

WYROK
z dnia 14 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2016 r.:

A. przez wykonawcę: „**ECM Group Polska**” S.A. w Warszawie (00-124), ul. Rondo ONZ 1 (sygn. akt KIO 912/16),

B. przez wykonawcę: „**Bud-Invent**” sp. z o.o. w Warszawie (02-922), ul. Nałęczowska 62 lok. 57 (sygn. akt KIO 915/16)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Transportowy Dozór Techniczny w Warszawie (00-613), ul. Chałubińskiego 8**

przy udziale wykonawcy: „**ECM Group Polska**” S.A. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 915/16** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala każde z dwóch rozpoznawanych odwołań,**

2. kosztami postępowania:

A. w sprawie o sygn. akt: **KIO 912/16** obciąża wykonawcę: „**ECM Group Polska**” S.A. w Warszawie,

B. w sprawie o sygn. akt: **KIO 915/16** obciąża wykonawcę: „**Bud-Invent**” sp. z o.o. w Warszawie,

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę:

A. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: „**ECM Group Polska**” S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: **KIO 912/16**,

B. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: „**Bud-Invent**” sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: **KIO 915/16**,

2.2. zasądza:

A. w sprawie o sygn. akt: **KIO 912/16** od wykonawcy: „**ECM Group Polska**” S.A. w Warszawie na rzecz zamawiającego: **Transportowego Dozoru Technicznego w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika,

B. w sprawie o sygn. akt: **KIO 915/16** od wykonawcy: „**Bud-Invent**” sp. z o.o. w Warszawie na rzecz zamawiającego: **Transportowego Dozoru Technicznego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Pełnienie *funkcji inwestora zastępczego przy realizacji zadania pt »Budowa budynku stanowiącego siedzibę Transportowego Dozoru Technicznego«*” zostało wszczęte przez Transportowy Dozór Techniczny w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją przesłaną przez niego Prezesowi Izby w piśmie z dnia 1 czerwca 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 028-045428) w dniu 10 lutego 2016 r.

W dniu 30 maja 2016 r. odwołania w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wnieśli:

- A. w sprawie KIO 912/16 – wykonawca: „ECM Group Polska” S.A. w Warszawie, zwany dalej ECM lub Odwołującym w sprawie KIO 912/16,
- B. w sprawie KIO 915/16 – wykonawca: „Bud-Invent” sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Bud-Invent lub Odwołującym w sprawie KIO 915/16,

KIO 912/16

Odwołanie w sprawie KIO 912/16 zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W.S. oraz Project Management Intertecno sp. z o.o., zwanych dalej łącznie konsorcjum S..

Odwołujący w sprawie KIO 912/16 zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. „art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezgodny z ustawą Pzp wybór oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm „Bracia S.” W.S. i Project Management Intertecno Sp. z o.o. gdyż oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż została podpisana przez osobę nieupoważnioną,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w związku z przepisem art. 82 ust. 2 ustawy oraz przepisami art. 73 § 1 i art. 104 zd. pierwsze k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm „Bracia S.” W.S. i Project Management Intertecno Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta została podpisana przez osobę niemającą właściwego umocowania, w związku z czym jest nieważna i podlega odrzuceniu.
3. a w ich wyniku naruszenie art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.”

W ocenie ECM konsorcjum S. nawet na skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie nie przedstawiło Zamawiającemu pełnomocnictwa, z którego wynikać by miało, że osoba, która złożyła swój podpis pod złożoną Zamawiającemu ofertą, była do tego należycie umocowana w imieniu obu konsorcjantów. Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 912/16 z przedstawionych Zamawiającemu dokumentów wynikać miało jedynie umocowanie dla pełnomocnika do działania jedynie w imieniu W.S.. Nadto ECM podnosiło, że złożone wraz z ofertą pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum (W.S.) nie jest opatrzone żadną datą, stąd nie jest wykluczone, że zostało udzielone z datą 5 kwietnia 2016 r., a tym samym później, niż pełnomocnictwo przedstawione Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący w sprawie KIO 912/16 wnosil o „nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum firm „Bracia S.” W.S. i Project Management Intertecno Sp. z o.o.,
2. odrzucenie oferty wykonawcy konsorcjum firm „Bracia S.” W.S. i Project Management Intertecno Sp. z o.o.,

3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej”.

915/16

Odwołanie w sprawie KIO 915/16 zostało wniesione wobec dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w sprawie KIO 915/16, jak również wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum S., a także wobec zaniechania czynności wykluczenia ECM z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2

Bud-Invent zarzucał Zamawiającemu „naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 9), art. 89 ust. 1 pkt 4) i 8), art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, także (z ostrożności) art. 26 ust. 3 powołanej ustawy.”

Uzasadniając tak sformułowane twierdzenia Bud-Invent podnosił co następuje.

Co do odrzucenia złożonej przez niego oferty stał on na stanowisku, że czynność ta była bezzasadna. Wskazywał na to, że również w poprzednim prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, zaoferował cenę, która stanowiła 46,42 % wartości, którą wówczas Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie (obecnie miało to być 44,64% takiej kwoty w tym postępowaniu), a zatem podobnie, jak i wówczas Zamawiający winien uznać złożoną przez niego ofertę za najkorzystniejszą. Kwestionował on również zasadność argumentacji Zamawiającego ujawnionej w piśmie z dnia 20 maja 2016 r. stanowiącej uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w sprawie KIO 915/16. Bud-Invent stał na stanowisku, że wykazał konkretnymi oświadczeniami szeregu osób, które mają zostać zaangażowane do pełnienia określonych funkcji, za jakie wynagrodzenie osoby te zobowiązały się pełnić te funkcje. Okoliczność ta potwierdzać miała rzetelność dokonanej kalkulacji. Podkreślał, że koniecznym jest poczynienie rozróżnienia czynności zwrócenia się o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp od czynności odrzucenia oferty – samo istnienie podstaw do dokonania pierwszej czynności, nie może jeszcze przesądzać o konieczności dokonania tej drugiej. Także samo niezakwestionowanie zasadności skierowania do niego takiego wezwania, nie może być uznawane za równoznaczne niezakwestionowaniu samego odrzucenia oferty. Odwołujący w sprawie KIO 915/16 twierdził, że Zamawiający nie ustalił, jakie koszty związane z zakupem sprzętu i materiałów wykonawcy będą musieli ponieść inni wykonawcy, podczas gdy on powołał się na „brak potrzeby zakupu niezbędnych materiałów i urządzeń”. Podnosił, że w żadnym z „materiałów dotyczących postępowania” nie znalazł się zapis, że cena świadczenia jakie ma zrealizować którykolwiek z podmiotów zaangażowanych do realizacji przez wykonawcę nie może być ceną ryczałtową. Uznał on, że przedstawiona przez niego kalkulacja jest wystarczająca, a Zamawiający ani w wezwaniu, ani w żaden inny sposób nie zażądał, ani nie wskazał, że oczekuje kalkulacji o określonym stopniu szczegółowości. Bud-Invent podkreślał przy tym, że usługa będąca przedmiotem ma charakter intelektualny, a co za tym idzie niewymierny, a wysokość wynagrodzenia osobowego stanowiła najważniejszy czynnik cenotwórczy. Co do zasady uważał on również, że Zamawiający nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską.

Niezależnie od powyższego Odwołujący w sprawie 915/16 kwestionował prawidłowość wykazania przez konsorcjum S. umocowania dla osoby, która podpisała złożoną

3

w jego imieniu ofertę, co rodzić miało po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia tejże oferty. W odniesieniu od oferty złożonej przez ECM, Bud-Invent twierdził, że nie została wraz z nią złożona informacja z KRK w zakresie określonym w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 9) ustawy Pzp. Uzasadniając podnoszenie zarzutów wobec ofert mniej korzystnych w świetle postawionych przez Zamawiającego kryteriów od oferty przez niego złożonej, Odwołujący w sprawie KIO 915/16 argumentował, że „nie tylko mielibyśmy zapewniony udział w prawidłowo prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale także wzrosłyby nasze szanse na uzyskanie zamówienia, gdyż mniejsza liczba Wykonawców w postępowaniu mogłaby skłonić Zamawiającego do większej rozważi

w podejmowaniu decyzji”.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący w sprawie KIO 915/16 wnosił o „o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert; –
- odstąpienia od czynności odrzucenia złożonej przez nas oferty; –
- odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawców występujących wspólnie, tj. Konsorcjum – w składzie: „Bracia S.” W.S. (lider Konsorcjum); „Project Management Intertecno” Sp. z o.o. (partner Konsorcjum);
- wykluczenia z postępowania Wykonawcy „ECM Group Polska” S. A. –
- .” – uznania złożonej przez nas oferty za najkorzystniejszą

Na mocy zarządzenia Prezesa Izby z dnia 2 czerwca 2016 r. powołane sprawy zostały rozpoznane łącznie.

W dniu 1 czerwca 2016 r. Prezesowi Izby doręczone zostało zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 915/16 po stronie Zamawiającego złożone w imieniu ECM. Skuteczność tego zgłoszenia nie była kwestionowana, nie wniesiono wobec niego opozycji. Izba uznała, że ECM uzyskało status uczestnika postępowania odwoławczego w sprawie KIO 915/16, w której takiego zgłoszenia dokonało.

W dniu 2 czerwca 2016 r. zostały doręczone Prezesowi Izby, sporządzone w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 912/15 oraz KIO 915/16 dokonane w imieniu konsorcjum S. (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W.S. oraz Project Management Intertecno sp. z o.o.). Zgłoszenie to zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu przez osobę, dla której

4

pełnomocnictwa z dnia 1 czerwca 2016 r. udzielił W.S.. Pełnomocnictwo to zostało przedstawione wraz ze zgłoszeniem. Wraz z nim złożone zostało również drugie pełnomocnictwo udzielone W. S. przez Project Management Intertecno sp. z o.o. Nie przedstawiono jednak ze zgłoszeniem odpisu z KRS odnoszącego się do Project Management Intertecno sp. z o.o., ani też żadnych innych dokumentów, które miałyby potwierdzać umocowanie osoby, która złożyła swój podpis pod pełnomocnictwem udzielonym W. S., do działania w imieniu wykonawcy: Project Management Intertecno sp. z o.o.

Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W kontekście dokumentów mających potwierdzać umocowanie do podpisania doręczanego Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia, dostrzeżenia wymagało to, że koniecznym było wykazanie, iż zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez osobę, która została należycie umocowana do reprezentowania wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Jak zasadnie zauważyła Izba w sprawie KIO 237/15: „ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. [przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji wezwania do uzupełniania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odpowiednie przepisy ustawy Pzp (art. 187 ust. 3-7 ustawy Pzp), na zasadzie wyjątku, dopuszczają jedynie – w określonych w nich okolicznościach – uzupełnienie odwołania.] Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :
nie posiadania przymiotu wykonawcy (w tym również wykazania umocowania –

do działania w jego imieniu przy pierwszej czynności w postępowaniu tj. przy zgłoszeniu przystąpienia)
braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz –
interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, –
a także
nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, –

5

nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.” Podobnie o braku możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Izba wypowiedziała się m.in. w sprawach: KIO 216/15, KIO 2665/14, KIO 2308/14, KIO 878/14, KIO 692/14, KIO 2734/13, czy też KIO 121/13.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zgłoszonych w imieniu konsorcjum S. przystąpień nie można było uznać za skuteczne, a tym samym wykonawca ten nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego w żadnej z dwóch rozpoznawanych przez Izbę spraw.

Izby wykluczyła w odniesieniu do każdego z rozpoznawanych odwołań to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w każdej ze spraw, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba była zobowiązana zbadać, czy Odwołującemu w każdej z rozpoznawanych spraw, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Jak ustaliła Izba, Zamawiający w pkt XIV.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), określił dwa kryteria oceny ofert: cenę (waga 95%) oraz termin płatności (waga 5%). Jak wynika z pkt 9 pismego protokołu postępowania swoje oferty w postępowaniu złożyło Zamawiającemu siedmiu wykonawców. Każdy z nich zaoferował ten sam termin płatności. Tym samym o miejscu w klasyfikacji ofert, w świetle kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ decydować mogła tylko cena. Najniższą ze wszystkich zaoferowanych w tym postępowaniu cen zaoferował Bud-Invent, tym samym to złożona przez niego oferta, o ile nie podlegałaby odrzuceniu, a on sam wykluczeniu, uznana powinna zostać za najkorzystniejszą. Konsorcjum S. zaoferowało drugą, zaś ECM – trzecią, co do kolejności najniższą cenę oferty. Z uwagi na fakt, że oferta złożona przez Bud-Invent została przez za wybrał on ofertę złożoną Zamawiającego odrzucona, najkorzystniejszą przez konsorcjum S..

6

Wobec tak ustalonego wyniku postępowania o udzielenie zamówienia odwołanie wniósł m.in. Bud-Invent (KIO 915/16). Podnoszone przez niego zarzuty (te które odnosiły się do ofert złożonych odpowiednio przez konsorcjum S. i ECM), odnosiły się do ofert, które zostałyby sklasyfikowane przez Zamawiającego w rankingu ofert poniżej oferty Wykonawcy, który złożył rozpoznawane przez Izbę odwołanie. Co istotne, nie było sporne to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego (w omawianym tu zakresie), w przypadku potwierdzenia się ich zasadności, nie mogły doprowadzić do zmiany kolejności ofert w rankingu ustalonym przez Zamawiającego w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w IDW, w takim znaczeniu, że oferty konsorcjum S. lub ECM mogłyby zostać wyżej sklasyfikowane od oferty Bud-Invent. Zarzuty te zmierzały tylko i wyłącznie do wyeliminowania z udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne od oferty Wykonawcy, który odwołanie to (w zakresie tu rozpoznawanym) wnosił.

Tym samym odwołanie to (w omawianym tu zakresie) nie służyło obronie oferty wnoszącego odwołanie Wykonawcy, czy też wyeliminowaniu ofert, które stały na drodze do uznania oferty Wykonawcy odwołującego się za najkorzystniejszą. Miały one służyć jedynie wyeliminowaniu z udziału w postępowaniu (wykluczeniu Wykonawcy lub odrzuceniu złożonej przez niego oferty) Wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne od oferty Wykonawcy wnoszącego odwołanie (w omawianym tu zakresie). Oferta Wykonawcy wnoszącego odwołanie w sprawie KIO 915/16 (w omawianym tu zakresie), w przypadku gdyby złożona była prawidłowo, a zatem tak, jak chciałby tego Bud-Invent i tak oceniliby to w toku badania i oceny ofert Zamawiający, nie mogła zostać, w świetle kryteriów opisanych w rozdziale pkt XIV.1 i n. SIWZ oceniona mniej korzystnie od ofert przez tego wykonawcę kwestionowanych, tj. tych, które złożyło konsorcjum S. oraz ECM. W ocenie Izby tak postawione zarzuty nie mieszczą się w ramach przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy Pzp (odwołanie i skarga) przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W ocenie Izby, w omawianym powyżej zakresie, odwołujący się w sprawie KIO 915/16 Wykonawca nie wykazał, jaką szkodę mógłby on ponieść w przypadku, gdyby przeprowadzone przez Zamawiającego badanie ofert mniej korzystnych od oferty przez niego złożonej okazało się, w granicach zarzutów sformułowanych we wniesionym przez niego odwołaniu, dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z powołanym przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca wnoszący

7

odwołanie jest zobowiązany wykazać posiadanie interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, którego wnoszone przez niego odwołanie dotyczy, nadto musi on wykazać również możliwość poniesienia szkody. W rozpoznawanym tu przypadku i w omawianym zakresie (w odniesieniu do zarzutów podnoszonych wobec ofert złożonych przez konsorcjum S. oraz przez ECM), tak interes, jak i możliwość poniesienia szkody nie występują. Jak to już wskazywano, niezależnie od oceny tak sformułowanych zarzutów (wobec dwóch mniej korzystnych cenowo ofert), w tak ustalonym stanie faktycznym, oferta złożona przez Bud-Invent, zgodnie z kryteriami opisanymi w pkt XIV.1 i n. SIWZ, o ile nie zostałaby odrzucona, zawsze zostałaby sklasyfikowana w rankingu ofert powyżej innych ofert złożonych w tym postępowaniu (w omawianym tu zakresie). Nie można bowiem przyjąć, że zarzuty i wnioski skierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne w świetle kryteriów opisanych w SIWZ, mogą w rozpoznawanych sprawach rzutować na sytuację wykonawcy, który w świetle kryteriów powinien być wyżej oceniony, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – wykluczenie wykonawców, czy też zaniechanie tej czynności, a także odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, które to oferty okazały się w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu mniej korzystne od oferty Odwołującego w sprawie KIO 915/16 pozostaje dla tego Odwołującego neutralne.

W ocenie Izby, w świetle powyższego w rozpoznawanej sprawie KIO 915/16, w omawianym powyżej zakresie, odwołującemu się Wykonawcy, który kwestionował dwie oferty mniej korzystne od oferty przez niego złożonej, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, które Izba miałaby obowiązek rozpoznać merytorycznie.

Podobnie Izba w sprawie KIO 2605/14: „Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy *Prawo zamówień publicznych* traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy *Prawo zamówień publicznych* nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyras takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie

w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż »[...] przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.],

8

w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy [choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.]. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy – z różnych powodów – widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie i koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.], gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają

9

dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.« *Zatem, rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, w części, w jakiej podnoszone zarzuty dotyczą oferty niżej sklasyfikowanej [mniej korzystnej], niż oferta Odwołującego. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których*

traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody. Odwołujący nie był w stanie wykazać, że zarzuty skierowane wobec wykonawcy, którego oferta oceniona została jako mniej korzystna niż oferta Odwołującego, może spowodować poniesienie przez niego szkody w danym postępowaniu.” Dalej Izba w powoływanym wyroku wskazała, że niewłaściwym byłoby rozpoznawanie zarzutów, które samodzielnie zmierzają do uzyskania stanu, w którym wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu a w konsekwencji – do unieważnienia postępowania: „Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez Obie przesłanki z art. 179 zamawiającego. materialnoprawne, wynikające ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym

10

postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10, z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11], z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14. Podkreślono to także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r. w spr. II Ca 9/11: »Legitymacja zatem do wniesienia środka ochrony prawnej [w tym wypadku odwołania] służy tylko takiemu uczestnikowi, 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. Interes, o którym tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony. Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Przepis art. 179 ust. 1 pzp mówi o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia”, co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości. W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie«. Nie można bowiem akceptować sytuacji, kiedy Odwołujący wnosząc odwołanie i podnosząc zarzuty, co do których niewątpliwie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, to jest zarzuty kierowane wobec wykluczenia z postępowania i odrzucenia własnej oferty [których to potwierdzenie zarzutów realizuje w pełni jego interes, skoro jego oferta byłaby najkorzystniejszą, gdyby podlegała ocenie], »podpina« pod te zarzuty szereg innych zarzutów w stosunku do wykonawcy czy wykonawców, których oferty w żaden sposób nie zagrażają jego interesowi w uzyskaniu zamówienia [tak wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1683/12]. Powyższe stanowiłoby o obejściu regulacji ustawy, traktujących odwołanie jako środek nakierowany na realizację interesu wykonawcy, polegającego na uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu. Ten interes, w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą, sprowadza się więc do podejmowania działań mających na celu wyłącznie spowodowanie stanu, w którym będzie podlegała ona ocenie [a zatem zwalczania czynności wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty takiego wykonawcy], nie zaś do czynności neutralnych dla wyboru oferty Odwołującego, jakimi jest kwestionowanie wyboru oferty innego wykonawcy, którego oferta jest mniej korzystna od oferty Odwołującego, a tym samym, który to wybór nie miałby miejsca, gdyby oferta

Odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu. Ponadto, sam fakt postawienia zarzutów, co do których wykonawca spełnia przesłanki materialnoprawne nie uzasadnia stawiania innych zarzutów, które samodzielnie rozpatrywane są dla wykonawcy neutralne i

11

nie zmierzają do wyboru jego oferty w postępowaniu. Wszak odwołanie, po myśli art. 180 ust. 1 ustawy, przysługuje od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że każda z czynności lub zaniechań zamawiającego, może być przedmiotem samodzielnego odwołania i z osobna musi być rozpatrywana przez pryzmat dopuszczalności odwołania, spełnienia przesłanek do jego rozpatrzenia [takich choćby jak zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz innych podstaw wskazanych w art. 189 ust. 1 ustawy], wreszcie, co do każdej z nich wykonawca musi legitymować się istnieniem przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy.”

Co istotne, poglądy wyrażone w powołanym orzeczeniu Izby podzielił również Sąd Okręgowy w Poznaniu w sprawie X Ga 85/15, w orzeczeniu z dnia 2 kwietnia 2015 r., wydanym, w wyniku skargi na powołane orzeczenie Izby, który za słuszny przyjął argument, że „możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, obejmuje jedynie te działania wykonawcy, które zmierzają do utrzymania oferty odwołującego w postępowaniu” i dalej „gdy oferta odwołującego jest korzystniejsza, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i niepodlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty odwołującego pozostaje bowiem neutralne dla tego wykonawcy.” W podsumowaniu prezentacji swego stanowiska Sąd Okręgowy podkreślił, że „wbrew zarzutom odwołania możliwa i dopuszczalna jest ocena przesłanki interesu i szkody odrębnie w stosunku do każdego z zarzutów odwołania. Treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera bowiem zapisów, które uniemożliwiałyby taką ocenę.”

Kierując się tak zakrojonym poglądem, Izba uznała, że w sprawie KIO 915/16 – co do zarzutów skierowanych wobec ofert złożonych przez konsorcjum S. oraz przez ECM, wnoszącemu to odwołanie wykonawcy, tj. Bud-Invent, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Uwzględniając fakt, że Bud-Invent, w omawianym tu zakresie, nie wykazał przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie rozpoznała merytorycznie stawianych w powołanym odwołaniu zarzutów.

12

W odniesieniu do pozostałego zakresu zarzutów podnoszonych przez Bud-Invent, tj. tych jego twierdzeń, które zmierzały do wykazania bezzasadnego odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty, Izba stwierdziła, że Odwołującemu sprawie KIO 915/16, we wskazanym tu zakresie, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Prawo takie, w ocenie Izby, przysługiwało również Odwołującemu w sprawie KIO 912/16.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego w każdej ze spraw objętych merytorycznym rozpoznaniem zarzutów, tak KIO 912/16, jak i KIO 915/16, dokumenty przekazane przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w obu odwołaniach, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt IV.3 SIWZ: „Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie czynności inwestora zastępczego przy realizacji zadania pt. »Budowa budynku stanowiącego siedzibę Transportowego Dozoru Technicznego« polegających na: -) wykonywaniu czynności

inwestora niezbędnych do rozpoczęcia realizacji Inwestycji, -) wykonywaniu czynności inwestora zastępczego w trakcie realizacji Inwestycji, -) wykonywaniu czynności inwestora zastępczego w okresie rękojmi i gwarancji. Szczegółowy zakres zamówienia został określony w załączniku nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia). Pozostałe warunki dotyczące realizacji zamówienia zostały określone w załączniku nr 2 do SIWZ (Projekt Umowy)."

Zgodnie z pkt V.1 SIWZ: „Termin wykonania zamówienia rozpocznie się z chwilą zawarcia umowy i trwać będzie do 7 dnia kalendarzowego po upływie okresu gwarancji i rękojmi udzielonej przez Wykonawcę robót budowlanych, tj. do potwierdzenia ostatecznego rozliczenia Inwestycji. Zamawiający planuje zawarcie umowy z Wykonawcą robót budowlanych do końca 2016 roku. Termin wykonywania robót budowlanych wynosi do 32 miesięcy. Okres gwarancji wynosi 5 lat, okres rękojmi 3 miesiące po upływie gwarancji."

Zamawiający w odniesieniu do składanych mu ofert w rozdziale XI SIWZ wymagał m.in.: „5. Oferta musi być podpisana przez osobę/-y upoważnioną/-e do reprezentowania Wykonawcy (Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). Oznacza to, iż jeżeli z dokumentu(ów) określającego(ych) status prawny Wykonawcy(ów) lub pełnomocnictwa wynika, iż do reprezentowania Wykonawcy(ów) upoważnionych jest łącznie kilka osób dokumenty wchodzące w skład oferty muszą być podpisane przez wszystkie te osoby. 6. Upoważnienie osób podpisujących ofertę do jej podpisania (pełnomocnictwo) musi

13

bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli upoważnienie takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru) to do oferty należy dołączyć oryginał lub notarialnie poświadczoną kopię stosownego pełnomocnictwa wystawionego przez osoby do tego upoważnione."

Zgodnie z pkt XIII.4 SIWZ cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową i ma obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia.

Termin składania ofert, zgodnie z pkt 7.2 pismnego protokołu postępowania, upłynął w dniu 5 kwietnia 2016 r. o godz. 11:00.

Przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło siedem ofert (pkt 9 pismnego protokołu postępowania).

Po dokonaniu procedury uzupełnienia brakującego w ofercie złożonej przez konsorcjum S. pełnomocnictwa, a także po przeprowadzeniu procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez Bud-Invent, Zamawiający pismem z dnia 20 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców m.in. o odrzuceniu oferty złożonej przez Bud-Invent oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum S.. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta złożona przez ECM.

Wobec powyższego tak ECM, jak i Bud-Invent, złożyli własne odwołania.

Szczegółowe ustalenia faktyczne, właściwe dla każdego z rozpoznawanych zarzutów, Izba poczyniła przy rozpoznawaniu zasadności poszczególnych zarzutów.

Uwzględniając dokonane wcześniej rozstrzygnięcia w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione w sprawie KIO 912/16 w całości, zaś odwołanie wniesione w sprawie KIO 915/16 w części odnoszącej się do oferty złożonej przez Bud-Invent, rozpoznała w granicach zarzutów (a w szczególności w granicach okoliczności faktycznych zakrojonych w każdym z rozpoznawanych merytorycznie odwołań) w nich zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego. Izba przyjęła przy tym, że skoro zgodnie z powołanym przepisem może ona orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące

skutecznie wpływać na kognicję Izby. Tym samym za rozstrzygającą o granicach zaskarżenia w każdym przypadku Izba uznała treść rozpoznawanego odwołania.

14

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w każdym z dwóch odwołań rozpoznawanych merytorycznie odwołań, doszedł do przekonania, że zarzuty sformułowane przez Odwołujących w sprawach KIO 912/16 oraz KIO 915/16 (w granicach, w jakich to odwołanie zostało merytorycznie rozpoznane) nie znalazły oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a to z kolei spowodowało, że odwołania te, jako takie, nie zasługiwały na uwzględnienie.

KIO 912/16

Jak ustaliła Izba wraz z ofertą złożoną przez konsorcjum S. złożone zostało m.in. pełnomocnictwo (oznaczone jako załącznik nr 2 do umowy konsorcjum nr 1/BS-PM/2016) udzielone przez wykonawcę Project Management Intertecno sp. z o.o. W. S., który zgodnie z jego treścią, pełnić ma funkcję Lidera Konsorcjum. Obejmowało ono swym zakresem m.in. podpisanie i złożenie oferty, a nadto upoważniało też W.S. do udzielania dalszych pełnomocnictw. W treści pełnomocnictwa odwołano się w sposób wyraźny do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego wskazując wprost na nazwę postępowania i numer sprawy, oraz na samego Zamawiającego.

Z uwagi na fakt, że powołana oferta podpisana została przez S.L., dla którego pełnomocnictwo nie zostało wraz z ofertą złożone, Zamawiający pismem z dnia 13 kwietnia 2016 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał konsorcjum S. do uzupełnienia brakującego dokumentu.

W dniu 18 kwietnia 2016 r. odpowiadając na powołane wezwanie, konsorcjum S. przedstawiło Zamawiającemu udzielone w dacie 4 kwietnia 2016 r. (z tą datą podpisana została oferta złożona Zamawiającemu przez to konsorcjum). Zgodnie z treścią tego dokumentu W.S. upoważnił S.L. do reprezentowania go w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - w treści pełnomocnictwa odwołano się w sposób wyraźny do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego wskazując wprost na nazwę postępowania i numer sprawy, oraz na samego Zamawiającego

Zdaniem ECM użycie w treści uzupełnionego pełnomocnictwa wyrażen „do reprezentowania mnie” oraz „podpisanie i złożenie w moim imieniu oferty” świadczyć miało o tym, że S.L. nie został umocowany do działania w imieniu konsorcjum, a jedynie w imieniu Lidera. Nadto Odwołujący w sprawie KIO 912/16 wskazywał na brak daty na pełnomocnictwie konsorcjalnym złożonym wraz z ofertą, co dodatkowo miało podważać wiarygodność uzupełnionego pełnomocnictwa.

15

W ocenie Izby, osobę, która podpisała ofertę złożoną w imieniu konsorcjum S., uznać należało, w świetle dokumentów przedstawionych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, za pełnomocnika działającego w imieniu i na rzecz konsorcjum, albowiem został on prawidłowo (w dostatecznym stopniu) umocowany do złożenia oferty na podstawie pełnomocnictwa uzupełnionego Zamawiającemu w odpowiedzi na odpowiednie wezwanie. Pamiętać należy, że oświadczenia woli, a za takie należy uznać powołane pełnomocnictwo, zgodnie z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Mając też na uwadze datę wystawienia pełnomocnictwa (dzień w którym podpisana została oferta), jego treść (podpisywanie i składanie ofert w imieniu lidera konsorcjum w wyrażnie określonym z nazwy i znaku sprawy postępowaniu prowadzonym przez wyrażnie określonego zamawiającego, co wprost koresponduje z treścią pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum i załączonego do oferty) oraz wskazania lidera konsorcjum, który go udzielił, Izba uznała, iż osoba działająca na podstawie tego właśnie dokumentu była umocowana do działania w imieniu konsorcjum S. (dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia) w dostatecznym stopniu, aby uznać było można, że oferta została podpisana i złożona przez podmiot do tego uprawniony. Tym samym nie potwierdziły się zarzuty stawiane przez ECM.

W kontekście powyższego dostrzeżenia wymagało również to, że stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym obciążony był Odwołujący w sprawie KIO 912/16. Tym samym to on winien udowodnić, że pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą, a udzielone liderowi konsorcjum, zostało złożone po dacie 4 kwietnia 2016 r. Okoliczności tej wykonawca ten nie wykazał. Jak to zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 54/12: „Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to

16

strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).” W kontekście powołanych poglądów, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było również dostrzeżenie tego, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dowodu jedynie fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu, a także fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, a także to, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Kierując się powołaną zasadą, Izba przyjęła, że to na Odwołującym w sprawie KIO 912/16 ciążył obowiązek wykazania, że stawiane przez niego zarzuty winny zostać przez Izbę uwzględnione. Jak to już zaznaczono, Odwołujący nie podjął próby udowodnienia zaistnienia okoliczności, na które powoływał się we wniesionym przez siebie odwołaniu.

Wobec powyższego Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów przywołanych przez ECM we wniesionym przez nie odwołaniu.

KIO 915/16

Zgodnie z pkt 8 pismennego protokołu postępowania Zamawiający ogłosił, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 968 000 zł. Przed upływem terminu składania ofert Zamawiającemu złożono siedem ofert. Najtańszą była oferta złożona przez Bud-Invent – wykonawca ten zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę 878 466,00 zł, podczas gdy pozostali wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu ceny na następującym poziomie: 2 969 835,00 zł, 2 337 000,00 zł, 2 886 810,00 zł, 1 586 700,00 zł ECM), 1 342 613,88 zł (konsorcjum S.) oraz 2 333 310,00 zł.

Odwołując się do przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający, pismem z dnia 20 kwietnia 2016 r., wezwał Bud-Invent do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny. Poinformował on przy tym powołanego Wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena jest niższa od wartości szacunkowej (1 600 000,00 zł netto, czyli 1 968 000,00 zł brutto) oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (2 047 819,27 zł) o ponad 30%. Co istotne, Zamawiający w sformułowanym przez siebie wezwaniu nie ograniczył się jedynie do powielenia treści przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Wymagał on nadto aby: „Wykonawca winien wykazać i udowodnić, że cena za wykonanie

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego została rzetelnie w sposób rynkowy skalkulowana i obejmuje wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia podnoszone przez Wykonawcę, jak również pewien zysk dla Wykonawcy. W tym celu Wykonawca winien szczegółowo i wyczerpująco wyjaśnić wszelkie elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, w tym sposób kalkulacji ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia m.in. koszty bezosobowe w tym np. koszty ubezpieczenia polis dla kontraktu, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty administracyjno biurowe (np. koszt zakupu sprzętu biurowego), koszty osobowe m.in. koszty wynagrodzenia w tym w szczególności członków zespołu inwestora zastępczego przy uwzględnieniu ich doświadczenia i wiedzy oraz czasochłonności ich pracy, a także kosztów dojazdów, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano koszty pracy w takim wymiarze mając na uwadze obecną sytuację cen na rynku usług w branży budowlanej oraz wymagania postawione przez Zamawiającego. Wyjaśnienia odnoszące się do zaoferowanej ceny powinny wskazywać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim zaoferowana cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom." Zamawiający pouczył też wzywanego Wykonawcę o spoczywającym na nim zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także o regulacji zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2016 r. Bud-Invent na powołane wezwanie odpowiedział. Nie kwestionował jego zasadności. Treść udzielonych wyjaśnień objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie Zamawiający respektował, jako zasadne.

Zamawiający, w toku badania złożonych mu ofert, ocenił tak przedstawione mu wyjaśnienia za niewystarczające, uznając, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, co stało się dla niego podstawą do odrzucenia złożonej przez Bud-Invent oferty. Część merytoryczną uzasadnienia dokonanej przez siebie czynności Zamawiający, respektując poczynione przez powołanego Wykonawcę zastrzeżenie, również takim zastrzeżeniami objął.

O odrzuceniu oferty złożonej przez Bud-Invent Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 20 maja 2016 r.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: (1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200,

poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); (2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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. Tym samym to wykonawca, będąc do tego wezwanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, w tym poprzez złożenie odpowiednich dowodów, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Izba podziela przy tym stanowisko wyrażone w sprawie KIO 1410/15, zgodnie z którym: „przywołany przepis ustawy P.z.p. (art. 90 ust. 1) w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., pozwala na przyjęcie tezy, że dowody składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego mogą mieć różnorodny charakter. Art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. w nowym brzmieniu stanowi bowiem, że zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania

19

przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w świetle wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako "zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe, w ocenie Izby, będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z pochodzące udzielanymi wyjaśnieniami właściwe "zewnętrzne" dowody od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup. W niektórych przypadkach natomiast, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych, zakupów czy też dokonywania zleceń wykonywania określonych prac podwykonawcom, wyjaśnienia uzasadnione dowodowo mogą sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wytworzeniem określonych przez wykonawcę określonych produktów."

Istotnym w rozpoznawanej sprawie jest to, że Zamawiający w treści wezwania wyraźnie poinformował Bud-Invent, że składając wyjaśnienia wykonawca ten powinien wykazać, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należytyym wykonaniem zamówienia. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał na jego podstawę prawną, tj. na przepis art. 90 ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że co do formalnych podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, jako profesjonalista, nie mógł i nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości. Takich też Bud-Invent nie miał. Oczywistym zatem powinno dla niego być to, że celem Zamawiającego jest uzyskanie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny wskazujących na wszystkie okoliczności uzasadniające, w realiach tej sprawy, zaoferowanie

ceny na poziomie wskazanym w ofercie. Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał, w ocenie Izby, przyjąć, że Bud-Invent, będąc świadomym konsekwencji wynikających z zastosowanej przez Zamawiającego procedury, przedstawił wyjaśnienia, w których wiarygodnie wyjaśniłby, w jaki sposób dokonał kalkulacji ceny i przy uwzględnieniu jakich szczegółowych czynników skalkulował tę cenę.

Jak to zauważyła Izba w sprawie KIO 547/15: „Z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powyższe domniemanie [domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie] zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy. Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego »względem dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej« [tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06]. Istotny dla tej oceny jest także zakres wezwania zamawiającego, w tym to czy określone kwestie, wywołujące wątpliwości zostały w nim szczególnie uwypuklone i pozostawione wykonawcy do wyjaśnienia. W tej mierze więc nie sposób odmówić racji teźom ogólnym zaprezentowanym w piśmie Zamawiającego złożonym na etapie postępowania odwoławczego, eksponującym ciężar wykazania przez wykonawcę, że cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Powyższe determinuje wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie tutaj nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W różnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych środków produkcji, a tym samym inne nakłady [elementy cenotwórcze] będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest

pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt osób wykonujących zamówienie, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.”

Odnosząc powyższe do przedstawionych przez Bud-Invent wyjaśnień i oceniając je z tej perspektywy, uznać należało, że zasadnymi były twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którymi wyjaśnienia te nie spełniały wymogów stawianych tego rodzaju dokumentom. Szczególnie ważnym jest to, że to na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu Wykonawca ten był, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązany wykazać, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W rozpoznawanej sprawie zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Bud-Invent Zamawiającemu nie była objęta zakresem rozpoznania przez Izbę, stąd wobec nieuchylenia tegoż zastrzeżenia przez Zamawiającego, także Izba zobowiązana była je respektować, stąd też do złożonych przez powołanego

wykonawcę wyjaśnień władna była Izba odnosić się wprost, jedynie w tym zakresie, w jakim treść tych wyjaśnień została ujawniona przez samego Odwołującego w sprawie KIO 915/16 we wniesionym przez niego odwołaniu.

Zasadnie podnosił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że nieistotnym z punktu widzenia oceny charakteru ceny w tym konkretnym postępowaniu było odwoływanie się przez Bud-Invent we wniesionym przez niego odwołaniu do cen oferowanych w innych postępowaniach na inne roboty budowlane, czy usługi nadzoru inwestorskiego. W tym postępowaniu ważnym była relacja ceny zaoferowanej przez Odwołującego w sprawie KIO 915/16 do przedmiotu zamówienia, oraz to, w jaki sposób uzasadnił on poziom zaoferowanej przez siebie ceny. Tym samym zestawienia przedstawiane przez Bud-Invent w toku rozprawy przed Izbą pozostawały bez jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Co istotne, wobec szczegółowego charakteru wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, zawarte w piśmie Bud-Invent z dnia 25 kwietnia 2016 r. twierdzenia nie znalazły w danych, ogólnego charakteru oparcia żadnych wiarygodnych które wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach winien przywołać. Za nazbyt skąpe i nie wystarczające dla wykazania, że dokonana przez niego kalkulacja może zostać oceniona jako rzetelna, uznać należało proste wydzielenie z całkowitej ceny oferty pewnej ilości

22

mniejszych kwot i przypisanie każdej z nich do jednego z wybranych przez tego wykonawcę czynników cenotwórczych. Wielkości te nie zostały niczym udokumentowane. Jedynie w odniesieniu do kosztu pracy osób wyznaczonych do pełnienia poszczególnych funkcji Bud-Invent podjął próbę wykazania określania tych kosztów na wskazywanym w złożonym Zamawiającemu zestawieniu poziomie (okoliczność ujawniona w pkt 4.1 uzasadnienia odwołania, na stronie 7, a także pkt 5.2 na stronie 10). Jednakże również te oświadczenia, wobec treści wezwania Zamawiającego nie mogły zostać uznane za wystarczające – Zamawiający oczekiwał bowiem wskazania wszystkich kosztów osobowych, w tym m.in. wynagrodzenia członków zespołu inwestora zastępczego, wraz z wyszczególnieniem czasochłonności ich pracy i uzasadnieniem poczynionej kalkulacji. Informacji takich Bud-Invent w złożonych przez siebie wyjaśnieniach nie zawarł. Dostrzeżenia wymaga również to, że informacja o ryczałtowym charakterze wynagrodzeń ustalonych z wykazywanymi osobami (pkt 4.5, strona 8 uzasadnienia odwołania), pojawiła się dopiero na etapie odwołania – stąd nie była znana Zamawiającemu w dniu podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty.

W ocenie Izby Bud-Invent nie wykazał, że nie była słuszna, dokonana przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, całościowa ocena złożonych przez tego Wykonawcę wyjaśnień, zgodnie z którą to oceną, wyjaśnienia te nie uprawdopodobniły nawet szczególnych okoliczności, dla których cena oferty tego właśnie Wykonawcy miałaby być w tak znacznym stopniu niższa od pozostałych ofert złożonych w tym samym postępowaniu. W toku postępowania odwoławczego nie zostało wykazane, że zaproponowana przez Bud-Invent cena nie jest ceną rażąco niską, a tym samym, że daje ona rękojmię rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący w sprawie 915/16 nie przedstawił Izbie dowodów, które uzasadniałyby przyjęcie odmiennej tezy, a to na nim, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp ciążył ten obowiązek.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, przedstawionych przez Bud-Invent wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2016 r. nie można było uznać, za odpowiednio umotywowane i przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tym samym brak było podstaw do przyjęcia, że dokonana przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty złożonego przez powołanego Wykonawcę nie była zasadna.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

23

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający w sprawach KIO 912/16 i 915/16 przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia wnioski o obciążenie Odwołujących w każdej z tych spraw poniesionymi przez Zamawiającego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, uwzględniając przy tym to, że zgodnie z § 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia w każdej z tych spraw wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekroczyć kwoty 3600 zł.

Przewodniczący: