

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa - (...) w W. Oddział w G. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Budowa obwodnicy m. K. w ciągu DK nr (...) S. – G.”, numer sprawy (znak przetargu): (...) (...) ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 marca 2014r. pod numerem (...) (...) (...).

Oferty w przetargu złożyło 10 wykonawców, w tym (...) sp. z o.o. w W., którego oferta zawierała najniższą cenę ze wszystkich złożonych w postępowaniu.

Pismem z dnia 18 czerwca 2014r., na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 - zwanej dalej ustawą Pzp) Zamawiający wezwał (...) sp. z o.o. w W. do udzielenia w terminie do dnia 27 czerwca 2014r., odpowiednich wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny ofertowej i wskazania elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności wyjaśnień, czy cena jednostkowa wskazana w ofercie obejmuje całkowity koszt wykonania danej pozycji oraz informacji, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

W odpowiedzi na wskazane wezwanie (...) sp. z o.o. w W. pismem z dnia 27 czerwca 2014 r. przedstawił swoje wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie.

W dniu 1 sierpnia 2014r. Zamawiający zawiadomił (...) sp. z o.o. w W. o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. i o odrzuceniu jego oferty. Jednocześnie, zgodnie z treścią przywołanego zawiadomienia, Zamawiający odrzucił ofertę (...) sp. z o.o. w W. wskazując jako podstawę odrzucenia sprzeczność oferty z treścią SIWZ - art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, fakt że oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k. - art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą u.z.n.k. oraz że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów - art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 5 Kodeksu cywilnego. Zamawiający podniósł, że sposób kalkulacji oferty oparty w jego ocenie na manipulacji „dniówek” narusza wymagania formalne SIWZ i godzi w zasady związane z rozliczeniem umowy.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2014r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili: (...) S.A. z siedzibą we(...) i (...) sp. z o.o. w G.

Wyrokiem z dnia 4 września 2014r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie oraz nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert; kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w ten sposób, że zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kwotę 18.600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, zmianę SIWZ z dnia 21 marca 2014r., wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ z dnia 10 kwietnia 2014r., ofertę Odwołującego, wezwanie Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2014r., pismo Odwołującego z dnia 27 czerwca 2014r. wraz z wyjaśnieniami, w tym załącznika nr 1 z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa, zawiadomienie Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 sierpnia

2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić uznając, że Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 ustawy Pzp.

Według Krajowej Izby Odwoławczej istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu sprzeczności treści złożonej oferty z treścią SIWZ, a także z tego powodu, że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego opierając się na przepisach art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy u.z.n.k., art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 5 k.c. Izba stwierdziła przy tym, że Zamawiający uznał istnienie sprzeczności pomiędzy wpisanymi przez Odwołującego do Formularza Cenowego pod liczbami porządkowymi dotyczącymi 7 ekspertów (Inżynier Rezydent, Inspektor Nadzoru (...) nr 1, Inspektor Nadzoru (...) nr 1, Technolog, Prawnik, Specjalista ds. przygotowania umów, współpracy z gestorami sieci, Herpetolog) cenami jednostkowymi a wymogiem postanowień SIWZ - pkt. 10.4 IDW zgodnie, z którym każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu Cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące. Według Zamawiającego wskazane w powyższych pozycjach ceny jednostkowe o wartości 1 zł nie obejmowały wszystkich kosztów związanych z wykonaniem danej pozycji.

Izba ustaliła również, że Odwołujący obszernie wyjaśniał w piśmie z dnia 27 czerwca 2014r. oraz z załączniku nr 1 objętym tajemnicą przedsiębiorstwa (14 kart) kwestie związane z ceną ofertową. Z podanej przez Zamawiającego podstawy prawnej rozstrzygnięcia przetargu w części dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający uznał powyższe dokumenty za wystarczające do przyjęcia, że zaoferowana cena nie stanowi rażąco niskiej ceny. Zamawiający w powyższych wyjaśnieniach doszukał się jedynie kolizji treści zaproponowanych powołanych wyżej cen jednostkowych z treścią pkt. 10.4 IDW.

Analizując motywację Zamawiającego prowadzącą do odrzucenia oferty Odwołującego, Izba doszła do przekonania, że nie zawierała ona w sobie elementów odnoszących się do złożonych przez Odwołującego obszernych wyjaśnień. Istota sporu pomiędzy stronami - w ocenie I. - sprowadzała się zaś do odmiennej oceny zastosowania przez Odwołującego postanowienia pkt 10.4 IDW przy formułowaniu w Formularzu Cenowym oświadczenia woli, co do cen jednostkowych odnoszących się do powyższych stanowisk.

Według zapatrywania I. Odwołujący poprawnie zinterpretował treść postanowienia pkt 10.4 IDW i stosując się do jego dyrektywy zaproponował powyższe ceny jednostkowe. Odnośnie tej kwestii Izba zaprezentowała pogląd, że brzmienie pkt. 10.4 IDW - „każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu Cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące”, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie jest jednoznaczne, bowiem może być ono wykładane również w ten sposób, że wpisana wartość w jednostkach pieniężnych w danej pozycji Formularza Cenowego nie musi stanowić sumy wszystkich planowanych poniesionych przez wykonawcę kosztów cząstkowych i może oznaczać cenę jednostkową skalkulowaną z uwzględnieniem wszelkich wymaganych kosztów, przy czym umiejscowienie tych kosztów czy w ramach innej pozycji cenowej oferty, czy też poza przedmiotowym zamówieniem ma znaczenie wtórne. W ocenie I. podstawowe znaczenie w takiej sytuacji ma zobowiązanie wykonawcy do pokrycia wszelkich kosztów związanych z tą konkretną pozycją cenową, które zawiera samo oświadczenie Odwołującego deklarującego podaną cenę jednostkową.

Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia, w tym wymaganych cen jednostkowych w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co wynika *expressis verbis* z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W kontekście powyższego Izba zwróciła uwagę, że ta niejednoznaczność została przez jednego z wykonawców dostrzeżona, a Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 55 do SIWZ „czy wykonawca po przeprowadzeniu odpowiednich analiz i uwzględnieniu w swoim działaniu takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy może przyjąć ceny jednostkowe

netto w Formularzu cenowym na poziomie 0,00 PLN (słownie: „zero złotych polskich”) lub bliskim zera?” w piśmie z dnia 10 kwietnia 2014r. nie udzielił wykonawcom stanowczej odpowiedzi przeczącej, że nie można przyjąć cen zero złotych lub bliskich zera, lecz wyjaśnił, że „oferty wykonawców, w tym również wyceny pozycji w formularzu cenowym, będą oceniane przez Zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp oraz zapisami SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Opis sposobu obliczenia ceny oferty został zawarty w pkt 10 IDW (Tom I SIWZ)”.

Zdaniem I. z powyższego oświadczenia woli Zamawiającego wynika w sposób jednoznaczny, że skoro nie zanegował możliwości zaoferowania cen jednostkowych na wskazanym w pytaniu poziomie, to znaczy, że dopuścił możliwość zaoferowania takich cen, o jakie pytał wnioskodawca. Z powyższych względów, jeżeli Zamawiający sam dokonał wykładni legalnej przedmiotowego postanowienia SIWZ, to nie może go na etapie oceny ofert zmieniać, w konsekwencji zatem Izba uznała, że zaproponowane w ofercie ceny jednostkowe pozostawały w zgodzie z treścią SIWZ.

Dodatkowo Izba podkreśliła, że żadne postanowienie SIWZ nie zawiera zakazu przesunięcia wartości cenowych pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza cenowego, ani zastrzeżenia o braku możliwości uwzględnienia w cenie jednostkowej kosztów ponoszonych przez Odwołującego poza przedmiotowym zamówieniem, które ma istotny wpływ na obniżenie ceny jednostkowej.

W ocenie I. nie potwierdził się również zarzut złożenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie wykazał bowiem przesłanek z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy u.z.n.k.

Przede wszystkim Izba nie uznała za czyn nieuczciwej konkurencji umieszczenia w formularzu cenowym cen jednostkowych w niektórych pozycjach na poziomie 1 zł w warunkach dopuszczenia takiej praktyki przez Zamawiającego, co potwierdza odpowiedź na pytanie 55. Według I. Zamawiający nie udowodnił jednocześnie w żaden sposób, że powyższa praktyka biznesowa Odwołującego w jakikolwiek sposób narusza prawo czy dobre obyczaje. Powyższa instrukcja Zamawiającego została zakomunikowana wszystkim wykonawcom na równych zasadach, a zatem każdy z oferentów miał możliwość takiego skalkulowania ceny, aby ta stanowiła najkorzystniejszą ofertę.

Poza tym - w ocenie I. - Zamawiający nie wykazał jakiegokolwiek deliktu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy u.z.n.k., bowiem w szczególności sposób zaoferowania cen jednostkowych był dostępny innym wykonawcom na zasadach równych, a zatem brak było elementu działania w celu eliminacji z rynku, a także utrudniania do niego dostępu, a proponowane ceny jednostkowe nie miały charakteru przesądzającego o wartości ceny całkowitej, która nie była poniżej kosztów świadczenia, co potwierdza stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu przetargu nie wskazujące na istnienie rażąco niskiej ceny.

Jako bezzasadny Izba oceniła również ostatni zarzut odwołania, a to z racji nieopisania przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego naruszonej zasady współzycia społecznego, a także społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa. Stwierdziła nadto, że w warunkach wolnej gospodarki rynkowej każde zachowanie przedsiębiorcy, które nie jest reglamentowane prawem bezwzględnie obowiązującym, jest prawnie dopuszczalne.

Skargę wywiódł Zamawiający Skarb Państwa - (...) zaskarżając wyrok w części, tj. w zakresie uwzględniającym odwołanie (...) sp. z o.o. w W. w odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia przez Skarżącego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jak i w części dotyczącej kosztów, domagając się zmiany zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania oraz zasądzenia od Strony przeciwnej skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania sądowego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skarżący podniósł zarzuty naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że Skarżący bezzasadnie przyjął, że oferta złożona przez (...) sp. z o.o. w W. nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji mylne uznanie, że nie zachodziła podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez błędne uznanie, że Skarżący bezzasadnie odrzucił ofertę Strony przeciwnej skargi, przyjmując, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

3. art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i w konsekwencji niesłuszne przyjęcie, że nie ziściły się przesłanki odrzucenia oferty Wykonawcy (...) określone w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp;

4. art. 196 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niedostateczne uzasadnienie wydanego wyroku, tj. w szczególności poprzez niewskazanie wszystkich okoliczności faktycznych, w tym całkowite pominięcie stanowiska Skarżącego zaprezentowanego w trakcie postępowania odwoławczego oraz lakoniczne i ogólnikowe odniesienie się do, i to tylko nielicznych, argumentów podnoszonych przez Skarżącego.

Skarżący wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy sygn. akt KIO 1641/14 z dnia 4 września 2014r. oraz w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie - na okoliczność ich treści, a także na okoliczności stanu faktycznego podniesione w treści uzasadnienia niniejszej skargi.

Uzasadniając swoje stanowisko podniósł skarżący, że działając w dobrze pojętym interesie publicznym tak skonstruował zapisy SIWZ, aby płacić wykonawcom za rzeczywiście wykonane działania w trakcie realizacji usługi zarządzania kontraktem budowlanym. Sposób kalkulacji cen poszczególnych pozycji Formularza cenowego został określony w SIWZ w części zwanej Instrukcja Dla Wykonawców (dalej IDW), pkt 10 Sposób obliczenia ceny oferty. Co do wynagrodzenia Konsultanta zostało ustalone, że będzie miało ono charakter mieszany, tj. ryczałtowo-kosztorysowy. W odniesieniu do pozycji ryczałtowych określono maksymalne wysokości wynagrodzenia za te pozycje w postaci postawienia wymagań i wyspecyfikowania wprost zakazów pod rygorem odrzucenia ofert, w odróżnieniu do pozycji kosztorysowej, gdzie określił wymagania bez wyspecyfikowania zakazu pod powyższym rygorem. Wybór kosztorysowej formy wynagrodzenia za usługi nadzoru wynikał z decyzji Zamawiającego, aby dokonywać zapłaty wynagrodzenia za rzeczywistą pracę poszczególnych ekspertów liczonego ilością przepracowanych przez nich dniówek. Z tego też powodu Zamawiający wymagał podania w formularzu cenowym ceny dniówek dla każdego z ekspertów indywidualnie. Dzięki temu mógł bowiem każdego z ekspertów zgodnie z warunkami umowy rozliczać odrębnie.

Po przeanalizowaniu treści oferty oraz złożonych przez wykonawcę wyjaśnień Skarżący stwierdził, że w odniesieniu do cen jednostkowych dniówek pracy ekspertów wyjaśnienia wykonawcy potwierdziły, że ich wycena opiera się na błędnych założeniach i została sporządzona niezgodnie z zapisami SIWZ. Według skarżącego wskazany przez Wykonawcę w wyjaśnieniach sposób kalkulacji cen jednostkowych dniówek w wielu przypadkach opiera się na założeniu zmiany ilości dniówek określonych w Formularzu cenowym. Pomimo, że Wykonawca nie dokonał formalnej modyfikacji treści tego formularza, to przyjęte przez niego założenie, oprócz niezgodności z pkt 10.4 IDW, stanowi także celowe naruszenie zapisu pkt 10.2 IDW poprzez samodzielne wprowadzenie zmian do Formularza cenowego, które nie stanowi znamion omyłki.

Zdaniem skarżącego przyjęte przez Wykonawcę założenia prowadzą do niedozwolonej manipulacji ceną oferty oraz wartości dniówek, co uniemożliwiłoby skarżącemu racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi. Sposób ten narusza bowiem wymagania formalne określone w SIWZ i godzi w aspekty materialne związane z rozliczeniem umowy.

Podniósł skarżący, że wbrew stwierdzeniu Krajowej Izby Odwoławczej zarówno w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej jak i w odpowiedzi na odwołanie odnosił się do wyjaśnień wykonawcy w zakresie, w jakim było to możliwe, z uwagi na konieczność zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie skarżącego jeśli nawet założyć hipotetycznie, że w informacji o odrzuceniu oferty nie odniósł się do wszystkich wyjaśnień wykonawcy, to również ten aspekt nie dawał jeszcze podstaw, by twierdzić, że w sposób niewłaściwy przedstawił przyczyny odrzucenia. Bardziej szczegółowe stanowisko w zakresie przesłanek odrzucenia oferty zostało przedstawione w odpowiedzi na odwołanie,

podczas rozprawy, jaki i w zdaniu końcowym zawartym w załączniku do protokołu rozprawy. Do tej poszerzonej argumentacji Izba już się nie odniosła, choć w ocenie skarżącego miała taki obowiązek.

Według skarżącego nie można z treści pkt 10.4 IDW wywieść, że sformułowanie stanowiące o objęciu ceną jednostkową podaną w Formularzu cenowym całkowitego kosztu wykonania danej pozycji i wszelkich kosztów towarzyszących można zinterpretować, jako brak obowiązku wpisania do Formularza cenowego wartości sumy wszystkich planowanych przez wykonawcę kosztów częściowych na wykonanie tej pozycji, a także zinterpretować jako dopuszczenie, aby wykonawcy mogli ceną jednostkową skalkulowaną z uwzględnieniem wszelkich wymaganych kosztów rozbić na różne pozycje cenowe lub też umiejscowić poza zamówieniem publicznym.

Skarżący naprowadzał dalej, że ukrycie kosztów 7 ekspertów w innych pozycjach Formularza cenowego powoduje, że ocena pracy tych ekspertów na podstawie Kart Jakości będzie miała charakter iluzoryczny, bo utrata 50 gr za pracę eksperta jest niezauważalna w budżecie wykonawcy. To, że wykonawca może indywidualnie ustalać z ekspertami ich wynagrodzenie nie jest jednoznaczne z tym, że może on za ich pracę oferować wynagrodzenie nierealne, nie mające żadnego finansowego znaczenia ani dla nich ani dla wykonawcy.

Skarżący nie zgodził się również z zarzutem opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję. Wymagania co do zakresu obowiązków wykonawcy zostały bardzo szczegółowo i precyzyjnie opisane w części SIWZ nazwanej Instrukcja Dla Wykonawców (IDW), części SIWZ Opis przedmiotu zamówienia ((...)), natomiast warunki świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia zostały określone w części SIWZ Wzór umowy. Łącznie wszystkie te dokumenty liczyły ponad 200 stron, z czego (...) 23 strony, warunki umowy (...) strony. Zauważył przy tym skarżący, że zanegowanie możliwości zaoferowania cen jednostkowych na wskazanym w skierowanym przez jednego z wykonawców pytaniu poziomie 0,00 PLN nie musi się odbywać tylko i wyłącznie poprzez udzielenie odpowiedzi: NIE. Skarżący konsekwentnie wskazywał, że będzie ocenił w ofertach wyceny pozycji w Formularzu cenowym pod kątem wymagań określonych w opisie sposobu obliczenia ceny Oferty zawartym w pkt 10 IDW. Udzielając odpowiedzi, czy wykonawca może zaproponować cenę dniówki na wybranym w pytaniu poziomie nierynkowym musiałby wziąć na siebie odpowiedzialność za wyliczenie tej ceny przez wykonawców lub określić minimalny dopuszczony w SIWZ poziom tej ceny, co byłoby sprzeczne z podziałem ról oraz zasadami dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym skarżący żadnej legalnej wykładni przedmiotowego postanowienia SIWZ w udzielanych odpowiedziach nie dokonał, wprost przeciwnie każdorazowo odsyłał wykonawców do spornego postanowienia pkt 10.4 SIWZ nie dokonując w nim żadnych zmian. Stwierdził dodatkowo skarżący, że brak jest przepisów, które nakazują przy każdym wymaganiu określonym w SIWZ przywoływać słowa, że działanie wykonawcy niezgodne z tym wymaganiem jest zakazane pod rygorem odrzucenia oferty.

Odnosząc się do sformułowanego w skardze zarzutu, że oferta złożona przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wyjaśnił natomiast skarżący, że analiza przedstawionej kalkulacji przywołanych cen dniówek pod kątem realności kosztów wskazuje, że wykonawca nie kierował się faktyczną możliwością wykonania zamówienia i uzyskania w zamian ekwiwalentnego wynagrodzenia, tylko wycenił ofertę kierując się jedynie chęcią wygrania przetargu. Żaden wykonawca kalkulując swoje ceny w sposób rynkowy i odnosząc je do kosztów, jakie realnie musi ponieść w związku z oferowaną usługą, nie może konkurować z przedstawioną przez (...) sp. z o.o. w W. wyceną świadczenia.

Zauważył skarżący, że nawet pobieżne zbadanie zaproponowanych przez tego wykonawcę kosztów dniówek za pracę ekspertów pozwala wysnuć przypuszczenie, że wykonawca przeniósł te koszty do innych pozycji Formularza cenowego. Podkreślił również, że na zapytanie skarżącego, w jaki sposób została dokonana wycena powyższych świadczeń, wykonawca ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, że różnica między realnym a zaoferowanym kosztem zostanie pokryta z bliżej nieokreślonych dotacji, a także związana jest z wykorzystaniem kadr zatrudnionych w sposób stały w strukturach (...). Wykonawca nie wskazał np., jaka część świadczenia pokryta będzie z przyznanego zewnętrznego dofinansowania, a jaka część „odpisana” na podstawie wykorzystania własnego potencjału osobowego. Takie wymijające i nieprecyzyjne tłumaczenie wykonawcy zdaniem skarżącego wskazuje na fakt, że prawdziwe koszty

uzyskania świadczenia usług przez ekspertów przeniesiono na inne pozycję wyceny oferty, lub w ogóle ich nie uwzględniono w kalkulacji.

Powołując się na orzecznictwo sądów wskazał skarżący, że gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę art. 15 ust. 1-5 u.z.n.k. nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w tym przepisie doszło do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Wystarczającym jest zaistnienie takiej sytuacji, w której wykonawca zamierza realizować zamówienie poniżej kosztów własnych. W ocenie skarżącego z opisanym przypadkiem mamy do czynienia w sprawie skoro wykonawca wskazuje na możliwość objęcia programem dotowania niektórych stanowisk oraz planowane zatrudnianie pracowników, których koszt zatrudnienia nie będzie obciążał kosztów poszczególnych projektów.

Poza tym zarzucił skarżący, że Krajowa Izba Odwoławcza, dzieląc pogląd strony przeciwnej skargi potraktowała przedstawione przez skarżącego stanowisko jako nieuprawnioną rozszerzającą wykładnię, skutkującą zmianą specyfikacji już po upływie terminu składania ofert. Pominięto przy tym właściwie w całości wcześniejszą argumentację skarżącego wyrażoną w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz cały wywód przeprowadzony w odpowiedzi na odwołanie w tym powołane dowody.

Co do uzasadnienia zaskarżonego wyroku skarżący wyraził zaś stanowisko, że zostało sporządzone w sposób bardzo ogólnikowy i lakoniczny z całkowitym praktycznie pominięciem argumentów przedstawionych przez skarżącego w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy odwoławczej i bez podjęcia jakiegokolwiek polemiki z nimi.

Reasumując stwierdził skarżący, że prawidłowe procedowanie przy uwzględnieniu całości materiału i właściwej jego oceny oraz słusznego celu, aby wybrać wykonawcę, który faktycznie daje gwarancję należytej realizacji zamówienia oraz przy właściwej wykładni zwrotu „całość kosztów”, dokonywanej przez pryzmat tego celu, jasnej i precyzyjnej, musiałoby doprowadzić do wniosków, że skarżący miał jednak niebudzące wątpliwości podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie od skarżącego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna i zasługuje na oddalenie.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych przez skarżącego w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że w sprawie nie wystąpiły wytknięte w skardze uchybienia dotyczące prawidłowości procedowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, tj. naruszenia art. 196 ust. 4 i art. 190 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013r. poz. 907 ze zm. – zwana dalej ustawą Pzp).

Zgodnie z dyspozycją pierwszego z przywołanych przepisów uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera zarówno wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Krajowa Izba Odwoławcza uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła oraz podstawy prawnej z przytoczeniem przepisów prawa. W części wstępnej rozważań Krajowa Izba Odwoławcza wskazała przy tym, że ustaleń faktycznych w sprawie dokonała w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (zwanej dalej SIWZ), zmianę SIWZ z dnia 21 marca 2014r., wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ z dnia 10 kwietnia 2014r., ofertę Odwołującego, wezwanie Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2014r., pismo Odwołującego z dnia 27 czerwca 2014r. wraz z wyjaśnieniami, w tym załącznika nr 1 z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa, zawiadomienie Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 sierpnia 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień i pism. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że realizując obowiązek statuowany w art. 190 ust. 7 ustawy Pzp, kształtowała swoje przekonanie o wiarygodności i mocy dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego.

Jakkolwiek rację ma skarżący, że w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza nie rozważała w sposób szczegółowy prezentowanego przez niego stanowiska, dokonała jednak analizy wszystkich spornych pomiędzy stronami kwestii, a mianowicie zgodności oferty z SIWZ w tym z zapisem pkt 10.4 IDW, oceny oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji, czy czynności dokonanej sprzecznie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, co świadczy o rozpoznaniu istoty sprawy. Jednocześnie swoje motywy, przemawiające za takim a nie innym kształtem rozstrzygnięcia, przedstawiła w sposób pozwalający na instancyjną kontrolę wyroku.

Sąd Okręgowy podziela również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie niewystępowania w sprawie okoliczności powoływanych przez skarżącego na uzasadnienie odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. w W..

Co się tyczy niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, stanowiącej przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to przyjmuje się, że zachodzi ona wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ. Niezgodność ta ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (por. m.in. wyroki (...) z 14 sierpnia 2014r., (...), LEX nr 1514851; 13 czerwca 2014r., KIO 1108/14 LEX nr 1495670; 20 maja 2014r., KIO 884/14, KIO 895/14 LEX nr 1472360). R. legis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest zatem eliminacją z postępowania ofert, na podstawie których nie można zrealizować danego zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami zamawiającego i w konsekwencji prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego. Ponadto koniecznym jest, aby świadczenie wykonawcy odpowiadało swoją treścią opisowi wszystkich zachowań wykonawcy, których oczekiwał zamawiający na etapie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia, i których to opis zawarty został w treści SIWZ (por. m.in. wyroki (...) z 25 września 2013r., KIO 2170/13, KIO 2179/13, KIO 2180/13, LEX nr 1411344; 18 czerwca 2014r., KIO 1134/14, LEX nr 1495694).

Podkreślenia wymaga również, że odrzucenie oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy, gdyż zgodnie z przyjętą regułą przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, nie można interpretować rozszerzająco, a zamawiający nie może, odrzucając ofertę, opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, ponieważ to na nim, w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty, spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia (por. wyroki (...) z 9 października 2013r., KIO 2266/13, LEX nr 1413375; 12 grudnia 2013r., KIO 2771/13, LEX nr 1430362; 12 czerwca 2014r., KIO 1112/14, LEX nr 1495673; 23 czerwca 2014r., KIO 1097/14, KIO 1104/14, LEX nr 1495660).

Przenosząc powyższe wyjaśnienia natury ogólnej na realia rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że zgodnie z niezakwestionowanym przez skarżącego ustaleniem Krajowej Izby Odwoławczej spór pomiędzy stronami dotyczył wykładni postanowienia pkt 10.4 IDW stanowiącego, że każda cena jednostkowa zawarta w ofercie Wykonawcy winna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej w Formularzu cenowym jednostce czasu, w tym również wszelkich kosztów towarzyszących.

Zdaniem Sądu Okręgowego biorąc pod uwagę literalne brzmienie tego zapisu SIWZ oraz odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego na kierowane przez wykonawców zapytania dotyczące dniówek wynagrodzenia, w których ograniczał się on do przywołania treści pkt 10.4 IDW, stwierdzić trzeba, że przyjęta w Formularzu Cenowym przez (...) sp. z o.o. w W. cena jednostkowa dniówek wynagrodzenia 7 ekspertów, określona na poziomie 1 zł, nie jest sprzeczna z tym postanowieniem SIWZ. Brak jest bowiem podstaw do zakwestionowania prawidłowości prezentowanej przez tego wykonawcę interpretacji, według której pkt 10.4 IDW dotyczy tylko tych kosztów, które mają być finansowane ze środków pochodzących od Zamawiającego.

Wniosku powyższego nie podważa podnoszona przez skarżącego okoliczność, że pozostali wykonawcy określili dniówki wynagrodzeń w, jak to określił skarżący realnej wysokości. Zważyć należy, że składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny. Szczególnie może być to widoczne w szacowaniu przedmiotu zamówienia, które obejmuje swoim zakresem usługi składające się z pracy ludzkiej. Wysokość tych kosztów jest pochodną indywidualnych możliwości danego wykonawcy, posiadanego zaplecza technicznego, doświadczenia, posiadanych kontaktów z odpowiednimi pracownikami i przebiegiem dotychczasowej współpracy. Koszt wyceny takich elementów cechuje się wysokim stopniem subiektywizmu. Wyceniając przedmiot zamówienia, zamawiający winien mieć na uwadze tę okoliczność, gdyż nie zna indywidualnych możliwości wykonawców i szacując wartość przedmiotu zamówienia musi uwzględnić wszystkie koszty składające się na wykonanie usługi, mimo że niektórzy wykonawcy nie będą ich ponosić ze względu na swoje indywidualne możliwości (por. wyrok (...) z dnia 1 sierpnia 2014r., KIO 1468/14, LEX nr 1511408). Elementy, które mogą umożliwić jednemu z wykonawców obniżenie ceny niekoniecznie muszą być dostępne drugiemu, a jeśli są dostępne, to nie wiadomo czy w taki sam sposób przełożyły się na cenę. Indywidualne czynniki umożliwiające obniżenie ceny, ich realność i wpływ podlegają zawsze ocenie w odniesieniu do każdego wykonawcy (por. wyrok (...) z 8 lutego 2013r., KIO 177/13, LEX nr 1288508).

Podkreślenia wymaga, że (...) sp. z o.o. w W. na żadnym etapie postępowania nie utrzymywał, że w takiej kwocie faktycznie planuje wypłacać wynagrodzenia zatrudnianym przez siebie pracownikom. Już w udzielonych na wezwane Zamawiającego wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny powoływał się na określone aspekty pracy Personelu Konsultanta, które wpływają na koszty świadczenia Usługi (...), w tym podział pracy przy danym zadaniu, możliwość łączenia funkcji, brak nakazu zatrudniania ekspertów na podstawie umowy o pracę, dopuszczalność wykonywania dodatkowych zajęć zarobkowych, mechanizm dotowania stanowisk przyjęty w Grupie (...), które z uwagi na zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa nie będą szerzej omawiane w niniejszych rozważaniach, niemniej jednak jak wynika z treści skargi były skarżącemu znane.

Trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, że zarówno w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty jak i w dalszych stanowiskach zajmowanych w postępowaniu powyższe kwestie zasadniczo nie były przez skarżącego poruszane. Argumentacja skarżącego ograniczała się do lakonicznego stwierdzenia, że wskazana przez Wykonawcę w wyjaśnieniach metoda kalkulacji ceny jednostkowej prowadzi do zmiany ilości dniówek określonych w Formularzu cenowym, a zatem naruszenia zapisu pkt 10.2. Zasadniczym zarzutem skarżącego było zaś powielone przez niego również w skardze stwierdzenie, że (...) sp. z o.o. w W. faktycznie dokonała manipulacji ceną ukrywając koszty wynagrodzeń 7 ekspertów w innych pozycjach Formularza cenowego. Zarówno w kolejnych pismach jak i na rozprawie apelacyjnej w dniu 30 grudnia 2014r. skarżący nie był jednak w stanie podać, na które pozycje koszty te zostały przeniesione, co należało oceniać wyłącznie w kategoriach przypuszczeń, które w świetle przedstawionych na wstępie wyjaśnień nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Nie można się również zgodzić ze skarżącym, że uzasadnienie dla odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. w W. stanowi okoliczność, iż zapisy umowy pozwalające zatrzymać dzienne wynagrodzenie eksperta są podstawowym przewidzianym w umowie rozwiązaniem umożliwiającym Zamawiającemu kontrolowanie jakości robót. Jakkolwiek łączna suma, jaką ze środków pochodzących od Zamawiającego wykonawca planuje przeznaczyć na wynagrodzenia ekspertów jest niewielka, to jednak projekt umowy przewiduje również karę umowną za zwłokę w wykonaniu robót, która obliczana ma być od całej kwoty wynagrodzenia, oszacowanej w ofercie (...) sp. z o.o. w W. na kwotę 7.530.486,81 zł.

Sąd Okręgowy uznał nadto, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Rację ma wprawdzie skarżący, że jedną z okoliczności przesądzających o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 u.z.n.k. jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas

dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ (por. uchwałę (...) z 16 kwietnia 2014r., (...)/KD 30/14, LEX nr 1458846). W odniesieniu do czynu nieuczciwej konkurencji u.z.n.k. wymaga jednak udowodnienia, że nawet oferowanie usług poniżej kosztów własnych musi być umyślnym działaniem. Użyte w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. sformułowanie „w celu” wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji określony w tym przepisie musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Wykonawcy powinno być zatem wykazane, że zaniżenia ceny dokonał celowo i z zamiarem wyeliminowania innych wykonawców (por. wyroki (...) z 1 lutego 2013r., KIO 128/13, LEX nr 1286355; 10 kwietnia 2013r., KIO 708/13, LEX nr 1312649). Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. możliwe jest w związku z powyższym tylko wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony i uzasadniony, a nie wtedy gdy istnieje jedynie jego podejrzenie. To zamawiający – zgodnie z art. 6 k.c. – powinien udowodnić zaistnienie okoliczności uzasadniających odrzucenie ofert, a więc wykazać popełnienie przez wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji, swe twierdzenia popierając dowodami, przekazując stosowną informację wykonawcom, których oferty zostały odrzucone (por. wyrok (...) z 30 sierpnia 2013r., KIO 1937/13; KIO 1938/13; KIO 1994/13; KIO 1995/13; KIO 1996/13; KIO 1997/13, LEX nr 1405335).

Jak zostało stwierdzone we wcześniejszej części rozważań okoliczność manipulowania ceną przez (...) sp. z o.o. w W., mającego polegać na ukrywaniu kosztów wynagrodzeń 7 ekspertów w innych pozycjach Formularza cenowego, nie została przez skarżącego dowiedziona.

Wskazania wymaga również, że istotą zamówień publicznych jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Niektóre elementy składające się na cenę mogą być wycenione drożej, a inne taniej. Dla wykonawcy wykonującego usługę kompleksową, w kontekście wypracowania zysku, istotne znaczenie mają koszty ponoszone w całości na realizację przedmiotu zamówienia. Strategia budowania ceny całkowitej stanowi w tym wypadku element gry rynkowej pomiędzy konkurującymi między sobą przedsiębiorcami. Przenosząc to na sytuację (...) sp. z o.o. w W. wskazać należy, że cena oferty wybranej przez Zamawiającego była wyższa od ceny oferty odrzuconej jedynie o 2,84%.

Konkludując stwierdzić trzeba, że przy wydaniu zaskarżonego wyroku nie doszło do zarzucanych przez skarżącego naruszeń. Z tych przyczyn Sąd Okręgowy, na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp skargę, jako bezzasadną, oddalił.

Podstawę orzeczenia o kosztach postępowania stanowiły przepisy art. 198f ust. 5 ustawy Pzp w zw. z § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz.U.2013.490).