Sygn. akt: KIO 791/16

WYROK
z dnia 30 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2016 r. przez wykonawcę

Sweco Consulting sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bielsko-Biała – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku-Białej, ul. Grażyńskiego 10, 43-300 Bielsko-Biała,**

przy udziale wykonawcy **ThinkIt Consulting sp. z o.o., ul. Kosiarzy 32, 02-953 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Sweco Consulting sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sweco Consulting sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Sweco Consulting sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** na rzecz **Miasta Bielsko-Biała – Miejskiego Zarządu Dróg w Bielsku-Białej, ul. Grażyńskiego 10, 43-300 Bielsko-Biała** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 791/16

UZASADNIENIE

Miasto Bielsko – Biała – Miejski Zarząd Dróg z siedzibą w Bielsko - Białej przy ul. Grażyńskiego 10 (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: „Budowa Inteligentnego Systemu Transportowego w Bielsku-Białej”, oznaczenie sprawy: 280-15/IZ/72/U/PN (zwane dalej: „postępowaniem”)

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

2 maja 2016 r. Zamawiający, drogą mailową, zawiadomił wykonawców

biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawcę Sweco Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Ziębickiej 35 (dalej: „Odwołujący" lub „Sweco") , o jego wyniku, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy ThinkIT Consulting Sp. z o.o., ul. Kosiarzy 32, 02-953 Warszawa (dalej: „ThinkIT" lub „Przystępujący").

12 maja 2016 r. Sweco wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty złożonej przez ThinkIT jako oferty najkorzystniejszej oraz na odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez uznanie, iż Odwołujący nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty ThinkIT w ramach postępowania niezgodnie z przepisami Pzp, tj. w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 1-3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Sweco na skutek nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych w

postępowaniu przez Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego przekonania Zamawiającego, iż cena zaoferowana przez Sweco jest ceną rażąco niską i skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;

3. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez brak wskazania w uzasadnieniu dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego faktów i okoliczności, które doprowadziły do uznania, że wykonawca ten nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

ewentualnie zarzucał Zamawiającemu:

4. naruszenie art. 90 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 i 3 Pzp, przez zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia wobec Sweco procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, która pozwoliłaby w rzetelny sposób ustalić, czy cena oferty Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, tj. przez brak wezwania do wyjaśnień wątpliwości Zamawiającego jeśli takowe wystąpiły, co w efekcie doprowadziło również do naruszenia art. 7 ust.1 i 3 Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert, dokonanej przez Zamawiającego, w tym odrzucenia oferty unieważnienie czynności Odwołującego oraz unieważnienie wyboru oferty ThinkIT jako oferty najkorzystniejszej;
2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji dokonania tej czynności:
3) nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Sweco wyjaśniał:

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący złożył w dniu 25 stycznia 2016 r. ważną ofertę, tj. zgodną z przepisami

Pzp oraz zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz" lub „specyfikacja").

Zgodnie z informacją uzyskaną w trakcie procedury otwarcia ofert, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym złożono ogółem 7 ofert, których ceny (z uwzględnieniem VAT) kształtowały się na poziomie od 560.880,00 PLN (oferta

Odwołującego) do 1.185.720,00, przy podanej przez Zamawiającego kwocie, jaką może on przeznaczyć na realizację zamówienia: 1.000.243,79 PLN brutto. Wartość przedmiotowego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 900.000,00 PLN.

Zgodnie z pkt 14 siwz (strony od 16 do 19) kryteriami oceny ofert były: cena: 70%, metoda i organizacja nadzoru: 20% ilość przeglądów w okresie gwarancyjnym: 10%.

Zamawiający, pismem nr IŻ.271.72.44.2015.AS z dnia 2 maja 2016 r. przesłanym drogą mailową w dniu 2 maja 2016 r. poinformował o dokonanym wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o ofertach odrzuconych i wykluczonych wykonawcach.

Zgodnie z przedmiotowym pismem Zamawiający uznał za ofertę najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez ThinkIT, przyznając jej ogółem 93,46 pkt, w tym w podkryterium „cena": 70 pkt, w podkryterium „metoda i organizacja nadzom1': 13,53 pkt, a w podkryterium „ilość przeglądów w okresie gwarancyjnym": 10,00 pkt.

Jednocześnie Zamawiający ww. pismem zawiadomił, iż dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, wskazując jako podstawę prawną art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp i stwierdził, że cyt.: „Odwołujący nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia". Jednocześnie Zamawiający poinformował o tym, iż oferta Odwołującego nie była oceniana w żadnym z 3-ch kryteriów.

Odwołujący podnosił, iż dokonane przez Zamawiającego czynności oceny i badania ofert, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiły z naruszeniem przepisów Pzp. Przede wszystkim, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dokonał oceny złożonych przez Sweco wyjaśnień, będących odpowiedzią Odwołującego na wezwanie Zamawiającego, zmierzające do ustalenia, czy nie zachodzi przypadek wystąpienia rażąco niskiej ceny. Podkreślał, że w całej treści uzasadnienia zawartego w treści pisma Zamawiającego z dnia 2 maja 2016 r. Zamawiający nie wskazał, które to elementy wyjaśnień i które to dowody potwierdziły wcześniejsze domniemanie Zamawiającego o tym, że oferta Sweco zawiera rażąco niska cenę. A przecież, skoro podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego było przekonanie Zamawiającego o rażąco niskiej cenie oferty Sweco, a konkretnie to, iż, cyt.: „Odwołujący nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia", to obowiązkiem Zamawiającego było przedstawienie przekonującego uzasadnienia faktycznego dla dokonania ww. czynności prawnej.

Zdaniem wykonawcy Sweco nie można bowiem uznać, jako zgodne z zasadami Pzp, twierdzeń zawartych w uzasadnieniu faktycznym dokonania czynności odrzucenia oferty Sweco w treści pisma z dnia 2 maja 2016 r., tj. że wcześniejsze usługi wykonywane przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego budziły zastrzeżenia Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego powyższa argumentacja Zamawiającego kwalifikowałaby się teoretycznie jako przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2a) Pzp, a nie jako podstawa do uznania ceny oferty za rażąco niską. Dlatego też twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za nietrafne przy ocenie rzekomo rażąco niskiej ceny oferty Sweco. Jednocześnie Odwołujący wskazywał, że wedle treści pkt 6.1 siwz Zamawiający w Postępowaniu nie przewidział możliwości zastosowania takiej przesłanki wykluczenia:

- inni wykonawcy cyt. „skalkulowali ceny swych ofert, w ocenie Zamawiającego, w sposób logiczny w merytorycznie adekwatny do specyfiki przedmiotowego zamówienia, nadając decydujące znaczenie wynagrodzeniu za wykonanie ETAPU II zamówienia".

Odwołujący wyjaśniał, że w pkt 18 siwz „Opis sposobu obliczenia ceny oferty"

Zamawiający nie postawił żadnych wymagań co do sposobu obliczenia ceny oferty,

w tym podziału ceny na poszczególne etapy. Co więcej, Tabela Elementów Rozliczeniowych (dalej: „TER") ograniczona została przez Zamawiającego do 2 pozycji wyceny: za Etap I oraz za ETAP II, których suma winna stanowić cenę oferty netto wpisywaną przez wykonawców do formularza ofertowego i w tej całkowitej cenie wykonawcy winni skalkulować również wartość wynagrodzenia za ETAP III. Skoro zatem suma wartości za ETAP I oraz za ETAP II wg TER miała dać cenę jak w formularzu oferty, to oczywistym jest, że albo w obu tych wartościach, albo w jednej z nich zawarta musiała być cena ETAPU III. Zamawiający nie wskazał jednak, do którego z Etapów wykonawcy winni doliczyć wynagrodzenie za III Etap, zatem każdy wykonawca miał prawo doliczyć ją w miejscu dowolnie przez siebie wybranym.

Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem, wszelkie niejasności, wątpliwości w interpretacji siwz winny być dokonywane na korzyść wykonawcy, ponieważ autor tych zapisów - Zamawiający obowiązany jest formułując zapisy siwz czynić to w sposób przejrzysty i szczegółowy, dlatego to Zamawiający winien ponosić konsekwencje swoich zaniedbań.

Następnie Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie określił w siwz (jak można to obserwować w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia) np. procentowego rozbicia ceny na poszczególne etapy. Jednocześnie w projekcie umowy (§ 2 ust. 1 projektu) Zamawiający określił ryczałtowy charakter wynagrodzenia, który charakteryzuje się niezmiennością w okresie i dla zadania opisanego w OPZ. Oznacza to, że podział na etapy (jak wskazano wyżej: na dwa etapy, nie jak jest realnie w tym zamówieniu: trzy etapy) jest zabiegiem bez doniosłości prawnej. Zamawiający, który nie wskazał w siwz wymagań co do kalkulacji ceny nie może na etapie oceny ofert z faktu rozdziału wynagrodzenia ryczałtowego na etapy wyciągać wniosków o rażąco niskiej cenie Odwołującego. Takie działanie pozostaje w sprzeczności z prawem.
- wykonawcy świadomi byli tego, iż cyt.: „możliwa jest sytuacja, w której jedynym ETAPEM, który zostanie zrealizowany będzie ETAP I (lub jego część), po którego wykonaniu nastąpi de facto rozwiązanie umowy w odniesieniu do pozostałych ETAPÓW" a Zamawiający dlatego wymagał rozbicia w TER ceny globalnej za 2 ETAPY bowiem realizacja zamówienia jest uzależniona od pozyskania środków z Unii Europejskiej. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w siwz nie wskazał tych okoliczności (ograniczenia zakresu), poprzestał na zapisach ogólnych § 2 pkt 4 i 5

wzorca umowy, nie precyzując i nie określając, że może nastąpić ograniczenie do wykonania li tylko ETAPU 1. Zamawiający winien to jasno opisać w dokumentacji przetargowej, ponieważ wykonawcy nie powinni domyślać się zamysłów Zamawiającego. Powyższa argumentacja Zamawiającego jest spóźniona, ponieważ winna zostać odzwierciedlona w zapisach siwz przed złożeniem ofert przez wykonawców, dlatego też nie może stanowić podstawę do uznania oferty Sweco jako zawierającej rzekomo rażąco niską cenę. Ponadto Odwołujący zwraca uwagę na fakt, iż w ogłoszeniu TED opublikowanym w dniu 16.12.2015 r. w pkt VI.2 nie wskazano, że jest to zamówienie finansowane ze środków UE - zatem argumentacja zdaniem Odwołującego stworzona została na potrzeby decyzji o odrzuceniu oferty Sweco, a nie wynika z dokumentacji postępowania.

Odwołujący podnosił także, że pomimo, że Zamawiający nie odniósł się w treści uzasadnienia do wyjaśnień przedłożonych przez Odwołującego w dniu 4 lutego 2016 r. na wezwanie dotyczące domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny, to w ocenie Odwołującego Sweco w swoich wyjaśnieniach wyczerpująco wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał bowiem m.in. czynniki odróżniające go od innych wykonawców i dodatkowo określił, dlaczego te czynniki może wyceniać na poziomie jak wykazał w w/w piśmie.

Przede wszystkim jednak Odwołujący przedstawił w załączniku nr 1 do

przedłożonych wyjaśnień tabelaryczne wyliczenie wartości kwotowych za poszczególne etapy wraz z kosztami nieprzewidzianymi oraz dodatnim zyskiem.

W ocenie Odwołującego Zamawiający otrzymał satysfakcjonujące odpowiedzi na pytania postawione w skierowanym do Odwołującego wezwaniu. Jednocześnie Odwołujący jeszcze raz podkreśla, iż samo wezwanie Zamawiającego miało charakter „blankietowy''1 i stanowiło wprost przepisanie treści przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Jeśli zatem Zamawiający miał jeszcze jakiekolwiek wątpliwości dotyczące przedłożonej wraz z wyjaśnieniami Sweco wyceny przedmiotu zamówienia, winien był prowadzić procedurę wyjaśniającą tak, by z pełnym przekonaniem móc prawidłowo uzasadnić jakie czynniki zdecydowały o uznaniu, bądź nie uznaniu ceny zaproponowanej przez Odwołującego jako ceny rażąco niskiej. Brak takiego uzasadnienia faktycznego zdaniem Sweco świadczy o tym, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jest niczym nie uzasadnioną

---

dyskryminacją Sweco i nastąpiła z poważnym naruszeniem przepisów Pzp i postanowień siwz. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie: Co do zasady czynność wyjaśnień powinna mieć charakter jednorazowy. Nie negując jednak możliwości kilkukrotnego wzywania do wyjaśnień przy zastosowaniu art. 90 ust 1 ustawy w wyjątkowych wypadkach, jeżeli nadal istnieją wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez wykonawcę wyjaśnień lub wezwanie sformułowane było w sposób nieprawidłowy (...) (wyrok KIO z dnia 07 lipca 2014 roku, KIO 1287/14).

W opinii Odwołującego naruszenie przywołanych przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp można rozpatrywać w kontekście naruszenia przez Zamawiającego również przepisu art. 7 ust 1 oraz ust. 3 w/w ustawy. Zamawiający poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Sweco nie dochował bowiem zasady zachowania uczciwej konkurencji, a dokonany wybór oferty złożonej przez ThinkIT dokonany został niezgodnie z przepisami, tym samym czynność udzielenia przez niego przedmiotowego zamówienia publicznego nastąpi niezgodnie z przepisami Pzp.

16 maja 2016 r. do Izby ze strony wykonawcy ThinkIT wpłynęło pismo zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odwołania jako niezasadnego. Również Odwołujący w toku posiedzenia Izby złożył pisma procesowe, zawierające prezentowane przez niego stanowisko.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie, pisma procesowe oraz stanowiska i oświadczenia stron a także uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania co zostało zreferowanej powyżej.

Dodatkowo Izba ustaliła, że:

W pkt 18.1 siwz Zamawiający sprecyzował, że cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę na formularzu Tabeli Elementów Rozliczeniowych, stanowiącym załącznik nr 1 do Rozdziału III niniejszej siwz.

Tabela Elementów rozliczeniowych, stanowiąca załącznik nr 1 do siwz zawierała wyszczególnienie elementów rozliczeniowych z podziałem na Etap I i II.

W § 2 ust. 3 Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie za zrealizowanie Etapu

Ill zamówienia mieści się w wynagrodzeniu o którym mowa w ust. 1

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że jedynie część zarzutów potwierdziła się co zostało opisane poniżej.

I.

Izba jako pierwsze, rozpoznała zarzuty, dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego, z uwagi na przekonanie Zamawiającego, że wykonawca Sweco w złożonej ofercie zaoferował cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po dokonaniu szczegółowej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołań dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ustawy:

1. 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.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
3. 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.

Tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla

stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena". Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny […]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."

W związku z brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według

wyroku KIO 592/13: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne". Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających."

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę". Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie

rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych".

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: „Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu

rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej."

Podkreślić jednak należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona wszczęciem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie Zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy, do ich przedstawienia. Dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, Zamawiający może zadecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uprzednie zastosowanie procedury wyjaśniającej cenę, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulację jego ceny, jest w tym przypadku obligatoryjne i nie może zostać pominięte, na co wskazuje zarówno redakcja przepisu krajowego (art. 90 ust. 1 Pzp), jak też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (vide: wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Ewentualnie, w przypadku gdy wyjaśnienia nie zostaną przedłożone, albo z samej ich treści wynika, że cena jest rażąco niska (wykonawca podał tam okoliczności powyższe potwierdzające, np. wskazał, że w ogóle nie uwzględnił w swojej kalkulacji cenowej jakiejś zasadniczej, ważącej kosztowo części zamówienia lub zaniżył wartość kosztów z nią związanych), Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Natomiast prawidłowość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty, warunkowana będzie przez ocenę całokształtu okoliczności sprawy związanych zarówno z ustaleniem wartości samego zamówienia, jak też wiarygodnością i rzeczowością wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie jego indywidualnych możliwości i

okoliczności zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznała, iż Odwołujący nie udźwignął ciężaru prawidłowego wykazania, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską. Tym samym nie obalił domniemania, które powstało po stronie Zamawiającego, że złożona przez niego oferta zawiera cenę, która jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu podkreślić należy, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to właśnie na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania ww. okoliczności, czemu w ocenie Izby wykonawca Sweco nie podołał.

Izba wskazuje, że zasadnym był powstanie po stronie Zamawiającego wątpliwości co do ceny zawartej w ofercie Odwołującego. Po pierwsze wskazać należy, że jest ona znacząco niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich

złożonych ofert, tj. o 38%. W związku z powyższym, należy wskazać, iż porównanie ceny oferty Odwołującego z cenami ofert złożonych w postępowaniu i uśrednienie ich wartości daje podstawę do przyjęcia, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska, bowiem to właśnie ceny ofertowe w składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą stanowić jeden ze znaczników cen rynkowych w danej branży. Natomiast zestawienie ceny, zawartej w ofercie wykonawcy Sweco z wartością szacunkową (na potrzeby powyższej analizy, zwiększoną o wartość podatku od towarów i usług) wskazuje na jeszcze większą rozbieżność pomiędzy tymi cenami, gdyż różnica wynosi już prawie 50 %.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że cena zaoferowana przez Sweco jest ceną znacznie zaniżoną nie tylko w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców, ale przede wszystkim pozostaje w znacznej dysproporcji w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

W związku z tym za prawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego, który w tym przypadku, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w siwz, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący w wymaganym terminie złożył stosowne wyjaśnienia, jednak ich treść w ocenie Izby nie obala domniemania, że cena zaoferowana przez Sweco jest ceną rażąco niską. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy również istotnym jest, że Odwołujący poza wyjaśnieniami natury ogólnej nie przedstawił żadnych dowodów, uzasadniających opisane powyżej obniżenie jego ceny ofertowej.

Izba w pełni popiera argumentację Zamawiającego, zawartą w odpowiedzi na odwołanie, w której podano: *„Zamawiający podnosi ponadto, że skierowanie do wykonawcy wezwania wtrybie art. 90 ust. 1 tworzy domniemanie rażąco niskiej ceny. Obalenie tego domniemania spoczywa na wykonawcy. W przypadku, wktórym dostarczone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami są na tyle ogólne, lakoniczne i nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, to konieczne jest przyjęcie, że wykonawca wwyznaczonym dla niego terminie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W takim przypadku cena oferty pozostaje rażąco niska, co uzasadnia jej odrzucenie. Z uwagi na powyższe, Zamawiający uznał, że w*świetle *złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie jest możliwe przyjęcie, że wykazał on, że cena oferty nie jest rażąco niska, tj. nie obalił on domniemania rażąco niskiej ceny. Zasadnicze znaczenie dla takiego ustalenia miały następujące okoliczności (…)*

• ogólny charakter wyjaśnień;

• brak załączenia jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby istnienie okoliczności, które zdaniem Odwołującego miały wpływna obniżenie ceny, jak też brak wskazania wjakim zakresie okoliczności te wpłynęły na obniżenie ceny oferty.

Dodatkowo, abstrahując od okoliczności, wktórej ceny z kalkulacji załączonej do wyjaśnień różnią się od cen wskazanych wofercie (…), należy zauważyć pozostałe wadliwości przedstawionej kalkulacji kosztóworaz wyjaśnień odnoszących się do tej kalkulacji:

• Brak wkalkulacji kosztówwskazania sposobu wyliczenia podanych cen, np. wskazania jaką ilość zaangażowania (roboczogodziny) przyjął on dla poszczególnego personelu;

• Nierealne ceny dla kluczowego personelu wzestawieniu z wyjaśnieniami co do składnikówkosztówosobowych zawartych na str. 6 i 7 wyjaśnień) np.:

o dla Inżyniera Rezydenta wII etapie oraz dla Koordynatora projektu ITS wII

etapie.

Z kolei, wodniesieniu do pozostałej części wyjaśnień, wyłączając samą kalkulację kosztów, Zamawiający zwrócił uwagę na następujące ich wadliwości:

• Odwołujący podaje, że szereg dokumentacji jakościowych, procedur zarządczych, przeszkolenia zostało już przez niego wykonanych wtrakcie wcześniejszych kontraktówrealizowanych na rzecz Zamawiającego, co skutkował zmniejszeniem kosztówpo -jego stronie - Odwołujący nie podaje jednak jak szacował koszt wykonania tych czynności i o ile konkretnie ta szczególna okoliczność pozwoliła mu na obniżenie kosztów;

• Odwołujący podaje, że sporządzał już dla Zamawiającego dokumentacje przetargowe, stąd dysponuje wzorami tych dokumentów, co przekłada się na obniżenie kosztówwtym zakresie - Odwołujący nie podaje jednak jak szacuje koszt wykonania dokumentacji przetargowej i na ile ta szczególna okoliczność pozwoliła mu na obniżenie kosztów;

• Brak jakichkolwiek dowodówpotwierdzających istnienie korzystnych dla Odwołującego okoliczności (np. wzakresie stałej współpracy z ekspertami, laboratoriami, gwarantująca atrakcyjne ceny usług; posiadania biur wrejonie realizacji umowy; dysponowanie certyfikowanym systemem zapewnienia jakości);

• Odwołujący wudzielonych wyjaśnieniach wskazuje, iż posiada w Bielsku-Białej działające biuro oraz zatrudniony personel, które realizuje kończącą się usługę Inżyniera Kontraktu dla inwestycji budowy stadionu, podkreślając, iż potencjał ten zostanie wykorzystany na potrzeby realizacji usługi dla Zamawiającego. O ile można zgodzić się z argumentem, iż wykorzystanie biura jest okolicznością „sprzyjającą", to jednak nie wpływa ona na znaczne obniżenie kosztówrealizacji usługi. Zasadniczym kosztem jest bowiem koszt personelu Wykonawcy. Jeżeli również tutaj przyjąć, że wykorzystanie tego personelu jest kolejną okolicznością sprzyjającą to jednak z uwagi na fakt, iż specyfika robót budowlanych na budowę systemu ITS jest diametralnie inna niż specyfika robót budowlanych na budowę stadionu jest to argument chybiony. Personel bowiem nadzorujący budowę obiektu

---

kubaturowego posiada inne kwalifikacje niż personel, który zostanie skierowany do nadzoru budowy systemu ITS, który wymaga wiedzy bardziej specjalistycznej. Nie sposób dać zatem wiary argumentowi Wykonawcy, że posiadany personel zostanie skierowany do realizacji usługi nadzoru nad budową systemu ITS. (…)".

Wobec tego Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia wykonawcy Sweco, złożone na okoliczność tego, że udowadniają one realność cen zaproponowanych przez wykonawcę, czego konsekwencją było odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako zawierającej cenę rażąco niską.

W związku z powyższym sformułowane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 ust. 3 Pzp, Izba uznała za niezasadne.

II.

Natomiast w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na brak szczegółowego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Izba przyznała rację wykonawcy Sweco uznając, że argumentacja Zamawiającego w omawianym zakresie, zawarta w piśmie z dnia 2 maja 2016 r. była okrojona i niepełna. Jednak należy zwrócić uwagę, że powyższe, w omawianym stanie faktycznym, pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania, bowiem Izba oddaliła odwołanie wykonawcy Sweco z powodów opisanych powyżej w pkt. I.

III.

Zaś co do ewentualnego zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia wobec wykonawcy Sweco procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Izba stanęła na stanowisku, że zgłoszony zarzut należy uznać za chybiony.

Po pierwsze podkreślić należy, że Zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2016 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do Odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny złożonej przez wykonawcę Sweco oferty. W treści ww.

pisma Zamawiający wprost wskazał powody wystosowania prośby o wyjaśnienia z podaniem konkretnych danych, odnoszących się do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz wartości szacunkowej zamówienia. Wobec tego nie sposób czynić Zamawiającemu zarzutu wadliwego przeprowadzenia czynności wezwania, skutkującego naruszeniem art. 90 ust. 1 Pzp.

Po wtóre należy zwrócić uwagę, że ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego doprowadziła Zamawiającego do słusznego zresztą wniosku, że wykonawca Sweco nie wykazał w sposób wystarczający, że cena oferty nie jest rażąco niska, tj. nie obalił on domniemania rażąco niskiej ceny. Izba zwraca uwagę, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy jest powodów na które powołuje się Odwołujący, takie jak: wystąpienie wątpliwości, które uzasadniałby wystosowanie do Odwołującego dodatkowego zapytania w tym zakresie. Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie dopatrzyła naruszenia przez Zamawiającego zarzucanych przez Odwołującego przepisów ustawy, tj. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

IV.

Następnie Izba odniosła się do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego w kontekście cen za poszczególne etapy zamówienia. W tym zakresie Izba uznała zasadność zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego. Izba zgadza się ze stanowiskiem oraz argumentacją prezentowaną przez Odwołującego w treści odwołania oraz w toku rozprawy. Wobec tego Izba uznaje jej powielanie za niecelowe.

Izba jedynie odniosła się do stanowiska Zamawiającego w tym zakresie wskazując, że wyjaśnienia zawarte w treści odpowiedzi na odwołanie należy uznać za nieprzekonywujące i wzajemnie sprzeczne.

Zamawiający wyjaśniał, że: *„(…) W tym miejscu należy wskazać, że stosownie do treści SIWZ, w tym wzoru tabeli elementów rozliczeniowych, stanowiącej załącznik do formularza ofertowego Zamawiający wymagał rozbicia ceny oferty na ceny za etap I oraz za etap II. Podział wynagrodzenia w odniesieniu do wyodrębnionych etapów szczególnie jest widoczny w* świetle *§2 ust. 2 projektu umowy. Zapłata wynagrodzenia zależna była od zrealizowania poszczególnych etapów (§2 ust. 2 umowy). Rozbicie ceny za poszczególne etapy miało ponadto*

istotne znaczenie z uwagi na zastrzeżone dla Zamawiającego uprawnienie do rezygnacji z dowolnej części przedmiotu zamówienia (§2 ust. 4 projektu umowy). Zamawiający wyodrębnił ponadto etap III, jednakże nie oczekiwał jego odrębnej wyceny, wskazał bowiem (§2 ust. 3 umowy), że wynagrodzenie za etap III mieści się w wynagrodzeniu całościowym”.

Ponadto w toku rozprawy Zamawiający również twierdził, że wramach prowadzonego postępowania istotnym było poznanie dla niego kosztów odrębnie za Etap I i II, co znajdowało odzwierciedlenie w przywołanych powyżej postanowieniach siwz.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający nie sprecyzował, do którego etapu wykonawcy mają doliczyć koszt wykonania Etap III. Zamawiający wymagał jedynie, aby koszt realizacji usług z etapu III był wliczony w cenę całości wykonania zamówienia, która miała charakter ryczałtowy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, na podstawie tak skonstruowanych postanowień siwz (w tym załącznika nr 1 do siwz – Tabela

Elementów Rozliczeniowych) nie sposób było poznać odrębnych cen za Etap I i za Etap II, bowiem wykonawcy każdorazowo kalkulując cenę całkowitą oferty, zobowiązani byli doliczyć koszt etapu III, bądź to do ceny Etapu I bądź też do ceny Etapu II. Tym samym, na podstawie tak obliczonych cen Zamawiający nie miał żadnej możliwości poznania realnych cen odrębnie za Etap I i II. Argumentację przedstawioną przez Zamawiającego powyżej można byłoby uznać za trafną, w przypadku, gdyby Zamawiający w treści załącznika nr 1 do siwz – Tabela Elementów Rozliczeniowych przewidział odrębną wycenę kosztów Etapu III. Wówczas miałby możliwość uzyskania informacji o odrębnych cenach za poszczególne etapu zamówienia. Natomiast w opisanym powyżej przypadku na etapie składnia ofert, bez dodatkowego wyjaśnienia ze strony wykonawców, nie istnieje możliwość uzyskania wiedzy w zakresie odrębnych cen za Etap I i II. Ponadto treścią siwz Zamawiający nie przesądził o charakterze załącznika nr 1 do siwz, oraz nie zastrzegł chociażby procentowego udziału, dla jednego czy też wszystkich etapów zamówienia.

Za chybioną należy uznać również argumentację opierającą nie na tym, że opisane powyżej ukształtowanie cen będzie służyło Zamawiającemu do rozliczenia wykonanych poszczególnych prac w przypadku odstąpienia od umowy, opisanego w § 2 ust. 4 projektu umowy. W tej sytuacji oczywistym jest, że Zamawiający nie wiedząc do cen którego z etapów (Etapu I czy Etapu II) wykonawca doliczył cenę Etapu III nie będzie mógł dokonać prawidłowych rozliczeń z wykonawcą, bowiem będzie zobligowany do zapłaty całości ceny wskazanej w ofercie konkretnego wykonawcy za dany etap.

W kontekście powyższego Izba uznała, że czynność Zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp za błędną. Jednakże, biorąc pod uwagę potwierdzenie się zarzutów z pkt. I Izba stwierdziła, że potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów pozostaje bez wpływu na wyniku prowadzonego postępowania.

V.

Izba nie dopatrzyła się również wystąpienia w rozpoznawanym postępowaniu czynu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do oferty wykonawcy Sweco. Zatem potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że w ramach prowadzonego postępowania Zamawiający w specyfikacji za odpowiednie ukształtowanie cen Etapu I i II nie przewidział uzyskania, żadnych dodatkowych punków, na co wskazywał również w treści odwołania wykonawca Sweco. Zatem w ocenie Izby Odwołujący nie mógł uzyskać żadnej przewagi konkurencyjnej w stosunku do pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w postaci większej ilości punktów przez zastosowanie - opisanej przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego - „inżynierii cenowej". Polegać ona miała na tym, że w cenie Etapu I wykonawca Sweco ujął również część kosztów Etapu II, co zostało potwierdzone przez Odwołującego w toku rozprawy.

W związku z tym Izba nie zgadza się ze stwierdzeniami Zamawiającego podnoszonymi w toku rozprawy, że Odwołujący manipulował cenami poszczególnych

etapów zamówienia z pokrzywdzeniem interesu pozostałych wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym Izba stwierdziła, że brak jest przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty wykonawcy Sweco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, z uwagi na to, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednakże, biorąc pod uwagę potwierdzenie się zarzutów z pkt. I Izba stwierdziła, że potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów

pozostaje bez wpływu na wyniku prowadzonego postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

……..