Sygn. akt KIO 1048/19

WYROK

z dnia 27 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Albedor Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i PROKOM Construction Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie z siedzibą w Lublinie

przy udziale wykonawców:

A. Biuro Usług Projektowych Drogprojekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie,

B. ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Biuro Usług Projektowych Drogprojekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego wykonawcy ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oznaczonego w uzasadnieniu odwołania

numerem I punkt 3 litera d),

3. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy ZDI Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością oznaczonych w uzasadnieniu odwołania

numerem I punkt 2 litera a) i b) w zakresie braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych), numerem I punkt 3 litera a), b) i c) w zakresie przedstawienia nieprawdziwych informacji dotyczących kryterium oceny ofert (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz numerem III (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych),

4. nakazuje Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Lublinie: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie jego oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy

Prawo zamówień publicznych,

5. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

6. kosztami postępowania obciąża ZDI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:

6.1. 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 Albedor Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i PROKOM Construction Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

6.2. zasądza od ZDI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Albedor Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i PROKOM Construction Spółkę z ograniczoną odpowiedzialności solidarnie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset 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 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1048/19

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe - funkcja Inżyniera przy realizacji projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 838 Głębokie - Dorohucza - Trawniki - Fajsławice w zakresie rozbudowy mostu przez rz. Wieprz w m. Trawniki oraz przebudowa drogi wojewódzkiej nr 838 Głębokie - Dorohucza - Trawniki - Fajsławice na odcinku od km ok. 15+440 do km 18+570 (odcinek od skrzyżowania z drogą krajową nr 12 do mostu na rz. Wieprz)" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 marca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 50-114954. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Albedor Sp. z o.o. i PROKOM Construction Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności polegającej na wyborze oferty ZDI Sp. z o.o. (dalej: „ZDI") jako oferty najkorzystniejszej,

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: ZDI oraz Biura Usług Projektowych Drogprojekt Sp. z o.o. (dalej: „Drogprojekt"), pomimo iż wykonawcy ci wprowadzili Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie dokonując samooczyszczenia,

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ZDI, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie dokonując samooczyszczenia,

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez ZDI wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZDI, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś ZDI nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Drogprojekt, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

6. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania wykonawców ZDI i Drogprojekt oraz odrzucenia ofert ZDI i Drogprojekt.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty w następujący sposób.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy ZDI na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wykonawcy Drogprojekt na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał, że wystąpił z wnioskami o dostęp do informacji publicznej do zamawiających realizujących inwestycje wskazane przez ZDI i Drogprojekt w ofertach - w celu potwierdzenia wskazanego doświadczenia personelu wykonawców. Z otrzymanych informacji wynika, iż ZDI i Drogprojekt wskazali informacje w zakresie doświadczenia nie pokrywające się z informacjami przedstawionymi przez zamawiających realizujących wskazane inwestycje.

1. Co do osoby wskazanej w ofercie ZDI na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych w odniesieniu do dwóch inwestycji wskazanych w zakresie kryteriów pozacenowych oraz w odniesieniu do pierwszej z inwestycji - wskazanej na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie V ppkt 2.2) lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

a) Budowa drogi krajowej nr 7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego, w tym budowa mostu 9-cio przęsłowego MD-3 305,80 m - inwestycja ta nie została ostatecznie odebrana na dzień składania ofert (25 kwietnia 2019 r.), a zatem nie spełnia wymogów Zamawiającego, gdyż zgodnie z punktem XIV ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazana inwestycja winna być ostatecznie odebrana przez jej zamawiającego. Tym samym ZDI podało w ofercie informacje niezgodne ze stanem faktycznym, co wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie oceny oferty w zakresie kryterium pozacenowego doświadczenia oraz w zakresie spełniania warunku udziału w zamówieniu. Tym samym ZDI nie wykazał też spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie może być w stosunku do niego zastosowany przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

b) Przebudowa mostu na rzece San w m. Jarosław w ciągu drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław

- Bełżec w km 1+450.185,24 m - inwestycja dotyczyła remontu a nie przebudowy, jak wskazuje ZDI, a zatem nie spełnia wymogów Zamawiającego, gdyż zgodnie z zapisami punktu XIV ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia doświadczenie powinno dotyczyć budowy lub przebudowy zgodnie z definicją wynikająca z ustawy Prawo budowlane. Tym samym ZDI podało w ofercie informacje niezgodne ze stanem faktycznym, co wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie oceny oferty w kryterium pozacenowym doświadczenia.

2. Co do osoby wskazanej w ofercie ZDI na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości. Wykonawca wskazał, że osoba ta pełniła funkcję specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w odniesieniu do następujących trzech inwestycji wskazanych w zakresie kryteriów pozacenowych, a w zakresie pierwszej z tych inwestycji także na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie V ppkt 2.2) lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

a) Budowa obwodnicy m. Hrebenne w ciągu drogi krajowej nr 17 na odcinku od km 289+400 do km 291+406 wraz z remontem drogi krajowej nr 17 na odcinku Tomaszów Lubelski -

Hrebenne od km 211+170 do km 223+300,

b) Przebudowa ulic: Legionów (DK 17, 74), al. Jana Pawła II (DK17) i Hrubieszowskiej (DK 74) w Zamościu,

c) Przebudowa drogi powiatowej nr 3268L Wólka Łabuńska - Przewale na odcinku Wólka Łabuńska - granica powiatu zamojskiego w km 0+042-16+102,16 odcinek dł. 16,06 km. Natomiast zgodnie z informacjami podanymi przez zamawiających realizujących ww. inwestycje osoba ta w ogóle nie pełniła żądanej funkcji na tych inwestycjach. Tym samym ZDI podało w ofercie informacje niezgodne ze stanem faktycznym, co z kolei wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie oceny oferty w zakresie kryterium pozacenowego doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości oraz w zakresie spełniania warunku udziału w zamówieniu. ZDI nie wykazał też spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie może być w stosunku do niego zastosowany przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

d) Budowa obwodnicy Grębowa w ciągu drogi wojewódzkiej nr 871 Nagnajów - Tarnobrzeg - Grębów - Stalowa Wola - inwestycja ta nie spełnia wymogów Zamawiającego, gdyż wartość jej to zaledwie 578.376,27 zł netto, a zgodnie z punktem XIV ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał inwestycji o wartości robót min. 10.000.000 zł

netto.

Tym samym ZDI podało w ofercie informacje niezgodne ze stanem faktycznym, co z kolei

wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie oceny oferty w kryterium doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości.

Co do osoby wskazanej w ofercie Drogprojekt na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń

i sprawozdawczości, w odniesieniu do inwestycji wymienionej w zakresie kryteriów

pozacenowych: budowa nowego mostu przez rzekę Bug zachodni w miejscowości Dorohusk w rejonie przejścia drogowego Jagodin - Dorohusk o wartości 3.330.354,09 EUR (11.642.917,90 PLN) - inwestycja ta nie spełnia wymogów Zamawiającego, gdyż jej wartość to 6.152.200,00 PLN zł netto, podczas gdy zgodnie z punktem XIV ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał inwestycji o wartości robót min. 10.000.000 zł netto. Tym samym Drogprojekt podał w ofercie informacje niezgodne ze stanem faktycznym, co wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie oceny oferty w zakresie kryterium pozacenowego doświadczenia.

Przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych ziszczają się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, przy czym nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziściła się przesłanka wykluczenia z postępowania.

Wykonawca zobowiązany jest do dochowania należytej staranności przy podawaniu informacji w ofertach. Akt staranności wykonawcy przy weryfikacji informacji przed podaniem jej zamawiającemu wymaga, aby wykonawca sprawdził co najmniej te elementy informacji, które są kluczowe z perspektywy wymogu dotyczącego doświadczenia osoby, za którą zamawiający

przewidział przyznanie punktów.

Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawców w każdym przypadku, gdy poweźmie

wiedzę, że w ofertach podano informacje wprowadzające w błąd. Inne działanie prowadziłoby

do nierównego traktowania wykonawców i premiowania wykonawców nierzetelnych.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Drogprojekt na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał w formularzu cenowym wskazania następujących elementów rozliczeniowych: 1) koszt wynajęcia i utrzymania biura, etap 1.; 2) personel przeznaczony do wykonania zamówienia, etap 1.: inspektor nadzoru robót mostowych - koordynator, inspektor nadzoru robót drogowych, inspektor nadzoru robót sanitarnych w zakresie kanalizacji deszczowej

i sanitarnej, sieci wodociągowej, inspektor nadzoru robót elektrycznych, specjalista ds. rozliczeń i sprawozdawczości, geodeta uprawniony, pozostały personel nie wymieniony powyżej; 3) badania i pomiary kontrolne w oparciu o SST dotyczące poszczególnych asortymentów robót, etap 1.

W punkcie XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia - opis sposobu obliczenia ceny wskazano, iż cenę należy obliczyć na podstawie opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień wzoru umowy.

We wzorze umowy w § 4 wyszczególniono, iż zespół Inżyniera składa się z: 1) inspektora nadzoru robót mostowych (koordynatora), 2) inspektora nadzoru robót drogowych, 3) inspektora nadzoru robót sanitarnych w zakresie kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci wodociągowej, 4) inspektora nadzoru robót elektrycznych, 5) specjalisty ds. rozliczeń robót i sprawozdawczości, 6) uprawnionego geodety, 7) innych pracowników wspierających ww. osoby wskazanych przez Inżyniera Kontraktu i zaakceptowanych przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę obowiązki Inżyniera, wymagane jest też skalkulowanie pracy następujących specjalistów: specjalisty ds. środowiska, herpetologa, ornitologa, prawnika, technologa, geologa/geotechnika, geodety. Natomiast Drogrojekt w formularzu cenowym dla pozycji „Pozostały personel nie wymagany w pkt. 2" wskazał kwotę 0 zł. Wynika z tego, że Drogprojekt w ogóle nie zamierza zatrudniać innych osób, niż osoby wskazane na stanowiska, dla których wynagrodzenie przewidział.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ZDI, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał, że wykonawca ten wycenił pozycję dotyczącą nadzoru pełnionego w okresie zgłaszania wad (rękojmi i gwarancji jakości oraz zgłaszania wad), tj. etap II na kwotę 24.600 zł brutto.

Zgodnie z postanowieniami § 9 wzoru umowy obowiązki Inżyniera Kontraktu w etapie II obejmują: 2.1. Dokonywanie kompleksowych i systematycznych przeglądów zrealizowanej inwestycji w okresie rękojmi i gwarancji - nie rzadziej niż raz na 3 miesiące i sporządzanie z tych przeglądów raportów i przekazywanie ich kierownikowi projektu w ciągu 5 dni od daty dokonania przeglądu a w przypadku stwierdzenia powstałych w okresie rękojmi i gwarancji wad i usterek, wyegzekwowanie od generalnego wykonawcy ich usunięcia, nadzorowania robót w trakcie ich usuwania, opiniowania programów naprawczych usuwania wad jak również uczestniczenie w odbiorze po rękojmi i gwarancji, zaś w przypadku ujawnienia wad i usterek podczas odbioru po rękojmi i gwarancji, do dnia usunięcia stwierdzonych wad przez generalnego wykonawcę lub osobę trzecią. 2.2. Na polecenie Zamawiającego, w terminach uzgodnionych z Zamawiającym, przygotowanie niezbędnych wyjaśnień i odpowiedzi dla wszelkich zapytań, związanych z kontrolami bądź postępowaniami obejmującymi projekt; 2.3. Zbieranie zgłoszeń dotyczących wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji (w przypadku wad usuwanych w ramach Gwarancji Jakości - czynności i terminy zgodnie z jej zapisami); 2.4. Zgłaszanie do Generalnego Wykonawcy stwierdzonych wad i ustalanie terminu ich usunięcia (w przypadku wad usuwanych w ramach Gwarancji Jakości - zgodnie z jej zapisami); 2.5. Nadzorowanie realizacji robót związanych z usuwaniem wad stwierdzonych w okresie rękojmi i potwierdzenie ich usunięcia w ciągu 3 dni od dnia zgłoszenia przez generalnego wykonawcę lub osobę trzecią okoliczności ich usunięcia (w przypadku wad usuwanych w ramach gwarancji jakości - zgodnie z jej zapisami); 2.6. Wystawienie świadectwa /protokołu/ usunięcia wad; 2.7. Wykonanie badań/pomiarów przed upływem okresu rękojmi i gwarancji; 2.8. Zgłoszenie zrealizowanych robót kierownikowi projektu do odbioru po rękojmi i gwarancji; 2.9. Opiniowanie i zatwierdzanie planów naprawczych, wyegzekwowanie i nadzorowanie (w rozumieniu zakresu obowiązków wynikających z etapu I) robót naprawczych od generalnego wykonawcy; 2.10. Obsługa dokumentacji komisji odbioru po rękojmi i gwarancji powołanej przez Zamawiającego.

Czas trwania etapu II wynosi maksymalnie 7 lat, a zatem biorąc pod uwagę minimalną częstotliwość kompleksowych przeglądów - raz na kwartał, liczba przeglądów podczas 7 lat (84 miesiące) wynosi 28, co daje kwotę na jeden przegląd 878,57 zł.

Celem dokonywanych przeglądów jest ocena, czy nie wystąpiły usterki w okresie rękojmi i gwarancji. Aby przegląd był kompleksowy, niezbędne jest, aby uczestniczył w nim personel przeznaczony do wykonania zamówienia, tj. inspektor nadzoru robót mostowych, inspektor nadzoru robót drogowych, inspektor nadzoru robót sanitarnych w zakresie kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci, specjalista ds. rozliczeń i sprawozdawczości, geodeta.

ZDI w ofercie zastosowało następujące stawki na specjalistów: a) inspektor nadzoru robót mostowych (koordynator) -189.960,00 zł brutto, co daje stawkę 519,33 zł brutto za 1 dzień, zgodnie z obliczeniami 189.960-18 miesięcy-20 dni, b) inspektor nadzoru robót drogowych - 118.000,00 zł brutto, co daje stawkę 327,78 zł brutto za 1 dzień, zgodnie z obliczeniami: 118.000-18-20 dni. Łącznie jeden dzień pracy obu ww. inspektorów daje kwotę 847,11 zł brutto, zatem na jeden przegląd w etapie II zostaje 31,46 zł brutto dla pozostałych czterech

specjalistów. Kwota jednego przeglądu 878,57 zł - 6 specjalistów daje 146,43 zł brutto na kwartał/specjalistę. Stawka przeciętnego wynagrodzenia brutto w sektorze budowlanym w województwie lubelskim w marcu 2019, opublikowana przez GUS, tj. 3784,32 zł brutto, podzielona na 20 dni roboczych średnio w miesiącu daje dzienną stawkę 189,22 zł brutto.

W trakcie kompleksowego przeglądu powinny uczestniczyć co najmniej osoby wyznaczone w formularzu cenowym, czyli minimum 6 osób. Przy stawce 189,22 zł daje to 1135,32 zł brutto za przegląd, a dla wszystkich 28 przeglądów kwotę 31.788,96 zł. Zatem niedoszacowanie ZDI w pozycji - nadzór pełniony w okresie zgłaszania wad (rękojmi i gwarancji jakości) etap II - wynosi co najmniej 7.188,96 zł brutto. Do tego wykonawca powinien wziąć pod uwagę wzrost wynagrodzeń w okresie 7 lat.

Co do pozycji dotyczącej personelu przeznaczonego do wykonania zamówienia, innego niż wymieniony w punkcie 2. formularza cenowego - zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca musi zatrudnić innych specjalistów niż podstawowych 6 wymienionych w formularzu cenowym: specjalistę ds. środowiska, herpetologa, ornitologa, prawnika, technologa, geologa/geotechnika, geodetę.

ZDI przeznaczyło na wynagrodzenie dodatkowych specjalistów w etapie I kwotę 29.035,00 zł brutto, co w podziale na 18 miesięcy miesięcznie daje kwotę 4.147,86 zł brutto, tj. dla jednego specjalisty średnio 592,55 zł brutto/miesięcznie. Specjaliści ci nie muszą pracować w pełnym wymiarze, jednakże kwota 592,55 zł brutto na miesiąc jest niewystarczająca.

Biorąc pod uwagę np. konieczność dysponowania dodatkowym geodetą (pkt III ppkt 4 opisu przedmiotu zamówienia), w świetle zaoferowanej stawki ZDI dla geodety uprawnionego z formularza cenowego - 78.000 zł brutto podzielonej na 18 miesięcy realizacji etapu I daje to stawkę 4.333,33 zł brutto miesięcznie za pracę geodety. Trudno zatem uznać, by geodeta pracujący pod nadzorem geodety uprawnionego zarabiał 10 razy mniej, a nawet wówczas nie wystarczyłoby wynagrodzenia dla pozostałych brakujących specjalistów.

W związku z powyższym należy uznać, że ZDI w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie skalkulowało w pozycji - Personel przeznaczony do wykonania zamówienia, inny niż wymieniony w pkt. 2 formularza cenowego - pracy wszystkich wymaganych 7 specjalistów i nie przedstawiło w tym względzie stosownych wyjaśnień.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

III Stanowisko Przystępującego - ZDI Sp. z o.o.

Przystępujący po stronie Zamawiającego - ZDI Sp. z o.o. wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania - w zakresie dotyczącym tego wykonawcy.

Odnośnie zarzutu pkt 2 lit. a przedstawił świadectwo przejęcia robót - w jego ocenie - potwierdzające, iż roboty zostały odebrane na dzień składania ofert.

Odnośnie zarzutu pkt 2 lit. b wskazał, że w wyniku inwestycji zmienione zostały parametry techniczne mostu: klasa nośności, zmieniono sposób odwodnienia itp. Dlatego też zgodnie z definicją, można wskazaną inwestycję kwalifikować jako przebudowę. Dodatkowo inwestycja ta została dopisana celem wykazania przekroju doświadczenia inspektora branży mostowej ze względu na mało spotykaną konstrukcję obiektu, a nie w celu uzyskania dodatkowej punktacji. Kryterium otrzymania 6 punktów spełniły 4 wcześniej wskazane w wykazie inwestycje.

Odnośnie zarzutu pkt 3 lit. a-c wskazał, iż na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz kryterium pozacenowego należało wykazać, iż specjalista ds. rozliczeń robót i sprawozdawczości winien posiadać wykształcenie wyższe - techniczne lub ekonomiczne oraz doświadczenie zawodowe w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na co najmniej jednej inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi publicznej w rozumieniu ustawy Prawo budowlane i wartości robót co najmniej 10.000.000 zł netto, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego. Na wielu inwestycjach zamawiający nie żądają wskazania w ramach personelu podstawowego specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości. Natomiast konieczność powołania takiej osoby wynika z zakresu obowiązków nałożonych na Inżyniera Kontraktu. Występują również sytuacje, iż w celu wypełnienia zobowiązań umownych konieczne jest powołanie całego zespołu ds. rozliczeń i sprawozdawczości składającego się z kilku osób.

Zamawiający nie sprecyzował, iż dana osoba winna pełnić swoją funkcje przez określony

okres, jak również być zgłoszona do zamawiającego i zatwierdzona przez niego. Odwołujący również w swojej ofercie wskazał doświadczenie specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości nabyte m.in. podczas przebudowy drogi wojewódzkiej nr 812 Biała Podlaska - Wisznice - Włodawa - Chełm - Rejowiec - Krasnystaw na odcinku od km 99+418,50 do km 120+517. W okresie realizacji powyższej inwestycji osoba ta była pracownikiem ZDI i w rzeczywistości prowadziła rozliczenie i sprawozdawczość. Jednak nie była zatwierdzana przez zamawiającego, ponieważ ten nie wymagał wykazania się osobą do prowadzenia rozliczeń. Natomiast jej zakres obowiązków wynikał z zakresu obowiązków, które Inżynier Kontraktu musiał wypełnić, aby należycie wykonać umowę, w tym prowadzenia procedur rozliczeniowych i sprawozdawczości.

Wskazana przez Przystępującego osoba jest zatrudniona na stanowisku inspektora ds. rozliczeń i posiada wieloletnie doświadczenie zawodowe w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót, w tym również na wskazanych zadaniach. Tym samym zarzuty nie mają odniesienia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnośnie zarzutu pkt 3 lit. d - wartość inwestycji to 41.229.617,84 zł brutto, co potwierdzają załączone referencje.

Tym samym powyższe zarzuty nie są zgodne ze stanem faktycznym.

Odnośnie zarzutu dotyczącego kosztów nadzoru pełnionego w okresie zgłaszania wad - etap II Przystępujący wskazał, iż w formułowanym przez Odwołującego zarzucie brak jest jakichkolwiek dowodów, a przedstawione obliczenia nie posiadają odzwierciedlenia w rzeczywistości. Wycena została sporządzona na formularzu dostarczonym przez Zamawiającego, który nie posiada ograniczeń odnośnie sposobu kształtowania cen ani w poszczególnych pozycjach, ani w etapach, co daje swobodę kształtowania cen w poszczególnych etapach/pozycjach celem optymalizacji własnych kosztów.

Analizując przedłożone przez Odwołującego wyliczenia można wysnuć wniosek, iż to Odwołujący we własnej wycenie nie uwzględnił kosztów ogólnych, ryzyk oraz zysku, bowiem takich pozycji formularz ofertowy nie zawierał. Odwołujący, dzieląc wartość danej pozycji, nie podnosi, iż może ona zawierać inne czynniki, które będą skrajnie różne w poszczególnych etapach. Wykonawca natomiast w sposób optymalny rozłożył ww. koszty na poszczególne pozycje formularza ofertowego, w tym również w pozycji „Inspektor nadzoru robót mostowych (koordynator)" i „Inspektor nadzoru robót drogowych".

Przystępujący podkreślił, że nie każdy przegląd trwa wskazane przez Odwołującego 8 godzin roboczych, często jest to 2-3 godziny. Zatem wykonawca dysponujący personelem lokalnym zatrudnionym na etat jest w stanie wykonać przegląd w okresie 1/3 dniówki. Odwołujący wskazał też, że w przeglądzie ma obowiązek uczestniczyć 6 specjalistów, choć uczestnictwo w przeglądzie specjalisty ds. rozliczeń czy geodety nie jest konieczne, bowiem nie będą w stanie stwierdzić lub potwierdzić usunięcia usterki. Specjalista może sporządzić protokół z przeglądu, natomiast obecność geodety będzie wymagana, gdy zajdzie konieczność wykonania kontrolnych pomiarów geodezyjnych w przypadku wystąpienia usterek, których naprawa będzie wymagała operatu geodezyjnego. Niemniej jednak nie będą oni stałą komisją podczas przeglądów gwarancyjnych.

Przystępujący wskazał też, że personel, którym dysponuje, posiada uprawnienia w zakresie kilku specjalności, np. wymieniony w ofercie inspektor mostowy posiada również uprawnienia oraz wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w zakresie dróg, dlatego może wykonywać przeglądy zarówno jako inspektor nadzoru robót mostowych, jak i inspektor nadzoru robót drogowych.

Stosując analogicznie prezentowany przez Odwołującego sposób wyliczeń, tj. tylko dzieląc wskazaną kwotę przez 3, ewentualnie 4 specjalistów 878,57-M = 219,64, co jest stawką wyższą o 30,42 zł od przytaczanych przez odwołującego danych GUS, gdyby zaś wziąć pod uwagę, że referencyjny przegląd trwa część dniówki, otrzymamy kwotę dwukrotnie wyższą.

W związku z powyższym podniesiona przez Odwołującego argumentacja jest nietrafiona, zarzuty nie są zgodne ze stanem faktycznym i nie mają odniesienie do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnośnie zarzutu dotyczącego personelu przeznaczonego do wykonania zamówienia, innego niż wymieniony w punkcie 2. formularza Przystępujący wskazał, iż w zarzucie brak jest jakichkolwiek dowodów, a przedstawione obliczenia nie posiadają odzwierciedlenia w rzeczywistości. Wycena została sporządzona na formularzu dostarczonym przez Zamawiającego, który nie posiada ograniczeń odnośnie sposobu kształtowania cen ani w poszczególnych pozycjach, ani w etapach, co daje swobodę kształtowania cen w poszczególnych etapach/pozycjach celem optymalizacji kosztów i ograniczenia ryzyk. Odwołujący nie przytoczył konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków

zamówienia oraz wzoru umowy.

Przystępujący zapoznał się z dokumentacją przetargową i w złożonej ofercie przewidział wszystkich niezbędnych specjalistów. Ze względu na charakter działalności wykonawca dysponuje specjalistami w wymienionych przez Odwołującego specjalizacjach. Czynności specjalisty ds. ochrony środowiska, herpetologa i ornitologa może wykonywać jedna osoba, która dysponuje odpowiednim wykształceniem i doświadczeniem. Wykonawca dysponuje takimi osobami i ich koszt został uwzględniony w ofercie. Zamawiający nie sprecyzował wymagań odnośnie technologa, geotechnika, więc wymienione funkcje pełnić może odpowiednio inspektor nadzoru robót mostowych oraz inspektor nadzoru robót drogowych, jak również inspektorzy branżowi we własnym zakresie. Posiadają oni odpowiednie doświadczenie. Przystępujący przewidział również ryzyka związane z koniecznością wprowadzenia geologa, prawnika itp.

Odnośnie dysponowania dodatkowym geodetą - Zamawiający nie narzuca konieczności wprowadzenia dodatkowej osoby posiadającej uprawnienia, a jedynie wymaga, aby zapewnić prawidłowy nadzór nad pracami geodezyjnymi. Biorąc pod uwagę specyfikę pracy uprawnionego geodety założył, iż działania geodety będą wspierać, w zależności od potrzeb, inspektorzy branżowi, którzy posiadają odpowiednią wiedzę oraz dodatkowo praktykanci, którzy odbywają bezpłatną praktykę u wykonawcy, a skrajnych przypadkach także asystent geodety.

Stosując analogicznie prezentowany przez Odwołującego sposób wyliczeń, tj. dzieląc wskazaną kwotę przez 3 osoby (czasowa obecność dodatkowych 3 osób): 29.035,00 zł 18 miesięcy = 4.147,86 zł brutto + 3 osoby = 1.382,62 brutto, otrzyma się wyższą miesięczną stawkę.

W rzeczywistości składowe oferty są bardziej skomplikowane niż wskazał Odwołujący i zostały optymalnie rozłożone pomiędzy poszczególne pozycje formularza udostępnionego przez Zamawiającego. Konieczność wprowadzenia np. geologa może nastąpić w sytuacjach problemowych, ale nie będzie to okres 18 miesięcy, a jedynie czas, w którym będą prowadzone roboty ziemne, tj. na okres kilku miesięcy. Dotyczy to również prawnika - jeśli zajdzie konieczność, jego czas pracy będzie zadaniowy.

Większość osób, którymi dysponuje Przystępujący, pracuje na podstawie umowy o pracę i nie ma obaw, że nie podejmą się realizacji zadania, nie musi więc kalkulować dodatkowych ryzyk z tym związanych. Jest również w stanie na bieżąco oddelegować na określony czas dodatkowego specjalistę, co powoduje, że poniesie jedynie rzeczywiste koszty jego pracy na zadaniu, bez kosztów mobilizacji, ryzyk itp. Przeciwna sytuacja występuje u Odwołującego, który pomimo tego, że ma obowiązek zatrudnić na podstawie umowy o pracę specjalistę ds. rozliczeń, nie będzie w stanie spełnić tego wymogu, bowiem osoba ta jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze na zadaniu „budowa obwodnicy Tomaszowa Lubelskiego w ciągu DK nr 17". Wobec powyższego już na etapie składania ofert Odwołujący miał świadomość, że nie będzie mógł wypełnić stawianego przez Zamawiającego warunku w stosunku do wskazanej osoby i będzie musiał znaleźć osobę o podobnych kwalifikacjach, co przy obecnej koniunkturze nie jest oczywiste, wskutek czego obarczone jest ryzykiem. Tym samym musiał wkalkulować w cenę oferty to ryzyko.

Zarzuty nie są więc zgodne ze stanem faktycznym i nie mają odniesienia do postanowień

specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

IV Stanowisko przystępującego Biuro Usług Projektowych DROGPROJEKT Sp. z o.o.
Przystępujący po stronie Zamawiającego - Biuro Usług Projektowych DROGPROJEKT Sp. z o.o. w przystąpieniu stwierdził, że Odwołujący zakwestionował informację o wartości inwestycji budowy mostu przez Bug w miejscowości Dorohusk jako niezgodną z wymaganiami odnośnie wartości robót min. 10.000.000 zł, gdyż błędnie zinterpretował informację otrzymaną od zamawiającego. W protokole odbioru ostatecznego obiektu widnieje zapis „wartość początkowa Kontraktu (netto) 3.330.354,09 EURO", uwzględniając kurs EURO wymóg wartości min. 10.000.000 został spełniony. W związku z tym nie ma zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w sposób swobodny zinterpretował też dokumenty przetargowe. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie narzucał oferentom konieczności podania wartości elementów rozliczeniowych większych niż 0,00 zł w pozycji „Pozostały personel nie wymieniony w pkt. 2". Jest to zgodne z zapisami § 7 pkt 1 wzoru umowy „Wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu": „Za wykonanie wszystkich czynności Inżyniera Kontraktu objętych niniejszą umową Zamawiający zapłaci Inżynierowi Kontraktu wynagrodzenie ryczałtowe zwane wynagrodzeniem umownym, zgodnie z ofertą cenową w wysokości ..." oraz § 4 pkt 1 „Zespól Inżyniera Kontraktu składa się z: ... 7) innych pracowników wspierających w/w osoby

wskazanych przez Inżyniera Kontaktu i zaakceptowanych przez Zamawiającego". Zamawiający w dokumentach przetargowych nie narzucił oferentom sposobu i podstawy kalkulacji ceny. Przystępujący przed złożeniem oferty przeprowadził własną kalkulację ceny w oparciu o swoje doświadczenie i przewidział koszty zatrudnienia innych pracowników wspierających w całości ceny oferty. Odwołujący w odwołaniu przedstawił swój punkt widzenia na prowadzenie kontraktu i swoją metodę kalkulacji ceny oferty, które nie wynikają wprost z dokumentów przetargowych, a są indywidualną interpretacją Odwołującego.

W związku z powyższym uzasadniony jest wniosek o oddalenie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przystępujący wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, który następnie, przed rozpoczęciem posiedzenia, wycofał.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w całości i brak sprzeciwu wykonawcy Biuro Usług Projektowych Drogprojekt Sp. z o.o. oraz wniesienie sprzeciwu przez wykonawcę ZDI Sp. z o.o. jedynie w zakresie zarzutów dotyczących tego wykonawcy, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących tego wykonawcy, zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych per analogiam mówiącą, iż jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zgodnie z zasadą wykładni „z większego na mniejsze" Izba uznała, że przepis ten ma odpowiednie zastosowanie także w sytuacji, w której odwołanie dotyczy więcej niż jednego uczestnika postępowania przystępującego po stronie zamawiającego, przy czym nie każdy z tych uczestników wniósł sprzeciw, a przystępujący wnoszący sprzeciw nie objął swoim sprzeciwem całości zarzutów odwołania.

Przystępujący Drogprojekt początkowo wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania, jednak następnie, przed otwarciem posiedzenia, go wycofał, w związku z czym Izba uznała go za niebyły.

Izba, w oparciu o art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego wykonawcy ZDI Sp. z o.o. oznaczonego w uzasadnieniu odwołania numerem I punkt 3 litera d), tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy ZDI na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12,16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na nieprawdziwe i nie potwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu informacje co do osoby wskazanej na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w zakresie inwestycji dotyczącej budowy obwodnicy Grębowa w ciągu drogi wojewódzkiej nr 871 Nagnajów - Tarnobrzeg - Grębów - Stalowa Wola.

Zgodnie z przywołanym przepisem odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Zgodnie z zasadą wykładni „z większego na mniejsze" Izba uznała, że przepis ten ma odpowiednie zastosowanie także w sytuacji, w której wycofanie dotyczy poszczególnych zarzutów odwołania.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego ZDI oraz innych złożonych przez niego w trakcie postępowania przetargowego dokumentów, w tym wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

W zakresie podlegającym rozpoznaniu Izby Odwołujący postawił Zamawiającemu

następujące zarzuty dotyczące naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ZDI, pomimo iż wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, nie dokonując jednocześnie samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ZDI, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie dokonując jednocześnie samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez ZDI wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZDI, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś ZDI nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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 12); 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 selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16); 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 (pkt 17), z zastrzeżeniem zawartym w art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. ww. punktu 16 i 17, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, za wyjątkiem wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

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. Art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje uzupełniająco, że 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.

Odrzucenie to może nastąpić po zastosowaniu procedury opisanej w art. 90 ust. 1-2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli bowiem zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu 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; 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 art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub

kosztu spoczywa na wykonawcy.

Z kolei art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymienia główne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiąc, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza to postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego ZDI, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z pismami i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania numerem I punkt 2 litera a) i b) w zakresie braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych), numerem I punkt 3 litera a), b) i c) w zakresie przedstawienia nieprawdziwych informacji dotyczących kryterium oceny ofert (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień

publicznych) oraz numerem III (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4

w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zarzuty dotyczące niewykazania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia nieprawdziwych informacji dotyczyły dwóch osób.

Po pierwsze, osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych w odniesieniu do dwóch inwestycji wskazanych w ramach kryteriów pozacenowych oraz, w stosunku do pierwszej z inwestycji, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie V ppkt 2.2) lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Inwestycje te dotyczyły:

a) budowy drogi krajowej nr 7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego, w tym budowy mostu 9-cio przęsłowego MD-3 305,80 m, która to inwestycja, zgodnie z informacjami pozyskanymi przez Odwołującego, nie została ostatecznie odebrana na dzień składania ofert, tj. 25 kwietnia 2019 r., a zatem nie spełnia wymogów Zamawiającego, gdyż zgodnie z punktem XIV ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazana inwestycja powinna być ostatecznie odebrana przez jej zamawiającego;

b) przebudowy mostu na rzece San w m. Jarosław w ciągu drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław - Bełżec w km 1+450.185,24 m - zgodnie z informacjami pozyskanymi przez Odwołującego inwestycja ta dotyczyła remontu, a nie przebudowy, jak wskazał ZDI, zatem nie spełnia wymogów Zamawiającego, gdyż zgodnie z punktem XIV ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia doświadczenie powinno dotyczyć budowy lub przebudowy zgodnie z definicją wynikającą z ustawy Prawo budowlane.

Zgodnie z rozdziałem V punkt 2 ppkt 2 lit. a) i e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przetargu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia

w zakresie:

a) inspektora nadzoru robót mostowych - koordynatora (wg Prawa budowlanego) -wskazana osoba powinna posiadać uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej mostowej uprawniające do kierowania budową i nadzorowania robót objętych zamówieniem, i doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót mostowych na

minimum jednej inwestycji obejmującej budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) mostu, wiaduktu lub estakady o długości min. 60 m (długość płyty ustroju), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora. Doświadczenie zawodowe nie dotyczy obiektów tymczasowych oraz obiektów stałych o konstrukcji drewnianej; budowa lub przebudowa mostu, wiaduktu lub estakady może wchodzić w zakres zamówienia na przebudowę lub budowę drogi;

e) specjalisty ds. rozliczeń robót i sprawozdawczości - wskazana osoba powinna posiadać wykształcenie wyższe - techniczne lub ekonomiczne oraz doświadczenie zawodowe w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na co najmniej jednej inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi publicznej (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) i wartości robót co najmniej 10.000.000 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego.

Uwaga! W związku z faktem, że warunek udziału dotyczący posiadania doświadczenia zawodowego przez inspektora nadzoru robót mostowych - koordynatora (pkt V 2.2 a)) oraz specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości (pkt V 2.2 e)) jest powiązany z kryterium oceny ofert (pkt XV.3), załączniki: E - „Wykaz osób, załącznik E1 - do druku Wykaz osób" oraz pkt V załącznika A „Oferta przetargowa" winny być zbieżne.

Warunek posiadania przez inspektora nadzoru robót mostowych - koordynatora oraz specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości doświadczenia opisanego w pkt. V.2.2 lit. a) i e), jest warunkiem minimalnym. W związku z powyższym zarówno w załączniku E, E1 jak i w druku oferty przetargowej winny znaleźć się informacje dotyczące tej samej osoby, oraz inwestycji wykazanej jako minimalne doświadczenie inspektora nadzoru robót drogowych - koordynatora oraz specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości.

Jednocześnie w rozdziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", w punkcie 3. Zamawiający wskazał, że jednym z kryteriów, o wadze 10%, będzie doświadczenie inspektora nadzoru robót mostowych (koordynatora). Zamawiający wskazał, że oferty z doświadczeniem inspektora nadzoru robót mostowych (koordynatora) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót mostowych (koordynatora) na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi publicznej (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) długości min. 60,00 m (długość płyty ustroju) przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego. Doświadczenie zawodowe nie dotyczy obiektów tymczasowych oraz obiektów stałych o konstrukcji drewnianej. Budowa lub przebudowa mostu, wiaduktu lub estakady może wchodzić w zakres zamówienia na przebudowę lub budowę drogi) - na jednej inwestycji otrzymają liczbę punktów PD=0, - na 2 lub 3 inwestycjach otrzymają punktów PD=4, - na 4 lub 5 inwestycjach otrzymają punktów PD=6, - na 6 lub powyżej inwestycjach otrzymają punktów PD=10.

W przypadku niewskazania doświadczenia inspektora nadzoru robót mostowych (koordynatora) wykonawca otrzyma 0 pkt.

W punkcie 4. natomiast Zamawiający wskazał, że kryterium oceny ofert z wagą 10% będzie doświadczenie zawodowe specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót.

Zamawiający przyjął, że oferty z doświadczeniem specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót w pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi publicznej (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) i wartości robót co najmniej 10.000.000 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora: - na jednej inwestycji otrzymają liczbę punktów PS=0, - na 2 lub 3 inwestycjach otrzymają punktów PS=4, - na 4 lub 5 inwestycjach otrzymają punktów PS=6, - na 6 lub powyżej inwestycjach otrzymają punktów PS=10.
W przypadku niewskazania doświadczenia inspektora nadzoru robót mostowych (koordynatora) Wykonawca otrzyma 0 pkt. (Jakkolwiek w ostatnim zdaniu, w ocenie Izby popełniono omyłkę pisarską typu „kopiuj-wklej" bez dokonania zmiany kopiowanego tekstu, gdyż punkt ten dotyczy specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości, zatem chodziło o ww. specjalistę, a nie inspektora nadzoru robót mostowych).

Jak wynika z powyższych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Zamawiający częściowo powielił wymogi zawarte w warunkach udziału w postępowaniu i kryteriach oceny ofert - z tego też powodu, w ocenie Izby, w ramach kryteriów nie punktował doświadczenia przy jednej inwestycji - miała ona posłużyć do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego tej osoby.

Należy przy tym należy zauważyć, że w przypadku inspektora nadzoru robót mostowych opis

warunku udziału i kryterium oceny pokrywają się, natomiast w przypadku specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości postawione wymogi są nieco odmienne.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z uzyskanymi przez niego informacjami ze strony inwestora, inwestycja dotycząca budowy drogi krajowej nr 7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego, w tym budowy mostu 9-cio przęsłowego nie została ostatecznie odebrana na dzień składania ofert. Przedstawił oświadczenie kierownika projektu, z którego wynika, że 7 lipca 2017 r. uzyskano dla obiektu pozwolenie na użytkowanie, a 12 lipca 2017 r. odcinek (w domniemaniu - drogi) wraz z obiektem (w domniemaniu - mostowym) został przekazany do utrzymania zarządcy drogi. „Obecnie" (w domniemaniu - w dacie pisma, tj. 10 maja 2019 r.) protokół odbioru ostatecznego jest podpisywany przez członków komisji odbiorowej.

Z kolei Przystępujący ZDI przedstawił Świadectwo Przejęcia (w znaczeniu warunków kontraktowych FIDIC, wydane w oparciu o subklauzulę 10.1) datowane na 24 maja 2018 r., czyli przed datą składania ofert, uznając je za dowód ostatecznego odbioru robót. Zamawiający podczas rozprawy wyjaśnił (w specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak definicji pojęcia „ostatecznego odbioru"), iż w specyfikacji, w formularzu oferty, w 5. kolumnie tabeli dotyczącej doświadczenia zawodowego, jest zwrot „czy inwestycja została odebrana ostatecznie przez jej inwestora". Wymóg ten powinno się tłumaczyć celowościowo. Chodzi o to, że na inwestycji już nic nie będzie się działo, natomiast okres gwarancji nie mieści się w wykonywaniu robót. Zamawiający nie wykonuje robót według FIDIC-a, dlatego nie posługuje się używaną tam nomenklaturą. W swojej działalności stosuje protokół odbioru ostatecznego, który dotyczy odbioru robót już po usunięciu wad i usterek, a od daty podpisania tego protokołu dopiero rozpoczyna się okres gwarancji. Tak też rozumiał swój wymóg.

Również w ocenie Izby wymóg Zamawiającego powinien być interpretowany w ten sposób. Zamawiający bowiem nie odnosił się do konkretnych regulacji kontraktowych, jak np. FIDIC i funkcjonujących tam pojęć. Tym samym wymóg należy tłumaczyć według zasad ogólnych i zwyczajów dla robót budowlanych. Zgodnie z taką ogólną procedurą - w uproszczeniu - inwestorzy (komisje odbiorowe) dokonują odbiorów robót pomimo zaistniałych tam usterek, z której to czynności sporządza się protokół odbioru ze wskazaniem tych usterek do usunięcia. Następnie dokonuje się ponownego odbioru, już po usunięciu tych usterek. Taki też stan, w ocenie Izby, można nazwać „odbiorem ostatecznym" - i taka też była, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, jego intencja. Natomiast jeśli chodzi o samo wystawienie Świadectwa Przejęcia w rozumieniu warunków kontraktowych FI DIC, może ono być wystawione również w przypadku zaistnienia pewnych usterek. Tym samym nie wiadomo, czy w tym konkretnym przypadku odbiór został dokonany „ostatecznie" - bez usterek, czy też z usterkami. Jednocześnie należy zauważyć, że Zamawiający w swoim wymogu posługuje się co prawda pojęciem „inwestycji", co oznaczałoby realizację całego zakresu umówionych robót budowlanych, jednak biorąc pod uwagę fakt, że wymóg Zamawiającego dotyczył mostu, wiaduktu lub estakady, który to obiekt mógł być częścią większych robót - budowy lub przebudowy drogi - jak wskazano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jak było w przypadku spornej inwestycji, ów odbiór ostateczny można odnieść również do części prac będących przedmiotem wymogów. Tym samym, jeśli odbiór mostu, wiaduktu, estakady na etapie Świadectwa Przejęcia został dokonany bez wad (usterek), można uznać to za odbiór ostateczny.

Powinien to jednak wykazać wykonawca, który się na dane doświadczenie powołuje. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania wyklucza się nie tylko wykonawcę, który warunków nie spełnia, lecz wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Również zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Strony ani Przystępujący ZDI nie wyrazili woli przedstawienia dalszych dowodów na poparcie swoich stanowisk przed zamknięciem rozprawy.

W zakresie inwestycji dotyczącej przebudowy mostu na rzece San w m. Jarosław sporne było, czy inwestycja ta dotyczyła żądanej przez Zamawiającego przebudowy, jak twierdził Przystępujący ZDI, czy też remontu, jak wynikałoby z informacji od inwestora pozyskanych przez Odwołującego (pismo Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie z 8 maja 2019 r.), z których wynika, że „zadanie miało charakter remontowy".

W ocenie Izby rozstrzygająca w tym zakresie jest nie opinia poszczególnych uczestników procesu budowlanego, lecz zakres prac składających się na inwestycję wynikający w dokumentacji projektowej, powykonawczej lub analogicznego dokumentu w sposób oficjalny opisującego te prace.

Przystępujący przedstawił kopię fragmentu takiej dokumentacji, z którego rzeczywiście można by wnosić, że mogła to być przebudowa. Poza tym stwierdził, że jako podmiot biorący udział w realizacji, zna jej zakres. Jednak Izba mogła ten dokument ocenić jedynie jako uprawdopodobnienie, a nie dowód, który mógłby zaprzeczyć stanowisku inwestora.

Jak wskazano powyżej, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania wyklucza się nie tylko wykonawcę, który warunków nie spełnia, lecz również wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Także zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Strony ani Przystępujący ZDI nie wyrazili woli przedstawienia dalszych dowodów na poparcie swoich stanowisk przed zamknięciem rozprawy.

W związku z powyższym w przypadku obu tych realizacji Izba nie mogła stwierdzić z całą pewnością, że obie inwestycje lub jedna z nich potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie nie mogła też stwierdzić, że dotyczące ich informacje są nieprawdziwe. Przy czym udowodnienie pierwszej z tych okoliczności obciąża Przystępującego ZDI - zgodnie z przywołaną dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast drugiej - Odwołującego.

W sytuacji tej celowe więc byłoby skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji opisanej w art. 26 ust. 4 lub art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wyjaśnienia treści dokumentów lub ich ewentualne uzupełnienie o brakujące informacje. Wobec całości rozstrzygnięcia wyroku, tj. innych okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty, nakazywanie tego Zamawiającemu jest jednak bezcelowe. Tak też wynika, z treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą, jeżeli wykonawca nie złożył wskazanych w tym przepisie oświadczeń lub dokumentów, są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Po drugie, zarzuty dotyczące niewykazania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia nieprawdziwych informacji dotyczyły osoby wskazanej na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości. Wykonawca wskazał, że osoba ta pełniła funkcję specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w odniesieniu do następujących trzech inwestycji wskazanych w zakresie kryteriów pozacenowych, a w zakresie pierwszej z tych inwestycji także na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu:

a) Budowa obwodnicy m. Hrebenne w ciągu drogi krajowej nr 17 na odcinku od km 289+400

do km 291+406 wraz z remontem drogi krajowej nr 17 na odcinku Tomaszów Lubelski - Hrebenne od km 211+170 do km 223+300,

b) Przebudowa ulic: Legionów (DK 17, 74), al. Jana Pawła II (DK17) i Hrubieszowskiej (DK 74) w Zamościu,

c) Przebudowa drogi powiatowej nr 3268L Wólka Łabuńska - Przewale na odcinku Wólka Łabuńska - granica powiatu zamojskiego w km 0+042-16+102,16 odcinek dł. 16,06 km. Odwołujący wskazał, że zgodnie z uzyskanymi przez niego od zamawiających realizujących ww. inwestycje informacjami osoba ta w ogóle nie pełniła żądanej funkcji na tych inwestycjach

- pełniły je inne osoby, co oznacza, że ZDI podało w ofercie informacje niezgodne ze stanem faktycznym, co wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie oceny oferty w zakresie kryterium pozacenowego doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości oraz w zakresie spełniania warunku udziału w zamówieniu.

W odniesieniu do wymogów dotyczących specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości należy na wstępie wskazać, że w tym przypadku wymogi dotyczące warunku udziału

w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert różniły się.

W pierwszym przypadku wskazano, że deklarowana osoba powinna „posiadać doświadczenie zawodowe w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na co najmniej jednej inwestycji drogowej", natomiast w drugim wskazano na „doświadczenie w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót w pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na inwestycji drogowej". Tym samym przy warunku udziału w postępowaniu mowa była o ogólnym doświadczeniu zawodowym w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót (budowlanych), natomiast przy kryterium oceny ofert

- o doświadczeniu nie tylko w rozliczaniu, ale też w pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości na inwestycji drogowej.

Chodziło więc o objęcie konkretnego stanowiska (jakkolwiek jego nazwy na poszczególnych kontraktach mogły się różnić). Przy czym w ocenie Izby wymóg ten, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, należy interpretować w ten sposób, że chodzi tu nie u jakiekolwiek stanowisko pracownicze u wykonawcy robót czy Inżyniera Kontraktu, lecz stanowisko (funkcję na kontrakcie) w rozumieniu przyjętym już zwyczajowo w zamówieniach publicznych w przypadku zamawiania usług Inżyniera Kontraktu czy wykonawcy robót budowlanych, czyli zespołu personelu Inżyniera Kontraktu czy zespołu personelu kierownika budowy - analogicznie jak personel, którego przedstawienia wymagał Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie było sporne, że pani D. zajmuje u Przystępującego stanowisko służbowe, w którym nabyła doświadczenie zawodowe w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót przynajmniej na jednej inwestycji drogowej (bez określania, jakie to konkretnie było doświadczenie). Warunek udziału w postępowaniu należy zatem uznać za spełniony.

Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący wykazał, iż osoba ta nie ma doświadczenia wymaganego w ramach kryterium oceny ofert, ponieważ doświadczenie to nie zostało nabyte na stanowisku/funkcji specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót na inwestycji drogowej w sposób, o którym mowa powyżej: Odwołujący przedstawił informację z GDDKiA z 17 czerwca 2019 r., z której wynika, że p. D. na wskazanym w lit. a) kontrakcie pełniła niższą funkcję - „pracownika administracyjnego", a funkcję inspektora nadzoru ds. rozliczeń pełniły inne osoby; informację z Zarządu Dróg Grodzkich w Zamościu z 21 czerwca 2019 r., z której wynika, że inspektorem ds. rozliczeń był p. Ć. oraz informację z Zarządu Dróg Powiatowych w Zamościu z 8 maja 2019 r. w odniesieniu do robót wskazanych w lit. c), z której wynika, że p. D. nie figurowała w umowie.

Tym samym Izba uznała, że zarzut niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w stosunku do tej osoby oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się, natomiast potwierdził się zarzut przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie kryteriów oceny ofert.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez ZDI wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZDI, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś ZDI nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych - rozdzielony w odwołaniu na odrębne punkty - Izba rozpoznała jako jeden zarzut.

Przy czym Izba wzięła pod uwagę, że wyjaśnienia Przystępującego ZDI złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i w związku z tym nie zostały udostępnione Odwołującemu, co z kolei skutkowało tym, że nie był on w stanie w stosunku do nich sformułować konkretnych zastrzeżeń.

Izba wzięła pod uwagę także rozkład ciężaru dowodu, który, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, spoczywał na wykonawcy, który złożył kwestionowaną ofertę, czyli Przystępującym ZDI.

Izba wzięła pod uwagę również art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym to wykonawca, którego oferta jest kwestionowana, wykazał, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny już na etapie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zaś, że wyjaśnienia muszą być złożone w taki sposób, by w oparciu o nie można było dokonać - pozytywnej - oceny oferty, w tym, w miarę konieczności i możliwości, zostać poparte dowodami. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę, aby mogły uzyskać taką pozytywną ocenę, muszą też swoim zakresem odpowiadać wezwaniu zamawiającego (oczywiście mogą być też

szersze, jeśli wykonawca uzna to za celowe).

Zamawiający, w wezwaniu z 30 kwietnia 2019 r., oprócz zwyczajowego odwołania się do treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazał też, że: „Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe, np. poprzez wskazanie wyliczeń wraz z czynnikami dotyczącymi tego wyliczenia oraz dowodami dotyczącymi:

1. Kosztów wynajęcia i utrzymania biura przez cały okres wynikający z zapisu wzoru umowy,

2. Personelu - inspektora nadzoru robót mostowych - koordynatora, inspektora nadzoru robót drogowych, inspektora nadzoru robót sanitarnych, inspektora nadzoru robót elektrycznych, specjalisty ds. rozliczeń robót i sprawozdawczości, geodety uprawnionego, pozostałego personelu. Wyjaśnienia w tej kwestii powinny dotyczyć informacji np.: na temat sposobu (formy zatrudnienia) osób wchodzących w skład zespołu Inżyniera, wyliczenia kosztów zatrudnienia (wraz z podstawą do ich dokonania - np. oferta) dotyczących wynagrodzenia osób nie będących pracownikami Państwa firmy, wynagrodzenia osób wchodzących w skład zespołu w rozbiciu miesięcznym itp. Koszty związane z wynagrodzeniem całego personelu, powinny dotyczyć całego okresu związanego z pełnieniem nadzoru inwestorskiego w trakcie trwania robót (Etap I), w czasie całego okresu rękojmi i gwarancji (Etap II).

3. Kosztu wszystkich badań i pomiarów kontrolnych (np. oferta laboratorium lub innej jednostki uprawnionej do wykonywania badań). Wyjaśnienia w zakresie pkt. 3 mogą dotyczyć np. informacji na temat dysponowania laboratorium, w przypadku gdy obsługa laboratoryjna zlecana będzie innemu podmiotowi informacji na temat wyliczenia kosztów prowadzonych badań i pomiarów (wraz z podstawą takiego wyliczenia - np. oferta), zestawienia sprzętu i personelu planowanego do realizacji zadań.

Wyjaśnienia powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia."

Wyjaśnienia Przystępującego ZDI nie zostaną zacytowane ze względu na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa i brak zniesienia tej tajemnicy (jakkolwiek w ocenie Izby, ze względu na treść ww. wyjaśnień nie ma ku temu podstaw, poza ewentualnie „Ofertą współpracy" z 18 kwietnia 2019 r. i ofertą na obsługę laboratoryjną).

Część „opisowa" wyjaśnień, obejmująca ok. półtorej strony tekstu, w ocenie Izby, zawiera same ogólniki oraz deklaracje o jej rzetelnej i zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wycenie, nie poparte ani żadnymi obliczeniami, ani tym bardziej dowodami - ani co do ponoszonych kosztów, ani zakładanych oszczędności. Również tabelaryczna kalkulacja

wynagrodzenia personelu, kosztów wynajęcia biura itd. nie została niczym poparta - w tym oprócz dowodów, że w tym zakresie poniesione zostaną takie koszty jak deklarowane, nie ma żadnych założeń co do warunków zatrudnienia wskazanych osób, np. na pełen etat, część etatu, jedynie pojedyncze czynności. (Natomiast zgodnie z wezwaniem, powinny one zawierać wyliczenia kosztów zatrudnienia wraz z podstawą do ich dokonania, wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia). Tymczasem przyjęte stawki kosztów personelu wydają się być bardzo niskie - zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że koszt wykonawcy „netto" nie równa się samemu wynagrodzeniu pracownika brutto, lecz też musi objąć inne koszty zatrudnienia, jakie ponosi pracodawca. Tymczasem pracodawca, poza wynagrodzeniem brutto, ponosi dodatkowe obciążenie w wysokości ok. 20% tego wynagrodzenia brutto na same wymagane przepisami składki. Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu, że pracownicy wyrażą zgodę na pracę za takie wynagrodzenie.

Należy też zauważyć, że wskazany w kalkulacji koszt „pobytu" w ramach obsługi okresu gwarancyjnego jest znacznie niższy niż wskazywany przez Odwołującego w odwołaniu.

W opinii Izby Zamawiający nie miał podstaw, by dokonać pozytywnej oceny takich wyjaśnień. Również podczas rozprawy Przystępujący ZDI nie złożył przekonujących wyjaśnień, z których wynikałoby, że - nawet przy założeniu, że przy przeglądach będą uczestniczyli tylko niektórzy inspektorzy nadzoru oraz, że takie osoby jak ornitolog, herpetolog, geolog czy prawnik, będą zatrudniane ad hoc do wykonywania pojedynczych czynności - zaoferowane kwoty gwarantują wykonanie zamówienia dla etapu II - przez cały okres 7 lat - zgodnie z założeniami poczynionymi przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy. W żadnym wypadku nie jest też dopuszczalne przeniesienie kosztów realizacji etapu II do kosztów etapu I.

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 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 15.000 zł i wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych. Jednocześnie Izba uznała, że - o ile proporcjonalny podział kosztów postępowania pomiędzy strony jest stosowany - obecnie istniejące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych czy ww. rozporządzenia nie dają podstaw do uwzględnienia wniosku o zredukowanie kwoty wpisu ze względu na częściowe uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego i częściowy sprzeciw, czy też wycofanie jednego z zarzutów. Tak tez wypowiedział się Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30 stycznia 2019 r., sygn. XIX Ga 1398/18. Jak wskazał sąd, zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości lub w części, Izba rozpoznaje odwołanie. Natomiast z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że koszt ponosi wnoszący sprzeciw. Norma wynikająca z przepisów nie różnicuje odpowiedzialności w zakresie kosztów postępowania w zależności od ilości zarzutów, co do których został zgłoszony sprzeciw, czy też ich ważności.

Jednocześnie Izba uznała, że niezależnie od tego, czy wykluczenie Przystępującego ZDI i odrzucenie jego oferty nastąpi z jednego, dwóch, trzech czy więcej powodów wskazanych w odwołaniu, same zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty potwierdziły się, zatem - stosownie do wyniku postępowania - obciążyła Przystępującego ZDI kosztami postępowania w całości.

Przewodniczący: .....