

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A.** w dniu 2 sierpnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego, ul. Kaszubska 53/3, 70-226 Szczecin,**
- B.** w dniu 3 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy sp. p. ul. Sobieskiego 104/44, 00-764 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie, Pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin przy udziale wykonawców:

- A. Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1602/17 oraz KIO 1614/17 po stronie odwołującego,
- B. Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy Sp. p., ul. Sobieskiego 144/44, 00-764 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1602/17 po stronie odwołującego,
- C. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. oraz Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1602/17 po stronie zamawiającego,

4

-
- D. SWS Kancelaria Prawna S.W. Sp. k., ul. Libelta 26/2, 61-707 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1602/17 oraz KIO 1614/17 po stronie zamawiającego,
- E. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp.p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego, ul. Kaszubska 53/3, 70-226 Szczecin** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1614/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Dyrektorowi Urzędu Morskiego w Szczecinie powtórzenie czynności badania i oceny ofert w sposób wskazany w uzasadnieniu wyroku, w tym powtórzenie czynności wyjaśnień w zakresie poziomu ceny oferty złożonej przez SWS Kancelaria Prawna S.W. Sp. k. oraz ujawnienie wyjaśnień w zakresie poziomu ceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. oraz Lafrentz Polska Sp. z o.o.,**
- 2. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1602/17 obciąża Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
3. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1614/17 obciąża Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

5

Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy sp. p. tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie na rzecz wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy sp. p. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i 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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

6

Sygn. akt: KIO 1602/17
KIO 1614/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „modernizację toru wodnego Świnoujście - Szczecin do głębokości 12,5 m” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 kwietnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 081-156371. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1602/17

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. art. 91 ust. 1 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k., która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i znacząco odbiegającą od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, jej zaniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do wymagań postawionych przez Zamawiającego; dodatkowo złożenie oferty przez wykonawcę SWS Kancelaria Prawna stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem według wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę finansowanie realizacji przedmiotowego ma następować z przychodów z innych zamówień, co stanowi niedozwoloną praktykę subsydiowania skrótnego, przez co narusza art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiąc podstawę do odrzucenia tej oferty;

2. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał, że cena nie jest rażąco niska przy jednoczesnym pominięciu obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co prowadziło do przyjęcia, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;

7

3. a w ich wyniku naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o., która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i znacząco odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, a jej zniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do wymagań postawionych przez Zamawiającego; dodatkowo w ocenie Odwołującego tak niska oferta cenowa zaoferowana przez tego wykonawcę, która nie pokrywa realnych kosztów wykonania zamówienia według wymagań określonych przez Zamawiającego, z dużym prawdopodobieństwem również zakłada subsydiowanie skrośne kosztów związanych z realizacją zamówienia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiąc podstawę do odrzucenia tej oferty;

5. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, i przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał, że cena nie jest rażąco niska przy jednoczesnym pominięciu obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co prowadziło do przyjęcia, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;

6. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o., który w sposób zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie części oferty ocenianej w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, wskazując jako Prawnika Wiodącego nr 2 – radcę prawnego T.M. (zarówno w ofercie jak i JEDZ), podczas gdy osoba ta nie może i nie będzie świadczyć usługi na stanowisku Prawnika Wiodącego, a także w zakresie zastępców Prawnika Wiodącego, wskazując na obsługę inwestycji, które nie zostały zakończone, w wyniku czego Zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co pozwoliło mu uzyskać drugie miejsce w rankingu ofert;

8

7. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego dla prawnika wiodącego;

8. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego i mające istotny wpływ na wynik postępowania, wskazując jako Prawnika Wiodącego nr 2 – radcę prawnego T.M. (zarówno w ofercie jak i JEDZ), podczas gdy osoba

ta nie może i nie będzie świadczyć usługi na stanowisku Prawnika Wiodącego, a także w zakresie zastępców Prawnika Wiodącego wskazując na inwestycje, które nie zostały zakończone, w wyniku czego Zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co pozwoliło mu uzyskać drugie miejsce w rankingu ofert;

9. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o., który w ofercie wskazał na stanowisko Prawnika Wiodącego T.M., który nie stanowi zasobu własnego wykonawcy, a w dokumencie JEDZ został wskazany na stanowisko Prawnika Wiodącego nr 2 – T.M., podczas gdy zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający zastrzegł, że w zakresie Prawnika Wiodącego nie dopuszcza się podwykonawstwa. Ponadto wykonawca nie wykazał, że będzie dysponował tą osobą w sposób realny, gdyż z treści zobowiązania wynika, że osoba ta będzie jedynie udzielała porad w zakresie realizacji zadania, bieżących konsultacji i doradztwa, podczas gdy zgodnie z dyspozycją art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych T.M. winien być podwykonawcą w zakresie pełnienia funkcji Prawnika Wiodącego, co z kolei jest niezgodne z treścią JEDZ złożonego przez tego wykonawcę, w którym nie wskazano udziału podwykonawców, a także specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w świetle której podwykonawstwo w tym zakresie jest niedopuszczalne;

10. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwą ocenę oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o., w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, poprzez niewłaściwe przyznanie punktów za doświadczenie wskazane w ofercie tego wykonawcy dla Prawnika Wiodącego T.M., M.D.

9

oraz Zastępcy Prawnika Wiodącego Ł.Sz., a w szczególności z uwagi na fakt, że T.M. nie może pełnić funkcji Prawnika Wiodącego, M.D. nie posiada doświadczenia obsługi dwóch zakończonych inwestycji budowlanych, którego wymagał Zamawiający, a w odniesieniu do Ł.Sz. wskazano usługi dotyczące niezakończonych inwestycji budowlanych;

11. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy informacje tam zawarte nie spełniają przesłanek do uznania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa;

12. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o., w zakresie, kto będzie pełnił funkcję Prawnika Wiodącego oraz dlaczego w ofercie na stanowisko to wskazano T.M., natomiast w JEDZ M.D.;

13. a w ich wyniku naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na nieprawidłowej ocenie ofert w kryterium doświadczenia osób, oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k.;
2. odrzucenia ofert wykonawców: SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. jako ofert zawierających rażąco niską cenę;
3. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;
4. wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o.,

z uwagi na brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu;
5. wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o.
z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
6. odtajnienie wyjaśnień wykonawców DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o., w zakresie rażąco niskiej ceny;

10

7. dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, zgodnie z notatką Zamawiającego w sprawie szacowania wartości zamówienia wartość zamówienia została oszacowana na podstawie wcześniejszych zlecanych usług dla dużych inwestycji infrastrukturalnych, podobnych do przedmiotu zamówienia. W szczególności dotyczy to dużej inwestycji pn. „Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu”. Koszty prowadzenia obsługi prawnej budowy falochronu wyniosły ok. 1.500.000 zł netto (czas jej trwania ok. 4 lata). Przy szacowaniu wartości zamówienia uwzględnione zostały też dodatkowe aspekty stanowiące o większym stopniu złożoności. Według Zamawiającego, biorąc pod uwagę stopień złożoności projektu i jego pełną, skoordynowaną obsługę prawną, do szacowania przyjęto następujące kwoty: obsługa części lądowej (umocnienia brzegowe) i „na wodzie” – przyjęto 3 mln zł, ze względu na czas trwania zlecanych usług – ponad 5,5 roku, tj. znacznie dłuższy (w stosunku do obsługi prowadzonej w trakcie budowy falochronu) przyjęto 30% wartości, tj. kwotę 1 mln zł, oraz uwzględniona została dodatkowa kwota w wysokości 1 mln zł na pokrycie ewentualnego wzrostu cen od czasu zakończenia inwestycji dotyczącej falochronu. Ostatecznie szacunkowa kwota została ustalona w wysokości 4.065.040,65 zł netto tj. 5 mln zł brutto.

W toku postępowania Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniach 8, 11, 12 i 14 maja 2017 r. Zasadnicza część pytań dotyczyła obniżenia wymogów ekonomicznych i wymogów dotyczących doświadczenia stawianych wykonawcom oraz konieczności zorganizowania biura kancelarii w Szczecinie, które spotkały się z odmową Zamawiającego. Wśród pytań wprost pojawiły się pytania wskazujące na ewentualnego wykonawcę, który spełnia szczególne warunki wymagane do udziału w postępowaniu jak np. wartość obsługiwanych kontraktów o kwocie przenoszącej 250 mln zł czy dysponowanie biurem w budynku siedziby Zamawiającego. Wśród Zamawiającemu zadano pytanie nr 7g (odpowiedź z 8 maja 2017 r.), w którym zwrócono się „o wyjaśnienie czy przez kontrakty zamawiający rozumie kontrakty na roboty budowlane zakończone, czy też będące w toku, jeżeli tak, to na jakim etapie”. Zamawiający w odpowiedzi wyjaśnił, iż przez słowo „kontrakty” rozumie kontrakty na roboty budowlane zakończone.

Istotnym dla oceny podniesionych zarzutów jest również pytanie nr 6 z 12 maja 2017 r., w którym wykonawca zapytał o częstotliwość Rad Budowy. Zamawiający poinformował, że „Rady Budowy będą odbywać się co najmniej raz w tygodniu. (...) Zamawiający uzna udział w Radach Budowy, naradach i spotkaniach wyłącznie Sekretarza kancelarii za niewystarczający”.

11

Zamawiający dwukrotnie dokonał zmiany warunków zamówienia – 23 maja i 2 czerwca 2017 r. Zamawiający zastąpił wówczas m.in. rozdział XV „Opis kryteriów, którym zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty”, tj. w ust. 4 z „doświadczenia wykonawcy” na „doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”. Wobec dokonanych zmian ocena punktowa w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” dokonana zostanie na podstawie wskazanej przez wykonawcę w ofercie ilości usług, jak niżej: 1) prowadzonej przez Prawnika Wiodącego obsługi prawnej kontraktu inwestycji budowlanej współfinansowanej ze środków funduszy Unii Europejskiej lub świadczonej na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, o wartości minimum 100 mln PLN, przez okres ostatnich 5 lat licząc do daty złożenia oferty, świadczonej w sposób stały przez okres co najmniej 12 miesięcy; 2) prowadzonej przez Zastępców Prawnika Wiodącego obsługi prawnej kontraktu inwestycji budowlanej

współfinansowanej ze środków funduszy Unii Europejskiej lub świadczonej na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, o wartości minimum 50 mln PLN, przez okres ostatnich 5 lat licząc do daty złożenia oferty, świadczonej w sposób stały przez okres co najmniej 12 miesięcy.

W załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzorze umowy, w § 11 ust. 2 wprost wskazano, że Zamawiający nie dopuszcza powierzenia wykonywania obsługi prawnej przy pomocy podwykonawców w zakresie usług przewidzianych dla Prawnika Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego.

Oferty złożyło 5 wykonawców, spośród których SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. SWS zaoferowała cenę brutto 1.194.945,00 zł (tj. 17.835,00 zł miesięcznie), doświadczenie Prawnika Wiodącego nr 1 – 5 usług prawnych, doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 1 – 3 usługi prawne, doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 2 – 2 usługi prawne. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. zaoferowali cenę brutto 2.060.250,00 zł (tj. 31.215,91 zł miesięcznie), doświadczenie Prawnika Wiodącego – 6 usług prawnych; doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 1 – 9 usług prawnych, doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 2 – 6 usług prawnych.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. w formularzu oferty pkt 2 oświadczyli, iż w zakresie kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wskazuje doświadczenie osób: Prawnik Wiodący T.M., który dysponuje doświadczeniem w zakresie obsługi prawnej 6 kontraktów inwestycji budowlanej o wartości minimum 100 mln zł przez okres ostatnich 5 lat licząc od daty złożenia oferty, świadczonej w sposób stały przez okres co najmniej 12 miesięcy.

12

W formularzu JEDZ w części III „Podstawy wykluczenia” sekcja C „zależności od innych podmiotów” Kancelaria DSK oświadczyła, że polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji. Następnie w części IV „Kryteria Kwalifikacji” sekcji C „Zdolność Techniczna i Zawodowa” pkt 2 wskazała jako Prawnika Wiodącego nr 1 – M.D., która dysponuje doświadczeniem dotyczącym 7 inwestycji budowlanych o wartości ponad 100 mln zł. Nadto wskazała dwóch Zastępców Prawnika Wiodącego – J.D., co do którego wskazano na doświadczenie w obsłudze prawnej 9 kontraktów inwestycji budowlanych oraz Ł.Sz., co do którego wskazano na doświadczenie w obsłudze prawnej 6 kontraktów inwestycji budowlanych.

T.M. w formularzu JEDZ Części II sekcji A „rodzaj uczestnictwa” oświadczył, że bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami, a jego rola (odpowiedź na lit. a) sprowadza się do „udzielania porad w zakresie realizacji zadania na podstawie udostępnienia potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia z art. 22 ust 1 ustawy Pzp poprzez świadczenie usług polegających na bieżących konsultacjach i doradztwie”. Jako pozostałych wykonawców wskazał wykonawcę tj. Kancelarię DSK oraz spółkę Lafrentz Polska Sp. z o.o. Nadto do oferty załączono zobowiązanie T.M. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia (do korzystania z nich) na cały okres wykonywania zamówienia. Sposób korzystania przez wykonawcę z oddanych do dyspozycji zasobów przy wykonywaniu zamówienia będzie polegał na bieżącym konsultowaniu i doradztwie w toku realizacji zamówienia na podstawie umowy cywilnoprawnej na świadczenie usług zawartej ze spółką DSK D.Sz.K. Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi sp. p.

Zamawiający wezwał SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na powyższe Kancelaria SWS wskazała, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie posługuje się definicją rażąco niskiej ceny, a bezpośrednim dowodem na to, że zaproponowana cena jest ceną realną i rynkową jest wynik innego postępowania na „Modernizację toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Piastowski i Mieleński) etap II, strona wschodnia i zachodnia”, „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie”, na okoliczność czego przedłożyła ogłoszenie o wyniku ww. postępowania, wyniku ogłoszenia zamówienia oraz umowy z 3 grudnia 2012 r. wraz z aneksami nr 1 i 2. Kancelaria SWS podniosła, że miesięczne wynagrodzenie jest wyższe o 5.000 zł niż wynagrodzenie za wykonanie obsługi

prawnej znacznie mniejszego etapu modernizacji toru wodnego. Jako okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny, Kancelaria SWS wskazała: 1) funkcjonowanie oddziału kancelarii w Szczecinie, który jest czynny od poniedziałku do piątku w godzinach od 8:00-

13

16:00, gdzie jest obecna Urszula Urban, osoba z wykształceniem prawniczym, która pełniła funkcję sekretarza biura przy obsłudze prawnej modernizacji toru wodnego etap II, 2) prawnicy wskazani w ofercie są współnikami kancelarii SWS, którzy nie są specjalnie zaangażowani przez Kancelarię SWS na potrzeby przyszłej realizacji tego zamówienia, bowiem jako współnicy biorą udział w obsłudze innych klientów kancelarii, 3) doświadczenie w obsłudze prawnej podobnych inwestycji, w tym: „Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego”, „Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Piastowski i Mieleński) etap II, strona wschodnia i zachodnia”, „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie”, „dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG”, 4) niższe zaangażowanie czasowe z uwagi na dotychczasowe doświadczenie, 5) brak konieczności zapewnienia stałej obecności Prawnika Wiodącego oraz jego Zastępców w Szczecinie i możliwość dostosowania się do indywidualnych potrzeb Zamawiającego, 6) warunki obsługi prawnej opisane przez Zamawiającego.

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny również wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o., który utajnił wyjaśnienia wraz z załącznikami wskazując, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Zaoferowana przez wykonawcę SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. cena 1.194.945,00 zł brutto (tj. 17.835,00 zł brutto miesięcznie) stanowi jedynie 23,90% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Jest ona niższa o 76,10 % w stosunku do wartości zamówienia ustalonego przed wszczęciem postępowania i niższa o 59,21 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych cen. Wyjaśnienia SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. zawierają kilkakrotne oświadczenie wykonawcy, że cena jest skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich kosztów i że jest rynkowa, co należy uznać wyłącznie za gołosłowne zapewnienie. Ponadto, poza przywołaniem treści przepisów prawa i wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśnienia nie zawierają żadnych informacji na temat sposobu kalkulacji ceny. Zdaniem Odwołującego wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w

14

stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy i informacje jakie przedstawił wykonawca powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wyjaśnienia Kancelarii SWS nie spełniają ww. wymogów i stanowią ogólnikowe tłumaczenie ceny, która jest nierynkowa i spowodowała wynagrodzenie prawników specjalistów do poziomu zbliżonego do minimalnego wynagrodzenia.

W konsekwencji Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień i przedłożonych dowodów, powinien dojść do przekonania, że cena zaoferowana przez Kancelarię SWS jest rażąco niska i nie odpowiada stawkom rynkowym, które funkcjonują dla prawników specjalistów z zakresu obsługi prawnej dużych projektów infrastrukturalnych, a następnie powinien ofertę odrzucić. Kancelaria SWS poza tym, że nie wskazała, jak obliczyła cenę, to nie przedstawiła informacji, które dowodziłyby możliwość zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do ofert, które zajęły w rankingu miejsca od III do V. Nie przedstawiła żadnych obiektywnych okoliczności (np. rozwiązań technologicznych), które dodatkowo wpłynęłyby na wysokość

oferowanej przez nią ceny. O wadliwej ocenie złożonych wyjaśnień przez Zamawiającego świadczy fakt, że wskazana przez Kancelarię SWS cena nie odpowiada cenom dla usług prawników specjalistów, którzy mają osobiście wykonywać przedmiot zamówienia. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający oczekuje osobistego wykonania przedmiotu zamówienia przez prawników specjalistów ds. realizacji inwestycji infrastrukturalnych, którzy obsługiwali kontrakty infrastrukturalne, o wartości od 50 mln zł do 100 mln zł (a nawet 250 mln zł, z uwagi na warunek udziału w zamówieniu). Zgodne z zasadami doświadczenia życiowego i logiki jest, że cena godziny pracy prawnika z kilkuletnim doświadczeniem w obsłudze dużych kontraktów infrastrukturalnych jest zdecydowanie wyższa od cen obowiązujących w innych sektorach usług prawniczych np. procesowych czy wobec cen prawnika, który nie ma takiego doświadczenia. Ta sama zależność dotyczy wykonywania czynności przez współnika wykonawcy, którego cena świadczonych usług jest wyższa aniżeli prawnika zatrudnionego lub współpracującego z kancelarią.

Dokonując hipotetycznej kalkulacji, że Zamawiający przewiduje miesięcznie 250 roboczogodzin dla zespołu prawników (tj. po ok. 62 godz. tygodniowo, i 20,6 godz. tygodniowo na jednego członka zespołu), to przy założeniu stawki rynkowej w wysokości 150,00 zł netto, daje to wynagrodzenie w wysokości 37.500,00 zł netto dla zespołu prawników specjalistów. Nie można zarazem zapominać o kosztach lokalu, kosztach sekretarza biura czy specjalisty technicznego i kosztów związanych z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, które wyniesie 5% wynagrodzenia umownego brutto. W wyjaśnieniach Kancelarii SWS nie ma informacji o kosztach zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy kosztach specjalisty technicznego. Wyjaśnienia nie zawierają danych dotyczących kosztów sekretarza biura. Marginalnie wskazać należy, że sekretarz biura

15

będzie *de facto* oddelegowany do obsługi inwestycji, a co za tym idzie, nie będzie on mógł zarabkować u innych klientów. Niewiarygodne są zatem wyjaśnienia Kancelarii SWS, że na cenę miał wpływ fakt, iż kancelaria dysponuje własnymi zasobami, a wyznaczeni prawnicy biorą udział w obsłudze prawnej innych klientów, albowiem w czasie, gdy będą oni obsługiwali zamówienie, nie będą świadczyli odpłatnie pomocy prawnej dla innych klientów. Zdaniem Odwołującego że nie można przyjąć, że praca współników nie ma wartości bądź jej wartość ulega obniżeniu z powodu świadczenia na rzecz innych podmiotów. Nie można również pokrywać kosztów zamówienia z przychodów pozyskiwanych z innych umów (od innych klientów), a nie z ceny za to określone zamówienie. Takie działanie jest określane mianem subsydiowania skrośnego i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiącego iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez Kancelarię SWS są ogólnikowe i nie odnoszą się do żadnej z kategorii wskazanych w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazuje się w orzecznictwie, wprowadzie przepis art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zobowiązuje wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów ceny, ale wskazuje na konieczność złożenia wyjaśnień w zakresie tych elementów, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Kancelaria SWS odniosła się tylko do niektórych elementów cenotwórczych, przy czym uczyniła to w sposób bardzo ogólny. Poza przedłożoną umową najmu, z której wynika wysokość czynszu najmu, Kancelaria SWS w swoich wyjaśnieniach nie wskazała jakiegokolwiek innego elementu, który choćby pośrednio może pozwolić odtworzyć wszystkie elementy zaoferowanej ceny i ich wysokość, co powinno implikować u Zamawiającego wniosek, że wykonawca nie wykazał, że cena nie jest rażąco niska. Kancelaria SWS nie podała również jakiegokolwiek elementu, który wpływałby na wysokość obniżenia stawek w stosunku do innych wykonawców czy obowiązujących cen usług prawniczych oraz w jakim stopniu on wpływa na zaoferowaną cenę. Kancelaria SWS wskazała, że dysponuje помещением biurowym w budynku Zamawiającego, sekretarzem biura zatrudnionym w oddziale oraz podniosła, że na cenę wpłynęło jej dotychczasowe doświadczenie. Jednak sekretarz biura Kancelarii SWS nie łączy funkcji z zastępcą prawnika. Powyższe oznacza, iż nie pełni on, poza administracyjno-techniczną (§ 6 ust. 4 wzoru umowy), żadnych innych funkcji w ramach zespołu. Oznacza to obowiązek poniesienia jego kosztów oraz kosztów związanych z pozostałymi prawnikami wchodzącymi w skład zespołu, nawet jeżeli są współnikami. Sekretarz nie pełnił roli

sekretarza biura dla kontraktu referencyjnego, który posłużył Zamawiającemu dla oszacowania wartości zamówienia, który Zamawiający potraktował jako najbardziej zbliżony do zamówienia, a zatem nie ma niezbędnego doświadczenia w tym zakresie.

16

Żaden z prawników wskazanych do wykonania zamówienia nie przebywa w Szczecinie. Oznacza to, że jakiegokolwiek spotkanie z Zamawiającym, czy rada budowy będzie oznaczała konieczność przyjazdu Prawnika Wiodącego (oraz Zastępcy Prawnika) oraz specjalisty Kancelarii SWS do Szczecina. Jest to czynnik wpływający na wzrost ceny, a nie jej obniżenie. Zamawiający wprost wskazał, iż udział sekretarza na radzie budowy uzna za niewystarczający. Czas podróży samochodem z Poznania do Szczecina to co najmniej 2,5 w jedną stronę płatną drogą (autostradą A2). Podróż pociągiem to średnio czas 3 godzin w jedną stronę, a wkrótce ulegnie on wydłużeniu z uwagi na planowaną modernizację linii kolejowej na odcinku Poznań – Szczecin. Samoloty między Szczecinem a Poznaniem nie latają. Oznacza to, że jednorazowy wyjazd do Szczecina będzie wiązał się z utratą jednodniowego wynagrodzenia wspólnika. Nieprawdą jest również, jak twierdzi Kancelaria SWS, że nie ma konieczności zapewnienia stałej obecności Prawnika Wiodącego (oraz jego zastępców), albowiem konieczność taka dotyczy wyłącznie spotkań statusowych. Uszło uwadze Kancelarii SWS, że za wyjątkiem spotkań statusowych, Prawnik Wiodący lub zastępca prawnika będzie obowiązany do cotygodniowego udziału w radzie budowy, na co zwrócił uwagę Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 6 z 12 maja 2017 r. Nie sposób również przyjąć w świetle zapisów umowy, że obecność w Szczecinie choćby jednego członka wchodzącego w skład zespołu prawników (Prawnika Wiodącego lub jego Zastępcy) nie jest wymagana. Analiza wzoru umowy wskazuje na konieczność stałej i bieżącej obecności w Szczecinie oraz na trasie toru. Zapisy umowy nakazują przyjąć stały kontakt z Zamawiającym i jego pracownikami ze strony choć jednego z członków zespołu prawników, a nie sekretarza. Trudno sobie wyobrazić, by, będąc poza miejscem wykonywania inwestycji, Prawnik Wiodący albo jego Zastępca mogli realizować takie czynności jak: prowadzenie konsultacji i uzupełnienie wiedzy na temat stanu realizacji umowy czy stałe monitorowanie przebiegu realizacji inwestycji albo wyprzedzające identyfikowanie konfliktów i ryzyk inwestycyjnych Zamawiającego związanych z planowanymi poleceniami Inżyniera lub wnioskami wykonawcy czy monitorowanie zgodności realizacji kontraktów z Harmonogramem Projektu i Programem Robót celem oceny ryzyka terminowego (§ 4 ust. 2 lit. a wzoru umowy lub § 5 ust. d wzoru umowy). Zasadnicza część tych czynności nie będzie wynikała z dokumentów, a z bieżących relacji z uczestnikami inwestycji.

Kancelaria SWS wskazała, że znaczna część obsługi prawnej będzie możliwa do wykonania w siedzibie Kancelarii SWS w Poznaniu, w tym również w sposób zdalny. Nie wskazała, jakiej części prac to dotyczy i jakie są szacowane oszczędności z tego tytułu. Nie jest to zarazem okoliczność wyróżniająca Kancelarię SWS spośród innych wykonawców, zwłaszcza, że Zamawiający wprost przewidział obowiązek dla przedstawiciela wykonawcy dysponowania dokumentami w formie elektronicznej na dysku komputera przenośnego (§ 7

17

ust. 9 wzoru umowy). Oznacza, to że każdy z wykonawców kalkulował zdalne wykonanie części zamówienia (poprzez dysponowanie dokumentacją na komputerze przenośnym), a nie w siedzibie Zamawiającego. Przy czym każdy z wykonawców przewidywał, że wykonanie zamówienia bez obecności w miejscu wykonania zamówienia będzie niemożliwie, bądź znacznie utrudnione i wpłynie na wzrost zaoferowanej ceny, co wynika choćby z zadawanych pytań. Wyjaśnienia Kancelarii SWS co do zdalnego realizowania zamówienia bądź w siedzibie Kancelarii w Poznaniu, w żaden sposób nie tłumaczą, jak wpływa to na kalkulację ceny, albowiem to, czy prawnik wykonuje czynności na miejscu, czy w innym dowolnym miejscu, dalej oznacza, że świadczy swoją usługę na rzecz Zamawiającego, a nie innego podmiotu, a tym samym uzyskuje przychód wyłącznie z jednego źródła. Twierdzenie, że przedstawieni w ofercie wspólnicy biorą udział w obsłudze prawnej innych klientów kancelarii, nie może usprawiedliwiać obniżenia ceny, albowiem oznaczałoby to, że wyznaczeni prawnicy nie będą wykonywać swoich czynności osobiście.

W ocenie Odwołującego składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych wyjaśnienia Kancelarii SWS Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (aczkolwiek nie zostały podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, metod wpływających na obniżenie czasu pracy czynnika ludzkiego, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia, proponowanego sposobu wykonywania zamówienia oraz realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych winny charakteryzować się dużym stopniem szczegółowości i być oparte na realnych, weryfikowalnych wartościach i okolicznościach. Nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Samo zestawienie kosztów, w dodatku fragmentaryczne, powoduje sytuację równoznaczną z tą, jak gdyby wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Cena wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. i złożone przez niego wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny są niewiarygodne i nie wykazały braku rażącej ceny. Przedstawione dowody nie potwierdzają wysokości ceny, a już w ogóle nie wskazują na koszty świadczonych usług, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty przez Zamawiającego, czego Zamawiający nie uczynił i czym naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają

18

wątpliwości Zamawiającego co do rynkowego charakteru ceny oferty zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie. Mało prawdopodobne jest, aby ktoś podjął się wykonywania specjalistycznych usług prawniczych objętych przedmiotem zamówienia za wynagrodzenie odpowiadające płacy minimalnej, czy nawet jej dwukrotności. Również Zamawiający przy wszczęciu postępowania nie uważał płacy minimalnej za punkt odniesienia przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, opierając się w tym zakresie na swojej wieloletniej praktyce w udzielaniu analogicznych zamówień.

Zasadniczym argumentem co do braku rażącej ceny, którym posługuje się Kancelarii SWS jest powołanie się na wynagrodzenie za wykonanie obsługi prawnej inwestycji „Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Piastowski i Mieleński) etap II, strona wschodnia i zachodnia”, „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie” za miesięczną kwotę 9.500,00 zł netto i 11.685,00 zł brutto.

W swoich wyjaśnieniach Kancelaria SWS pominęła milczeniem, że w okresie poprzedzającym oraz w trakcie realizacji ww. obsługi Zamawiający udzielił dodatkowych zamówień bezpośrednio związanych z obsługą prawną „Modernizacji toru wodnego Świnoujście Szczecin etap II”, które były jego integralną częścią i dopiero rozpatrywane łącznie mogą wskazywać na prawdziwą cenę obsługi prawnej ww. inwestycji.

Przedmiotowymi umowami były: 1) zapewnienie obsługi prawnej etapu przygotowania inwestycji „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie” obejmującej sporządzenie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu oraz wykonawcy (w trybie przetargu nieograniczonego), nadzór prawny nad wszystkimi czynnościami wykonywanymi w ramach postępowania przetargowego oraz analizę i zaopiniowanie specyfikacji technicznej i przedmiaru robót w zakresie formalnoprawnym zgodności z wzorcem warunków kontraktowych FIDIC – umowa nr PO-II-379/ZP-2/1/12 z dnia 24 stycznia 2012 r. na kwotę 50.000 zł netto, 61.500 zł brutto;

2) zapewnienie obsługi prawnej postępowania przetargowego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych dla udzielenia przez UMS zamówienia publicznego „Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin do głębokości 12,5 m – prace przygotowawcze” – umowa nr TI-220/7/18/2013 z dnia 1 marca 2013 r. na kwotę 7.999 zł netto, 9.838,77 zł brutto;

3) zapewnienie obsługi prawnej etapu przygotowania inwestycji „Modernizacja toru wodnego Świnoujście-Szczecin (Kanał Piastowski i Mieleński) – etap II, strona wschodnia i zachodnia”, obejmującej sporządzenie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu

– umowa nr DBM/ZIUII/3790/3/4/2011 z dnia 26 października 2011 r. na kwotę 22.850 zł netto, 28.105,50 zł brutto; 4) zapewnienie obsługi prawnej przetargu nieograniczonego na wybór wykonawcy robot budowlanych dla inwestycji „Modernizacja toru wodnego

19

Świnoujście-Szczecin (Kanał Piastowski i Mieleński) – etap II, strona wschodnia i zachodnia”, obejmującej sporządzenie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nadzór prawny nad wszystkimi czynnościami – umowa nr DBM/ZIUII/3790/4/4/2011 z dnia 2 grudnia 2011 r. na kwotę 29.750 zł netto, 36.592,50 zł brutto. Łączna kwota ww. dodatkowych zamówień wyniosła 104.748,31 zł netto i 136.036,77 zł brutto. Zatem Kancelaria SWS w okresie od 3 grudnia 2011 r. do 15 grudnia 2015 r. za kompleksową obsługę prawną inwestycji, na którą powołuje się w swoich wyjaśnieniach, uzyskała łączną kwotę w wysokości 486.586,77 zł brutto, co daje średniomiesięczną kwotę 13.516,30 zł brutto, a nie, jak wskazała w wyjaśnieniach, 285.000,00 zł netto i 350.500 zł brutto.

Zamawiający dla wyceny zamówienia przyjął jako kontrakt referencyjny zamówienie na obsługę prawną inwestycji budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu. Tym samym Zamawiający sam uznał, iż stopień skomplikowania, nakład pracy prawników specjalistów przy przyszłej inwestycji wymagają udziału i większego zaangażowania niż przy inwestycji, na którą powołuje się Kancelaria SWS. Kancelaria SWS zrealizowała kontrakt referencyjny za kwotę 1.444.000,00 zł netto, tj. 1.773.450,51 zł brutto. Mając na uwadze, że realizacja umowy na obsługę prawną falochronu była od początku przewidziana na okres 27 miesięcy z możliwością jej wydłużenia do 45 miesięcy, średniomiesięczne wynagrodzenie brutto dla Kancelarii SWS wyniosło kwotę od 39.410,01 zł do 65.683,35 zł. W konsekwencji, w okresie zbiegu obsługi prawnej obu inwestycji, kancelaria SWS za realizację kontraktu referencyjnego oraz kontraktu, na który się powołuje, mogła uzyskiwać średniomiesięcznie łączną kwotę od 52.926,31 zł do 79.199,65 zł brutto. Przywołany zatem przez Kancelarię SWS kontrakt na obsługę prawną inwestycji „Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Piastowski i Mieleński) etap II, strona wschodnia i zachodnia”, „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie” za kwotę 11.685,00 zł brutto miesięcznie był kontraktem dodatkowym, realizowanym równolegle do głównego źródła utrzymania oddziału Kancelarii SWS w Szczecinie, którym była obsługa prawna budowy falochronu. Zamówieniem, które odzwierciedla szacowany nakład pracy i stawki rynkowe, za które Zamawiający był gotów zapłacić doświadczonym prawnikom specjalistom, jest obsługa prawna budowy falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu. Nie jest wystarczające powołanie się na ceny usług z innych postępowań przetargowych w związku z doświadczeniem wykonawcy w zakresie realizowanych dotychczas przedsięwzięć. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny odnosić się przede wszystkim do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, nie zaś opierać się wyłącznie na zdobytym doświadczeniu, które co do zasady odnosi się do podmiotowych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sam fakt dysponowania doświadczeniem nie jest

20

niczym nowym i specyficznym, gdyż stanowi on w postaci warunków udziału w postępowaniu element *sine qua non* umożliwiający ubieganie się wykonawcy o zamówienie. Bez jego spełnienia nie istniałaby możliwość udzielenia zamówienia jakiegokolwiek wykonawcy, zatem nie może on stanowić uzasadnienia dla zaoferowania wynagrodzenia na poziomie odbiegającym o ponad 30% od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert. W realiach postępowania dotychczasowe doświadczenie nie może wpływać na obniżenie ceny. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia było oceniane w kryterium „doświadczenia” i stanowiło warunek udziału w postępowaniu. Uzasadnionym jest nawet twierdzenie, że doświadczenie wpływa na wzrost ceny, bowiem im bardziej doświadczony prawnik, tym cena jego usług jest wyższa.

Kancelaria SWS, składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, oświadczyła, że doświadczenie, które obniży koszt obsługi prawnej wynika m.in. z obsługi prawnej inwestycji „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwiania bezpiecznej

żegluga statków do przewozu LNG". Jednak w aktach postępowania nie ma jakiegokolwiek dowodu, który wskazywałby na wykonanie obsługi prawnej ww. inwestycji przez Kancelarię SWS. Powyższa inwestycja nie widnieje również na stronie internetowej Kancelarii SWS. Obsługa ww. inwestycji nie stanowi również doświadczenia, którym dysponuje którykolwiek z prawników wyznaczonych do realizacji zamówienia. Zamawiający powinien uznać, iż Kancelaria SWS w swoich wyjaśnieniach podała informacje nieprawdziwe i nie wyjaśniła wątpliwości dotyczących zaoferowanej ceny i źródeł doświadczenia, które rzekomo miało wpływać na obniżenie ceny, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty. Przywołana jako doświadczenie obsługa na rzecz wykonawcy inwestycji Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego wprowadza w błąd Zamawiającego. Mostostal Warszawa S.A., na rzecz którego Kancelaria SWS świadczy obsługę prawną, 14 czerwca 2016 r. odstąpił od umowy na realizację ww. inwestycji, konsekwencją czego Kancelaria SWS w sposób pośredni nie obsługuje ww. inwestycji.

Przywołana powyżej argumentacja dotycząca rażąco niskiej ceny, w szczególności co do kryterium doświadczenia oraz wykonania zamówienia własnymi siłami, ma w zasadniczej mierze zastosowanie do ceny zaoferowanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. Cena zaoferowana przez Kancelarię DSK stanowi 41,25% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Jest ona niższa o 58,75% w stosunku do wartości zamówienia ustalonego przed wszczęciem postępowania i niższa o 29,68% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych cen. W wypadku nieuwzględnienia

21

ceny wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. jest niższa o 38,74 % od średniej arytmetycznej zaoferowanych cen.

Nadto Kancelaria DSK jest kancelarią utworzoną w 18 grudnia 2015 r., która jako nowy podmiot na rynku usług prawnych nie wykonywała jakichkolwiek zamówień publicznych w sektorze inwestycji infrastrukturalnych. Nie dysponuje biurem w Szczecinie, zaś do wykonania zamówienia wskazała dwóch swoich wspólników oraz radcę prawnego M.D.. Dodatkowo na cenę wpływa wynagrodzenie dla radcy prawnego T.M., z którym Kancelaria DSK zamierza zawrzeć umowę cywilnoprawną w zakresie udostępnionej wiedzy i doświadczenia. Wspomniany radca prawny nie będzie jednak wykonywał czynności zastrzeżonych dla Prawnika Wiodącego i Zastępcy Prawnika.

Wreszcie wskazać należy, że Kancelaria DSK jako sekretarza biura wskazała D.L., która jest dyrektorem biura Kancelarii w Poznaniu. Oddelegowanie jej do Szczecina będzie wiązało się z zapewnieniem pracownikowi noclegu w Szczecinie, co podniesie koszt obsługi (ewentualnie wynagrodzenia pracownika). Również codzienne dojazdy do Szczecina w dni robocze przez 5,5 roku spowodowałyby podwyższenie zaoferowanej ceny. Oznacza to wzrost kosztów po stronie Kancelarii DSK. Oddelegowanie dotychczasowego kierownika biura do Szczecina wiązałby się z również koniecznością zatrudnienia nowego kierownika w Poznaniu (ewentualnie awansu innego pracownika), co również wpłynęłoby na wzrost kosztów w stosunku do zaoferowanej ceny.

Utajnienie wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. uniemożliwia weryfikację ceny, tym niemniej przy takim jej poziomie uzasadnione jest przypuszczenie, że wykonawca ten również zamierza pokrywać część kosztów realizacji zamówienia w ramach subsydiowania skrośnego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym bardziej, że wszystkie osoby przewidziane do realizacji zamówienia pochodzą spoza Szczecina, a ich zaangażowanie czasowe z uwagi na wielogodzinne dojazdy będzie większe niż czas zakładany chociażby przez Odwołującego, który tylko częściowo posiłkuje się prawnikami spoza Szczecina. W kontekście powyższego ceny zaoferowane przez Odwołującego jawią się jako rynkowe i prawidłowo skalkulowane. Uwzględnia on złożoność i stopień skomplikowania obsługi prawnej inwestycji liniowej o wartości ok. 1.385 mln zł. Różnica między V a III wykonawcą wynosi 3,43 pkt i dotyczy wyłącznie kryterium ceny. Natomiast pomiędzy IV a III wykonawcą 1,06 pkt. Powyższe potwierdza, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rynkowa, albowiem wszyscy wykonawcy, którzy nie zaoferowali rażąco niskiej ceny, wycenili swoje usługi na bardzo zbliżonym poziomie.

o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, niemniej uważa, że wyjaśnienia te powinny wskazywać na wszystkie elementy cenotwórcze i winny być poparte dowodami. Powinna więc być ujęta w tych wyjaśnieniach m.in. kwestia wynagrodzenia T. M. i pozostałych trzech prawników, sekretarza oraz personelu technicznego, koszty dojazdów, koszty biura czy koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. wskazali w formularzu JEDZ jako Prawnika Wiodącego nr 1 M.D., która jest radcą prawnym od 2008 r., posiadającym doświadczenie przy obsłudze 7 inwestycji. Sześć spośród 7 wskazanych przez Kancelarię DSK inwestycji budowlanych, przy obsłudze których M.D. miała zdobyć doświadczenie, na dzień składania ofert, jak i na dzień odwołania jest w toku (tzn. inwestycje są niezakończone). Skoro w odpowiedzi na pytanie nr 7g z dnia 8 maja 2017 r. Zamawiający wprost wskazał, iż przez słowo „kontrakty” rozumie kontrakty na roboty budowlane zakończone, to nie ulega wątpliwości, że doszło do zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją jej treści.

1) Obwodnica Ostrowa Wielkopolskiego została oddana do użytku dopiero 10 lipca 2017 r. 2) Stopień zaawansowania robót przy „zaprojektowaniu i wybudowaniu drogi S3 Legnica (A4) – Lubawka, zadanie II” wynosi 35 %. 3) Stopień zaawansowania robót przy „zaprojektowaniu i wybudowaniu drogi S3 Legnica (A4) – Lubawka, zadanie I” wynosi 23 %. 4) Inwestycja pn. „Budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej S-7 na odcinku Chęciny – Jędrzejów” jest zaawansowana w ok. 60%. 5) Inwestycja pn. „Budowa drogi Ekspresowej S-5 Żnin – Gniezno Odcinek węzła Mielno” jest zaawansowana na dzień 26 czerwca 2017 r. w 93%, a jej termin realizacji upłynął w dniu 3 lipca 2017 r. 6) Inwestycja pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Kłodzka w ciągu DK 33 wraz z łącznikiem” jest zaawansowana jedynie w 70 %.

Na tożsame doświadczenie, wskazane powyżej, Kancelaria DSK powołuje się co do obu zastępców prawnika wiodącego.

Powyższe oznacza, że na dzień składania ofert M.D. dysponowała doświadczeniem w zakresie obsługi prawnej jednego kontraktu inwestycji budowlanej o wartości minimum 100 mln zł, który był zakończony. Nie spełniała zatem wymogu, o którym mowa w rozdziale VI ust. 7 pkt 4 lit. b. tj. doświadczeniem przy dwóch kontraktach zakończonych, z czego co najmniej jeden na 100 mln, a drugi na 50 mln. Tym samym Prawnik Wiodący nr 1 wyznaczony przez Kancelarię DSK nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, co dyskwalifikowało tego wykonawcę z postępowania.

Powyższe oznacza, iż dla oceny warunku udziału w postępowaniu (rozdział V ust. 3 pkt 3 oraz rozdział VI ust. 7 pkt 4 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia) należało wskazać doświadczenie w zakresie obsługi prawnej kontraktów inwestycji budowlanych zakończonych, a nie kontraktów będących w toku. Takie rozumienie ww. wymogu potwierdza oferta Kancelarii SWS i pozostałych wykonawców, którzy brali udział w postępowaniu.

W konsekwencji Zamawiający powinien wykluczyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o., ponieważ oferta nie spełnia warunku, jakim jest dysponowanie Prawnikiem Wiodącym z odpowiednim doświadczeniem.

Dla oceny kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, w tym dla Prawnika Wiodącego nie może być brane doświadczenie radcy prawnego T.M., który udostępnił zasoby jedynie w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jak wynika ze złożonego przez Kancelarię DSK formularza JEDZ i formularza JEDZ radcy prawnego T.M., nie jest on podwykonawcą Kancelarii DSK. Nie jest również członkiem konsorcjum wykonawcy. T.M. nie może w ogóle występować w charakterze podwykonawcy, bowiem Zamawiający w rozdziale XII ust. 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprost zastrzegł osobiste wykonanie

przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie usług przewidzianych dla Prawnika Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego, a we wzorze umowy w § 11 ust. 2 wprost wskazano, że „Zamawiający nie dopuszcza powierzenia wykonywania obsługi prawnej przy pomocy podwykonawców w zakresie usług przewidzianych dla Prawnika Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego”. Zatem w realiach przedmiotowego postępowania potencjał podmiotu trzeciego można wykorzystać tylko co do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (tj. w kryterium obsługi prawnej dwóch inwestycji o wartości powyżej 250 mln złotych). Nie można natomiast udostępnić doświadczenia w zakresie uzyskania punktacji dotyczącej doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Nie można również udostępnić doświadczenia w zakresie wymogów dla Prawnika Wiodącego. Zamawiający zaniechał zatem wykluczenia tego wykonawcy jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dla Prawnika Wiodącego nr 1. Względnie, w wypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. nie powinni zostać wykluczeni z powyższych przyczyn, powinni uzyskać o 30 pkt mniej w zakresie kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Tym samym dokonując oceny osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, Zamawiający powinien przyznać im następującą ilość punktów: Prawnik Wiodący nr 1 radca prawny M.D. – 0 pkt, Zastępca Prawnika Wiodącego nr 1 radca prawny J.D. – 10 pkt, Zastępca Prawnika

24

Wiodącego nr 2 radca prawny Ł.Sz. – 0 pkt. Utrata 30 punktów w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia powoduje, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. uzyskaliby 40,80 pkt i zajęliby ostatnie miejsce. Dodatkowo przedstawienie w wykazie usług przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. doświadczenia, którym nie dysponuje, stanowi podstawę do uznania, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mogące wpływać na wynik. Nie budzi wątpliwości wpływ na wynik postępowania spowodowany złożeniem nieprawdziwych informacji. Przejawia się on w tym, że zamawiający, dając wiarę informacjom zawartym w ofercie wykonawcy, nie wykluczył go z postępowania oraz przyznał maksymalną liczbę punktów w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Składając nieprawdziwe informacje wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co niewątpliwie miało wpływ na jego wynik. Przy czym zgodnie z orzecznictwem, sam fakt złożenia informacji nieprawdziwych mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania uniemożliwia konwalidację działań wykonawcy poprzez uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsekwencją czego zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie DSK Radcowie prawni zamówienia D.Sz.K. i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. w oparciu o dwie niezależne podstawy, tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 i w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który można sanować. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zamawiający zaniechał czynności zweryfikowania doświadczenia osób wyznaczonych do udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. Nie zweryfikował rozbieżności pomiędzy osobą wskazaną w ofercie a osobą wskazaną w formularzu JEDZ i zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, co skutkowało zaniechaniem wykluczenia. Wreszcie zaniechanie weryfikacji wskazanego doświadczenia skutkowało nieprawidłowym obliczeniem liczby punktów w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do udziału w postępowaniu i przyznanie ofercie w tym

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. w sposób dostateczny zastrzegli i wykazali, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ograniczają się bowiem do ogólnikowych stwierdzeń nie popartych żadnymi dowodami, które jednakowoż nie są wystarczające do uznania, że wystąpiły wszystkie przesłanki określone w art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niezbędne do uznania zastrzeżenia tajemnicy jako skutecznego. Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym wypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie badania, w do każdego dokumentu indywidualnego odniesieniu zastrzeżonego i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego Zamawiający niesłusznie podtrzymał klauzulę tajności nie udostępniając złożonych wyjaśnień pozostałym uczestnikom postępowania, zwłaszcza w sytuacji, w której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że cena, za którą wykonawca zamierza zrealizować zamówienie, jest zaniżona. W sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawi stosownych dowodów na to, że dane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, informacje te nie mogą być wyłączone z udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Bezwzględna treść art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga łącznego spełnienia trzech warunków, by informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa – informacja: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej; podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zamawiający powinien zweryfikować, czy wykonawca wykazał spełnienie względem danej informacji każdego z ww. wymagań. Jeżeli nie wszystkie zastrzegane przez wykonawcę informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien rozważyć konieczność udostępnienia chociaż części wskazanych dokumentów. Nie jest możliwe przyjęcie automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokument nie musi, a czasami wręcz nie może podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. Sam fakt, że zastrzegana informacja zawiera nazwę kontrahenta wykonawcy, wysokość cen i kosztów składających się na oferowane wynagrodzenie, z góry nie oznacza, że posiada ona wartość gospodarczą, a przez to walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

II Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1614/17

Odwołujący – Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy sp. p. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. art. 91 ust. 1 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, która w istotnym zakresie odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia. Jej zaniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do wymagań postawionych przez Zamawiającego. Gdyby cena zaproponowana przez tego wykonawcę nie była ceną rażąco niską, świadczyłoby to o braku rzetelności w szacowaniu wartości zamówienia przez Zamawiającego. Jednocześnie, jak wynika z wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, finansowanie realizacji przedmiotowego zamówienia ma następować z przychodów z innych zamówień. Powyższe stanowi naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako tzw. subsydiowanie skróśne stanowi niedozwoloną praktykę, stanowiąc tym samym podstawę do odrzucenia tej oferty;
2. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie niewłaściwej

oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał, że cena nie jest rażąco niska, przy jednoczesnym pominięciu obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co prowadziło do przyjęcia, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. art. 91 ust. 1 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, która w istotnym zakresie odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia. Jej zaniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do wymagań postawionych przez Zamawiającego. Gdyby cena zaproponowana przez tego wykonawcę nie była ceną rażąco niską, świadczyłoby to o braku rzetelności w szacowaniu wartości zamówienia przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana przez tego wykonawcę, nie pokrywa realnych kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia, przy czym jednocześnie z dużym prawdopodobieństwem stanowi naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako tzw. subsydiowanie skrośne stanowi niedozwoloną praktykę, stanowiąc tym samym podstawę do odrzucenia tej oferty;

27

4. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał, że cena nie jest rażąco niska przy jednoczesnym pominięciu obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co prowadziło do przyjęcia, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;

5. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o., którzy w sposób zamierzony lub wynikający z rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd w zakresie części oferty ocenianej w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia poprzez wskazanie jako Prawnika Wiodącego nr 2 radcy prawnego T.M. (zarówno w ofercie jak i JEDZ), podczas gdy osoba ta nie może i nie będzie świadczyć usługi na stanowisku Prawnika Wiodącego, a także w zakresie Zastępców Prawnika Wiodącego, wskazując na obsługę inwestycji, które nie zostały zakończone. W wyniku powyższego Zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co pozwoliło mu uzyskać drugie miejsce w rankingu ofert;

6. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego dla Prawnika Wiodącego;

7. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o., którzy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, wskazując jako Prawnika Wiodącego nr 2 radcę prawnego T.M. (zarówno w ofercie jak i JEDZ), podczas gdy osoba ta nie może i nie będzie świadczyć usługi na stanowisku Prawnika Wiodącego, a także w zakresie Zastępców Prawnika Wiodącego, wskazując na obsługę inwestycji, które nie zostały zakończone. W wyniku powyższego Zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co pozwoliło mu uzyskać drugie miejsce w rankingu ofert;

8. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwą ocenę oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, niewłaściwie przyznając punkty za doświadczenie wskazane w ofercie tego wykonawcy dla Prawnika T.M., M.D. oraz Zastępcy Prawnika Wiodącego Ł.Sz.,

w szczególności z uwagi na fakt, że T.M. nie może pełnić funkcji Prawnika Wiodącego, M.D. nie posiada doświadczenia obsługi zakończonych inwestycji budowlanych;

9. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy informacje tam zawarte nie spełniają przesłanek do uznania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa;

10. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd

w zakresie części oferty ocenianej w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wskazując jako Prawnika Wiodącego osobę, która nie może i nie będzie świadczyć usługi na stanowisku Prawnika Wiodącego, a także w zakresie zastępców Prawnika Wiodącego, wskazując na obsługę inwestycji, które nie zostały zakończone, w wyniku czego Zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co pozwoliło mu zająć trzecie miejsce w rankingu;

11. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego, którzy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, wskazując jako Prawnika Wiodącego nr 2 osobę, która nie może i nie będzie świadczyć usługi na stanowisku Prawnika Wiodącego, a także w zakresie Zastępców Prawnika Wiodącego, wskazując na obsługę inwestycji, które nie zostały zakończone. W wyniku powyższego Zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty

w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co pozwoliło mu uzyskać trzecie miejsce w rankingu ofert;

12. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwą ocenę oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, niewłaściwie przyznając punktu za doświadczenie wskazane w ofercie tego wykonawcy dla Prawnika Wiodącego oraz Zastępców Prawnika Wiodącego, w szczególności z uwagi na fakt, że osoba wskazana przez wykonawcę nie może pełnić funkcji Prawnika Wiodącego, a inne osoby wskazane przez wykonawcę nie posiadają doświadczenia obsługi zakończonych inwestycji budowlanych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k.;
2. odrzucenia oferty wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. jako ofert zawierających rażąco niską cenę;
3. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK

D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o., oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;

4. wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK

D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

5. wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK

D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;

6. odtajnienia wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny;

30

7. dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Zaoferowana przez wykonawcę SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. cena 1.194.945,00 zł brutto (tj. 17.17.835,00 zł brutto miesięcznie) stanowi jedynie 23,90% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Jest ona niższa o 76,10 %

w stosunku do wartości zamówienia ustalonego przed wszczęciem postępowania i niższa o 59,21 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych cen. Wyjaśnienia tego wykonawcy nie spełniają ww. wymogów i stanowią ogólnikowe tłumaczenie ceny, która jest nierynkowa i sprowadza wynagrodzenie prawników specjalistów do poziomu zbliżonego do minimalnego wynagrodzenia.

Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień powinien zwrócić uwagę na fakt, iż zamówieniem, do którego SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. powinna odnieść swoją cenę, to zamówienie na obsługę prawną budowy falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu, a nie modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Piastowski i Mieleński) etap II. Wówczas Zamawiający odrzuciłby ofertę, albowiem wyjaśnienia w żaden sposób nie odnoszą się do referencyjnego kontraktu i nakładu pracy, który Zamawiający przewidział w oparciu o swoje własne doświadczenie. Odrzucenie oferty było uzasadnione zwłaszcza w sytuacji, gdy wiadomym mu była wysokość wynagrodzenia dla SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k.

Składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wykonawca oświadczył, że doświadczenie, które obniży koszt obsługi prawnej wynika m.in. z obsługi prawnej inwestycji pn. dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwiania bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG. Jednak w aktach postępowania nie ma jakiegokolwiek dowodu, który wskazywałby na wykonanie obsługi prawnej ww. inwestycji przez SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. Powyższa inwestycja nie widnieje również na stronie internetowej Kancelarii SWS.

Przywołana powyżej argumentacja dotycząca rażąco niskiej ceny, w szczególności co do kryterium doświadczenia oraz wykonania zamówienia własnymi siłami, ma w zasadniczej mierze zastosowanie do ceny zaoferowanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o.

31

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. wskazali w formularzu JEDZ jako Prawnika Wiodącego nr 1 M.D., która jest radcą prawnym od 2008 r., posiadającym doświadczenie przy obsłudze siedmiu inwestycji. Sześć spośród siedmiu wskazanych przez tego wykonawcę inwestycji budowlanych, przy obsłudze których M.D. miała zdobyć doświadczenie na dzień składania ofert, jak i na dzień odwołania jest w toku (tzn. inwestycje są niezakończone). Skoro w odpowiedzi na pytanie nr 7g z 8 maja 2017 r. Zamawiający wprost wskazał, iż przez słowo „kontrakty” rozumie kontrakty na roboty budowlane zakończone, to nie ulega wątpliwości, że doszło do zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli bowiem wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją jej treści.

Na dzień składania ofert M.D. dysponowała doświadczeniem w zakresie obsługi prawnej jednego kontraktu inwestycji budowlanej o wartości minimum 100 mln zł, który był zakończony. Nie spełniała zatem wymogu, o którym mowa w rozdziale VI ust. 7 pkt 4 lit. b, tj. doświadczenia przy dwóch kontraktach zakończonych, z czego co najmniej jeden na 100 mln, a drugi na 50 mln. Tym samym Prawnik Wiodący nr 1 nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, co dyskwalifikowało tego wykonawcę postępowania.

Dla oceny kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, w tym dla Prawnika Wiodącego nie może być brane doświadczenie radcy prawnego T.M..

Wspomniany radca prawny udostępnił zasoby jedynie w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jak wynika ze złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. formularza JEDZ i formularza JEDZ radcy prawnego T.M., nie jest on podwykonawcą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o., nie jest również członkiem konsorcjum wykonawcy.

Względnie, w wypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi sp. p. i Lafrentz Polska sp. z o.o. nie powinna zostać wykluczona z powyższych przyczyn, to powinna uzyskać o 30 punktów mniej w zakresie kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Jak wskazano powyżej,

w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, Zamawiający nie powinien brać pod uwagę doświadczenia radcy prawnego T.M..

Prawnik Wiodący nr 1 i Zastępcy Prawnika wiodącego Ł.Sz., których wykonawca wyznaczył do realizacji zamówienia, nie dysponują wymaganym doświadczeniem, albowiem obsługują kontrakty inwestycji budowlanych, które na dzień składania ofert nie były zakończone.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań w całości i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że wnikliwie przeanalizował zarówno treść złożonej przez wykonawcę SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. oferty, jak też treść wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie. Na skutek dokonanej oceny, biorąc pod uwagę wiedzę

i doświadczenie Zamawiającego w zakresie świadczonych na jego rzecz usług pomocy prawnej, Zamawiający uznał, że w żadnym przypadku w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o zaoferowaniu przez wykonawcę SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. ceny w sposób rażąco zaniżonej. Za kluczowy element przyjęcia tej tezy Zamawiający przyjął fakt posiadania przez SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. doświadczenia w obsłudze prawnej kontraktów na wykonanie prac hydrotechnicznych, a co za tym idzie, umiejętności wyceny własnych możliwości i potrzeb w tym zakresie, co zostało wykazane przez porównanie ceny zaoferowanej przez zarówno SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k., jak i innych wykonawców w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którego przedmiotem była kompleksowa obsługa prawna dwóch inwestycji: „Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Piastowski i Meliński) – etap II, strona wschodnia i zachodnia” oraz „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie”. Przedmiot ww. inwestycji jest zbliżony do przedmiotu inwestycji, której obsługa prawna będzie stanowiła przedmiot niniejszego postępowania, jak i inwestycji wcześniej

prowadzonej przez Zamawiającego pn. „Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin do głębokości 12,5 m”. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem, iż inwestycja, na podstawie której dokonano porównania cen w niniejszym postępowaniu, miała charakter jedynie poboczny, a jej obsługa prawna na poziomie zaoferowanej przez SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k ceny była możliwa jedynie dzięki równoległemu prowadzeniu obsługi prawnej zadania pn. „Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu”, gdyż były to niezależne od siebie zadania. Stopień skomplikowania prowadzenia jednoczesnej obsługi inwestycji polegających na modernizacji toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Piastowski i Mielński) oraz przebudowy falochronów i umocnień brzegowych w Dziwnowie był znaczny. Dotyczył bowiem prowadzenia obsługi prawnej inwestycji znajdujących się w dwóch odmiennych lokalizacjach, z udziałem dwóch różnych wykonawców robót, inżynierów kontraktów itp. Zadania te były realizowane również przez dwa odrębne zespoły Zamawiającego. Wartość modernizacji toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Mielński i Piastowski) wynosiła ok. 295 mln zł, zaś przebudowa falochronów i umocnień brzegowych ok. 24 mln zł. Były to więc inwestycje o znacznej wartości i wymagające wysokiego stopnia zorganizowania i zdolności

33

logistycznych, którymi musiał się legitymować podmiot świadczący obsługę prawną tych zadań. Zamawiającemu znany jest fakt, iż stopień skomplikowania prowadzonej obsługi prawnej poszczególnych zadań częstokroć nie znajduje adekwatnego odzwierciedlenia w wartości tych zadań. Skoro więc SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k realizując powyższe zadanie zaoferowała kwotę wynagrodzenia w wysokości 9.500 zł miesięcznie, która to kwota netto nie odbiegała znacząco od kwot oferowanych przez innych oferentów, odpowiednio: 11.700 zł, 12.000 zł i 13.700,00 zł, a zamówienie zostało zrealizowane w sposób należyty, Zamawiający nie miał możliwości podjęcia innej decyzji aniżeli ta, iż realizacja zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania jest możliwa za kwotę 14.500 zł miesięcznego ryczału i nie jest to kwota rażąco niska.

W zakresie twierdzeń Odwołującego wskazujących, iż o rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k świadczy pobieżna kalkulacja Odwołującego, z której wynika, że do prawidłowej realizacji obsługi prawnej zadania będącego przedmiotem zamówienia niezbędne jest zaangażowanie prawników w wymiarze 250 roboczogodzin dla zespołu prawników (tj. 62 godz. tygodniowo i 20,6 godz. dla jednego członka zespołu) oraz że rynkowa stawka roboczogodziny w takim przypadku wynosi 150 zł netto, co daje minimalne wynagrodzenia dla takiego zespołu w wysokości co najmniej 37.500 zł netto miesięcznie, Zamawiający stwierdził, iż z racji braku przedstawienia przez Odwołującego dowodów na poparcie swoich twierdzeń, nie jest w stanie do nich się ustosunkować. W obowiązujących realiach rynkowych i prawnych nie istnieją żadne mierniki i taryfikatory, które pozwoliłyby jednoznacznie ustalić, jaka jest rynkowa wartość pracy specjalisty prawnika prowadzącego obsługę prawną inwestycji odpowiadającej zadaniu realizowanemu przez Zamawiającego. Podstawowym miernikiem określającym wartość pracy podmiotu prowadzącego obsługę prawną jest jego wiedza i doświadczenie. Powyższych wartości nie sposób skatalogować i wyliczyć, ponieważ są one ściśle uzależnione od osobistych cech i umiejętności osoby lub zespołu osób prowadzących obsługę prawną danego zadania. Przyjmując nawet, że wszyscy wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu posiadają podobną wiedzę w zakresie prowadzenia inwestycji infrastrukturalnych, to posiadany przez nich różny poziom doświadczenia będzie znacząco wpływał na czas potrzebny do wykonania poszczególnych zadań, jak i ilość osób potrzebnych do ich realizacji. Doświadczenie życiowe wskazuje na fakt, iż podmiot posiadający stosowne doświadczenie w prowadzeniu obsługi prawnej jest w stanie wykonać poszczególne zadania wielokrotnie szybciej i przy zaangażowaniu mniejszych środków i kosztów aniżeli podmiot, który takiego doświadczenia nie posiada. W konsekwencji podmiot posiadający doświadczenie jest w stanie zaoferować niższe wynagrodzenie za swoje usługi od podmiotów nie posiadających takiego doświadczenia. Wynika to z faktu, iż w tym samym czasie będzie w stanie wykonać więcej usług dla innych zleciodawców, których wartość

34

i zysk może przekroczyć te wartości, jakie osiągnąłby inny podmiot nie posiadający

doświadczenia, skupiający się tylko na jednym zadaniu realizowanym za wyższą cenę. Rynek zadań polegających na utrzymaniu, budowie i modernizacji torów wodnych, oznakowania nawigacyjnego, budowy sztucznych wysp jest niezwykle wąski, a inwestorem zlecającym te zadania w zasadzie są wyłącznie urzędy morskie. Dlatego też doświadczenie w prowadzeniu obsługi prawnej tego typu inwestycji, znajomość specyfiki działania inwestorów i realizatorów robót, posiadanie wypracowanych rozwiązań prawnych i dysponowanie wzorcami dokumentów ma bardzo duży wpływ na sposób ustalenia i wysokość wynagrodzenia za świadczoną pomoc prawną. Zamawiający stwierdza, iż przedstawione przez SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. wyjaśnienia odnoszą się do tych okoliczności i mają realny wpływ na wysokość oferowanego przez ten podmiot wynagrodzenia. Zamawiający nie ograniczył kręgu potencjalnych wykonawców obsługi prawnej zadania pn. „Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin do głębokości 12,5 m” wyłącznie do kancelarii posiadających doświadczenie tylko przy prowadzeniu prac hydrotechnicznych związanych z utrzymaniem torów wodnych, gdyż stanowiłoby to nieuzasadnione ograniczenie konkurencji w tym zakresie, ze względu na fakt, iż wiedza posiadana przez szeroki krąg podmiotów świadczących obsługę prawną, w tym Odwołujących, jest w zupełności wystarczająca do prawidłowego wykonania usługi. Nie zmienia to jednak faktu, iż podmioty posiadające doświadczenie w prowadzeniu obsługi prawnej specyficznych prac, jakimi są prace hydrotechniczne, posiadają pewien handicap, który umożliwia im zaoferowanie korzystniejszej dla Zamawiającego ceny aniżeli inne podmioty. Jest to zachowanie w pełni zgodne z zasadami uczciwej konkurencji. Wywód dotyczący właściwego sposobu oszacowania oferty zawarty w odwołaniu nie jest obligatoryjny dla pozostałych uczestników postępowania i stanowi o własnych szacunkach Odwołującego, do których jest w pełni uprawniony. Jednak Zamawiający we wzorze umowy w sposób wyraźny nie przewidział konieczności stałego zaangażowania czasowego w obsługę prawną prawnika wiodącego ani jego zastępców. Decyzja ta była w pełni zamierzona i miała za cel obniżenie kosztów obsługi prawnej zadania. Zamawiający w sposób wyraźny wymaga jedynie pełnej i stałej gotowości świadczenia usług przez zleceniobiorcę w zależności od doraźnych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie przewidział stałych dyżurów prawników wykonawcy w określonych godzinach w siedzibie Zamawiającego lub na terenie budowy. W odniesieniu do kosztów związanych z pracą sekretarza biura Zamawiający wymaga stałych dyżurów tej osoby, natomiast w żaden sposób nie wymaga, aby w czasie dyżurów osoba ta świadczyła wyłącznie usługi na jego rzecz. Oznacza to, że fakt posiadania przez SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. stałego przedstawicielstwa w Szczecinie wykonującego inne zadania, które może pełnić funkcję sekretarza biura, w istotny sposób wpływa na obniżenie kosztów realizacji inwestycji na

35

rzecz Zamawiającego. Jest to dopuszczalna praktyka i nie może być tu mowy o subsydiowaniu skrośnym powoływanym przez Odwołujących, gdyż Odwołujący nie wskazują, jakie to zadanie miałyby być źródłem takiego subsydiowania. Niezależnie od powyższego, dokonując własnej pobieżnej kalkulacji Zamawiający ustalił, iż świadczenie usług prawniczych przez SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. na poziomie zaoferowanej ceny jest w pełni możliwe, pozwala pokryć koszty związane z usługą i zapewnić godziwy zysk. Przyjmując zatem założenie, że koszt godziny pracy prawnika specjalisty, jak to zakłada Odwołujący, wynosi 150 zł/godz. netto (choć niewątpliwie może być niższy), a obecność prawnika w siedzibie Zamawiającego wymagana jest przynajmniej raz w tygodniu, to miesięczny koszt związany z tymi wizytami (przy założeniu, że będą one trwały pełną dniówkę tj. 8 godzin) wyniesie około 4.800 zł netto. Doliczając do tego koszty kolejnego dnia pracy związanego z koniecznością przygotowania dokumentacji lub kolejnej wizyty w siedzibie Zamawiającego, miesięczne koszty pracy wyniosą około 9.600 zł netto. Pozostała kwota 4.900 zł netto miesięcznie w pełni pokryje koszty funkcjonowania biura sekretarza, dojazdów i zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Koszty te mogą ulec obniżeniu biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca ma prawo ustalić swoje wynagrodzenie poniżej kwoty 150 zł netto, np. na 100 zł, co w dalszym ciągu będzie adekwatną stawką dla pracy specjalisty w swojej profesji. Ponadto wykonawca posiada stale funkcjonujące przedstawicielstwo w Szczecinie, a więc koszty jego funkcjonowania nie wzrosną. Jak również wykonawca posiada doświadczenie w realizacji inwestycji adekwatnych do zamierzonej przez Zamawiającego, przez co można przyjąć, że czas poświęcony na obsługę

tego zadania będzie krótszy aniżeli czas poświęcony przez innych wykonawców, którzy takiego doświadczenia nie mają. Istotne jest również, iż powyższa kalkulacja odnosi się wyłącznie do miesięcznego ryczałtu płatnego w okresie realizacji inwestycji i nie obejmuje ona kosztów przygotowania i przeprowadzenia postępowań przetargowych, gdyż za te czynności przewidziane jest odrębne wynagrodzenie, do którego wysokości Odwołujący nie zgłaszają zarzutów.

Dlatego też Zamawiający uznał, iż wynagrodzenie zaoferowane przez SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. stanowi właściwą cenę, która, choć faktycznie jest niska, jest ceną rynkową i nie jest rażąco zaniżona.

Powyższe rozważania stanowią również odpowiedź na odwołanie Odwołującego – Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy sp. p. w zakresie, w jakim odnosi się do oferty SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. z uwagi na tożsamość zarzutów.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wniesionego przez Odwołującego – Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy Sp. p w stosunku do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. i D.A. Kancelaria Radcy Prawnego z uwagi na fakt, iż w

36

stosunku do oferty ww. wykonawców nie zostały sformułowane żadne zarzuty, które mogłyby być przedmiotem rozpoznania.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności przebieg poszczególnych czynności w postępowaniu oraz treść złożonych dokumentów) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz z zaprezentowaną argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. art. 91 ust. 1 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał, iż cena nie jest rażąco niska przy jednoczesnym pominięciu obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się częściowo, tj. w ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo przeprowadził czynność badania i oceny ofert w zakresie możliwości wystąpienia ceny rażąco niskiej, z którego to powodu nie był w stanie dokonać prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień – i jednocześnie z którego to powodu w obecnym stanie (wobec braku kompletnych wyjaśnień), nie można jeszcze stwierdzić, czy zaoferowana cena jest, czy też nie jest ceną rażąco niską.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Czynnością proceduralną konieczną do wykonania przed ewentualnym odrzuceniem oferty jest procedura wyjaśnień prowadzona w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu

37

zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi

z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie z ust. 1a art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższych przepisów wynika więc, że Zamawiający powinien przeprowadzić badanie oferty pod kątem wyjaśnienia potencjalnego wystąpienia rażąco niskiej ceny. Jak Izba wskazała powyżej, w jej ocenie czynność ta w zakresie oferty wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. nie została przeprowadzona w pełni prawidłowo. Zamawiający, owszem, zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, lecz jego zapytanie w tym zakresie sprowadzało się głównie do zacytowania przepisów z obrębu art. 90 ustawy Prawo

38

zamówień publicznych, nie zaś do elementów kalkulacji oferty stosownych w niniejszym postępowaniu. I o ile taka forma zapytania jest ewentualnie akceptowalna jako pierwszy etap zapytania (kiedy to zamawiający dysponuje jeszcze jedynie globalną ceną oferty, bez jej bardziej szczegółowej kalkulacji), to nie można na niej poprzestać – i jeśli wykonawca sam z siebie nie udzieli wyczerpujących wyjaśnień, to zapytanie należy ponowić podając już konkretne zagadnienia lub elementy kalkulacyjne, do których wykonawca ma się odnieść.

Na taki sposób działania zamawiającego wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., który zachowuje aktualność również w obecnym stanie prawnym. W wyroku tym Trybunał wskazał:

„zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontradyktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach (...) z wymogu zapewnienia skuteczności art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/18 wynika, że instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty.”

Tym samym żądanie wyjaśnień, w których nie sformułowano w sposób jasny żądania zakresu wyjaśnień, przez co co najmniej utrudniono im uzasadnienie zaoferowanej ceny w sposób kompletny i użyteczny do dokonania oceny tej oferty, jest wadliwe.

Udzielane wyjaśnienia mają bowiem służyć ocenie oferty, o której mowa w art. 90 ust. 3

ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyjaśnienia te stanowią też podstawę oceny tej oferty. Zamawiający dokonując tej oceny oczywiście powinien się kierować własną wiedzą i doświadczeniem życiowym, aby stwierdzić, czy wyjaśnienia są poprawne i przekonujące, ale nie może swoją wiedzą i doświadczeniem zastępować tych wyjaśnień – jak, zdaniem Izby, miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby Zamawiający bowiem bardziej sam sobie poczynił pewne założenia kalkulacyjne, niż uzyskał je od wykonawcy.

Same bowiem wyjaśnienia wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k. nie zawierają żadnych elementów kalkulacyjnych – żadnych konkretnych danych liczbowych odnoszących się do kosztów wykonania niniejszego zamówienia, jak koszty pracy pracowników, w tym założenia co do roboczogodzin, koszty ich ewentualnego dojazdu i zakwaterowania, koszty utrzymania biura, koszty dodatkowe itd. Dla porównania: zakres tych potencjalnych kosztów został wskazany w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego, podczas rozprawy oraz w wyjaśnieniach

39

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. – zatem Zamawiający, nawet jeśli wcześniej nie był w stanie ich zidentyfikować w celu zadania wykonawcom poprawnych pytań, obecnie posiada już podstawę do ich sformułowania.

Izba zwraca też uwagę, że niezależnie od porównania zaoferowanych cen z cenami z innych postępowań, ocenie podlega oferta złożona w danym postępowaniu. O ile więc inne kontrakty mogą być pewnym odnośnikiem do porównań, to jednak podstawą jest prawidłowe obliczenie ceny oferty w stosunku do warunków i wymogów istniejących w danym zamówieniu.

Izba stwierdziła jednak, że choć brak danych liczbowych elementów kalkulacyjnych, czy też brak wyjaśnienia ceny w sposób, którego oczekiwałaby Izba, dyskwalifikuje obecnie udzielone wyjaśnienia jako prawidłowe i możliwe do oceny, to jednocześnie nie może ich zakwalifikować jako braku wyjaśnień, o którym mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jednak zostały one złożone dość szeroko oraz udzielone według przekonania wykonawcy. Zaś wobec braku ustalenia przez Zamawiającego w wezwaniu toru (elementów koniecznych) tych wyjaśnień, wykonawca kierunek wyjaśnień miał prawo określić sam – ujął w nich to, co według niego było istotne. Jednak, bez wskazania konkretnych założeń i danych liczbowych, zdaniem Izby nie da się dokonać prawidłowej oceny tych wyjaśnień (czy to pozytywnej, czy negatywnej). Z drugiej strony odrzuceniu oferty z tego powodu stoi na przeszkodzie zasada uczciwej konkurencji – w ocenie Izby nie można bowiem wprawdzie wskazać kierunku wyjaśnień, a następnie odrzucić oferty z tego powodu, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadają temu (niewskazanemu wcześniej) kierunkowi. W ten sposób bowiem można by było autorytarnie odrzucić każdą ofertę.

W związku z powyższym Izba nakazała powtórzenie czynności wyjaśnień w zakresie poziomu ceny oferty złożonej przez SWS Kancelaria Prawna S.W. Sp. k. – a dokładniej ich kontynuację poprzez skierowanie do tego wykonawcy wezwania do wyjaśnień ze wskazaniem konkretnych elementów kalkulacyjnych, do których wykonawca ma się odnieść. Jak już wskazano powyżej, pomocą w sformułowaniu przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień może być zakres potencjalnych kosztów wskazany w odwołaniu, podczas rozprawy oraz w wyjaśnieniach innych wykonawców.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o., która to oferta zawiera rażąco

40

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez

tych wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Przed wszystkim zarzut ten nie został prawidłowo uzasadniony, a w odwołaniu brak jest konkretnych argumentów co do tego, dlaczego złożone wyjaśnienia należy uznać za nieprawidłowe, bez czego niemożliwe jest odrzucenie oferty czy to na podstawie art. 90 ust. 3, czy też art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przeciwieństwie do wykonawcy SWS Kancelaria Prawna S.W. sp. k., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. złożyli konkretne wyjaśnienia zawierające podstawy kalkulacji i dane liczbowe, które pozwalają na dokonanie oceny (ewentualnie po uzyskaniu uzupełnienia tych wyjaśnień w poszczególnych zakresach). Z drugiej strony oczywiste jest, że Odwołujący nie mógł w odwołaniu odnieść się do ww. wyjaśnień, które zostały przez wykonawcę objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały udostępnione Odwołującemu (w ocenie Izby niesłusznie, o czym mowa poniżej).

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy informacje tam zawarte nie spełniają przesłanek do uznania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z powyższych regulacji prawnych wynika więc niezbicie, że podstawą procedury udzielania zamówień publicznych jest jej jawność i przejrzystość (transparentność), a utajnienie elementów tej procedury w jakimkolwiek zakresie jest wyjątkiem. Ma to służyć celowi zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – a także, co nawet ważniejsze, wzbudzenie wśród uczestników procedury poczucia, że takie równe traktowanie i uczciwa konkurencja zostały zachowane. Jak bowiem słusznie zauważył Trybunał w przywołanym wcześniej wyroku C-599/10 zamawiający „ma obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów...” (owo „wrażenie” powinno oczywiście dotyczyć każdej czynności w postępowaniu).

Z drugiej strony – mając na uwadze powyższe zasady prowadzenia postępowania – wykonawcy, chcąc wziąć udział w postępowaniu, również muszą zgodzić się na zwiększoną transparentność w stosunku do nich samych oraz złożonych przez nich ofert.

Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje też na obowiązek wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. W ocenie Izby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. w części wyjaśnień mającej służyć temu celowi nie wykazali istnienia przesłanek uzasadniających zakwalifikowanie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim, oprócz wskazania powyżej przywołanej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazali, że podane informacje posiadają konkretną wartość techniczną, technologiczną, gospodarczą czy organizacyjną przedsiębiorstwa i jaką; skupili się jedynie na wykazaniu ograniczonego dostępu do informacji, co jest daleko niewystarczające jako uzasadnienie. Jest w pewien sposób zrozumiałe, dlaczego wykonawcy nie przywołali takiej argumentacji – gdyż w ocenie Izby wyjaśnienia nie zawierają treści, którą można uznać za „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą” – przynajmniej po otwarciu ofert, kiedy już każdy z wykonawców skalkulował i ujawnił swoją ofertę. Z drugiej strony, jak wskazuje doświadczenie życiowe, wycena przez wykonawców ofert jest tak dalece zindywidualizowana w każdym

42

postępowaniu, że dana, konkretna, wcześniejsza wycena, nie ma walorów o charakterze globalnym i generalnie nie rzutuje na sytuację w kolejnym postępowaniu, nie ma więc samodzielnej wartości gospodarczej. Jak już Izba wskazała powyżej, w jej ocenie, udzielone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. wyjaśnienia nie zawierają treści, którą można uznać za „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą”. W dużej mierze są to bowiem informacje o charakterze ogólnym, jak też informacje znane wszystkim wykonawcom z branży, wynikające z wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia itd., np. że należy ująć koszty pracy osób, dojazdów, zakwaterowania, utrzymania biura itd. Dodatkowo przedstawione jako dowody oferty nie są ofertami zindywidualizowanymi, lecz dostępnymi, także w Internecie lub w sklepach, dla nieograniczonego kręgu odbiorców na tych samych warunkach. Podobnie każdy prawnik prowadzący kancelarię jest świadomy poziomu kosztów sprzątnięcia czy ubezpieczenia (zwłaszcza wobec praktyki zawierania umowy ubezpieczenia przez izby radców prawnych). Ewentualnemu utajnieniu mogłyby podlegać jedynie indywidualne umowy. W związku z powyższym, wobec braku spełnienia zarówno przesłanki wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak i braki stwierdzenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba orzekła jak w sentencji nakazując Zamawiającemu ujawnienie wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. z 5 lipca 2017 r.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o., którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzili Zamawiającego w błąd w zakresie doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, wskazując jako Prawnika Wiodącego nr 2 – radcę prawnego T.M., podczas gdy osoba ta nie może i nie będzie świadczyć usługi na stanowisku Prawnika Wiodącego, a także w zakresie zastępców Prawnika Wiodącego, wskazując na obsługę inwestycji, które nie zostały zakończone, w wyniku czego Zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a także naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców, pomimo że

43

w ofercie wskazali oni na stanowisko Prawnika Wiodącego T.M., który nie stanowi zasobu własnego wykonawcy, podczas gdy zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zastrzegł, że

w zakresie Prawnika Wiodącego nie dopuszcza się podwykonawstwa oraz braku realnego dysponowania tą osobą Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się częściowo.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

pkt 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

pkt 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

pkt 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, tj. zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Dodatkowo, art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ramach wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odpowiedzi na pytanie nr 7g z 8 maja 2017 r. Zamawiający wskazał, iż przez słowo „kontrakty” rozumie kontrakty na roboty budowlane zakończone.

Przedmiotem sporu podczas rozprawy było, której części warunku udziału w postępowaniu dotyczyły powyższe wyjaśnienia ze względu na to, że pytanie 7. składało się z wielu elementów (podpunktów).

44

W ocenie Izby Zamawiający (podobnie jak pytający wykonawca) nie zróznicował tu pojęcia „kontrakty” w zależności od rodzaju warunku (dotyczącego doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia prawników), a wyjaśnienie to dotyczy wszystkich warunków ujętych w punkcie 7.4 rozdziału VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak wynika z treści zapytania, które rozpoczyna się od słów: „Rozdział VI SIWZ pkt 7.4) zdolność zawodowa:...”. Rzeczywiście w większości podpunktów pytający odnosił się do konkretnego rodzaju warunku, np. wnosząc o zmianę wymaganej wartości minimalnej, jednak nie w punkcie g). Dodatkowo w obu warunkach (dotyczącym doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia prawników) użyto tego samego wyrażenia „kontrakty” oraz tego samego rodzaju wymogów (obsługi prawnej kontraktów), zatem nie ma podstaw, by w sposób sztuczny różnicować znaczenie tych pojęć czy też wymogi co do samych kontraktów. Należy tu zauważyć, że wprowadzona odpowiedzią nr 7g zmiana wymogu była dość znacząca w stosunku do pierwotnego brzmienia warunku dotyczącego doświadczenia prawników, zatem powinna zostać bardziej wyeksponowana. Jednak dla samego znaczenia wymogu jako wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest to jedynie kwestia techniczna, gdyż przyjęte jest, że odpowiedzi na pytania do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogą tę treść zmieniać samoistnie, gdyż w pewien sposób zawsze to robią już choćby poprzez doprecyzowanie wymogu w danym zakresie – jak w niniejszym przypadku. Ma to natomiast znaczenie dla oceny działania wykonawcy pod kątem złożenia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd (o czym poniżej).

Zatem, w ocenie Izby, sporny wymóg punktu 7.4 lit. b rozdziału VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tak interpretować, że kontrakty, o których mowa w tym warunku muszą dotyczyć kontraktów na roboty budowlane zakończone – przy czym chodzi

tu o zakończeniu robót budowlanych. Zamawiający nie sprecyzował momentu zakończenia, więc jest on dowolny z powszechnie przyjmowanych, a jeśli został określony w kontrakcie, to zgodnie z tym kontraktem, czyli najczęściej będzie to uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub uzyskanie świadectwa przejęcia. W szczególnym wypadku za zakończenie robót budowlanych w ramach danego kontraktu należy uznać także zakończenie (rozwiązanie, odstąpienie, wypowiedzenie) samej umowy bez ukończenia robót budowlanych, gdyż w ramach danego kontraktu roboty te nie będą już kontynuowane, zatem w pewnym sensie, choć nie ukończone, zostały one na tym etapie zakończone. Przy czym należy podkreślić, że pogląd ten został wyrażony w ramach oceny prawidłowego wykonania obsługi prawnej kontraktu, a nie samych robót budowlanych, zatem nie może być generalizowany i przekładany rozszerzająco do innych postępowań.

45

Natomiast jeśli chodzi o samą usługę (obsługę prawną), o której mowa w warunku opisanym w punkcie 7.4 lit. b) rozdziału VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to z treści warunku wynika, że usługa ta nie musiała zostać zakończona, a jedynie ma być świadczona w sposób stały przez okres min. 12 miesięcy.

Z kolei doświadczenie osób przeznaczonych do wykonania zamówienia jako kryterium oceny ofert (str. 23-24 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) odnosi się do obsługi prawnej w rozumieniu rozdziału VI ust. 7 pkt 4 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia), zatem przez to odwołanie określenie „kontrakt” również musi być rozumiane w ten sam sposób.

Reasumując: w ramach wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert wymogi co do „kontraktu” należy rozumieć jednakowo.

Tym samym Zamawiający, w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert powinien zweryfikować doświadczenie osób wskazanych do wykonania zamówienia (w ramach warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert) według powyższych wytycznych, w razie potrzeby wzywając wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Izba zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający, powtarzając badanie i ocenę ofert, zobowiązany jest stosować zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a więc przyjąć takie same zasady oceny w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, niezależnie od tego, czy zostali objęci niniejszym odwołaniem. Izba podkreśla też, że w przypadku kryteriów oceny ofert Zamawiający w sposób szczególnie zobowiązany jest do przestrzegania zakazu zmiany treści oferty, w tym co do zasady niedopuszczalne są wszelkie uzupełnienia w tym zakresie, nawet jeśli informacje poddawane ocenie zawarte są w JEDZ, który sam w sobie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu (choć nie dotyczy to wszystkich informacji w nim zawartych). W zakresie kryterium oceny ofert Zamawiający może brać pod uwagę tylko informacje zawarte w formularzu ofertowym (nie może np. przenieść osoby wskazanej w JEDZ, ale nie wskazanej do oceny w punkcie 2. formularza ofertowego).

Co do wskazania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. jako Prawników Wiodących jednocześnie M.D. i T.M., Izba wyjaśnia, że jest to dopuszczalne w ramach wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – w takiej sytuacji Zamawiający ocenia tylko jednego z nich, przy czym, jeśli obie osoby spełniają wymogi albo jedna osoba nie spełnia, a druga spełnia, to warunek został spełniony (jest to jedynie kwalifikacja spełnia/nie spełnia).

46

Natomiast w przypadku oceny punktowej podać można tylko jedną osobę (chyba że inaczej zastrzeżono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) – i tak też podał wykonawca w formularzu ofertowym, w którym wskazał osobę do oceny w ramach kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – T.M.. Osoby tej nie można następnie wymienić ani podać dla niej innych realizacji niż wskazano w chwili składania ofert – naruszałoby to bowiem zasadę niezmienności ofert, która w opinii Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej uwidocznił w jego licznych orzeczeniach, jest

podstawą zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania.

Zamawiający może natomiast wyjaśnić, w razie wątpliwości, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy osoba wskazana na Prawnika Wiodącego w formularzu ofertowym, będzie rzeczywiście i osobiście wykonywała zadania przeznaczone w myśl specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Prawnika Wiodącego, jak sama nazwa kryterium wskazuje – w ocenianym zespole mogą znaleźć się jedynie osoby, które zostały „wyznaczone do realizacji zamówienia”, a nie ich zastępcy, asystenci czy doradcy.

W przedmiotowym postępowaniu określenie, czy prawnik spoza danej kancelarii będzie kwalifikowany jako „zasób własny”, czy też podwykonawca, jest dość trudne. O ile kancelaria prowadzona w formie spółki może być tylko podwykonawcą, to w przypadku prawników wykonujących swoją działalność jednoosobowo nie jest to jednoznaczne, ponieważ z jednej strony są oni przedsiębiorcami (przynajmniej mogą być, jeśli prowadzą kancelarię) i mogą być podwykonawcami, to z drugiej – są osobami fizycznymi, które można zatrudnić czy to na podstawie umowy o pracę, czy też o współpracę (jest to forma często stosowana przez kancelarie). Zatem, w zależności od przyjętej formy, mogą być zarówno podwykonawcami („kancelaria”), jak i zasobem własnym (pracownik/współpracownik). W stosunku do p. M. na podstawie informacji zawartych w formularzu JEDZ, wiadomo, że prowadzi działalność w postaci „Kancelarii Radcy Prawnego T.M.”, a więc jednoosobowo, brak jest natomiast dalszych informacji w tym zakresie, które można by poddać ocenie.

W zakresie zaś informacji wskazanych w JEDZ na str. 73 oferty trudno jednoznacznie stwierdzić, co konkretnie może oznaczać opis zadań „udziela porad w zakresie realizacji zadania (...) poprzez świadczenie usług polegających na bieżących konsultacjach i doradztwie” w przypadku usługi, która zasadniczo sprowadza się do doradztwa prawnego. Oczywiście w przypadku przedmiotowego zamówienia musi być to doradztwo dla Zamawiającego, a nie wykonawcy. Po pierwsze bowiem nie było sporne, że Zamawiający nie dopuścił podwykonawstwa w zakresie obsługi przez Prawnika Wiodącego, a po drugie z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika wprost, że w odniesieniu do

47

warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (innymi słowami: będą podwykonawcami).

Zatem przy realizacji niniejszej usługi z mocy prawa podmiot udzielający swoich zasobów nie może być jedynie doradcą czy konsultantem wykonawcy, a jednocześnie na mocy postanowienia rozdz. XII ust. 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zw. z art. 36a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może też być podwykonawcą. Tym samym, aby powołanie się na zasoby p. M. było skuteczne, musi on *de facto* być osobą, która będzie realizowała zamówienie – właśnie jako Prawnik Wiodący, jak to zostało wskazane w ofercie.

Natomiast JEDZ w zakresie informacji zawartej na str. 73 oferty należałoby wyjaśnić lub uzupełnić (zresztą jak całą sytuację p. M. w ramach złożonej oferty).

Izba jednak nie zakwalifikowała działania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSK D.Sz.K. Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i Lafrentz Polska Sp. z o.o. jako sankcjonowanego w sposób określony w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pomimo że same przedstawione informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, jak choćby przyznanie ofercie punktacji, to rzeczywiście znaczenie odpowiedzi na pytanie 7g i jej powiązanie z poszczególnymi punktami specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogło wykonawcy umknąć bez jego zawinienia rozumianego choćby w znaczeniu niedbalstwa czy lekkomyślności. Natomiast ze względu na niedawne zmiany przepisów prawa i dopiero kształtującą się praktykę i linię orzeczniczą, którymi wykonawcy mogliby się posilkować, ich pewne „potknięcia” w tym zakresie, jeśli widać ich staranie przy przygotowaniu oferty, trudno kwalifikować jako delikt o formach winy wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert Zamawiający powinien przede wszystkim ustalić prawidłowy stan faktyczny w zakresie wskazanego doświadczenia oraz potencjału osobowego, a następnie dokonać jego badania i oceny zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba zwraca też uwagę, iż pewne znaczenie przy dokonywaniu tej oceny mogą mieć poglądy Trybunału wyrażone w wyrokach C-324/14 Dariusz Apelski i C-387/14 Esaprojekt, które to poglądy powinien przy swoich czynnościach wziąć pod uwagę.

48

Ze względu na uwzględnienie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego Izba uwzględniła również odwołanie Odwołującego – Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy sp. p. w zakresie zarzutów wspólnych w obu odwołaniach pomimo braku należytej argumentacji potwierdzającej postawione zarzuty.

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutów dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L.S. Kancelaria Radców Prawnych sp. p., Kancelaria Radcy Prawnego E.G. oraz D.A. Kancelaria Radcy Prawnego ze względu na to, że nie zostały one postawione prawidłowo, a nawet *de facto* nie zostały one postawione.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Co do zasady więc każdy zarzut powinien zawierać podstawę faktyczną i prawną, dla której wykonawca uważa, że zamawiający naruszył przepisy ustawy. I jakkolwiek dopuszcza się pewne braki i błędy w tym zakresie, to wymaganie jest, aby daną sytuację (dany błąd zamawiającego) dało się zidentyfikować i następnie do niej ustosunkować. Dotyczy to nie tylko czynności podczas rozprawy, ale też – i przede wszystkim – aby zamawiający był w stanie ocenić, czy zarzut zasługuje na uwzględnienie w ramach autokorekty działań zamawiającego, czyli w trybie art. 186 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jeśli wskazanych przez odwołującego wad nie da się przypisać do konkretnych działań lub zaniechań albo ich danego zakresu, zarzut taki nie nadaje się do rozpoznania – a dokładniej: do uwzględnienia, gdyż, jak Izba wskazała już powyżej, *de facto* nie został on w ogóle postawiony. Brakującego zarzutu nie da się uzupełnić, gdyż naruszałoby to przepisy (stanowiłoby ich obejście) dotyczące terminów wnoszenia odwołań (art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych), które to terminy są nieprzywracalne.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie Odwołującego – Kancelarii Radców Prawnych M. & Partnerzy sp. p. w tym zakresie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

49

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:

50