Sygn. akt: KIO 2856/12

WYROK
z dnia 10 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2013 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **AECOM Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Cel-Net Sp. z o.o., i Polski Rejestr Statków S.A., ul. Stawki 3A lok. 7, 80-416 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **AECOM Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **AECOM Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **AECOM Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** na rzecz **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia** kwotę **3757 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej oraz dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2856/12

UZASADNIENIE

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia, zwany dalej ”Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na Projekcie „Zaprojektowanie i budowa Pomorskiej Magistrali Teleinformatycznej - Krajowy System Bezpieczeństwa Morskiego (KSBM), etap IIA"

W dniu 11.12.2012 r. Zamawiający - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu. W wyniku rozstrzygnięcia dokonanego przez Zamawiającego najkorzystniejszą ofertę złożyło konsorcjum wykonawców CEL-NET sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polski Rejestr Statków S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Wykonawca ten skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, dalej zwany „Przystępującym”.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż odrzucił ofertę wykonawcy AECOM Sp. z o.o.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż podstawą decyzji o odrzuceniu oferty były następujące przepisy:
1). art.89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2). art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3). art. 90 ust. 3 Pzp, tj. 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.

Wobec czynności Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
- art.89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, podczas gdy elementy, z którymi rzekomo niezgodna jest oferta Odwołującego w ogóle nie zostały określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty Odwołującego się zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 90 ust. 3 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący złożył niekompletne,

niepełne i nierzetelne wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, a jednocześnie brak wskazania i uzasadnienia którą z przesłanek przewidzianych w tym przepisie uznaje za podstawę odrzucenia oferty AECOM,
- art. 29 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny, w szczególności w zakresie zasad kalkulacji ceny ofertowej;
- art. 7 ust. 3 Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty występujących wspólnie wykonawców - CEL-NET sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polski Rejestr Statków S.A. z siedzibą w Gdańsku,
- oraz innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i innych przepisów powszechnie obowiązujących wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 11.12.2012 r. o odrzuceniu oferty AECOM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty konsorcjum firm: CEL-NET sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polski Rejestr Statków S.A. z siedzibą w Gdańsku;
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert oraz wybór oferty AECOM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej;
- przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego odrzucenia jego oferty podniósł, że Zamawiający zarzucił iż Odwołujący w swojej ofercie nie uwzględnił kosztu transportu oraz innych prac bądź usług specjalistycznych związanych z nadzorem nad układaniem kabla podmorskiego. Zdaniem Zamawiającego fakt ten winien być kwalifikowany jako niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia lub jako niepełne, nierzetelne wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający zakwestionował ponadto dane zawarte w załączonej do wyjaśnień Odwołującego Tabeli nr 1 (Zakładana czasochłonność członków Zespołu Inżyniera Kontraktu). Orientacyjne wartości wskazane w Tabeli dla Inżyniera Rezydenta w wysokości 15 godzin tygodniowo Zamawiający uznał za wartość zaniżoną bazując na bliżej nieokreślonym „doświadczeniu własnym", nie podając na czym konkretnie opiera swoją opinię, a w szczególności na jakich zapisach SIWZ. Zamawiający ponadto wniósł zastrzeżenia do wartości wskazanych w Tabeli nr 3 załączonej do wyjaśnień AECOM (liczba kilometrów, jakie poszczególni członkowie personelu Inżyniera Kontraktu mają pokonywać w trakcie realizacji kontraktu). Zdaniem Zamawiającego zakładane wartości średnie nie przystają w ogóle do realiów liniowego projektu realizowanego wzdłuż całego polskiego wybrzeża. Na koniec wskazał, iż oceniając kalkulację cenową Odwołującego Zamawiający miał na względzie brak jakiegokolwiek współczynnika uwzględniającego wzrost cen

spowodowany choćby inflacją. Kontrakt ma być realizowany przez blisko trzy lata, a co za tym idzie - zdaniem Zamawiającego - nie sposób przyjmować, że wartości przyjęte do kalkulacji będą niezmienne przez tak długi okres.

Odwołujący odnosząc się do ww. zarzutów Zamawiającego podniósł, że odpowiedział na wszystkie pytania Zamawiającego sformułowane w wezwaniu z dnia 2 listopada 2012 r. zgodnie z oczekiwaniami wyraźnie sformułowanymi przez Zamawiającego. Podał iż w swoich wyjaśnieniach opisał, opatrzył dowodami i wycenił następujące elementy:
1) zakładaną czasochłonność dla poszczególnych członków Zespołu Inżyniera oraz Inżyniera rezydenta (uwzględniając wszystkie czynności objęte przedmiotem zamówienia)-Tabela nr 1;
2) wysokość wynagrodzenia członków Zespołu Inżyniera oraz Inżyniera Rezydenta z podaniem stawki godzinowej - Tabela nr 2, oświadczenia poszczególnych członków Zespołu Inżyniera, zaświadczenie o wysokości stawki godzinowej oraz umowa o pracę Inżyniera Rezydenta;
3) koszty transportu członków Zespołu Inżyniera oraz Inżyniera Rezydenta w trakcie realizacji umowy, ze wskazaniem stawki km i liczby zakładanych do pokonania km - Tabela nr 3;
4) koszty prowadzenia biura - oświadczenie AECOM dotyczące kosztów ogólnych;
5) pozostałe koszty związane z zawarciem i realizacją umowy, w tym koszty ubezpieczenia, koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty logistyczne (hotele, diety, itp.) - wyjaśnienia zawarte w piśmie AECOM z dnia 10.11.2012 r., cenniki hoteli w Świnoujściu, Dźwirzynie, Niechorzu, Mrzeżynie i Darłowie.
Ponadto dodał, że szczegółowo wyjaśnił wysokość poszczególnych elementów cenotwórczych, sposób i zasadę ich kalkulacji, wskazał także na okoliczności wpływające na obniżenie kosztów ogólnych itd.

Ponadto podniósł, że jeśli udzielone Zamawiającemu wyjaśnienia, zostały uznane za niewystarczające, to Zamawiający obowiązany był ustalić interesujące go informacje w drodze wyjaśnień dotyczących treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Za wyrokiem KIO 1027/12 stwierdził, że „zamawiający *jest zobowiązany do wystąpienia z żądaniem złożenia wyjaśnień do wykonawcy, kiedy ich wystąpienie jest niewątpliwe, a więc obowiązek ten materializuje się w sytuacji, kiedy zamawiający zamierza odrzucić złożoną ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ".*

W zakresie zarzutu braku wyjaśnienia kosztów transportu zespołu Inżyniera Kontraktu wskazał, ze w wyjaśnieniach podał iż przewidywane koszty transportu Członków Zespołu Inżyniera zostały określone w wysokości 0,8358 zł/km wraz ze wskazaniem zakładanej do przebycia dla każdego członka zespołu liczby kilometrów. Natomiast w zestawieniu nie rozróżniano rodzaju transportu, ani nie przedstawił odrębnej kalkulacji dla transportu morskiego, gdyż takiego w SIWZ nie postawiono.

W zakresie nieujęcia w cenie ofertowej kosztu transportu morskiego stwierdził, że koszty transportu morskiego będą dla wykonawcy w niniejszym postępowaniu minimalne, a na pewno nie będą miały znaczącego wpływu na cenę oferty. Wykonanie kabla podmorskiego jest tylko jednym z 11 zadań wykonywanych w ramach realizacji Pomorskiej Magistrali Teleinformatycznej. Ponadto zwrócił uwagę, iż ***tak naprawdę*** *koszty transportu będą ponoszone przez wykonawcę robót, nie zaś Inżyniera Kontraktu.* To wykonawcy robót będzie zależało na tym, aby Inspektor Nadzoru pojawił się w miejscu odbiorów i nadzorował testy oraz inne czynności. Zasady doświadczenia życiowego i logiki, jego zdaniem wskazują, iż wykonawca raczej nie będzie domagał się zapłaty za przewiezienie Inspektora Nadzoru na miejsce wykonywania prac, tym bardziej że taki transport wykonawca będzie zobowiązany zapewnić dla własnej kadry technicznej. W związku z powyższym Odwołujący stoi na stanowisku iż tak naprawdę nie poniesie kosztów transportu morskiego lub ten koszt będzie minimalny i zostanie pokryty z rezerwy na koszty ogólne bądź koszty zakwaterowania. Ponadto zarzucił Zamawiającemu, że w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia brak jest podstaw do żądania szczegółów co do każdego elementu przedmiotu zamówienia składającego się na kosztorys. śądanie przez Zamawiającego coraz to bardziej szczegółowych kosztorysów (w szczególności na etapie przedprojektowym) jest żądaniem zbyt daleko idącym. Cena ryczałtowa jest ceną globalną, dotyczącą wykonania wszystkich prac objętych zamówieniem, dlatego też Zamawiający nie powinien oceniać poprawności

wyliczeń dokonanych przez wykonawcę, ani też poszczególnych składników, jakie składają się na cenę oferty.

Nadto wskazał, że pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu i czasowe ustalenie poszczególnych czynności przez niego wykonywanych w sposób ścisły uzależnione są od terminów realizacji zamówienia przez wykonawcę robót budowlanych. Dlatego też stawki zaprezentowane w Tabeli nr 1-3 mają charakter wielkości średnich, tj. faktyczna czasochłonność będzie uzależniona od etapu, na jakim znajdują się prace prowadzone przez wykonawcę robót budowlanych.

Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust.1 ustawy Pzp podniósł, że gdyby przyjąć punkt widzenia Zamawiającego iż wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie mogli swobodnie ustalać cen jednostkowych i elementów cenotwórczych, gdyż powinni opierać się wyłącznie na treści SIWZ, to należy wskazać, iż Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny, czym naruszył art. 29 Pzp. Dokumentacja postępowania nie zawierała żadnych wskazówek, stawek i innych wytycznych, parametrów umożliwiających skalkulowanie ceny ofertowej w sposób jaki oczekuje Zamawiający na etapie oceny ofert.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł na wstępie o odrzucenie odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt 2 Pzp gdyż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony

Wskazał, że pismem z dnia 14 grudnia 2012 roku Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu ważności oferty. Oświadczenie to nie zostało podpisane, przez co nie zostało skutecznie złożone. Tym samym wykonawca, który nie przedłużył skutecznie terminu związania ofertą, nie posiada już przymiotu wykonawcy w postępowaniu, a co za tym idzie, nie jest podmiotem uprawnionym do udziału w postępowaniu. Ponadto oświadczenie to wpłynęło do Zamawiającego w dniu 19 grudnia 2012 roku, to jest już po upływie okresu poprzedniego przedłużenia ważności oferty (okres ten upływał w dniu 18 grudnia 2012 roku).

Podniósł, że wezwał w dniu 2 listopada 2012 roku Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych złożonej oferty. Zamawiający zażądał przedłożenia kalkulacji kosztów osobowych, zawierających w szczególności następujące elementy czasochłonności pracy poszczególnych członków zespołu Inżyniera Rezydenta, wysokości oferowanego im wynagrodzenia, kosztów transportu członków zespołu inżyniera kontraktu oraz inżyniera kontraktu, kosztów prowadzenia biura oraz pozostałych kosztów.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 9 listopada 2012 roku złożył wyjaśnienia w których wskazał: koszty personelu (wraz z zakładaną czasochłonnością dla poszczególnych członków Zespołu Inżyniera), koszty transportu członków Zespołu Inżyniera, koszty biura, pozostałe koszty, zysk oraz narzut na koszty ogólne. Do złożonych wyjaśnień, załączono tabelę nr 3 „Przewidywane koszty transportu Członków Zespołu Inżyniera w oparciu o stawkę 0,8358 zł/km*, w której nie uwzględniono wysokich kosztów specjalistycznego transportu morskiego, związanego z obsługą tej części inwestycji, która będzie polegała na układaniu linii światłowodowej na dnie morza. Nadto załączył min. oświadczenia członków Zespołu Inżyniera dot. wynagrodzenia netto za udział przy realizacji projektu oraz zaświadczenie dot. stawki godzinowej Inżyniera Rezydenta brutto.

Zamawiający stwierdził iż dokonując oceny złożonych wyjaśnień doszedł do przekonania, że złożone wyjaśnienia są niepełne, nierzetelne i niewiarygodne. Mając to na uwadze odrzucił ofertę Odwołującego w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do niewykazania kosztów transportu stwierdził, że faktycznie w wezwaniu nie wyszczególnił konieczności wyodrębnienia kosztu transportu morskiego, niemniej jednak w związku z zakresem realizowanych prac, rzeczą oczywistą jest, iż wykonawca będzie musiał przemieszczać się zarówno po lądzie jak i na wodzie. Odnosząc się do wskazanego przelicznika kosztu transportu w oparciu o stawki dla transportu lądowego stwierdził iż „na *miejsce prowadzenia robót w postaci kładzenia kabla podmorskiego, nie sposób dostać się żadnym ze środków transportu uwzględnionych w tym rozporządzeniu, to jest zarówno samochodem osobowym, jak i motocyklem lub motorowerem".*

Tym samym niezbędne było wykazanie osobnego kosztu transportu morskiego, gdyż

ujednolicenie kosztu kilometra pokonanego drogą morską, jak i drogą lądową, jest oczywiście sprzeczne z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym. Stwierdził, że wynajęcie na 1 dzień środka pływającego przy pomocy którego pracownicy Inżyniera Kontraktu mogliby nadzorować wykonywanie robót to koszt około 5 tys. zł.

Ponadto niezależnie od różnicy kosztu km transportu drogowego od morskiego to w ocenie Zamawiającego, łączna liczba kilometrów, którą w rzeczywistości będzie miał do pokonania personel Inżyniera Kontraktu jest niewspółmiernie wyższa od wartości zadeklarowanych przez Odwołującego.

Zakładane wartości średnie nie przystają do realiów projektu liniowego, realizowanego wzdłuż całego polskiego wybrzeża. Wskazał, że przykładowo, trasa z Gdyni (siedziba Zamawiającego) do Szczecina (siedziba Urzędu Morskiego w Szczecinie) wynosi ok. 340 km, co oznacza, iż Inżynier Rezydent będzie mógł przebyć trasę Gdynia - Szczecin rzadziej, niż raz w miesiącu (uwzględniając trasę tam i z powrotem). Inspektorzy nadzoru średnio będą mogli przebyć ją rzadziej niż dwa razy w miesiącu, a geodeta - około jeden raz w miesiącu.

Natomiast w zakresie czasochłonności dla poszczególnych członków Zespołu Inżyniera oraz Inżyniera Rezydenta tj. zakładaną ilość godzin pracy w ujęciu tygodniowym, dla całego okresu świadczenia usługi, z uwzględnieniem zadań wynikających z załączonego do SWIZ opisu projektu oraz warunków określonych w propozycji umowy w swoich wyjaśnieniach podał jako wartości średnie, a co za tym idzie nie czyniące zadość wezwaniu.

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień w tym zakresie stwierdził, że opierając się o doświadczenie z realizacji analogicznego zamówienia wynika, iż wartości wskazane przez Odwołującego w Tabeli nr 1, a dotyczące godzinowego zaangażowania personelu inżyniera Kontraktu są niewystarczające do należytej oraz zgodnej z prawem (vide: Prawo Budowlane) realizacji umowy. Z posiadanych przez Zamawiającego danych wynika; iż orientacyjny czas pracy Inżyniera Rezydenta znacząco winien przekraczać wymiar jednego etatu (wynosi ok. 1,7 do 1,8 etatu), podczas gdy Wykonawca przewidział dyspozycyjność inżyniera Rezydenta na poziomie 0,375 etatu.

Odnosząc się do przedstawionych argumentów zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego stwierdził, że wszystkie braki i niejasności -w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach dot. rażąco niskiej ceny dały powód do odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie uwzględniono w tej ofercie wszystkich elementów składających się na świadczenie wykonawcy pełniącego obowiązki Inżyniera Kontraktu.

Tym samym stwierdził , że biorąc pod uwagę powyższe ustalenia odwołanie winno zostać odrzucone, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku przez Izbę winno zostać oddalone z przyczyn wskazanych w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Jako dalszą podstawę prawną oddalenia odwołania wskazał również na przepis art. 179 ust 1 i 192 ust.2 stwierdzając, że nawet uwzględnienie odwołania przez Izbę spowoduje, że w trakcie ponownej oceny ofert, oferta Odwołującego nie będzie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą gdyż w związku z upływem okresu związania ofertą Odwołujący utracił status wykonawcy.

Przystępujący do postępowania wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o odrzucenie odwołania, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie rozpatrywania przedmiotowej sprawy rozpatrzenia wymagał wniosek formalny Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt 2 z tego powodu iż Odwołujący w dacie wnoszenia odwołania, według ich stanowiska nie postawał związany ofertą. Stwierdzili iż okres związania ofertą upłynął Odwołującemu w dniu 18 grudnia 2012 roku, a przedmiotowe odwołanie wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2012 roku. Tym samym Odwołujący utracił w niniejszym postępowaniu status wykonawcy.

W tym zakresie Izba ustaliła iż w toku trwania postępowania o udzielenie zamówienia, Odwołujący pismem z dnia 11.10.2012r. znak AECOM/T/179/2012 złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia l8.12.2012r., wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium. Następnie, Odwołujący przesłał Zamawiającemu pismo datowane na 14.12.20l2r. znak AECOM/T/233/2012 – niepodpisane, wpływ do Zamawiającego w dniu 19.12.2012 roku zawierające informację o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 18.02.2013 roku. Odwołanie będące przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 21 grudnia 2012r.

W tym zakresie na wstępie wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, 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.

Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówieni oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Są to przesłanki materialno--prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Odnosząc się do samej kwestii terminu związania ofertą stwierdzić należy, że pod pojęciem związania ofertą należy rozumieć istnienie formalnego obowiązku zawarcia umowy przez składającego ofertę wykonawcę, w przypadku uznania jej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu. Tym samym wykonawca którego oferta została wybrana nie może bez konsekwencji finansowych – utraty wadium odmówić podpisania umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Sądu Okręgowego w Łodzi wyrażonym w wyroku sygn. akt XIII Ga 379/12 niezbędne jest aby wykonawca pozostawał związany złożoną ofertą gdyż w przeciwnym przypadku ocenie i porównaniu z innymi ofertami podlegałaby oferta, co do której wykonawca mógłby bez konsekwencji odmówić podpisania umowy.

Tym samym stwierdzić należy, że związanie ofertą zabezpiecza przede wszystkim interes Zamawiającego. Ważnym jest również podkreślenie, że po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą że działania zgodne z jej treścią , czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych zależne jest wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy. Tym samym w przypadku odmowy podpisania umowy Zamawiający nie może dokonać zatrzymania wadium. Niewątpliwym jest również, że pomimo upływu okresu związania ofertą możliwe jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

śaden przepis ustawy, w tym również art. 94 ust. 1 ustawy, nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. Tym samym przekroczenie tego terminu nie może być ocenione jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.

Jak wynika z analizy orzeczeń KIO i sądów powszechnych istotne jest aby wykonawca był związany ofertą do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty, np./ wyrok KIO 1817/12, 1822/12/.

Stwierdzić należy, że to Zamawiający winien być na równi z wykonawcą zainteresowany, aby każdy wykonawca który złożył ważną ofertę, pozostawał w postępowaniu aż do czasu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia, gdyż niewątpliwe jest iż im większa ilość złożonych ważnych ofert, tym większa jest możliwość wyboru lepszego wykonawcy i

powierzenia wykonania zamówienia wykonawcy, którego oferta będzie dla Zamawiającego najkorzystniejsza.

Uznać należy również, że upływ okresu związania oferta nie jest podstawą do odrzucenia oferty, ani wykluczenia wykonawcy – za wyjątkiem wskazanym w art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy

Pzp. który dotyczy tylko sytuacji nie wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania oferta, w oparciu w wniosek Zamawiającego.

W tej kwestii zasadne wydaje się przywołanie orzeczenia KIO z dnia 8 maja 2008 roku (sygn. KIO/UZP 401/08), gdzie KIO uznała „za *właściwe stanowisko odwołującego, iż poprzez złożenie gwarancji wadialnych złożył on dorozumiane oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą".* Wydaje się również iż w podobnym tonie należałoby ocenić sytuację kiedy wykonawca po wyborze oferty najkorzystniejszej i następującym po nim upływie okresu związania oferta, składa do KIO odwołanie, uiszczając wpis którego wysokość niejednokrotnie jest wyższa niż wniesiona w tym postępowaniu kwota wadium.

Trudno w takiej sytuacji odmówić wykonawcy braku zainteresowania uzyskania danego zamówienia i zakładać, że po uwzględnieniu odwołania i uznania jego oferty za najkorzystniejszą odmówi podpisania umowy.

Odwołujący AECOM sp z o.o. podniósł, ze jego zdaniem nadal pozostaje związany ofertą gdyż pomimo tego, że okres związania oferta według jego ostatniego oświadczenia miał upłynąć w dniu 18 grudnia 2012 roku, to jednak nie upłynął, gdyż w trakcie ww. związania ofertą miało miejsce postępowanie przed KIO, które toczyło się pomiędzy 12 a 23 października 2012 r. Tym samym z tego powodu okres związania ofertą uległ zawieszeniu o 11 dni i formalnie kończyłby się dopiero w dniu 29 grudnia 2012 roku. Jednakże w dniu 21 grudnia 2012 r. zostało złożone przedmiotowe odwołanie, które spowodowało kolejne zawieszenie trwania biegu związania ofertą i związanie ofertą trwa nadal, do ogłoszenia orzeczenia w tej sprawie.

Zamawiający odnosząc się do tych faktów podniósł iż jego zdaniem okres związania ofertą Odwołującego upłynął w dniu 18 grudnia, gdyż niezależnie od wskazanej ilości dni przedłużenia okresu związania taki termin końcowy związania, wskazał Odwołujący.

Odnosząc się do tej kwestii Izba stwierdza, że niezależnie od tego czy wskazany termin przedłużenia okresu związania ofertą został określony tylko w dniach czy też również terminem do którego ten okres obowiązuje, to w przypadku zaistnienia zawieszenia postępowania wynikającego ze złożenia odwołania do KIO, termin związania ulega przesunięciu - jako względniejszy dla stron, o okres zawieszenia postępowania. Okres ten - zgodnie z art. 182 ust. 6 Pzp. winien być liczony od daty wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia w sprawie.

Ponadto Izba odnosząc się do zarzutu Zamawiającego o potrzebie odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku upływu okresu związania

oferta, to Izba stwierdza, że po pierwsze zarzut ten w przedmiotowej kwestii, wobec dokonanych ustaleń nie znajduje zastosowania, a po drugie taką sytuacje należy ewentualnie kwalifikować jak niespełnianie przez wykonawcę wymogu z art. 179 ust 1 ustawy Pzp, a więc przesłanki której brak skutkuje oddalenie, a nie odrzucenie odwołania.

Wobec powyższego Izba stwierdziła w sprawie brak zaistnienia przesłanek z art. 189 ust.2 ustawy Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania i wniosek Zamawiającego w tej sprawie oddalić.

Odnosząc się do zarzutów odwołania oraz stanowisk Zamawiającego i Przystępującego w zakresie podstawy do odrzucenia oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 to zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał: po pierwsze który przepis postanowienia SIWZ Odwołujący naruszył, a po drugie niezasadne jest aby przy jednym stanie faktycznym, dotyczącym stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty, wywodzić jednoczesne zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający uznał bowiem iż podstawą zastosowania wobec oferty przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 było nieuwzględnienie w jej cenie wszystkich elementów kosztowych, umożliwiających właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, takie ustalenie nie uzasadniało przyjęcia za podstawę odrzucenia oferty przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym zarzut ten nie znalazł potwierdzenia.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, Zamawiający ustalenia w tym zakresie odniósł do dwóch kwestii, tj nieuwzględnienia w cenie oferty kosztu transportu morskiego z którego przy wykonywaniu zamówienia będzie musiał korzystać, oraz zaniżenia kosztów osobowych.

Na wstępie oceny podniesionych zarzutów Izba uważa za zasadne odniesienie się do kwestii rażąco niskiej ceny w aspekcie zaprezentowanych stanowisk w tej sprawie. Odwołującego i Zamawiającego.

Brak jest uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny. Dlatego też każdy przypadek, w tym zakresie należy oceniać indywidualnie biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jego wartość i sposób jego realizacji (podobnie: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).
Rażąco niska cena oferty to taka cena która nie gwarantuje wykonawcy pokrycia kosztów wykonania danego zamówienia z wynagrodzenia otrzymanego od Zamawiającego. Nie jest ważne czy ten brak środków na realizację zamówienia będzie „rażący" np. wynoszący kilkadziesiąt procent, czy też będzie stosunkowo niewielki.
Ponadto wskazać należy, że w myśl powyższych ustaleń, taka sama wysokość ceny w ofertach, u jednego wykonawcy może nie pokrywać kosztów wykonania tego zamówienia, a u innego nie tylko pokrywać koszty, ale jeszcze zapewniać zysk.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r sygn. akt V Ga 122/10 należy wskazać, ze wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie pytań. Pytania do wykonawcy powinny, wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tak więc wykonawca aby te wątpliwości rozwiać musi wiedzieć, które to elementy wyceny jego oferty wzbudziły zastrzeżenia Zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia.
Jednocześnie stwierdzić należy, że Zamawiający ma prawo i obowiązek dokonywać oceny prawidłowości kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty i tym samym ma prawo oczekiwać wyjaśnień w tym zakresie od wezwanego wykonawcy, nawet bardzo szczegółowych. To Zamawiający udzielając zamówienia wydatkuje na ten cel środki publiczne, ponosi za nie odpowiedzialność i udzielając zamówienia musi mieć pewność, że środki te zostaną wydatkowane racjonalnie.
Zasadne w tym zakresie jest przywołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Częstochowie, który w wyroku o sygn. akt: VI Ca 464/05 stwierdził, że „Oczywistym *jest jednak, iż, aby ustalić, czy cena całkowita jest rażąco niska, konieczna jest analiza elementów na nią się składających. Bowiem to poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesadzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny rzeczywiście należy odnosić tylko do ceny całkowitej. Jednak* ***„analizie*** *pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace" bowiem* ***„każdy*** *koszt winien być wyceniony rzetelnie ".*
Należy jeszcze podkreślić, że wszystkie wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny winny być znane Zamawiającemu na etapie oceny złożonych wyjaśnień, a nie dopiero na etapie rozprawy. W tym zakresie zasadne jest przywołanie tezy z wyroku KIO 2604/10 gdzie stwierdzono, że *rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny*. Tym samym prezentowanie na etapie rozprawy nowych faktów i dowodów mających uzasadniać realność ceny oferty należy uznać za spóźnione, nie mogą być podstawą wydania orzeczenia przez Izbę.
Dla ustalenia w niniejszym postępowaniu prawdziwości domniemania kwestii rażąco niskiej ceny oferty, podlegają w szczególności dwa zagadnienia tj. po pierwsze czy dokonana kalkulacja ceny oparta jest na realnych przesłankach rynkowych, a po drugie czy w cenie ofertowej w ogóle dane koszty, niezbędne do wykonania zamówienia, zostały przez Odwołującego uwzględnione.
Przechodząc do oceny kwestii rażąco niskiej ceny oferty uznać należy, że w toku postępowania odwoławczego w sposób niewątpliwy zostało wykazane, że Odwołujący nie

kalkulował w cenie oferty, kosztu transportu morskiego. Podjecie przez Odwołującego, próby zmiany tego stanowiska w trakcie rozprawy, poprzez twierdzenie iż będzie partycypował w kosztach dowozu pracowników wykonawcy na miejsce wykonywania robót jest tyleż nie wiarygodne i spóźnione co i nie do przyjęcia w świetle obowiązków inżyniera Kontraktu.
W odwołaniu Odwołujący stwierdził. że „iż *tak naprawdę koszty transportu będą ponoszone przez wykonawcę robót, nie zaś Inżyniera Kontraktu. To wykonawcy robót będzie zależało*

na tym, aby Inspektor Nadzoru pojawił się w miejscu odbiorów i nadzorował testy oraz inne czynności. Zasady doświadczenia życiowego i logiki wskazują, iż wykonawca raczej nie będzie domagał się zapłaty za przewiezienie Inspektora Nadzoru na miejsce wykonywania prac,".

Takie stanowisko zdaniem Izby nie zasługuje na akceptację. Rolą Inżyniera Kontraktu i całego jego zespołu jest pełnienie w imieniu Zamawiającego funkcji nadzoru i kontroli nad prawidłowością wykonywania zamówienia. Uzależnianie nawet w niewielkim stopniu wykonywania tej roli od woli wykonawcy robót, w postaci umożliwiania przewożenia personelu Inżyniera Kontraktu na miejsce wykonywania robót Izba uznaje za niedopuszczalne. Funkcja Inżyniera Kontraktu winna być funkcją neutralną tzn. że wykonując czynności nie powinien był uzależniać od czyjejś przysługi, a szczególności wykonawcy którego roboty ma nadzorować.

W przedmiotowej sprawie niewątpliwe i niesporne jest, że Odwołujący nie uwzględnił w cenie oferty kosztu transportu morskiego. Tym samym niezasadne byłoby uznanie, że zaoferowana cena w ofercie jest ceną realną, tzn. że całość kosztów wykonania zamówienia zostało skalkulowane w ofercie, gdyż część z nich została przerzucona do kosztów działalności innego podmiotu, wykonawcy robót, którego pracę Odwołujący miał nadzorować.

W zakresie zarzucanego przez Zamawiającego niewłaściwego skalkulowania ilości czasu pracy i kosztów pracochłonności personelu, to wskazać należy chociażby na przykładzie czasy pracy Inżyniera Rezydenta iż Odwołujący określił czas pracy na średnio 15 godzin w tygodniu. Taką ilość należy uznać za zupełnie niewystarczającą. Wynika to np. z pkt 5.2.1 Ogólnych Warunków Umowy gdzie wskazano, że dostępność pracowników Inżyniera Kontraktu jest konieczna przez 16 godzin na dobę.
Na marginesie ustaleń w tym zakresie należy wskazać, że Przystępujący, na ten cel przewidział czas pracy Inżyniera Rezydenta w wysokości 220 godzin miesięcznie, a więc prawie czterokrotnie więcej niż założył Odwołujący.

Tym samym biorąc pod uwagę powyższe ustalenia dotyczące nie uwzględnienia w cenie oferty kosztu transportu morskiego, innych prac bądź usług specjalistycznych, a także przewidywanego czasu zaangażowania pracowników Inżyniera Kontraktu w ocenie Izby nie

znalazł potwierdzenia zarzut niewłaściwej oceny przez Zamawiającego złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.
Tym samym odrzucenie oferty z tego powodu należy uznać za uzasadnione. Wyjaśnienia Odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba uznaje poczynione w zakresie podstawy odrzucenia oferty – art. 90 ust.3 ustawy Pzp, czynności Zamawiającego za prawidłowe. Wobec tego powyższy zarzut nie może zostać uwzględniony, co skutkuje również oddaleniem odwołania.

W zakresie zarzutu niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym naruszenia przepisu art. 29 ust.1 Pzp za zarzut na tym etapie postępowania Izba uznaje za spóźniony. Jednakże należy wskazać, że przy ocenie opisu przedmiotu zamówienia należy brac pod uwagę fakt, że każde zamówienie udzielane w trybie zamówienia publicznego kierowane jest do profesjonalistów. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 757/12) należy wskazać, iż każdy wykonawca, profesjonalista w obrocie gospodarczym, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z SIWZ. Natomiast w razie wątpliwości winien skorzystać z instytucji zadawania pytań Zamawiającemu, bądź wystąpić o zmianę niewłaściwych postanowień SIWZ do KIO, czego Odwołujący nie uczynił.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt. b) rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 …….