ustawy).

W art. 90 ust 2 i 3 ustawy ustawodawca ustanowił obowiązek zamawiającego dokonania oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być zatem udowodnione, gdyż domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma charakter wzruszalny – może zostać obalone przez wyjaśnienia udzielone przez wezwanego wykonawcę. Wykonawca poprzestając jedynie na złożeniu wyjaśnień i odstępując od udowodnienia

obiektywnych czynników wpływających na wysokość zaoferowanej ceny czyni to na własne niebezpieczeństwo. Wbrew twierdzeniom odwołującego się udzielone przez niego wyjaśnienia nie zostały poparte żadnym dowodem – za takowy nie może być uznana dokonana przez odwołującego się kalkulacja kosztów. Ponadto zawarty w siwz katalog oświadczeń i dokumentów odnosi się do spełniania przedmiotowych i podmiotowych wymagań zamawiającego określonych w siwz na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy i w żaden sposób nie ogranicza wykonawcy w możliwości udowodnienia dokonanej kalkulacji ceny oferty. Przepisy nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny oraz tym bardziej nie zawierają wskazówek, co do sposobu udowadniania braku jej zaistnienia. Przyjąć zatem należy, że wykonawcy pozostawiona jest dowolność w zakresie środków dowodowych, z zastrzeżeniem, że winny one wskazywać obiektywne uwarunkowania danego wykonawcy wpływające na wysokość ceny w konkretnych warunkach danego postępowania.

Jeśli otrzymane przez zamawiającego wyjaśnienia oraz złożone wraz z nimi dowody nie uzasadniają w sposób należyty wysokości ceny ofertowej zamawiający odrzuca ofertę. Złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowanej ceny jest zrównane w skutkach prawnych z niezłożeniem wyjaśnień w ogóle – prowadzi do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zważyć należy w tym miejscu, że klasyczny rozkład ciężaru dowodu zgodny z art. 6 k. c. oraz wynikający z art. 188 ust. 1 ustawy, wskazuje, że w razie odrzucenia oferty ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. Jednak podkreślić należy, że podstawowym dowodem na którym zamawiający opiera swoje twierdzenie są wyjaśnienia wykonawcy udzielone na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 188 ust. 1 zd. drugie ustawy strony aż do zamknięcia rozprawy mogą zgłaszać dowody na odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Rozkład ciężaru dowodu w związku z odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nie stoi zatem na przeszkodzie, by odwołujący się w celu zabezpieczenia swego interesu prawnego złożył Izbie dowody odnoszące się do wysokości oferowanej ceny, co jednak nie nastąpiło. Co więcej, oświadczenia składane przez odwołującego się na rozprawie prowadzą do przekonania, że przed obliczeniem ceny oferty nie odwołujący się nie zapoznał się z całością dokumentacji postępowania oraz warunkami realizacji zamówienia, choć mógł i powinien był to uczynić.

Wobec powyższego Izba uznała, że czynność odrzucenia oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jest prawidłowa. Zamawiający trafnie uznał, że odwołujący się zaoferował cenę rażąco niską i nie dopuści się naruszenia powołanego przepisu.

Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 30 grudnia 2009 roku, sygn. akt V Ga 141/09 nie znajdzie zastosowania w sprawie. Po pierwsze: odwrotnie, niż w przypadku stanu

faktycznego badanego przez sąd, zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty oparł się na przyczynach ustalonych w toku czynności badania oferty. Po drugie: zwracając się o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, zamawiający może, ale nie musi wskazać elementy kosztotwórcze, które będą miały dla niego istotne znaczenie. Natomiast samo powołanie art. 90 ust. 1 ustawy powoduje, że wezwany wykonawca winien wskazać i udowodnić zaistnienie okoliczności, które miały istotny wpływ na wysokość oferowanej ceny. Odwołujący się jako profesjonalny uczestnik obrotu niewątpliwie zna przepisy prawa oraz winien być świadomy wynikających z nich konsekwencji.

Reasumując, potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, nie prowadzi do wzruszenia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum ECM. Podnoszony przez Konsorcjum ECM zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nie znalazł potwierdzenia.

Natomiast naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, którego dopuścił się zamawiający wobec Project Menagment Intertecno Sp. z o. o. skutkują uznaniem czynności odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty za niezgodną z przepisami ustawy, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż odpada przesłanka unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy oddaliła odwołanie wniesione przez Konsorcjum ECM oraz uwzględniła odwołanie wniesione przez Project Menagment Intertecno Sp. z o. o.. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy, Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty odwołującego się Project Menagment Intertecno Sp. z o. o. oraz nakazała dokonanie badania i oceny oferty Project Menagment Intertecno Sp. z o. o., jako jedynej oferty wobec której dokonanie tych czynności jest prawnie dopuszczalne.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości 1.200 zł na, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....