Sygn. akt: KIO 343/15

WYROK
z dnia 9 marca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2015 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2015 roku przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum składzie: **(1) Brevells C. G. O. sp. k. (Lider);**
(2) T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**
przy udziale **Wykonawcy – GWW W. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp. p.** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum składzie: **(1) Brevells C. G. O. sp. k. (Lider); (2) T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum składzie: **(1) Brevells C. G. O. sp. k. (Lider);**
(2) T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum składzie: **(1) Brevells C. G. O. sp. k. (Lider); (2) T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie,** na rzecz **Zamawiającego** – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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, Warszawa-Praga.**

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt KIO 343/15

UZASADNIENIE

W dniu 20 lutego 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami; dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum składzie:

(1) Brevells C. G. O. sp. k. (Lider); (2) T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie (dalej „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi doradztwa prawnego w zakresie zadań realizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 - 2013 (POIiŚ) na potrzeby wsparcia zadań inwestycyjnych finansowanych ze środków UE w ramach POIiŚ prowadzi Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Zamawiający").

Odwołanie złożono od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego i zarzucono co następuje:

I. niezgodność z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegających na:

1. bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, jako: niezgodnej z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"), zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, podnosząc naruszenie:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie w postępowaniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ, pomimo, iż treść oferty Odwołującego - wbrew stanowisku Zamawiającego - jest zgodna z SIWZ dla przedmiotowego postępowania, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

b) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie w postępowaniu oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż treść oferty Odwołującego - wbrew stanowisku Zamawiającego - nie zawiera ceny rażąco niskiej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

c) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503; „Ustawa") w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie w postępowaniu oferty Odwołującego, z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, pomimo, iż treść oferty Odwołującego - wbrew stanowisku Zamawiającego - nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

---

d) art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie niezgodności oferty z treścią SIWZ, jak również w zakresie popełnienia przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji, tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności postępowania;

e) art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na to, iż oferta jest rażąco niska, w szczególności brak wskazania przez Zamawiającego jakie powszechnie obowiązujące przepisy prawa Odwołujący naruszył nie uwzględniając w cenie jednostkowej za dyżur kosztów, których nie ponosi w związku z realizacją zamówienia, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności postępowania;

f) art. 38 ust. 4, 4 a, 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedozwoloną modyfikację SIWZ polegającą na sprzeczną z literalnym brzmieniem interpretację pkt 13.1 Instrukcji dla Wykonawców (Opis sposobu obliczania ceny) oraz pkt 4-7 Formularza ofertowego, polegającą na przyjęciu, iż każda z cen jednostkowych oferty musi samodzielnie obejmować koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją całości zamówienia lub odpowiednio części zamówienia, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

g) art. 38 ust. .4, 4 a, 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedozwoloną modyfikację treści SIWZ przejawiającą się w uznaniu, iż § 4 ust. 1 wzoru umowy odnosi się do ceny za świadczenie usług poza dyżurami, podczas gdy postanowienie to dotyczy całkowitej ceny netto;

h) art. 91 ust. 2 Pzp w zw. z art. 38 ust. 4, 4a, 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedozwoloną modyfikację treści pkt 19. 12 i 19.12.1 instrukcji dla Wykonawców i przyjęcie, iż ocenie w ramach kryterium oceny ofert podlega każda z cen jednostkowych nie zaś łączna cena, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

i) art. 90 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierzetelne przeprowadzenie procedury wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i niewłaściwą ocenę tych wyjaśnień, a tym samym naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
j) a w ich wyniku art. 7 ust. 1 Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu w tym. m.in. poprzez wskazanie w uzasadnieniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, jako przyznanych lub stwierdzonych przez Odwołującego faktów i twierdzeń, które nie zostały przez Odwołującego przyznane, stwierdzone lub sformułowane, dotyczących:
(i) przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami ceny, które zdaniem

Zamawiającego Odwołujący potwierdził w wyjaśnieniach, a które nie zostały przez Odwołującego wyartykułowane; (ii) przyznania przez Odwołującego, iż część kontraktu przypadająca na świadczenie dyżurów jest nierentowna, co zdaniem Zamawiającego Odwołujący potwierdził wyjaśnieniach, a co nie zostało przez niego wyartykułowane,
2. wadliwej ocenie ofert złożonych w postępowaniu i następczego - wskutek odrzucenia oferty Wykonawcy - wadliwego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy GWW W. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp. p. (dalej „GWW"), co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
II. niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na mocy PZP, polegającego na:
1. braku odrzucenia oferty wykonawcy GWW, pomimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada SIWZ, jako że - pomimo wymogu Zamawiającego - ujętego w SIWZ postępowania (cz. I, Załącznik nr 1 do ID W) - nie zawiera całkowitej ceny netto oraz całkowitej ceny brutto, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. braku wykluczenia wykonawcy GWW, a w konsekwencji brak uznania jego oferty za odrzuconą pomimo, iż oferta nie została w sposób prawidłowy zabezpieczona wniesieniem przez wykonawcę wadium, a tym samym naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie, iż dokonana przez wykonawcę GWW wpłata kwoty 22.000 złotych z dnia 17 grudnia 2014 r. stanowi skutecznie wniesione wadium na potrzeby niniejszego postępowania, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3) Pzp, a w konsekwencji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp;
3. braku wykluczenia wykonawcy GWW, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia podmiotu określonego w pkt 8.2.2. IDW, 8.5.2. IDW i w pkt 9.1.3. IDW, a tym samym naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp;
4. braku oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ dla postępowania, jak również braku wyboru, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę, pomimo, iż oferta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, zawiera najniższą cenę, brak jest podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ i/lub rażąco niską cenę i/lub czyn nieuczciwej konkurencji, jak również stanowi jedyną ofertę złożoną w postępowaniu, która nie podlega odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp

w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
IV. z ostrożności - na wypadek samodzielnego dokonania poprawy przez Zamawiającego oferty wykonawcy GWW w zakresie brakującego elementu oferty w postaci ceny całkowitej brutto i netto lub też przypadku dokonania tej czynności po uprzednim niedopuszczalnym wezwaniu wykonawcy - Odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą w zakresie ceny, ewentualnie poprawienie oferty powodujące istotne zmiany w jej treści, a tym samym naruszenie zasady uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy GWW;
3. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert w postępowaniu oraz:

a) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy GWW lub wykluczenia wykonawcy GWW i uznania jego oferty za odrzuconą;

b) nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

W uzasadnieniu Odwołujący zauważył, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty - oferta Odwołującego oraz oferta wykonawcy GWW.

Pismem z dnia 22 stycznia 2015 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej za świadczenie usługi dyżuru członka Zespołu Ekspertów w miejscowości Kraków, zadając 4 szczegółowe pytania.

Pismem z dnia 27 stycznia 2015 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, m.in. poprzez udzielenie odpowiedzi na zadane pytania szczegółowe.

Pismem z dnia 12 lutego 2015 r. (doręczonym Odwołującemu za pośrednictwem faxu oraz poczty elektronicznej w dniu 12 lutego 2015 r.) Zamawiający, działając na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp, po dokonaniu badania i oceny ofert w postępowaniu wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy GWW W. i Wspólnicy sp. k. oraz odrzucił ofertę Odwołującego, podnosząc jej niezgodność z treścią SIWZ, rażąco niską cenę, jak również wskazując, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, gdyż złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę zaś zarzucone w niniejszym odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego pozbawiają go możliwości uzyskania zamówienia

Termin na złożenie odwołania upływał - zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp w dniu 22 lutego 2015 r., a zatem termin ten został zachowany.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. z 2010 r., nr 41 poz. 238) wpis od odwołania wynosi 15.000 PLN i został uiszczony w dniu 18 lutego 2015 r. na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

1. **Uzasadnienie zarzutów dotyczących niezgodności z prawem czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego**

Odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ oraz rażąco niską cenę

Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiającego, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu, podniesiono, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie wskazał w sposób jasny na czym w jego ocenie polega niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający zasadniczo w kilku fragmentach pisma zawierającego uzasadnienie odrzucenia oferty odnosi się do kwestii „niezgodności z SIWZ". Zamawiający wskazuje: *Przedstawione wyjaśnienia potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, który został zinterpretowany przez wykonawcę w sposób nie wynikający z postanowień SIWZ* (str. 2 uzasadnienia), jak również podnosi, iż: *Reasumując, wyjaśnienia nie udowadniają, że cena jednostkowa za pełnienie dyżurów w Krakowie przyjęta przez wykonawcę jest realna i respektuje realia rynkowe, a ponadto cena ta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.*

W świetle powyższego nie jest zatem jasne, czy oferta jest niezgodna z SIWZ, gdyż przedmiot zamówienia został zinterpretowany przez Wykonawcę w sposób nie wynikający z postanowień SIWZ, czy też z bliżej nieokreślonych przez Zamawiającego przyczyn cena ofertowa nie spełnia wymagań SIWZ.

Brak precyzyjnych wyjaśnień Zamawiającego w tym zakresie skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp. W zakresie powyższego zarzutu brak jest w informacji przekazanej przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego. Powyższe jest

nie tylko niezgodne z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp ale również narusza zasady uczciwej konkurencji, określone w art. 7 Pzp, które nakazują Zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronnie i obiektywnie.

Brak uzasadnienia faktycznego, czy też niejasne, niespójne i pobieżne uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie jednego lub kilku z zarzutów uniemożliwia, a co najmniej znacznie utrudnia Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej

przewidzianych przepisami Pzp, a tym samym stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp (tak orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 września 2011 r.; sygn. akt KIO 1934/11).

W tych okolicznościach Odwołujący zmuszony jest domniemywać jaka jest intencja Zamawiającego i jakie okoliczności - w ocenie Zamawiającego - skutkują odrzuceniem oferty - jako rażąco niskiej oraz niezgodnej z SIWZ.

Zakładając, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z SIWZ polegającą na tym, iż cena ta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ Odwołujący wskazał, co następuje:

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 31 października 2014 r. (KIO 2160/14; LEX nr 1544597), zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje do zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje sie do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca w sposób prawidłowy zinterpretował oczekiwany przez Zamawiającego rezultat świadczenia będącego przedmiotem zamówienia. Jednocześnie oczekiwany przedmiot świadczenia został skorelowany z określonymi w SIWZ wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi sposobu zaprezentowania ceny.

W żadnym razie z przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień nie wynika, iż Odwołujący w sposób błędny zinterpretował treść postanowień SIWZ. Odwołujący zobowiązał się, zgodnie z treścią oferty (Formularz ofertowy) do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, a tym samym dał wyraz zgodności zaoferowanego przez niego świadczenia z oczekiwaniami Zamawiającego.

W szczególności Zamawiający w żaden sposób nie podnosi w uzasadnieniu skarżonej czynności, by Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia odmiennie od wymagań SIWZ, lub by zamierzał świadczyć pomoc prawną w sprzeczności z jej postanowieniami. O niezgodności treści oferty z SIWZ można mówić wówczas, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewni jego całościowej realizacji, zaś zaoferowany przez wykonawcę przedmiot świadczenia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji. Co więcej ewentualne uchybienia co do treści ofert w odniesieniu do SIWZ powinny być na tyle istotne aby mogły być przyczyną odrzucenia oferty oraz powinny

dotyczyć sfery niezgodności wymagań zamawiającego w zakresie zobowiązania wykonawcy do świadczenia zawartych z SIWZ z faktycznym zobowiązaniem wykonawcy wynikającym z oferty. W przedmiotowej sprawie zasadniczą treść oferty Odwołującego stanowi oświadczenie woli Odwołującego, iż wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (pkt 4-6 Formularza ofertowego), tym samym nie sposób uznać, iż oferta Odwołującego pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ. Niezgodność oferty z SIWZ stanowiąca podstawę do odrzucenia oferty powinna być ponadto uzasadniona przez Zamawiającego w sposób precyzyjny i jednoznaczny - czego w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie uczynił.

Dodatkowo wskazano, iż analiza zakresu postanowień SIWZ dokonana pismem z dnia 27 stycznia 2015 r. przez Odwołującego (wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny)

miała na celu podkreślenie sposobu badania oferty jako rażąco niskiej w ramach postępowania przetargowego w powiązaniu z określonym przez Zamawiającego przedmiotem zamówienia (co wyraźnie wynika z treści pisma). Tym samym bezzasadne są zarzuty Zamawiającego, iż oferta jest niezgodna z SIWZ, w szczególności zaś zarzuty te są wynikiem nieuprawnionej nadinterpretacji przez Zamawiającego stanowiska Odwołującego dotyczącego okoliczności badania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przetargowym z uwzględnieniem całości przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu rażącej ceny Odwołującego w zakresie dyżurów podniesiono, co następuje.

Zarzut rażąco niskiej ceny odnosi się do całkowitej ceny oferty, a nie do poszczególnych elementów czy cen jednostkowych, a co więcej cena ta ma być rażąco niska w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Wobec tego badanie rażąco niskiej ceny wyłącznie w odniesieniu do jednego składnika wynagrodzenia Wykonawcy nie znajduje poparcia w przepisach prawa. Przedmiot zamówienia może obejmować kilka jednostkowych usług (tak, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie). Jeżeli zatem przedmiot zamówienia obejmuje kilka usług, to z rażąco niską ceną w odniesieniu do oferty danego wykonawcy będziemy mieli do czynienia jedynie wtedy, gdy taki charakter będzie miała cena zaoferowana za całość świadczenia objętego zamówieniem. Stanowisko powyższe znajduje oparcie w orzecznictwie oraz poglądach doktryny (tak wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2009 r.; sygn. akt KIO/UZP 963/09, lex 512947; wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1601/11, LEX nr 898333 oraz wyrok KIO z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1393/14).

Mając na uwadze przywołane orzecznictwo Odwołujący raz jeszcze podkreślił, iż w przedmiotowym postępowaniu ocena, czy zaoferowana cena jest rażąco niska winna odnosić się do całości przedmiotu zamówienia, w szczególności uwzględniać określony przez Zamawiającego w SIWZ zakres usług i warunki ich świadczenia.

Zgodnie z częścią III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, przedmiotowe zamówienie obejmuje świadczenie kompleksowych usług doradztwa prawnego w zakresie zadań inwestycyjnych realizowanych przez PKP PLK S.A., dla których siedziba zespołu projektu/ Dyrektora Projektu znajduje się w Krakowie lub na terenie województw: małopolskiego, świętokrzyskiego, podkarpackiego śląskiego, obejmujące m.in. następujące czynności:
a) sporządzanie m.in. opinii prawnych, uzgodnień projektów dokumentów z zakresu interpretacji przepisów prawa (polskiego i wspólnotowego),
b) bieżące doradztwo prawne w zakresie wszelkich zagadnień prawnych związanych z rozliczaniem projektu ze środków UE;
c) reprezentacja PKP PLK S.A. w tym m. in. występowanie w postępowaniu sądowym, ugodowym i egzekucyjnym przed sądami organami administracyjnym, egzekucyjnymi oraz organami administracji państwowej i samorządowej a także przed Sądem Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej w charakterze pełnomocnika Zamawiającego w sprawach związanych z realizowanym zadaniem inwestycyjnym oraz w sprawach spornych z wykonawcami i podwykonawcami;
d) bieżąca obsługa i doradztwo w zakresie zamówień publicznych, w tym zamówień publicznych finansowanych z funduszy UE w tym m. in.:
e) wykonywanie innych zadań i czynności nie wymienionych powyżej mieszczących się w przedmiocie zamówienia tj. świadczenie usług prawnych (np. doradztwo, konsultacje, porady, reprezentacja) w zakresie zadań inwestycyjnych realizowanych przez PKP PLK S.A. w szczególności w ramach realizacji i wdrażania POIiS.

Jednocześnie w pkt XI Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał zaangażowanie i metody pracy Wykonawcy, które mają polegać na:
a) zapewnieniu Zamawiającemu dostępności i bezpośredniego kontaktu (przede wszystkim: osobistego, telefonicznego, faksowego i drogą e-mai lową) z każdym z członków Zespołu Ekspertów przez cały czas obowiązywania Umowy z Wykonawcą
b) zapewnieniu osobistego stawiennictwa członków Zespołu Ekspertów spotkaniach w miejscu wskazanym przez Zamawiającego w Krakowie oraz w innych miejscowościach na terenie województw małopolskiego, świętokrzyskiego podkarpackiego, śląskiego, a także w Warszawie.
c) zapewnieniu pełnienia „dyżurów" przez członków Zespołu Ekspertów w szczególności w celu bezpośredniego udzielania porad, uzgadniania dokumentów, wyjaśnień i konsultacji

oraz odbioru niezbędnych dokumentów poprzez obecność jednego członka Zespołu Ekspertów w celu pełnienia dyżurów w wymiarze 3 dni w tygodniu po 2 godziny dziennie tj. 6 godzin tygodniowo, w Krakowie.

Należy mieć na względzie, iż zakres zobowiązania wykonawcy w związku z przedmiotowym zamówieniem determinują również inne - poza wskazanymi powyżej

---

- postanowienia zawarte w treści SIWZ:
a) przewidywany średni czas zaangażowania wykonawcy - zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia oraz w Instrukcji dla Wykonawców (pkt 13.2.) wskazał, iż przewiduje, że średni czas zaangażowania Wykonawcy w miesiącu w zakresie usług świadczonych za wynagrodzeniem w postaci stawki godzinowej wyniesie około 415 godzin; jednocześnie Zamawiający wskazał, iż jedną z form świadczenia usług będą dyżury świadczone w wymiarze 24 h w miesiącu; wobec tego dyżury - zgodnie z intencją zamawiającego - mają stanowić 5.4 % całości przedmiotu zamówienia: w rezultacie zatem wykonawcy składając oferty w przedmiotowym postępowaniu dysponowali informacją, iż dyżury stanowią znikomą część przedmiotu zamówienia, do realizacji którego wykonawca może być zobowiązany, zaś kluczowym elementem zamówienia są zaś usługi, których wykonania Zamawiający oczekiwał za wynagrodzeniem w oparciu o stawkę godzinową;
b) szacunkowa wartość zamówienia - zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 1.494.000,00 złotych; wartość szacunkowa została ustalona na podstawie przeprowadzonej przez Zamawiającego kalkulacji stawki godzinowej oraz przyjętej liczby godzin; odnosząc się zatem do wartości szacunkowej zamówienia stwierdzić należy, że każda z ofert złożonych w postępowaniu jest niższa od wartości szacunkowej określonej przez Zamawiającego;
c) rodzaj oczekiwanych przez Zamawiającego usług - mając na uwadze treść opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności zakres usług do których Wykonawca będzie zobowiązany stwierdzić należy, iż zakres usług, które mają być świadczone w ramach dyżurów został ograniczony do nielicznych tylko czynności wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia; zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia dyżury obejmują w szczególności świadczenie usług w zakresie: bezpośredniego udzielania porad, uzgadniania dokumentów, wyjaśnień i konsultacji oraz odbioru niezbędnych dokumentów: tymczasem przedmiot zamówienia obejmuje ponadto m.in.: sporządzanie opinii prawnych, uzgodnień, projektów dokumentów z zakresu interpretacji przepisów prawa (polskiego i wspólnotowego), reprezentację PKP PLK S.A. w tym m. in. występowanie w postępowaniu administracyjnym, sądowym ugodowym i egzekucyjnym przed sądami organami egzekucyjnymi oraz organami administracji państwowej i samorządowej, a także przed Sądem Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej w charakterze pełnomocnika Zamawiającego w sprawach związanych z realizowanym zadaniem inwestycyjnym oraz w sprawach spornych z wykonawcami i podwykonawcami; na podstawie powyższego wnioskować można, iż usługi świadczone w ramach dyżurów obejmują swoim zakresem proste porady prawne, czy też wręcz czynności administracyjne (odbiór dokumentów), podczas gdy kluczowe usługi świadczone będą na rzecz zamawiającego poza dyżurami (sporządzanie opinii prawnych, wzorów dokumentów, reprezentacja); raz jeszcze zatem

---

stwierdzić należy, iż dyżury - zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w dokumentacji przetargowej - nie miały stanowić istotnej wartościowo części realizowanego zamówienia, a tym samym nie stanowią istotnej części świadczenia będącego przedmiotem oferty wykonawcy:
d) wymagany zespół ekspertów - Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował co najmniej 5 - osobowym Zespołem Ekspertów pozostającym do dyspozycji Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia; mając na uwadze oczekiwaną przez Zamawiającego liczbę godzin świadczenia usług w ramach dyżurów w miesiącu (24 h) przyjąć należy, iż zapotrzebowanie Zamawiającego w zakresie świadczenia dyżurów spełni jedna osoba, świadcząca usługi doradztwa prawnego w tym zakresie w niepełnym wymiarze czasu pracy (zakładając 8 - godzinny dzień pracy, przez 20 dni w miesiącu szacowana liczba godzin pracy jednego prawnika wynosi 160 h w miesiącu, zatem oczekiwanie Zamawiającego w zakresie dyżurów obejmuje 15 % czasu pracy prawnika: skoro zatem zamawiający

oczekiwał dysponowania 5 - osobowym zespołem Ekspertów, zaś same dyżury wymagają zapotrzebowania jednej osoby w wymiarze 15 % jej czasu pracy, uzasadnione jest twierdzenie, iż przedmiot zamówienia względem którego należy oceniać rażąco niska cenę obejmuje nie tylko usługę dyżurów ale również pozostałe usługi, które mogą być świadczone w ramach realizacji zamówienia;
e) zapotrzebowanie Zamawiającego - niezależnie od powyższych argumentów podnieść należy, iż dokonany przez Zamawiającego szacunek w zakresie przewidywanej liczby godzin miesięcznego zaangażowania wykonawcy oraz - w ślad za tym - oszacowanie wartości zamówienia nastąpiło z należytą starannością w oparciu o art. 32 Prawa zamówień publicznych; uzasadnione zatem jest przyjęcie, iż powyższe dane odpowiadają rzeczywistemu na usług doradztwa zapotrzebowaniu Zamawiającego świadczenie prawnego; należy również wskazać, iż Zamawiający korzysta obecnie z usług doradztwa prawnego kilku podmiotów (w tym w zakresie obsługi prawnej analogicznej z zakresem przedmiotowego zamówienia), zatem dysponował danymi pozwalającymi na prawidłowe oszacowanie zapotrzebowania na usługi prawne; co więcej tak podmioty jak też dostępne Odwołującemu i wskazane w ofercie osoby aktualnie świadczą obsługę prawną na rzecz Zamawiającego, tym samym dysponowały wiedzą na temat zapotrzebowania Zamawiającego, a zatem dodatkowo miały podstawy twierdzić, iż szacunki te są prawidłowe. Z powyższych informacji zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż przedmiot zamówienia obejmuje w znikomej części pełnienie dyżurów, ale przede wszystkim wykonywanie wszelkich innych czynności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia.

Uzasadnienie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego opiera się na założeniu, iż Zamawiający nie gwarantował wykonawcom zlecenia usług w zakresie

---

wykraczającym poza dyżury, tym samym - w ocenie Zamawiającego - wykonawcy winni skalkulować swoje ceny za dyżur w sposób zapewniający rentowność całego kontraktu (lub części dotyczącej dyżurów).

Założenie Zamawiającego w tym zakresie jest całkowicie chybione. Zamawiający powołuje się - celem uzasadnienia tej argumentacji - na treść § 4 ust. 2 wzoru umowy i błędnie cytuje treść tego postanowienia. Stanowi ona, iż *zamawiający nie gwarantuje zlecania doradztwa prawnego na kwotę wynagrodzenia wskazanego w ust 7 powyżej i z tego tytułu Wykonawcy nie przysługują* żadne *roszczenia.* W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający ponosi, iż cytowany ust. 1 dotyczy zakresu doradztwa poza dyżurami (str. 2 uzasadnienia, akapit 1). Tymczasem ust. 1 określa całkowita cenę netto i brutto za całość przedmiotu zamówienia - a zatem łącznie z dyżurami. Tym samym można co najwyżej przyjąć, iż Zamawiający nie zagwarantował wykonawcom, iż zostanie skonsumowana całkowita kwota zamówienia (tak poprzez świadczenie dyżurów, jak i innych usług) co nie może być równoznaczne z tym, iż zamawiający nie gwarantował zlecenia usług w zakresie wykraczającym poza dyżury lub też gwarantował wyłącznie świadczenie usług w zakresie dyżurów. W żadnym innym postanowieniu SIWZ Zamawiający nie ograniczył możliwości zlecenia wykonawcy pracy w zakresie wykraczającym poza dyżury.

Mając na uwadze treść pkt 13.2. IDW, która stanowi iż Zamawiający przewiduje, że średni czas zaangażowania Wykonawcy w miesiącu w zakresie usług świadczonych za wynagrodzeniem w postaci stawki godzinowej wyniesie około 415 godzin 1 jednocześnie brak postanowień, które by wskazywały. iż Zamawiający nie gwarantuje zlecenia godzin w zakresie wykraczającym poza dyżury - wykonawcy mieli uzasadnione podstawy twierdzić, iż zakres ich świadczenia będzie obejmował doradztwo prawne w wymiarze zbliżonym do powyższego. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, iż przedmiot świadczenia został zinterpretowany przez Wykonawcę niezgodnie z treścią SIWZ, co skutkowało skalkulowaniem ceny niezgodnie z SIWZ.

Dodatkowo wskazać należy, iż przyjęta w treści uzasadnienia Zamawiającego interpretacja, iż § 4 ust. 1 wzoru umowy odnosi się jedynie do usług poza dyżurami jest nieuprawniona, bowiem postanowienie to odnosi się do całkowitej ceny za zamówienie, zaś takie działanie Zamawiającego nosi znamiona niedozwolonej modyfikacji SIWZ na obecnym etapie prowadzenia postępowania przetargowego.

Z tych też przyczyn ocena, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska winna uwzględniać całość przedmiotu zamówienia - zarówno dyżury jak i świadczenie usług

doradztwa prawnego w pozostałym zakresie. W przypadku zawarcia umowy w wyniku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej Odwołujący byłby zobowiązany do świadczenia wszystkich opisanych powyżej usług - w taki sposób bowiem ukształtowany

został przedmiot zamówienia, tym bardziej, iż Zamawiający nie zamieścił w SIWZ postanowień, które wskazywałby, iż świadczenie usług w zakresie wykraczającym poza dyżury nie jest gwarantowane.

Niemniej jednak nawet uznając, iż Zamawiający ma możliwość zlecenia wyłącznie usług dyżuru, z pominięciem zleceń w pozostałym zakresie nie można przyjąć, iż poprzez ograniczenie zakresu zleceń przedmiot zobowiązania wykonawcy uległby modyfikacji. Ewentualne niezlecanie usług przez Zamawiającego może być postrzegane jedynie w obszarze ryzyka biznesowego wykonawców ubiegających sie o przedmiotowe zamówienie, zaś sam fakt, iż zamawiający nie gwarantuje zlecenia usług w zakresie opisanym w treści SIWZ w żaden sposób nie może wpływać na ocenę, czy cena zaoferowana przez wykonawcę za całość przedmiotu zamówienia jest rażąco niska.

Taka wykładnia prowadziłaby bowiem do sytuacji, gdy w przypadku szeregu umów, obejmujących swoim zakresem świadczenie usług, w ramach których zamawiający nie gwarantują realizacji zamówienia na poziomie szacowanym w dokumentacji przetargowej, oferowane przez Wykonawców ceny byłyby cenami rażąco niskimi. Wystarczy bowiem aby zamawiający - korzystając z jednostronnie narzuconego przez siebie postanowienia SIWZ - nie zlecali na bazie przedmiotowych umów świadczenia usług w ogóle, a wówczas w każdym wypadku - posługując się pozbawioną logiki argumentacją Zamawiającego - cena będzie rażąco niska, niezależnie od tego jaka stawka godzinowa za świadczenie usług zostanie zaproponowana przez wykonawcę, z tej przyczyny, iż wykonawca w takim wypadku nie uzyska zwrotu jakichkolwiek kosztów (chociażby kosztów związanych z przygotowaniem oferty).

Taka sytuacja ma miejsce również w przypadku umów ramowych zawieranych z więcej niż jednym wykonawcą. Specyfiką takich umów jest to, iż po zawarciu umowy ramowej realizacja usług odbywa się na bazie umów wykonawczych, po wyborze oferty najkorzystniejszej spośród ofert wykonawców, z którymi została zawarta umowa ramowa. W takim przypadku teoretycznie możliwa jest sytuacja, w której jeden z wykonawców nie będzie w ogóle realizował umowy ramowej lub będzie ją realizował w nieznacznym zakresie (niepokrywającym kosztów związanych z jego udziałem w postępowaniu przetargowym i w realizacji umowy), co nie oznacza automatycznie, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. Kwesta rażąco niskiej ceny może odnosić się bowiem jedynie do całości przedmiotu zamówienia do którego wykonania zobowiązany jest wykonawca, nie zaś do hipotetycznego zakresu zamówienia, które może ale nie musi być wykonywane w ramach umowy. W takim bowiem wypadku wykonawca pozbawiony by został możliwości racjonalnego skalkulowania ceny, nie wiedząc jaki zakres zobowiązania będzie w istocie realizowany.

Niezależnie od powyższych uwag żadne postanowienie SIWZ dla niniejszego postępowania nie wskazuje, iż obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest takie ukształtowanie ceny aby każda z cen jednostkowych sam odzie tnie obejmowała wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia lub wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania danej części zamówienia.

Zamawiający nie zamieścił bowiem w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej wymogu aby każda z cen jednostkowych (tj. cena za dyżur oraz cena za pozostałe usługi) samodzielnie obejmowała wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją danego rodzaju usługi (części usług) tj. dyżuru lub innych usług).

W pkt 13.1 Instrukcji dla Wykonawców (Opis sposobu obliczania ceny) wskazano, iż podana w ofercie cena ofertowa brutto stawki godzinowej oraz zryczałtowana cena za pełnienie dyżurów musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu prawidłowego

i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). Przedmiotowe postanowienie czytane literalnie wskazuje, iż wymóg aby cena uwzględniała wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmowała wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie odnosi się do ceny brutto stawki godzinowej łącznie ze zryczałtowaną ceną za pełnienie dyżuru w odniesieniu do zagwarantowania realizacji całego przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika z użycia sformułowania “oraz”, który stanowi spójnik używany do łączenia wyrażeń (jest koniunkcją wymagającą łącznego zaistnienia zdarzeń), a następnie użycie sformułowania “musi”, tj. sformułowania odnoszącego się do ceny i użytego w liczbie pojedynczej ("cena musi"). Gdyby Zamawiający zamierzał postawić taki wymóg w odniesieniu do każdej z cen należało użyć sformułowania “ceny muszą". Ponadto w dalszej części tego postanowienia wskazano, iż cena musi obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu realizacji “całości przedmiotu zamówienia”. Zamawiający wyraźnie wskazał zatem, iż obie ceny jednostkowe muszą łącznie uwzględniać wszystkie koszty jakie są niezbędne do wykonania całości zamówienia, na które składa się w znikomej części dyżur - 24 h miesięcznie i przeważającej (ponad 90%) pozostałe czynności pomocy prawnej - 415 h, według szacunków Zamawiającego). Gdyby ideą Zamawiającego było aby każda z cen samodzielnie spełniała powyższy warunek należało odnieść ją do kosztów związanych z tą częścią zamówienia, której cena dotyczy. W przeciwnym razie powyżej wskazany wymóg należałoby czytać w taki sposób, iż każda z cen jednostkowych ma obejmować koszty, jakie wykonawca poniesie w związku z realizacja całości zamówienia, co

pozbawione by było jakiejkolwiek logiki, gdyż w takim wypadku cena za dyżur dodatkowo musiałaby uwzględniać koszty związane z realizacją zamówienia w pozostałym zakresie. Przy takim - prezentowanym przez Zamawiającego - rozumieniu treści SIWZ zasadniczo każda cena za dyżur mogłaby zostać uznana za cenę rażąco niską (w tym również cena zaoferowana przez drugiego z wykonawców, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu), z tej przyczyny iż cena ta nie jest w stanie zaspokoić kosztów związanych z realizacją całości zamówienia - w tym kosztów związanych z realizacją usług na poziomie szacowanym przez Zamawiającego (ok. 415 h).

Analogiczne wnioski wypływają z analizy treści formularza ofertowego, w którym w pkt 4-6 wskazane są odpowiednio: całkowita cena brutto, cena za 1 godzinę świadczenia usług w oparciu o stawkę godzinową oraz zryczałtowana cena za dyżur, następnie zaś w pkt 7 formularza ofertowego Wykonawca składa oświadczenie o następującej treści: *Powyższe ceny brutto uwzględniają wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmują wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy.*

Gdyby intencją Zamawiającego było aby każda z cen jednostkowych samodzielnie obejmowała wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania określonej części zamówienia (tak w zakresie dyżurów jak i w pozostałym zakresie) Zamawiający powinien był w sposób wyraźny zamieścić taką informację w treści SIWZ. Powyższe zastrzeżenie nie znalazło się w treści SIWZ, co więcej wykonawcy, którzy wyrażali gotowość udziału w niniejszym postępowaniu nie mieli wątpliwości odnośnie tego, w jaki sposób należy rozumieć przedmiotowe postanowienia (nie zostały w tym zakresie zadane żadne pytania do treści SIWZ).

Wobec powyższego przedstawiona w uzasadnieniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty interpretacja w/w postanowień przez Zamawiającego, zgodnie z którą Zamawiający oczekiwał, aby każda z cen jednostkowych samodzielnie pokrywała wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia - jak należy rozumieć - dla danej części zamówienia - stanowi niedozwoloną modyfikację treści SIWZ i tym samym narusza art. 38 ust. 4, 4 a, 6 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, godząc w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obiektywizmu i bezstronności postępowania, a dokonane w wyniku takiej zmiany odrzucenie oferty Odwołujące z powołaniem się na jej niezgodność z SIWZ, naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Przedstawiona interpretacja postanowień SIWZ dokonana przez Zamawiającego nie

może być również uzasadniona faktem, iż Zamawiający - w jego ocenie - nie gwarantował

udzielenia zleceń w szacowanym przez siebie wymiarze 415 godzin miesięcznie. Stanowiące o tym postanowienie zawarte w treści wzoru umowy (§ 4 ust. 2) zgodnie z którym, Zamawiający nie gwarantuje zlecenia doradztwa prawnego wskazanego w ust. 1 powyżej i z tego tytułu wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia - po pierwsze odnosi się do zlecenia usług w zakresie całkowitej ceny brutto (nie zaś zlecenia usług w zakresie poza dyżurami - o czym wyżej), po drugie zaś cytowany § 4 ust. 2 wzoru umowy w żadnym razie nie uprawniał wykonawców do przyjęcia domniemania konieczności skalkulowania każdej z cen jednostkowych w sposób, o którym pisze Zamawiający. Raz jeszcze podkreślić należy, iż aby taki wymóg postawić względem wykonawców należało go skutecznie i w sposób niebudzący wątpliwości zamieścić w treści SIWZ. Co więcej wskazać należy, iż z treści powyższego zapisu SIWZ wywieść należy, iż jego intencją jest aby zagwarantować Zamawiającemu brak roszczeń ze strony wykonawcy na wypadek, gdyby nie zlecił wykonawcy świadczenia usług w zakresie całkowitej ceny zamówienia.

Ciężar sformułowania przedmiotu zamówienia, w tym cen jednostkowych w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty ciąży na Zamawiającym, co wynika wprost z art. 29 ust. 1 Pzp. O ile zatem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zamierzał postawić wykonawcom wymóg aby każda z cen jednostkowych obejmowała koszty związane z realizacją danego rodzaju usług (dyżurów lub usług doradztwa w pozostałym zakresie) Zamawiający powinien był w sposób wyraźny i nie budzący wątpliwości zamieścić takie postanowienia w treści SIWZ. Tymczasem z postanowień SIWZ wynika, iż obie ceny jednostkowe łącznie mają spełniać oczekiwane przez Zamawiającego warunki.

Powyższe jest zgodne z aktualnym orzecznictwem KIO oraz sądów okręgowych (tak wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r., sygn. akt KIO 1641/14, KIO 1651/14 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku, sygn. akt XII Ga 731/14).

Argumentacja Zamawiającego w zakresie postawionych - jego zdaniem - w SIWZ warunków kalkulowania cen jednostkowych nie znajduje również poparcia w ukształtowanym przez Zamawiającego sposobie oceny ofert.

Zgodnie z treścią pkt 19.12 SIWZ Zamawiający przewidział jako kryterium oceny ofert cenę (waga 40 %) oraz jako podkryteria oceny ofert: cenę za roboczogodzinę (25 %) i cenę za dyżur (15 %). Wskazać przy tym należy, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 PZP kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, że kryterium oceny ofert może być jedna cena, nie zaś kilka cen, czy też poszczególne składniki ceny. Odmienne ukształtowanie kryteriów oceny ofert było sprzeczne z powyższym przepisem. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zastosował się do powyższego postanowienia ustalając jako kryterium oceny ofert cenę (obok innych

pozacenowych kryteriów) i nadając temu kryterium jedną wartość punktową (40 %). Rozbicie ceny na podkryteria nie zmienia natomiast faktu, iż cena jako całość podlega ocenie w ramach kryterium oceny ofert (tylko taką bowiem możliwość przewidują przepisy PZP). Skoro zatem kryterium oceny ofert stanowi cena (nie zaś ceny) nie sposób dokonać oceny rażąco niskiej ceny odnosząc ją jedynie do jednego składnika ceny, ocenianego w ramach pokryterium. Takie działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 Pzp w zw. z art. 38 ust. 3, 4a, 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niedozwoloną modyfikację SIWZ oraz przyjęcie, iż kryterium oceny ofert są ceny jednostkowe, a tym samym ceny jednostkowe winny polegać ocenie jako rażąco niskie. Powyższe zgodne jest z orzeczeniem KIO z dnia 13 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 956/13, sygn. akt Lex nr 1335063).

Reasumując powyższe Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy PZP dokonując oceny istnienia rażąco niskiej ceny w oderwaniu od całości przedmiotu zamówienia, jak również w sprzeczności z treścią postanowień SIWZ, które nie nakładają na wykonawcę obowiązku skalkulowania cen jednostkowych w taki sposób aby każda z nich zawierała w sobie całość kosztów związanych z realizacją zamówienia w danej części. Cena zamówienia zaoferowana przez Wykonawcę powinna zostać poddana ocenie w kontekście rażącego zaniżenia, poprzez ustalenie uśrednionej stawki za 1 h świadczenia usług (w tym

usług w zakresie dyżurów), która w tym przypadku wynosi 187,59 PLN (451 h x 197 PLN + 24 h x 25 PLN = 82.355 PLN; 82.355 PLN/439 - 187,59 PLN) lub też poprzez ustalenie łącznego miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy za oczekiwane przez Zamawiającego usługi, które wynosi 82.355 PLN (451 h x 197 PLN + 24 h x 25 PLN = 82.355 PLN). Żadna z powyżej wskazanych cen nie stanowi ceny rażąco niskiej.

Niezależnie od powyższych uwag podnieść należy, iż nawet na wypadek uznania, iż cena winna być oceniana w kontekście jej rażącego zaniżenia w odniesieniu do poszczególnych cen jednostkowych, nie sposób postawić Odwołującemu zarzutu, iż zaoferowana przez niego cena w zakresie dyżurów jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił w tym zakresie wyczerpujące wyjaśnienia pismem z dnia 27 stycznia 2015 r., odnosząc się do wszystkich pytań skierowanych do Odwołującego. Podkreślić przy tym należy, iż wyjaśnienia te nie były kwestionowane przez Zamawiającego jako niepełne/ niekompletne / niejasne, zaś powodem odrzucenia oferty Odwołującego jest dokonana przez Zamawiającego ocena, iż zaproponowana cena w zakresie dyżurów jest rażąco niska.

Zamawiający zakwestionował w pierwszej kolejności poczynione przez Odwołującego wyjaśnienia, w świetle których, w przypadku gdy Zamawiający zleci wykonawcy wyłącznie świadczenie usług w zakresie dyżurów jedynym kosztem wykonawcy będzie koszt związany z wynagrodzeniem osoby pełniącej dyżury, a zatem wykonawca nie będzie ponosić dodatkowych kosztów związanych z realizacją zamówienia w pozostałym zakresie, jak również nie będzie ponosić dodatkowych kosztów (poza wynagrodzeniem osoby pełniącej

---

dyżur) związanych z wykonaniem tej części zamówienia, takich jak koszty biura, personelu merytorycznego, administracyjnego, koszty obsługi księgowej czy ubezpieczenia, gdyż koszty te ponosi w chwili obecnej i nie ulegną one zwiększeniu w związku z realizacją zamówienia w zakresie dyżurów. Wyjaśnienia te zostały zakwestionowane, gdyż zdaniem Zamawiającego *takie podejście jest wykluczone nie tylko w* świetle *prawa powszechnie obowiązującego ale również w* świetle *przywołanych punktów 13.1 część I SIWZ oraz pkt 7 formularza oferty, które wskazują na obowiązek ujęcia w cenach (a więc w każdej z cen podanych w ofercie) wszelkich kosztów w tym kosztów pośrednich jakie poniesie wykonawca w związku z wykonywaniem zamówienia. Niedopuszczalnym jest więc nie tylko przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami ale także ich pomijanie i przypisywanie do innej działalności wykonawcy.*

Powyższa argumentacja Zamawiającego jest abstrakcyjna, nielogiczna i przede wszystkim oderwana od wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Po pierwsze Zamawiający nie wskazał, jakie w jego ocenie powszechnie obowiązujące przepisy prawa narusza działanie wykonawcy polegające na tym, iż zaoferowana przez niego cena nie obejmuje kosztów, których realnie nie będzie ponosił w związku z realizacją tego zamówienia. Skoro bowiem Odwołujący w chwili obecnej prowadzi działalność gospodarczą i w związku z tym utrzymuje niezbędne zaplecze osobowe, administracyjne itp. ponosząc koszty tej działalności, zaś uzyskanie zamówienia w zakresie dyżurów nie powoduje zwiększenia tych kosztów - brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, iż wykonawca powinien koszty te (de facto nieistniejące) ująć w cenie. Nie są znane wykonawcy przepisy prawa powszechnie obowiązującego, które wykonawca naruszyłby takim działaniem, Zamawiający również nie podjął próby ich wskazania, ograniczając się jedynie do ogólnikowego wyjaśnienia, iż wykonawca przepisy te (powszechnie obowiązujące) narusza. Abstrahując od tego, iż uzasadnienie Zamawiającego w tym zakresie jest co najmniej niezrozumiałe, podnieść należy, iż brak wskazania naruszonych w owej sytuacji przez Odwołującego przepisów powszechnie obowiązującego prawa stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty.

Kolejno podnieść należy, iż Wykonawca nie narusza postanowienia pkt 13.1 SIWZ nie uwzględniając w cenie ofertowej kosztów, których nie ponosi w związku z realizacją zamówienia w części dotyczącej dyżurów. Uznając nawet (z czym Wykonawca się nie zgadza), iż słuszna jest interpretacja tego postanowienia dokonana przez Zamawiającego (a zatem interpretacja zgodnie, z którą każda z cen jednostkowych musi uwzględniać koszty niezbędne do realizacji całości /danej części zamówienia) podnieść należy, iż pkt 13.1. SIWZ stanowi, iż podana w ofercie cena ofertowa brutto stawki godzinowej oraz zryczałtowana

cena zapełnienie dyżurów musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).

Z powyższego postanowienia wynika wyraźnie, iż cena ma obejmować wyłącznie koszty związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia. W przypadku zatem, gdy w związku z wykonaniem przedmiotowego zamówienia koszty takie nie powstają wykonawca nie ma obowiązku uwzględniania ich w cenie, a co więcej nie ma takiej możliwości - koszty te bowiem nie powstają. Wykonawca wyjaśnił - w odpowiedzi na pytanie 1 i 2 Zamawiającego - iż jedynym kosztem jaki powstaje po jego stronie w przypadku zlecenia świadczenia usług dyżuru jest koszt osoby, która usługę tą wykonuje. W związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia w zakresie dyżurów Wykonawca nie ponosi kosztów związanych z innym personelem merytorycznym. personelem administracyjnym, ubezpieczeniem, utrzymaniem biura czy obsługi księgowej. Koszty te nie powstaną, a zatem nie ma podstaw do ich ujęcia w cenie ryczałtowej za dyżur.

Wyjaśnić przy tym należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego Wykonawca nie wskazał, iż koszty te pokryje z innej działalności, jak również w żadnym miejscu wyjaśnień nie podniósł, iż koszty te umieścił w ramach innej pozycji ceny oferty - domniemania Zamawiającego w tym zakresie są nieuprawione w świetle wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę. Odnieść się również należy do twierdzenia Zamawiającego, zawartego na stronie 3 uzasadnienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, iż: *Należy zwrócić uwagę, iż wykonawca przyznał,* że *część kontraktu przypadająca na* świadczenie *dyżurów nie jest rentowna, ani też nie pokrywa pełnych kosztów wykonania tej części zamówienia [...].* Wykonawca w wyjaśnieniach, w odpowiedzi na pytanie 1 w brzmieniu Czy cena pozwala pokryć koszty realizacji zamówienia w całości, także w sytuacji, gdy godziny stanowiące wynagrodzenie za dyżur będą jedynym lub dominującym zamówionym świadczeniem, co jest możliwe w świetle SIWZ? wskazał, iż:
Mając na uwadze, iż - jak wynika z powyższego pytania - Zamawiający nie gwarantuje zlecania wykonawcom świadczenia *usług w zakresie wykraczającym poza dyżury, wykonawcy składając ofertę z założenia co do zasady narażają się na ryzyko nierentowności kontraktu gdyż koszty związane z zawarciem umowy koniecznością utrzymania w gotowości 5 - osobowego Zespołu Ekspertów, jak również wszelkie koszty organizacyjne/ administracyjne, koszty ubezpieczenia całego kontraktu itp. - przy założeniu niezlecania Wykonawcy* świadczenia *usług poza dyżurami - w większości przypadków zasadniczo przekraczać będą spodziewane zyski z tytułu ryczałtu za* świadczenie *usług w ramach dyżurów (nawet w sytuacji, gdy ryczałt ten ukształtowany by został na znacznie wyższym*

poziomie).Z tych też przyczyn badanie oferty wykonawcy z uwzględnieniem jedynie jednego ~ stanowiącego ok. 5 % całości - składnika wynagrodzenia i oczekiwanie aby cena za ten składnik wynagrodzenia pozwalała na rentowność całego kontraktu z założenia jest błędne i w praktyce rynkowej trudne do wykonania.

Z powyższych twierdzeń Odwołującego wynika jedynie tyle, że niezrozumiałe jest - w świetle warunków rynkowych - opisane powyżej oczekiwanie Zamawiającego. W dalszej części wyjaśnień Odwołujący wyraźnie jednak wskazuje, iż w jego przypadku poziom rentowności zostaje zachowany. Tymczasem Zamawiający twierdzi, iż *Należy zwrócić uwagę, iż wykonawca przyznał,* że *cześć kontraktu przypadająca na* świadczenie *dyżurów nie jest rentowna. ani też nie pokrywa pełnych kosztów wykonania tej części zamówienia [..].* Powyższe twierdzenie Zamawiającego, w którym przypisuje Odwołującemu twierdzenia, które nie zostały sformułowane w żadnym miejscu wyjaśnień godzi w podstawowe zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Zamawiający uzasadnia odrzucenie oferty, przyjmując za uzasadnienie rzekome twierdzenia Wykonawcy - nigdzie nie sformułowane.

Kolejno wskazać należy, iż wyłącznie w oparciu o domniemania i niewyjaśnione okoliczności Zamawiający przyjął niespójność wyjaśnień Odwołującego w zakresie osoby dedykowanej do pełnienia dyżurów w Krakowie, dyskwalifikując wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie.

Swoją decyzję Zamawiający oparł na następujących okolicznościach:

a) Wykonawca wskazał 3 osoby do pełnienia dyżurów w formularzu ofertowym, jednocześnie w wyjaśnieniach podał, iż dysponuje osobą mieszkającą w Krakowie, a zatem nie będzie ponosił kosztów dojazdu (zdaniem Zamawiającego jest to niespójność);
b) Wykonawca nie ujął w wyjaśnieniach kosztów dojazdu dwóch pozostałych osób wskazanych do pełnienia dyżurów, ewentualnie innych osób - w przypadku, gdy Zamawiający skorzysta z uprawnienia, o którym mowa w § 5 ust. 2 lit c) Umowy, zaś zespół wykonawcy stanowią radcowie wykonujący działalność w Warszawie;
c) Wykonawca nie wskazał z imienia i z nazwiska osoby przebywającej w Krakowie, a zatem nie udowodnił okoliczności, na którą się powołuje.

Odnosząc się do powyższych zarzutów Zamawiającego w pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający zarzuca niespójność wyjaśnień Odwołującego, jak również opiera swoje wnioski na podstawie niepełnych informacji, jednocześnie nie wzywając Wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy z powodu niezłożenia wyjaśnień, czy też złożenia wyjaśnień niepełnych ale z uwagi na ocenę tych wyjaśnień i uznanie, iż w ich świetle cena zaoferowana za dyżur jest rażąco niska. Powyżej wskazane kwestie nie były przedmiotem zapytania Zamawiającego skierowanego do Odwołującego pismem z dnia 22 stycznia 2015 r., wobec tego Zamawiający winien ponownie wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia powyższych wątpliwości.

W szczególności przedmiotem zapytania Zamawiającego nie było to, które osoby z oferty będą wykonywać usługę dyżuru, czy wszystkie z trzech osób wskazanych do pełnienia dyżurów zamieszkują w Krakowie (jeśli nie która), jak również jak w takim wypadku będą ponoszone koszty dojazdu, a ponadto w jaki sposób Odwołujący zamierza zapewnić realizację dyżurów w przypadkach wyjątkowych tj. z razie skorzystania przez Wykonawcę z dyspozycji § 5 ust. 2 lit c) Umowy. Przedmiotem zapytania Zamawiającego było jedynie to, *Czy cena pozwala pokryć koszty realizacji tej części zamówienia i w jaki sposób, tj. jakie są części składowe 25 - Złotowej stawki za godzinę tj. podatek, koszty ubezpieczenia społecznego, koszty dojazdu na miejsce* świadczenia *dyżuru i z powrotem, koszty niezbędnego wyposażenia stanowiska pracy (komputer i amortyzacja oraz innych, których Zamawiający nie zapewnia zgodnie z SIWZ), koszty obsługi umowy (księgowej, organizacyjnej w tej części), koszty ubezpieczenia OC, wynagrodzenia osób netto, zysku Wykonawcy?*

Wykonawca udzielił wyczerpującej odpowiedzi na przedmiotowe pytanie, skoro zaś treść odpowiedzi wygenerowała dodatkowe wątpliwości Zamawiającego (nie objęte zakresem pierwotnego zapytania) Zamawiający powinien był ponownie wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż ponieważ decyzja podejmowana przez zamawiającego o odrzuceniu oferty powinna być poprzedzona żądaniem od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp może nastąpić tylko po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust 3 ustawy Pzp). Zamawiający powinien zatem mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pełni wiedzy umożliwiającej mu podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny" nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. W kwestii tej wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 lipca 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), w którym stwierdził, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Tym samym, z literalnej wykładni powyższych przepisów wynika, iż zamawiający dla rzeczywistej weryfikacji oferty wykonawcy w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do

---

przedmiotu zamówienia nie może poprzestać na jednokrotnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną". W celu podjęcia decyzji co do braku bądź istnienia podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie powziął w związku z zaproponowaną przez wykonawcę ceną, a także ze złożonymi przez wykonawcę wyjaśnieniami. Celem przepisu nakładającego obowiązek żądania wyjaśnień jest ochrona wykonawcy przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Stąd też, zamawiający mając nadal, po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, wątpliwości co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, może żądać od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, o ile w ogóle można w złożonych wyjaśnieniach doszukać się niespójności czemu Odwołujący zaprzecza, Zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zaś zaniechanie w tym zakresie i jednoczesne podjęcie decyzji, iż cena stanowi cenę rażąco niską stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 2 Pzp, poprzez nierzetelne przeprowadzenie procedury wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odrzucenie oferty z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji

Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jako taka podlega odrzuceniu.

W pierwszej kolejności podnieść należy, iż Zamawiający raz jeszcze nie dopełnił ciążących na nim obowiązku w zakresie uzasadnienia swojej decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty, nie wskazując jaki czyn nieuczciwej konkurencji popełnia w jego ocenie wykonawca. Powyższe wyłącza możliwość realnego podniesienia w powyższym zakresie środków ochrony prawnej i stanowi jawne i kolejne w ramach przedmiotowego postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.

Z tych też przyczyn Odwołujący jest w stanie kwestionować stanowisko Zamawiającego jedynie w zakresie argumentów przytoczonych w uzasadnieniu. Stanowisko w tym zakresie oparte jest na dwóch całkowicie błędnych założeniach Zamawiającego.

Zamawiający podnosi, iż wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny wskazują, iż wykonawca podając ceny jednostkowe dokonał przeniesienia rzeczywistych

kosztów, które musiałby ponieść w taki sposób, że dochodzi do finansowania jednej z nich (dyżuru) przez drugą (świadczenie oparte o stawkę godzinową). Całkowicie niezrozumiałe jest, z jakiej części wyjaśnienie Odwołującego Zamawiający wywodzi powyższe twierdzenia. Odwołujący w żadnej części wyjaśnień nie zawarł tego rodzaju informacji. Wręcz przeciwnie - Odwołujący wyjaśnił i uzasadnił, iż cena dyżuru jest sama w sobie rentowna - bez konieczności opisanego powyżej „przenoszenia kosztów".

Nadmienić należy, iż wielokrotnie w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający przypisuje wyjaśnieniom wykonawcy znaczenie, które nigdy nie zostało przez wykonawcę wyartykułowane, poszukując w ten sposób racjonalnego uzasadnienia pozbawionej wszelkich podstaw decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy - tym samym rażąco naruszając art. 7 ust. 1 Pzp.

Po drugie, uzasadnienie odrzucenia oferty z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji opiera się na założeniu, iż wykonawca celowo zaniżył cenę za dyżur aby uzyskać przewagę nad ofertą konkurencyjną, która to przewaga eliminuje ryzyko przegranej (wykonawcy konkurencyjni otrzymają ok. 8 - krotnie niższe oceny i wystąpi ok. 13 punktów różnicy względem ceny konkurencyjnej). Powyższe działanie Odwołującego zdaniem Zamawiającego dodatkowo nosi znamiona ukierunkowanego na eliminację konkretnego przedsiębiorcy na rynku. Powyższe twierdzenia są pozbawione jakichkolwiek podstaw. Aby skalkulować cenę - w sposób opisany przez Zamawiającego i zmierzający do uzyskania przewagi eliminującej ryzyko przegranej Odwołujący musiałby dysponować wiedzą odnośnie liczby wykonawców, którzy złożą oferty oraz cen, które zostaną zaoferowane. W przeciwnym

razie w żadnym wypadku Odwołujący nie ma możliwości skalkulowania ceny w sposób dający mu opisaną przewagę. Dodatkowo, aby działanie to było ukierunkowane na eliminację konkretnego wykonawcy, Odwołujący musiałby znać treść oferty przedmiotowego wykonawcy, co z oczywistych przyczyn jest absurdalne. Fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu została złożona - poza ofertą Odwołującego - jedynie jedna oferta z wyższą ceną nie może stanowić podstawy do oceniania zachowania wykonawcy jako czynu nieuczciwej konkurencji. Wystarczyłoby bowiem aby złożona była choć jedna oferta z ceną za dyżur na poziomie 100 - 150 PLN aby cena zaoferowana przez Wykonawcę w tym zakresie utraciła przewagę, o której pisze Zamawiający. Fakt, iż oferty takie nie zostały złożone, zaś jedyna oferta była wyższa nawet znacznie nie może uzasadniać oceny zachowania Odwołującego w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji.

Dodatkowo podnieść należy, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena - co zostało podniesione powyżej - nie jest rażąco niska zatem brak jest podstaw do uznania, iż wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut dotyczący niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wadliwej ocenie ofert złożonych w postępowaniu wadliwego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy GWW

Zamawiający dokonał wadliwej oceny ofert złożonych w postępowaniu i następczego odrzucenia oferty Wykonawcy - wadliwego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy GWW czym naruszył art. 91 ust. 1 Pzp w z w, z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zarzut dotyczący niezgodnego z prawem zaniechania czynności przez Zamawiającego polegającego na braku odrzucenia oferty wykonawcy GWW z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy GWW, która to oferta z uwagi na jej nie dającą się usunąć wadliwość winna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Zgodnie z treścią pkt 4 załącznika 1 do IDW dla przedmiotowego postępowania (Formularz ofertowy) wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczenia w zakresie zobowiązania do zrealizowania zamówienia, którego przedmiot jest określony szczegółowo za całkowitą cenę netto plus należy podatek VAT podaną przez wykonawcę, co stanowi całkowitą cenę brutto. Oferta wykonawcy GWW nie wskazuje całkowitej ceny netto oraz całkowitej ceny brutto za która wykonawca ten zobowiązał sie do zrealizowania zamówienia. Całkowita cena netto oraz brutto stanowią istotny postanowienie umowy oraz istotny element świadczenia wykonawcy, do którego wykonawca zobowiązuje się składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Kwota stanowiąca całkowitą cenę netto oraz całkowitą cenę brutto winna zostać wskazana - po wyborze oferty najkorzystniejszej - w § 4 ust. 1 umowy (zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym element SIWZ), który stanowi, iż strony ustalają że wynagrodzenie całkowite Wykonawcy z tytułu wykonania wszelkich zobowiązań na nim ciążących a wynikających z Umowy, w tym za wykonanie przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami, które nie może przekroczyć określonego w tym postanowieniu wynagrodzenia netto oraz brutto.

Dopiero w dalszej części wzoru umowy wskazane są stawki wynagrodzenia za roboczogodzinę (§ 4 ust. 3 i 4 wzoru umowy), co do których we wzorze umowy wskazano, iż stanowią one sposób rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy.

Kolejno wskazać należy, iż zgodnie z postanowieniami wzoru umowy wysokość całkowitej ceny brutto determinuje okres realizacji przedmiotowego zamówienia (§ 3 pkt 2 wzoru umowy). Zgodnie z tym postanowieniem termin wykonywania przedmiotu umowy

określony został do dnia 31 grudnia 2015 r. lub do wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację umowy, o której mowa w § 4 ust. 1 umowy (tj. ceny całkowitej netto / brutto).

Ponadto — zgodnie z § 12 ust. 1 wzoru umowy - od wysokości całkowitego wynagrodzenia brutto uzależniona jest wysokość gwarancji należytego wykonania umowy.

Całkowita cena netto oraz całkowita cena brutto stanowią zatem istotny element zobowiązania wykonawcy, do którego wskazania wykonawca był zobowiązany zgodnie z treścią formularza ofertowego. Brak wskazania tego elementu zobowiązania wykonawcy stanowi uchybienie, które nie podlega konwalidacji w drodze wezwania czy też uzupełnienia przez Zamawiającego. Tym samym oferta wykonawcy GWW winna zostać przez Zamawiającego odrzucona, jako niezgodna z treścią SIWZ, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferta GWW nie zawiera koniecznego elementu oświadczenia, oczekiwanego przez Zamawiającego i wyraźnie wyartykułowanego w treści SIWZ. Co więcej wskazać należy, że to Wykonawca określa cenę za jaką chce zrealizować przedmiot zamówienia, a nie Zamawiający. W ofercie GWW cena, za którą GWW chce zrealizować zamówienie nie została podana przez wykonawcę. Jednocześnie GWW w formularzu ofertowym wskazuje, że „W związku z brakiem metodologii obliczenia całkowitej ceny, pozostawiamy niewypełnione".

Pomimo powyższego wyraźnego i niekwestionowanego uchybienia, które w rezultacie uniemożliwia zawarcie umowy zgodnie z wzorem umowy, Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy, uznając ją na ofertę najkorzystniejszą. Oczywiste i rażące zaniechanie Zamawiającego nie tylko skutkuje naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ale również godzi w treść art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, naruszając zasady uczciwej konkurencji.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP stanowi podstawę do odrzucenia oferty w sytuacji jej niezgodności z treścią SIWZ, z tym zastrzeżeniem, iż zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający może samodzielnie poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące jednak istotnych zmian w treści oferty.

Podnieść należy, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1420/10, lex 612203), *omyłki podlegające poprawieniu to takie, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a ponadto takie, które są możliwe do poprawienia przez zamawiającego bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia ustalonych przez siebie cen i na ich podstawie obliczenia końcowej ceny za realizację zamówienia - wskazanie zarówno cen jednostkowych, jak i ceny za realizację całego zamówienia jest uprawnieniem i obowiązkiem wyłącznie wykonawcy. W uzasadnieniu tego orzeczenia Izba wskazała, iż Prowadzenie zaś korespondencji z wykonawcą w tym zakresie prowadziłoby do negocjacji, co z kolei byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust 1 ustawy p.z.p. Omyłki, które mogą być poprawione w*

świetle *art. 87 ust. 2pkt3p.z.p. powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawienia mógł dokonać zamawiający samodzielnie [...].*

Również w orzeczeniu z dnia 3 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 77/14) Izba wskazała, iż *do rangi istotnych postanowień SIWZ, a zarazem oferty zamawiający ma prawo zaliczyć takie postanowienia, które stanowią oznaczone wymogi do wykazania w ofercie, przy pomocy których zamawiający chce zrealizować swoje uzasadnione zamierzenia. Zamawiający powinien z góry w SIWZ podać za niespełnienie jakich wymagań, oferta zostanie odrzucona. Takim postanowieniem istotnym jest cena całkowita, czy też ceny jednostkowe służące do rozliczeń stron w trakcie realizacji umowy.*

W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty złożonej przez GWW bez uprzedniego wzywania do wyjaśnień czy samodzielnego dokonania poprawy oferty w tym zakresie. Ewentualne wezwanie wykonawcy do poprawienia oferty w tym zakresie, czy też samodzielne poprawienie przez Zamawiającego treści oferty stanowiłoby naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 3 pkt 3 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W szczególności wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany jej treści (z zastrzeżeniem ust. la i 2).

Z ostrożności - na wypadek samodzielnego poprawienia przez Zamawiającego opisanego powyżej uchybienia, względnie w przypadku dokonania tego po uprzednim wezwaniu wykonawcy, Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcę w zakresie ceny, ewentualnie poprawienie oferty

powodujące istotne zmiany w jej treści.

Zarzut braku wykluczenia wykonawcy GWW z uwagi na brak zabezpieczenia oferty wadium

W toku postępowania Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów PZP poprzez brak wykluczenia oferty wykonawcy GWW pomimo, iż oferta tego wykonawcy nie została zabezpieczona wadium.

W treści oferty wykonawcy, na stronie 8 - spis załączników, w doz. 1 wykonawca podał - Potwierdzenie zapłaty wadium (23.750). Do oferty nie został przez GWW załączony dowód w postaci potwierdzenia zapłaty wadium. Pomimo, że GWW złożył oświadczenie, że wadium zostało przez niego wpłacone w wysokości 23.750 PLN Zamawiający - w sposób całkowicie nieuprawniony - załączył do akt postępowania rzekomy dowód uiszczenia wadium wygenerowany z systemu bankowego Zamawiającego, wskazujący na dokonanie wpłaty

kwoty 22.000 PLN z rachunku bankowego GWW W. i Wspólnicy sp. k. Poza rozbieżnością w zakresie kwoty wadium (zgodnie z oświadczeniem 23.750 PLN a zgodnie z potwierdzeniem wygenerowanym przez Zamawiającego 22.000 PLN. Z potwierdzenia przelewu wygenerowanego przez Zamawiającego i załączonego do akt postępowania wynika, że kwota 22 000 PLN dotyczy: Wadium w postępowaniu przetargowym: Polska - Warszawa Usługi w zakresie doradztwa prawnego. nr 2014/S 299-40457. Z całą stanowczością należy podkreślić, że oferta GWW nie została zabezpieczona wadium. Opisanie przelewu za pomocą numeru i nazwy innego postępowania jest jednoznaczne i nie pozostawia wątpliwości - wadium zostało wpłacone na zabezpieczenie innej oferty niż oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z treścią SIWZ, pkt. 11.7 SIWZ wadium wnoszone w pieniądzu należy przelać na następujący rachunek Zamawiającego Bank PKO BP - 45 1020 1042 0000 8602 0220 8460. W tytule przelewu należy podać: „Wadium w postępowaniu przetargowym: 6060/ICZ4/000001/14/P". Ponadto, zgodnie z pkt 11.8 SIWZ Wykonawca jest zobowiązany podać w treści przelewu numer referencyjny zamówienia. Numer referencyjny zamówienia został wskazany na stronie tytułowej SIWZ (6060/ICZ4/000001/14/P).

Po pierwsze zatem wskazać należy, iż Zamawiający nie miał żadnych podstaw ku temu, aby samodzielnie załączać do oferty wykonawcy wygenerowany z własnego systemu bankowego dowód uiszczenia wadium, co więcej złożonego celem zabezpieczenia oferty w innym postępowaniu - zawierający wskazanie zupełnie innego numeru i nazwy postępowania. Tym samym Zamawiający przyjął domniemanie, iż wadium - dotyczące innego postępowania - zabezpiecza ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe pozostaje w rażącej sprzeczności z treścią art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten uprawnia Zamawiającego wyłącznie do poprawienia omyłek w treści oferty i tylko o ile nie powodują one istotnej zmiany treści oferty. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, brak jest możliwości poprawienia omyłek w dokumencie, który nie stanowi treści oferty (wyrok KIO z dnia 7 lipca 2014 r., sygn. akt KI01298/14 oraz wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 641/14).

Ponadto, w świetle postanowienia Naczelnego. Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 stycznia 2010 r., sygn. akt II FSK 273/20 09 które można zastosować na zasadzie analogii do niniejszej należy, dopuszczalnej sprawy wskazać że Zidentyfikowanie tytułu przelewu należy do osoby go dokonującej i nie można odpowiedzialności w tym zakresie przerzucać na sąd i z uzasadnienia to postanowienia: opisanie przelewu było jednoznaczne i nie pozostawiało żadnych wątpliwości interpretacyjnych Bez znaczenia dla sprawy jest argumentacja pełnomocnika, iż należało ten wpis niejako „przypisać" do przedmiotowej sprawy ponieważ tylko jedna sprawa toczyła się ze skargi L.K. w tym czasie.

W świetle powyższego Zamawiający nie miał możliwości poprawienia / uzupełnienia / czy też wezwania do poprawienia / uzupełnienia w zakresie wadliwego zabezpieczenia oferty wadium, a działanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi rażące naruszenie wskazanych powyżej przepisów prawa.

W przedmiotowym czasie Zamawiający prowadził kilka postępowań przetargowych na świadczenie usług doradztwa prawnego, w szczególności w dniu 17 grudnia 2014 r.

Zamawiający ogłosił postępowanie na usługi doradztwa prawnego dla PKP Polskie Linie Kolejowe 5.A. Centrum Realizacji Inwestycji (Regiony) w zakresie zadań inwestycyjnych realizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., gdzie wykonawcy mogli składać ofertę na jedną z czterech części, z których każda zabezpieczana była wadium. W tych okolicznościach brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia domniemania, iż przedmiotowe potwierdzenie przelewu dotyczy wadium dla niniejszego postępowania.

Jednocześnie wskazać należy, iż brak w dokumencie potwierdzającym wpłatę kwoty 22.000 PLN (wygenerowanym przez Zamawiającego) wskazania, iż kwota ta zabezpiecza przedmiotowe postępowanie (ani tytuł postępowania wskazany w potwierdzeniu przelewu ani numer nie odpowiada danym dotyczącym niniejszego postępowania) czyni nieskutecznym ustanowienie zabezpieczenia oferty wadium, gdyż na podstawie takiego dokumentu Zamawiający nie miałby możliwość zaspokojenia w przypadku istnienia podstaw do zatrzymania wadium w niniejszym postępowaniu, gdyż kwota 22.000 PLN została wpłacona tytułem wadium dla innego niż przedmiotowe postępowania. Wykonawca nie wniósł zatem skutecznie wadium dla przedmiotowego postępowania, a brak ten nie może zostać w żaden sposób uzupełniony.

W tych okolicznościach wykonawca GWW winien zostać wykluczony z postępowania, jego oferta powinna zostać odrzucona, gdyż oferta nie została w sposób prawidłowy zabezpieczona wniesieniem przez wykonawcę wadium. Zamawiający naruszył zatem przepisy PZP poprzez zaniechanie tej czynności. Naruszenie dotyczy art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez uznanie, iż dokonana przez wykonawcę GWW wpłata kwoty 22.000 tytułem wadium, z dnia 17 grudnia 2014 r. stanowi skutecznie wniesione wadium, a tym samym dokonanie niedozwolonej zmiany treści oferty w zakresie jej istotnego postanowienia, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 7 ust 1 Pzp.

Zarzutu braku wykluczenia wykonawcy GWW z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty GWW, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia podmiotu opisanego w pkt 8.2.2. IDW, 8.5.2. IDW w zw. pkt 9.1.3. ID W.

Zgodnie z tymi postanowieniami SIWZ wykonawca powinien wykazać, iż we wskazanym w tym punkcie terminie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert świadczył usługi wsparcia prawnego strony dla minimalnie 2 a maksymalnie 6 podmiotów, o określonej w tych postanowieniach łącznej wartości wynagrodzenia brutto wynoszącej 1.000.000,00 PLN, przy czym usługi te obejmowały określone szczegółowo czynności (opinie prawne, reprezentacje, doradztwa), zaś niezbędnym wymogiem było aby czynności te dotyczyły realizacji umów o roboty budowlane, prace projektowe lub nadzór inżynierski z zakresu Infrastruktury. Przy tym, zgodnie z pkt 1.3. j) SIWZ pod pojęciem Infrastruktury rozumieć należy: Infrastrukturę liniową i punktową z zakresu infrastruktury transportowej w tym drogowej i kolejowej oraz transportu morskiego i lotniczego lub liniową infrastrukturę techniczną tj. sieci przesyłowe z zakresu energetyki, dostarczania ciepła, wody lub infrastrukturę telekomunikacyjną.

Zamawiający wezwał GWW do wyjaśnień w zakresie spełniania przedmiotowego warunku. W odpowiedzi na powyższe wykonawca przedłożył - zgodnie z pkt 9.13. SIWZ referencje, które nie potwierdzają, że wykonywane usługi dotyczyły umów o roboty budowlane, prace projektowe lub nadzór inżynierski z zakresu infrastruktury, w rozumieniu warunków SIWZ. Jedynie dwie z kilkunastu przedłożonych referencji mogą potencjalnie spełniać powyższe wymogi tj. referencja z dnia 23 lipca 2013 r. z Urzędu Województwa Warmińsko Mazurskiego w Olsztynie oraz referencja z dnia 13 listopada 2013 r. z Ministerstwa Rozwoju Regionalnego. Pierwsza ze wskazanych referencji podaje jako kwotę wynagrodzenia wykonawcy 57.441,00 PLN, druga zaś 60.000 PLN, a zatem nie potwierdzają one spełniania warunku udziału w postępowaniu w pełnym zakresie kwotowym określonym w pkt 8.5.2. IDW. W tych okolicznościach wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia podmiotowego, a zatem wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, zaś jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

Brak wykluczenia wykonawcy GWW, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego

wykonawcy, pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia podmiotu określonego w pkt 8.2.2. IDW, 8.5.2. IDW i w pkt 9.1.3. IDW, stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PzpP w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Zarzut dotyczący niezgodnego z prawem zaniechania czynności przez Zamawiającego polegającego na braku wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego

Mając na uwadze wskazane okoliczności Odwołujący podnosi, iż Zamawiający wtoku przedmiotowego postępowania dopuścił się rażących uchybień przepisom PZP, konsekwencją czego był brak oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ dla Postępowania, jak również brak wyboru, jako najkorzystniejszej

w Postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę, pomimo, iż oferta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, zawiera najniższą cenę, brak jest podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ i/lub rażąco niską cenę i/lub czyn nieuczciwej konkurencji, jak również stanowi jedyną ofertę złożoną w postępowaniu, która nie podlega odrzuceniu. Powyższe zaniechanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP.

Konkludując, wniesienie odwołanie uznano za konieczne i uzasadnione.

Jednocześnie Odwołujący dodał, że w przypadku rażącego naruszenia przepisów PZP dla zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej (jakim jest przedmiotowe zamówienie) Zamawiający naraża się na utratę kwalifikowalności wydatków poniesionych w związku z przedmiotowym zamówieniem.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania z uwagi na niespełnienie przez Odwołującego przesłanki interesu w ujęciu art. 179 ustawy Pzp, w przypadku zaś nieuwzględnienia tego argumentu przez Izbę, wnoszono o oddalenie odwołania w całości z powodu niezasadności podniesionych zarzutów.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Szkoda polegała będzie na nieuzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże

łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, „który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi

dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia" (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11).

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego" zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia Odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Skład orzekający Izby w przedmiotowej sprawie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 roku (sygn. akt XXIII Ga 924/14) odnośnie zagadnienia upływu terminu związania ofertą i wpływu tego terminu na byt oferty w postępowaniu. Upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Jednocześnie przychylić należy się do stanowiska, że jeżeli zamawiający zdecydował się na wezwanie przedłużenia terminu związania ofertą, to takie wezwanie winien skierować do wszystkich wykonawców, a dodatkowo (jeżeli wezwanie to ma miejsce po wyborze oferty najkorzystniejszej), to wykonawcę wybranego należy w takim przypadku dodatkowo zobowiązać do przedłużenia ważności wadium. W przypadku braku takiego wezwania,

Zamawiający nie może powoływać się na utratę przez Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. Odwołujący samodzielnie przedłużył termin związania ofertą, co sprawiło, że nie stracił statusu wykonawcy w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca GWW W. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp. p. z siedzibą w Warszawie. Przystąpienie spełniało przesłanki formalne i uznane zostało za skuteczne. Przystępujący złożył pisemne stanowisko, w którym wnioskował o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzuty dotyczące niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, złożenia oferty z rażąco niską ceną oraz zarzut dotyczący złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Za uznaniem zasadności stanowiska Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego wpływ miały postanowienia SIWZ, opis sposobu obliczenia ceny oraz ustalone w postępowaniu kryteria oceny ofert, w tym przede wszystkim kryterium ceny (40%). Kryterium to składało się z dwóch podkryteriów: ceny za roboczogodzinę (25 punktów) oraz ceny za dyżur (15 punktów). Niewątpliwie więc wysokość poszczególnych cen jednostkowych i sposób ukształtowania tych cen przez poszczególnych wykonawców miały wpływ na wynik postępowania przetargowego.

Opisując sposób obliczenia ceny natomiast Zamawiający wyraźnie podał, że cena ofertowa brutto stawki godzinowej oraz zryczałtowana cena za pełnienie dyżurów musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

33

Podkreślić należy, iż w orzecznictwie dopuszczono możliwość badania cen jednostkowych, jeżeli wartości te stanowić będą samodzielną postawę rozliczania wynagrodzenia oraz oceniane są w sposób odrębny. Taki zaś system rozliczania i oceny przyjęty został w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, kosztów pracy oraz wypływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

34

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, jednoznacznie podkreślić należy, że w ocenie składu orzekającego Izby przedmiotowej sprawie, wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jednostkowa za pełnienie dyżuru nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego, zwłaszcza tak szczegółowo sformułowane, jak w tym postępowaniu. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, iż wezwanie w każdym przypadku nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną,

niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisania czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami" czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W odrzuconej ofercie cena za godzinę wynosi 197 zł netto, natomiast zryczałtowana cena za godzinę dyżuru wynosi 25 zł netto. W ocenie Izby wykonawca w złożonych

wyjaśnieniach nie przedstawił wiarygodnych okoliczności, które przemawiałyby za prawidłowością sporządzonej przez niego kalkulacji.

Bez znaczenia w ocenie Izby pozostaje okoliczność, że czas pełnienia dyżurów stanowi jedynie 5,4 % całego wymiaru usługi. Co prawda można zgodzić się z twierdzeniem, że tak niewielki procent zamówienia nie może zadecydować o rentowności dla całego kontraktu i co najmniej dziwnym byłoby wymaganie od wykonawców, aby tak skalkulowali poszczególne stawki, aby kwota ryczałtowa za dyżur pozwoliła im na osiągnięcie zysku z umowy. Tym niemniej, zwłaszcza w obliczu przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, jeżeli w przyszłej umowie przyjęto sposób rozliczenia przy użyciu stawek godzinowych za doradztwo i pełnienie dyżuru, to każda z podanych stawek winna odrębnie uwzględniać realia rynkowe i odzwierciedlać koszty rzeczywiście przez wykonawcę ponoszone, za które może żądać od Zamawiającego zapłaty. Miarą bowiem kontraktu będzie cena za usługi rzeczywiście wykonywane, bez względu na to w jakiej proporcji w odniesieniu do poszczególnych elementów kontraktu (odrębnie doradztwo i dyżur) usługi te będą przez Zamawiającego zlecane do wykonania. Izba w złożonych wyjaśnieniach i prezentowanej przez Odwołującego na rozprawie argumentacji nie znalazła podstaw, aby uznać, że kwota 25 zł netto za godzinę dyżuru specjalisty pokrywa rzeczywiste koszty tego dyżuru.

Co więcej, nie można zapominać, iż stawka za pełnienie dyżuru stanowiła jedno z kryterium oceny ofert, w ramach ogólnego kryterium ceny. Wysokość tej stawki, wbrew twierdzeniom Odwołującego, mogła mieć znaczący wpływ na uzyskaną punktację, a tym samym mogła przełożyć się na większe szanse wykonawcy na uzyskanie kontraktu. Jeżeli wykonawca uważał, że przyznanie części świadczenia o znikomym wpływie na przedmiot zamówienia jest zbyt wysoko oceniane przez Zamawiającego (5% wartości całego świadczenia w odniesieniu do ocenianej 15% wagi tego świadczenia), to na wcześniejszym etapie postępowania mógł zakwestionować ustalone kryteria oceny ofert.

Choć nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, iż Odwołujący przyznał, że część kontraktu przypadająca na świadczenie dyżurów nie jest dla niego rentowna, to już ze złożonych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że jedyny uwzględniony przez wykonawcę koszt odnosi się do wynagrodzenia osoby pełniącej dyżur. Takie zaś skalkulowanie pozycji w ujęciu zapisów SIWZ, w ocenie składu orzekającego Izby, uznać należało za niewłaściwe. Wykonawca zobowiązany był do uwzględnienia wszystkich kosztów bezpośrednich i pośrednich odrębnie dla stawki godzinowej i stawki za dyżur. Ponoszone więc koszty należało stosownie do zakresu ich występowania uwzględnić odrębnie dla każdej

z wymienionych stawek. Nie można się w takim przypadku zgodzić, iż jedynym kosztem w przypadku dyżurów będzie koszt wynagrodzenia dla osoby przewidzianej do pełnienia dyżuru. A nawet gdyby przyjąć, że założenie to było słuszne, to wątpliwym wydaje się, aby specjalista na poziomie kwalifikacji i doświadczenia opisanego w SIWZ pełnił dyżur, na

36

---

którym udzielał będzie porad prawnych za 25 zł netto za godzinę. Nawet jeżeli pełnienie dyżurów polegać ma na bezpośrednim udzielaniu porad, uzgadnianiu i parafowaniu dokumentów, udzielaniu wyjaśnień i konsultacji, to praca merytoryczna eksperta podczas takiego dyżuru nie różni się aż tak diametralnie od pracy tego samego eksperta podczas innych form świadczenia usług doradztwa prawnego, adekwatnego do charakteru czynności, aby możliwa była jej wycena na poziomie prawie 10 krotnie niższym niż cena za stawkę godzinową usługi. Nie może być tak, że czynności wykonywane na dyżurze sprowadzone zostaną do prostych czynności administracyjnych, a kluczowe usługi świadczone będą musiałby być w ramach stawki godzinowej. Zamawiający po to w ramach umowy przewidział dyżury, aby w trakcie ich wykonywania możliwe było uzyskanie pomocy prawnej w pełnym zakresie od profesjonalnego eksperta. Potwierdzają powyższe zestawienia złożone na rozprawie przez samego Odwołującego (dokumenty pt. „Wsparcie prawne"). Z zestawienia wynika, że niektóre z konsultacji zajmują cały dyżur i bynajmniej nie polegają na parafowaniu dokumentów, ale dotyczą między innymi zapisów umowy o pełnienie nadzoru autorskiego, postępowania Zamawiającego w związku ze zgłoszonymi roszczeniami na wykonywanym kontrakcie.

Argumentacja Odwołującego, że koszty gotowości personelu merytorycznego, administracyjnego, koszty biura, ubezpieczenia OC i inne koszty ogólne nie powstają lub ponoszone są już z uwagi na pozostałą działalność zawodową wykonawcy i nie będą pokrywane z wynagrodzenia za świadczenie dyżuru także nie jest prawidłowa. W świetle zapisów rozdziału 13 SIWZ, koszty pośrednie w część odnoszącej się do stawki za dyżur w ramach realizacji tego konkretnego kontraktu powinny być w tej stawce uwzględnione. Słusznie Zamawiający uznał, że po stronie wykonawcy nastąpiło zapewne przeniesienie kosztów miedzy pozycjami lub też ujęcie części niezbędnych kosztów w innych pozycjach lub pozostałej działalności wykonawcy. Wykonawca powinien więc w kalkulacji uwzględnić koszty ogólne, w takiej część, w jakiej odnoszą się one do realizacji kontraktu. Izba nie ma bynajmniej na myśli podwójnego zaliczania tych kosztów, ale takie rozdzielenie kosztów, aby oddawały one rzeczywisty nakład pracy w ramach umowy. Nie jest też tak, że wykonawca nie będzie ponosił dodatkowych kosztów z powodu realizacji przedmiotowego zamówienia. Zwiększeniu ulegnie choćby zakres obowiązków do wykonania z tytułu świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, a tym samym zakres i czas zaangażowania (choćby pracowników) do należytego wykonania tych obowiązków. Być może zwiększeniu nie ulegną koszty administracyjne (np. utrzymania biura), jednakże część tych kosztów powinna zostać uwzględniona (proporcjonalnie) w stawce za dyżur. Sposób kalkulacji ceny za pełnienie dyżuru przez Odwołującego mógł zaważyć na uznaniu treści oferty za niezgodną z treścią SIWZ, w tej części, gdzie zapisy specyfikacji szczegółowo odnosiły się do kalkulacji ceny oferty.

37

Ponadto, co słusznie zauważył Przystępujący, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tezy, że cena 25 zł netto jest ceną rynkową. Dopiero na rozprawie przed Izbą złożono informacje o wynikach postępowań, gdzie stawki za świadczenie pomocy prawnej wahały się na poziomie kilkudziesięciu złotych, ale w żadnym z tych postępowań cena nie osiągnęła tak niskiego poziomu. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty bazował na wyjaśnieniach i informacjach przedstawionych przez wykonawcę w toku postępowania przetargowego. Składanie materiału dowodowego dopiero w toku rozprawy uznać należy za spóźnione. Izba zobowiązana jest bowiem do oceny poprawności działania Zamawiającego, biorąc pod uwagę materiał, którym ten dysponował oceniając ofertę. Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia przedmiocie rażąco niskiej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca przedstawił Zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań., dowodzące

możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a Zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które konkretną kalkulację umożliwiają, Zamawiający powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoliłoby mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zachodziły również okoliczności przemawiające za koniecznością ponownego wzywania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Uzyskanie kolejnych wyjaśnień byłoby uzasadnione, gdyby Zamawiający miał wątpliwości co do złożonych pierwotnie wyjaśnień. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie miał wątpliwości odnośnie treści złożonych wyjaśnień. Zamawiający nie zgadzał się po prostu z założeniami wykonawcy przyjętymi do kalkulacji i w decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej przeprowadził polemikę ze stanowiskiem i argumentacją Odwołującego.

Reasumując tę część stanowiska Izby, Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił szczególnych okoliczności, które mogłyby spowodować, że znajduje się on w sytuacji korzystniejszej od innych wykonawców. Decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp uznano za prawidłową.

Na marginesie Izba odniesie się do brzmienia § 4 ust. 1 i 2 wzoru umowy, ponieważ zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący poświęcili w odwołaniu i pismach procesowych temu postanowieniu umowy wiele miejsca, choć w ocenie składu orzekającego Izby, treść tych zapisów umownych pozostaje bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Analizując powyższe

zapisy przychylić należy się do interpretacji Odwołującego. W ocenie Izby z § 4 ust. 2 wzoru umowy nie wynika, że Zamawiający może realizować przedmiot świadczenia tylko w zakresie dyżurów. Z zapisu tego wynika raczej, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do ograniczenia zakresu świadczenia w całości, a więc łącznie z dyżurami. Może to oznaczać, że Zamawiający nie gwarantuje wykonawcy, który uzyska kontrakt, że ten zostanie zrealizowany w całości, to jest do górnego kwotowego pułapu przewidzianego w § 4 ust. 1 wzoru umowy. Nie jest tak, że jakiekolwiek postanowienia SIWZ ograniczały możliwość zlecania wykonawcy pracy tylko w zakresie dyżurów lub tylko w zakresie wykraczającym poza dyżury. Zdaniem składu orzekającego powyższe postanowienia umowne nie mają jednak wpływu na sytuację prawną Odwołującego w postępowaniu, ponieważ ani § 4 ust. 2 wzoru umowy, ani też jakikolwiek inny zapis SIWZ nie dopuszczał możliwości pominięcia niezbędnych kosztów w pozycji cenowej dotyczącej dyżurów. Tym samym obowiązkiem wykonawcy było na tyle rzetelne wycenienie każdej ze składowych kontraktu, aby oddawała ona rzeczywiste koszty, bez względu na to, w jaki sposób Zamawiający umowę będzie realizował.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do czynu nieuczciwej konkurencji, Izba podziela stanowisko wynikające z orzecznictwa przytoczonego przez Zamawiającego i Przystępującego.

Biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, niewątpliwie zaoferowanie stawki za pełnienie dyżuru eksperta na znacząco niższym niż wynikający z ofert konkurencyjnych poziomie, mogło wpłynąć na sytuację wykonawcy w postępowaniu i w większym stopniu gwarantować mu możliwość uzyskania zamówienia. Przez rozłożenie cenowe w określony sposób, wykonawca z pewnością dążył do uzyskania lepszej punktacji. Oczywistym jest, iż nie w każdym przypadku przyjęcie takich założeń skutkować musi uznaniem, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu nie można zapominać o założeniach, jakie do wyceny określił Zamawiający. Zaoferowanie wykonywania świadczenia poniżej cen rynkowych, z nieuwzględnieniem w jednej ze stawek niezbędnych kosztów może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Choć przez złożenie oferty przez Odwołującego nie doszło do wyeliminowania jakiegokolwiek wykonawcy z rynku, to w tym konkretnym przypadku możliwe jest uznanie, że wykonawca działał w zamiarze uzyskania przewagi nad konkurentami w sposób nie zasługujący na aprobatę, czym naruszył dobre obyczaje, a działania takie nie wpisują się w reguły współzawodnictwa i walki konkurencyjnej w obrębie przyjętego kryterium.

W ocenie Izby nie potwierdziły się również zarzuty skierowane w stosunku do informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego. Zdaniem

39

Izby Odwołujący otrzymał wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne stanowiska Zamawiającego. Jednoznacznie wskazano przyczyny odrzucenia oferty, podano podstawę prawną powyższej czynności i przedstawiono argumentację merytoryczną (uzasadnienie faktyczne). W postępowaniu nie doszło również do niedozwolonej modyfikacji SIWZ po terminie składania ofert. Wykonawca i Zamawiający w sposób odmienny interpretują raczej zapisy tego dokumentu i na tym tle powstał między Stronami postępowania spór.

Zarzut dotyczący niezgodnego z prawem zaniechania czynności przez Zamawiającego polegającego na braku odrzucenia oferty wykonawcy GWW z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ

Rozdział 13 SIWZ (Opis sposobu obliczania ceny) stanowił, że podana w ofercie cena ofertowa brutto stawki godzinowej oraz zryczałtowana cena za pełnienie dyżurów musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług. Cenę stawki godzinowej oraz sposób jej przedstawienia określał formularz ofertowy (załącznik nr 1). Zamawiający przewidział, że średni czas zaangażowania wykonawcy w miesiącu wyniesie około 415 godzin.

W formularzu ofertowym należało podać całkowitą cenę netto, podatek VAT i całkowitą cenę brutto za realizację przedmiotowego zamówienia. Ponadto należało określić stawkę godzinową w rozbiciu netto, podatek VAT, brutto oraz cenę netto, podatek VAT, brutto za świadczenie dyżuru.

Zgodnie z § 4 wzoru umowy przy zawieraniu umowy należało będzie podać kwotę wynagrodzenia całkowitego z tytułu wykonania wszelkich zobowiązań za wykonanie przedmiotu zamówienia, które nie będzie można przekroczyć w rozbiciu na wynagrodzenie netto, podatek VAT oraz wynagrodzenie brutto (§ 4 ust. 1). Zamawiający zastrzegł, że nie gwarantuje zlecania doradztwa prawnego za kwotę wynagrodzenia wskazanego w ust. 1 i z tego tytułu wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia. W § 4 ust. 3 określono, że wynagrodzenie wykonawcy rozliczane będzie w oparciu o stawki godzinowe, z podaniem kwoty tej stawki. Należało także określić wynagrodzenie wykonawcy za świadczenie dyżuru (2 h pracy członka zespołu ekspertów) w rozbiciu na wynagrodzenie netto, podatek VAT oraz wynagrodzenie brutto. Zgodnie z § 3 umowa ma trwać do 31 grudnia 2015 roku lub do czasu wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację umowy, o której mowa w § 4 ust. 1 wzoru.

Przystępujący nie wypełnił rubryki formularza ofertowego odnoszącego się do całkowitej kwoty wynagrodzenia. W formularzu zamieścił uwagę, że z powodu nie podania metodologii obliczenia całkowitej ceny, pozostawia formularz w tym miejscu niewypełniony.

40

Odwołujący natomiast w tej rubryce wpisał wartość szacunkową zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT.

Faktem jest, że Zamawiający przyjął w postępowaniu sposób rozliczania wynagrodzenia przy zastosowaniu stawki godzinowej i ryczałtu za dyżur. Określił również średni miesięczny czas zaangażowania wykonawcy. Nie określił już jednak, jak pojęcie średniego miesięcznego zaangażowania należy rozumieć, to znaczy czy czas ten obejmuje tylko godziny za doradztwo prawne, czy też godziny za doradztwo i pełnienie dyżurów. Nie podano również czy maksymalną wartością umowną ma być iloczyn stawki i liczby godzin. Stąd niewątpliwie słuszne są twierdzenia Przystępującego, iż nie do końca jasna wydawać się mogła metodologia obliczenia ceny całkowitej, co prowadzić mogło do trudności z określeniem ceny całkowitej wynagrodzenia należnego dla wykonawcy. Świadczy o tym fakt, iż Odwołujący jako cenę całkowitą podał kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a więc maksymalną nominalną wartość zobowiązania, z której będzie Zamawiający zobowiązany będzie się wywiązać i świadczenie realizować. Tym samym kwota podana przez Odwołującego nie była iloczynem średniego miesięcznego zaangażowania wykonawcy i stawki za godzinę pracy (ewentualnie

powiększoną o kwotę ryczałtu za dyżur).

Z drugiej strony przyjęty w postępowaniu sposób rozliczenia w żadnej mierzy nie był powiązany z wartością ceny całkowitej. Jedynie powiązanie, do którego ewentualnie można się odnosić wynikało z postanowień wzoru umowy, że Zamawiający realizował będzie umowę do czasu wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację umowy. Zestawiając ze sobą te informacje, słuszne wydaje się przyjęcie tezy, według której wykonawca realizował będzie umowę za ceny jednostkowe określone szczegółowo w formularzu ofertowym, do czasu wyczerpania kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, znanej wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, z uwagi na wskazanie wartości szacunkowej zamówienia, a nie kwoty, którą wykonawca musiał samodzielnie obliczyć (z uwagi na brak składowych do przeprowadzenia działań). Zatem stwierdzić można również, że sposób prezentacji ceny w ofercie Przystępującego zgodny jest z wymaganiami SIWZ. Wykonawca podał stawki jednostkowe niezbędne do rozliczania umowy. Poprawienie oferty Przystępującego przez wpisanie w rubrykę całkowitej ceny kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia nie jest zmianą treści zobowiązania wykonawcy, w przypadku, gdy Zamawiający tak naprawdę nie określił metody obliczenia ceny całkowitej oferty, czyli wysokości tego zobowiązania. Nie można uznać, że metoda poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego była niezgodna z brzmieniem art. 87 ustawy Pzp, czy że poprawienie to doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty wykonawcy lub też niedozwolonych negocjacji między wykonawcą a Zamawiającym. Poprawa polegała przecież na wpisaniu kwoty

tożsamej z kwotą podaną przez Odwołującego. Zamawiający nie przeprowadzał samodzielnych wyliczeń. Nie było również konieczne pytanie wykonawcy o cenę całkowitą. Odmienność oferty Przystępującego dotyczy sposobu prezentacji ceny, który wynikał z formularza ofertowego, nie jest to odmienność o charakterze merytorycznym, która dyskwalifikowałaby oświadczenie woli wykonawcy. To bowiem (odnoszące się do cen jednostkowych) określone zostało w sposób prawidłowy.

Niewątpliwie z wartością wynagrodzenia całkowitego powiązane są zabezpieczenie należytego wykonania umowy, czy też określenie wysokości kar umownych ale za zbyt daleko idący należało uznać wniosek Odwołującego, że w postępowaniu nie można mówić, że złożona została oferta w rozumieniu przepisów prawa. Zauważyć należy, że choć § 4 ust. 1 stanowi o wynagrodzeniu całkowitym z tytułu wykonania wszelkich zobowiązań za wykonanie przedmiotu zamówienia, którego nie będzie można przekroczyć, to już § 3 odnosi się do wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, a więc pojęcia zdefiniowanego w ustawie Pzp.

Dostrzeżenia wymaga niekonsekwencja Zamawiającego w sposobie konstruowania poszczególnych dokumentów w postępowaniu i zamiennego używania pojęć. Zdaniem składu orzekającego Izby formularz oferty i postanowienia wzoru umowy nie są ze sobą spójne. Jeżeli Zamawiający chciał określić maksymalny pułap swojej odpowiedzialności, to wymaganie podania ceny całkowitej oferty wydaje się zbędne. Wystarczyło wówczas wskazanie, że umowa realizowana będzie do wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Jeżeli jednak Zamawiający chciał, aby maksymalną wartością zobowiązania była kwota wyliczona przez wykonawcę, to w sposób szczegółowy należało określić metodę wyliczenia tej kwoty i zaznaczyć bezwzględny obowiązek jej podania w ofercie. Wówczas dopiero zastosowana w postępowaniu konstrukcja formularza ofertowego miałaby sens i była adekwatna do potrzeb Zamawiającego. Z uwagi na wspomnianą niekonsekwencję Zamawiającego, przy wykładni zapisów SIWZ należało przyjąć interpretację korzystniejszą dla Wykonawców, mianowicie że dopuszczalne było wpisanie w formularzu ofertowym jako ceny całkowitej wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT. To z kolei prowadzi do konieczności zaakceptowania sposobu poprawienia formularza w ofercie Przystępującego.

Co do złożonego przez Odwołującego na rozprawie dowodu postaci rozstrzygnięcia Zamawiającego z innego postępowania, w którym oferta Przystępującego została odrzucona, to zauważyć należy, iż wykonawca zobowiązany był wówczas do podania miesięcznej kwoty wynagrodzenia, a Przystępujący określił w ofercie stawkę godzinową. Są to więc diametralnie odmienne dane i z tego powodu ofertę odrzucono. Nie była to więc sytuacja adekwatna do przedmiotowego postępowania.

Zarzut braku wykluczenia wykonawcy GWW z uwagi na brak zabezpieczenia oferty wadium

Zarzut uznano za niezasadny. Zgodnie z treścią art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, wadium wnosi się (zgodnie z wyborem wykonawcy) w pieniądzu (przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego) lub też w innej formie bezgotówkowej (poręczeniach bankowych, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej).

Bez wątpienia, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał uiszczenia wadium w wysokości 22 000,00 zł. Bez wątpienia również taka kwota znalazła się na rachunku Zamawiającego, wpłacona została przez Przystępującego a potwierdzenie przelewu opisane zostało w sposób wskazany w odwołaniu przez Odwołującego.

W doktrynie Prawa zamówień publicznych przyjmuje się, że już samo wpłacenie środków przelewem na rachunek bankowy, wskazany przez Zamawiającego, wystarczające jest do skutecznego zabezpieczenia oferty. Istotne jest bowiem osiągnięcie wymaganego rezultatu, to jest zabezpieczenie swojej oferty konkretną kwotą, z której w razie konieczności Zamawiający będzie mógł zrealizować przysługujące mu względem wykonawcy ściśle określone ustawą Pzp roszczenia. Odrębną kwestię stanowi natomiast konieczność załączenia do oferty dowodu wpłacenia określonej kwoty, który potwierdzać ma prawidłowość ustanowionego zabezpieczenia. W przedmiotowym postępowaniu potwierdzenie przelewu zawierało następujące informacje: „Wadium w postępowaniu przetargowym: Usługi w doradztwa prawnego, Polska-Warszawa: zakresie 2014/S 229-404572". Z całą stanowczością stwierdzić należy, iż podany numer był numerem, pod którym zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu. Zatem, choć Przystępujący dokonując przelewu posłużył się innym opisem, niż wymogi, które określił Zamawiający w SIWZ, to z pewnością zamieszczone na potwierdzeniu przelewu informacje pozwalały Zamawiającemu zidentyfikować jakiego postępowania dotyczy wpłacona kwota i od jakiego wykonawcy dana kwota pochodzi. Zgadzał się również rachunek bankowy, na który wpłaty należało dokonać. Dołączenie do oferty dowodu wpłaty wadium na rachunek bankowy, w przypadku korzystania przez wykonawcę z formy pieniężnej zapłaty wadium, ma zdaniem składu orzekającego Izby charakter wtórny do samego skutecznego i prawidłowo wykonanego przelewu. Tym samym drobne niespójności w opisie przelewu, czy też podane innej (ale większej) kwoty wadium odnosi się do samej formy dokumentu a nie do istoty wadium jako takiego. Wymóg załączenia dokumentu w takim przypadku ma bowiem raczej charakter formalny. Na marginesie zauważyć również należy, że oferta byłaby także skutecznie zabezpieczona wadium, nawet gdyby Przystępujący dokonał wpłaty w wysokości 23 750,00 zł. Ta kwota bowiem pokrywa w całości ustalone wymogi Zamawiającego. Dopiero w przypadku zapłaty kwoty poniżej progu wymagalności, możliwa byłaby dyskusja, czy oferta

jest prawidłowo zabezpieczona. Jak słusznie zauważył Zamawiający kwota 23 750,00 zł była kwotą odnoszącą się do wysokości opłaconej polisy, a więc można uznać było, że Przystępujący omyłkowo w spisie załączników przypisał wskazywaną kwotę do wysokości wadium, co pozostawało jednak bez wpływu na ważność oferty i oświadczenia wykonawcy.

Zarzutu braku wykluczenia wykonawcy GWW z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Po pierwsze odnieść należy się do sposobu formułowania przedmiotowego zarzutu. Zarzut ten bowiem sprowadza się do stanowiska, że złożone przez Przystępującego referencje nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że powyższego uzasadnienia stanowiska Odwołującego nie można traktować w kategoriach prawidłowo sformułowanego zarzutu. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie wskazał żadnej argumentacji odnoszącej się do powyższej kwestii ograniczając się do przywołania warunku i konstatacji, że przedstawione projekty nie wypełniają definicji pojęcia „infrastruktura". Zgodnie zaś z wymogami formalnymi dotyczącymi odwołania, winno ono zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności.

W przedmiocie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie jest dopuszczalne na etapie postępowania odwoławczego zastępowanie

strony Zamawiającej lub Odwołującej przez Izbę i samodzielne badanie prawidłowości oceny spełniania warunków podmiotowych, już raz dokonane na etapie oceny ofert w zakresie dokumentów nie objętych treścią odwołania. To strona odwołująca winna jest wskazać nieprawidłowości w konkretnych złożonych w postępowaniu dokumentach, a skład orzekający Izby ocenić może jedynie, czy rzeczywiście nieprawidłowości te znajdują potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

W tym miejscy dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zarzutami zamieszczonymi w odwołaniu i niedopuszczalna jest sytuacja, w której Izba rozpoznając odwołanie poza ramy sformułowanych przez stronę Odwołującą się zarzutów wychodzi. Za niedopuszczalne uznać należało uwagi Odwołującego, który w sposób zbiorczy, skrótowy i bardzo ogólny odniósł się do złożonych przez Przystępującego dokumentów w ofercie i uzupełnionych na wezwanie wykonawcy. To wykonawca wnoszący Odwołanie powinien przeprowadzić analizę, skutkującą wskazaniem z jakich powodów nie można było uznać, że dany wykonawca warunków udziału nie spełnia. Obowiązkiem Izby jest bowiem ocena konkretnych czynności lub zaniechań Zamawiającego oraz ocena zasadności kwestionowania wykonania tych czynności przez innych wykonawców zainteresowanych postępowaniem.

Ponadto, jak podkreślali zarówno Zamawiający, jak też Przystępujący, a z czym skład orzekający Izby się zgadza, referencje nie służą potwierdzaniu zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia. Funkcja referencji sprowadza się do potwierdzenia należytego wykonania usług, które wykonawca przedstawia na potwierdzenie ustalonego w postępowaniu warunku udziału. Jeżeli zaś usługi wykonywane były na rzecz tego samego Zamawiającego, to zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, wykonawca zwolniony jest z obowiązku ich przedstawiania.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

Przewodniczący: ……