

Sygn. akt: KIO 1072/17
KIO 1076/17
KIO 1078/17
KIO 1090/17

WYROK
z dnia 26 czerwca (...)17 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Członkowie: Marzena Ordysińska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozP. na rozprawie w dniu 22 czerwca (...)17 r. w W. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 29 maja (...)17 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., E. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., W. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.,**
- B. w dniu 29 maja (...)17 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., AD. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A, S. w B. (H.),**
- C. w dniu 29 maja (...)17 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. - P.I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.,**

1

-
- D. w dniu 29 maja (...)17 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., AD. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A, S. w B. (H.),**

w postępowaniu prowadzonym przez **P.P.L.K. Spółka Akcyjna w W.,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., AD. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A, S. w B. (H.),** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1072/17 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. - P.I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1072 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **E. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., W. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1076/17 po stronie zamawiającego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., AD. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A, S. w B. (H.),** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1078/17 po stronie zamawiającego,
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. - P.I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1090/17 po stronie zamawiającego,
- F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., E. P. Spółka z ograniczoną**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie sygn. akt KIO 1076/17, wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., A.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A., S. w B. (H.)** w zakresie zarzutu bezpodstawnego zaniechania udostępnienia w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawców **E. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i W. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.** dokumentów JEDZ w zakresie części IV sekcja C pkt 2 dla E. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., a także wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych oraz w zakresie zarzutu braku uzasadnienia faktycznego punktacji przyznanej odwołującym w kryterium „Metodologia” i nakazuje zamawiającemu – **P.P.L.K. Spółka Akcyjna w W.** – w części I – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności uzasadnienia oceny oferty odwołujących w oceny ofert kryterium „Metodologia”, dokonanie ponownego uzasadnienia oceny oferty odwołujących w kryterium oceny ofert „Metodologia” i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. w pozostałym zakresie żądania zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 1076/17 oddala;
3. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 1072/17, wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., E. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., W. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**;
4. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1078/17, wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S.

- P.I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.;

5. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1090/17, wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

B. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., A.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A., S. w B. (H.);

6. kosztami postępowania obciąża: zamawiającego – **P.P.L.K. Spółkę Akcyjną w W.**, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., E. P.**

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., W. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., A.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A., S. w B. (H.)**, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. - P.I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.** i:

- 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., E. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., W. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.** (15 000,00 zł), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., A.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A., S. w B. (H.)** (... 000,00 zł), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. - P.I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G.**

**Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.(15 000,00 zł) tytułem wpisów od
odwołań;**

6.2 zasądza od **zamawiającego – P.P.L.K. Spółka Akcyjna w W. –na rzecz wykonawców
wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:B. Spółkę z ograniczoną
odpowiedzialnością w P., I.I., AD. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we
W., I.C.E.A, S. w B. (H.), kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset
złot. zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu
wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

6.3 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:T. **Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością w W., E. P. Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w W., W. I.Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.na
rzecz zamawiającego – P.P.L.K. Spółka Akcyjna w W. – kwotę 3 600 zł 00 gr**
(słownie: trzy tysiące sześćset złotych. zero groszy), stanowiącą koszty postępowania
odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika;

6.4 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:S. – **P.I.
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G. Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w G.na rzecz zamawiającego – P.P.L.K. Spółka Akcyjna w W. –**

4

kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych. zero groszy), stanowiącą
koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika;

6.5 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:B. **Spółkę
z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., AD. Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością we W.,I.C.E.A, S. w B. (H.)** na rzecz zamawiającego – P.P.L.K.
Spółka Akcyjna w W. – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych. zero
groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia
pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia (...)04 r. - Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z (...)13 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

.....
.....
.....

5

**Sygn. akt: KIO 1072/17
KIO 1076/17
KIO 1078/17
KIO 1090/17**

Uzasadnienie

Zamawiający – P.P.L.K. SA w W. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia
publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru
autorskiego w ramach projektu „prace na linii kolejowej nr (...) na odcinku G.-S.”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia
(...)04 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z (...)15 roku, poz. (...) ze zm.), zwanej
dalej ustawą P.z.p.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że wszyscy odwołujący są uprawnieni do
korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

KIO 1072/17

W dniu 29 maja (...)17 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się
o udzielenie zamówienia:T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., E. P. Spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością w W., W. I.Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
(dalej: odwołujący T.), wnieśli odwołanie w części II wobec:

1. czynności odrzucenia oferty odwołujących T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., pomimo iż treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.),
 2. z ostrożności procesowej - zaniechania wezwania odwołujących T. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.,
 3. czynności odrzucenia oferty odwołujących T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p., pomimo że wnieśli prawidłowe wadium, 4. zaniechania podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołujących T. w piśmie z dnia 18 maja (...)17 roku,
 5. czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., pomimo iż w postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu, tj. ofertę odwołujących T..
- Odwołujący T. zarzucili zamawiającemu:

6

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołujących T., pomimo iż treść oferty odpowiada treści s.i.w.z.,
2. z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechania wezwania odwołujących T. do złożenia wyjaśnień,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołujących T., pomimo że wnieśli prawidłowe wadium,
4. naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołujących T. w piśmie z dnia 18 maja (...)17 roku,
5. naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania, pomimo iż w postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu, tj. ofertę odwołujących T..

'W związku z powyższym odwołujący T. wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności oceny ofert,
3. dokonania ponownej oceny ofert,
4. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołujących T.,
5. wyboru oferty odwołujących T. jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy P.z.p.) odwołujący T. zażądali od zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący T. podnieśli, że mają interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący T. są wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. i ubiegają się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego odwołujący T. zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący T. złożyli ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W wyniku bezprawnego odrzucenia oferty odwołujący T. zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia.

W zakresie zarzutu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odwołujący T. podnieśli, iż zamawiający wskazał: „stwierdzono brak wyceny rozdziału 10 RCO”. Jest to stwierdzenie niezrozumiałe dla odwołujących T. i nie znajduje odzwierciedlenia w brzmieniu s.i.w.z.

Zamawiający zawarł w s.i.w.z. Rozdział „13. Opis sposobu obliczenia ceny”, w którym wskazał w pkt 13.2 sposób przedstawienia w ofercie ceny:

7

„13.2. Sposób przedstawienia w ofercie ceny oferty określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego. W Załączniku 1A do Formularza Ofertowego należy dokonać rozbicia procentowego ceny oferty zgodnie podziałem dokonany przez Zamawiającego.”

W Formularzu Ofertowym ceny dotyczą punkty 4 i 5, zgodnie z którym należało podać całkowitą cenę netto, należny podatek VAT oraz całkowitą cenę brutto - inaczej „Maksymalną

Cenę Kontraktową brutto".

Z kolei Załącznik 1A składa się z 2 części „1. Harmonogram rzeczowo - finansowy” oraz „2. Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO)”. Przy czym odwołujący T. złożyli ofertę tylko w części II, zatem wypełnili część 2 tylko dla „2. Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO) - dla zadania na odcinku L.-S. (odcinek C i D zgodnie z zapisami pkt 2.2. OPZ)”. Dla sposobu obliczenia ceny oferty oraz jej prezentacji w ofercie bardzo ważne jest porównanie części 1 i 2 Załącznika 1A oraz Załącznika 7 Harmonogram rzeczowo - Finansowy.

W Załączniku 7 Harmonogram finansowo - rzeczowy zamawiający narzucił sposób wypełnienia części 1 Harmonogramu rzeczowo - finansowego. Zamawiający wskazał bowiem w s.i.w.z. wartości procentowe (liczone od całości wynagrodzenia) dla wysokości wynagrodzenia za poszczególne zadania. W zależności od zadania zamawiający wskazał przedział procentowy wysokości dopuszczalnego wynagrodzenia - np. 1 - 2 % dla Wykonania Raportów o oddziaływaniu na środowisko czy 10 - 15% dla zadania Projekty wykonawcze, Dla zadania 9 „Pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie trwania robót budowlanych” Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie to ma wynosić od 5 do 15% wartości umowy. Zamawiający wyraźnie wskazał pod tabelą w pkt 1 Załącznika 1A, że „Łączna wartość Fazy I i Fazy II wynosi 100% umowy”. Faza I obejmuje zadania 1 -8, zaś Faza II obejmuje zadanie 9.

Odwołujący T. stwierdzili, iż, jak wynika z powyższego oraz z treści s.i.w.z. - Załącznik 1A, Harmonogram rzeczowo - finansowy w ogóle nie przewidywał

żadnej wartości wynagrodzenia (liczonej jako % od całości wynagrodzenia) dla Zadania 10. Tabela w części 1 obejmuje 9 zadań (8 zadań w Fazie I i 1 zadanie w fazie II). Z kolei tabela w części 2 obejmuje 10 zadań. Jednocześnie tabela w części pierwszej ma narzucony podział wynagrodzenia pomiędzy 9 zadań w taki sposób, że całość wynagrodzenia za realizację musi zostać ujęta w tej tabeli. Odwołujący T. byli zatem zobowiązani, aby kwotę wskazaną w pozycji 9 „Pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie trwania robót budowlanych” w pierwszej tabeli (punkt 1 Załącznika 1A) wpisać do odpowiedniej pozycji (Zadanie 9) tabeli w punkcie 2. Gdyby wpisali inną kwotę, oferta byłaby wewnętrznie sprzeczna.

8

Odwołujący T. zwrócili uwagę, że punkt 2 Załącznika 1A został zatytułowany „Rozbicie ceny ofertowej”. Zatem odwołujący T. mogli tylko wskazać wysokość cen za poszczególne elementy danego zadania.

Odwołujący T. nie uważają powyższego za błąd s.i.w.z. Odwołujący uznali, że usługi, które zostały wskazane przez zamawiającego w Rozdziale 10 - Prawo opcji w Tabeli w punkcie 2, to usługi, które odwołujący T. wykonają w ramach wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie trwania robót budowlanych. Usługi zarówno w punkcie 9 jak i 10 obejmują ten sam zakres prac, a dotyczą tylko innych okresów czasowych. Odwołujący T. uznali, że wobec takiego a nie innego ukształtowania przez zamawiającego s.i.w.z. w zakresie formularzy kształtujących cenę oferty, odwołujący T. będą świadczyli usługi w zakresie nadzoru autorskiego w okresie dłuższym niż 1185 dni w ramach wynagrodzenia, jakie otrzyma za świadczenie nadzoru autorskiego za zadanie 9. Jest to w pełni dopuszczalny sposób kształtowania przez wykonawcę ceny oferty. Takie ukształtowanie ceny wynikało z brzmienia s.i.w.z.

Odwołujący T. uważają, że gdyby zamawiający nie zaniechał wystąpienia o wyjaśnienia w tym zakresie, to ich oferta nie zostałaby odrzucona. Zamawiający otrzymałby wyjaśnienia, jak powyższe i musiałby uznać prawidłowość oferty, w szczególności jej ceny ofertowej. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wystąpienia o wyjaśnienia.

Gdyby zaś przyjąć, że możliwe są różne interpretacje zapisów s.i.w.z. w powyższym zakresie, to z całą pewnością zachodziłaby wtedy niejednoznaczność s.i.w.z. Z kolei niejednoznaczność postanowień s.i.w.z. nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia (...)12 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były

jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury"

Z kolei Sąd Okręgowy w G. w wyroku z 10 lipca (...)15 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy Pzp (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawarT. wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja

9

Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 701 § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawia, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji. (...) Nie wolno odrzucić oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wyliczenia ceny, jeżeli fakt ten był spowodowany wyłącznie winą zamawiającego, który tak przygotował SIWZ, że zawarty w nim sposób obliczenia ceny zawiera błędy".

Wobec powyższego odwołujący T. wskazali, że prawidłowo wypełnili Załącznik 1A do Formularza ofertowego. Sposób wypełnienia wynikał bowiem wprost z treści s.i.w.z. Zamawiający w toku postępowania dokonywał zmian Załącznika 1A i może z T. zmian wynika obecne brzmienie s.i.w.z.

W zakresie zarzutu odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p., odwołujący T. podnieśli, iż zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia, że w dokumencie wadialnym w postaci gwarancji stwierdzono wadę polegającą na niewskazaniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a wadium takie nie spełnia skutecznie funkcji gwarancyjnej dla oferty złożonej przez konsorcjum. Zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia, z czego wywodzi swój pogląd, że „wadium takie nie spełnia skutecznie funkcji gwarancyjnej dla oferty złożonej przez konsorcjum”, a jedynie wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Już sam brak uzasadnienia stanowi o wadliwości uzasadnienia odrzucenia oferty odwołujących T., co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. Powołanie się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, bez wskazania jakiegokolwiek argumentacji, nie konsumuje obowiązku ciężącego na zamawiającym zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odnosząc się do istoty problemu, odwołujący T. wskazali, że wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Podkreślili, że wadium wniesione w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej uznaje się za wystarczające i równoważne zabezpieczeniu pieniężnemu (spełniające rolę wadium), jeżeli z treści gwarancji wynika abstrakcyjna i bezwarunkowa możliwość zaspokojenia roszczeń zamawiającego z tytułu wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy P.z.p. Zdaniem odwołujących T., z treści gwarancji dołączonej do ich oferty wynika właśnie owa abstrakcyjna i bezwarunkowa możliwość zaspokojenia roszczeń przez zamawiającego.

10

Odwołujący T. podkreślili, że przesłanką wypłacenia kwoty objętej gwarancją nie jest wcale wystąpienie okoliczności, o których mowa w przepisach ustawy P.z.p., ale jest tą przesłanką złożenie przez zamawiającego odpowiedniego oświadczenia, że takie okoliczności wystąpiły. W przedmiotowej gwarancji bank-gwarant wyraźnie zobowiązuje się do takiej wypłaty na pierwsze pisemne żądanie:

"I.R.T.U. Spółka Akcyjna V.I.G. (...) niniejszym gwarantuje zapłatę na pierwsze pisemne żądanie kwoty 315.000 złot. z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawy Prawo zamówień publicznych (...)."

I właśnie takie pisemne żądanie beneficjenta - zamawiającego będzie w każdym przypadku dokumentem, na podstawie którego następuje wypłata świadczenia pieniężnego z tytułu gwarancji.

Odwołujący T. wskazali, że wadium złożone w formie przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej zabezpiecza roszczenia beneficjenta, tj. zamawiającego, w przypadku zaistnienia wszystkich okoliczności wymienionych w ustawie P.z.p. w stosunku do całego konsorcjum. Wynika to z brzmienia przepisów ustawy P.z.p. Otóż przesłanki wymienione w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy P.z.p. zawsze odnoszą się do wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w treści gwarancji, tj. w niniejszym przypadku odnoszą się do odwołujących T.. Wynika to z treści przepisu art. 23 ust. 3 ustawy P.z.p., który wyraźnie i wprost reguluje sytuację wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wskazując, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wynika z tego, że w świetle ustawy P.z.p., konsorcjum traktowane jest jako jeden wykonawca. Zatem wniesione w niniejszym postępowaniu przez odwołujących T. wadium jest zgodne z ustawą P.z.p., gdyż jest wadium wniesionym przez wykonawcę.

Ponadto odwołujący T. podnieśli, że przy rozpatrywaniu kwestii treści gwarancji należy wziąć pod uwagę kwestię, iż konsorcjum ze swej istoty pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej. Skutkiem powyższego jest okoliczność, że konsorcjum niezdolne jest do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji. Gwarancja taka może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum. I dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 223/08.

W zakresie zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odwołujący T. podnieśli, że ich oferta nie podlega odrzuceniu. A zatem nie istnieje podstawa faktyczna unieważnienia, na którą powołał się zamawiający i czynność unieważnienia powinna zostać unieważniona.

11

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o

1. oddalenie odwołania;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego T., w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się ze stanowiskiem odwołujących T. oraz stoi na stanowisku, iż odwołanie nie znajduje tak podstaw faktycznych, jak i prawnych do jego uwzględnienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zamawiający nie zgodził się, że oferta odwołujących T. została odrzucona bezpodstawnie. W ocenie zamawiającego, zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ oferta odwołujących zawierała istotne braki.

Zamawiający podniósł, że odwołujący T. nie zamieścili w swojej ofercie, w Rozbiciu Ceny Ofertowej (RCO), wyceny rozdziału 10 RCO - prawa opcji. Rubryki przewidziane na wycenę prawa opcji zostały pozostawione puste.

W związku z tym, w ocenie zamawiającego, oferta jest niepełna i jest to wada niepodlegająca poprawieniu przez zamawiającego, bowiem w celu uzupełnienia oferty należałoby dokonać wyceny prawa opcji, czyli zmienić treść oferty, co nie jest dopuszczalne - art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Na podstawie danych zawarT. w ofercie odwołujących T., zamawiający nie miał możliwości ustalenia kwoty, którą odwołujący zamierzał zaproponować dla pełnienia nadzoru autorskiego w czasie wydłużonym na podstawie prawa opcji. Zamawiający podniósł,

że każdy z wykonawców był zobowiązany wypełnić każdą pozycję RCO dla danej części zamówienia uwzględniając wszystkie koszty, a wymóg ten dotyczy również pozycji nr 10 odnoszącej się do wyceny opcji. Na etapie realizacji zamówienia zamawiający, w przypadku skorzystania z prawa opcji, będzie dokonywał rozliczeń na podstawie wartości wskazanych w RCO w pozycji 10.

W ocenie zamawiającego, uwzględnienie odwołania oraz przyjęcie, iż „Odwołujący będzie świadczył usługi w zakresie nadzoru autorskiego w okresie dłuższym niż 1185 dni w ramach wynagrodzenia, jakie otrzyma za świadczenie nadzoru autorskiego za zadanie 9”

1) Doprowadzi do wyboru oferty, która podlega odrzuceniu jako niezgodna z s.i.w.z. -zarówno w IDW jak i w WU Zamawiający jasno i wyraźnie opisał w sposób jasny i wyraźny sporządzenia oferty (wypełnienie wszystkich pozycji RCO),

2) Doprowadzi do wyboru oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny - Odwołujący T. dokonali kalkulacji oferty w sposób niezgodny z wymaganym przez Zamawiającego, dokonując przerzucenia kosztów pomiędzy pozycje (z pozycji 10 do pozycji 9). Ponadto wskazał, że pozycja 9 RCO dotyczy jedynie nadzoru autorskiego, tymczasem w ramach prawa opcji zamawiający przewidział także prace projektowe. Tym samym, nie sposób uznać, że wycena pozycji 9 RCO odnosi się także do pozycji 10 RCO.

3) Doprowadzi do wyboru oferty, która zawiera rażąco niską cenę, a zachowanie odwołujących T. nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji - zaoferowanie wykonania istotnej części zamówienia za 0 zł niewątpliwie świadczy o rażącym zaniżeniu pozycji 10 RCO oraz stanowi cenę dumpingową,

4) Doprowadzi do zawarcia umowy, która będzie realizowana w zakresie objętym prawem opcji nieodpłatnie, co przeczy definicji umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej wart. 2 pkt9b, która wskazuje, iż cechą takiej umowy jest jej odpłatność,

5) Doprowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż będzie stawiać odwołujących T. w preferencyjnej sytuacji względem pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy dokonali wypełnienia RCO w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p., zamawiający powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 22 maja (...)15 r., sygn. akt KIO 974/15

I wyrok KIO z dnia 16 grudnia (...)15 r., sygn. akt KIO 2640/15. Zamawiający uznał, żeprzedstawiona gwarancja ubezpieczeniowa nr

a zatem oferta 02GG26/0181/17/0003 nie

spełnia skutecznie funkcji gwarancyjnej,

odwołujących T. podlegała odrzuceniu także z tej przyczyny.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., A.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A., S. w B. (H.) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S. - P.I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.. Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z IDW:

13. OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY

13.1. Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce),

13.2. Sposób przedstawienia w ofercie ceny oferty określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego (na który składa się zarówno: Harmonogram rzeczowo - finansowy, rozbiecie Ceny Ofertowej, Dodatkowy Potencjał Kadrowy). Należy dokonać rozbiecia procentowego ceny oferty zgodnie podziałem dokonany przez Zamawiającego wskazanym w Załączniku nr 7 do OPZ, a następnie wypełnić RCO. Maksymalna Cena Kontraktowa Brutto z RCO uważana będzie za cenę oferty.

Zgodnie ze wzorem umowy:

§6 WYNAGRODZENIE I WARUNKI PŁATNOŚCI

4. Płatność za wykonanie zobowiązań, w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego płatna będzie w ryczałtowych miesięcznych ratach stanowiących 1/39 kwoty wymienionej w RCO dla pełnienia usługi nadzoru, oraz ostatnia rata w wysokości 3/39 kwoty wymienionej w RCO dla pełnienia usługi nadzoru. W przypadku zawieszenia usługi nadzoru autorskiego w części, płatność za pełnienie usługi w częściach niezawieszonych będzie dokonywana zgodnie z Rozbiciem Ceny Oferty (RCO), 5. W przypadku wydłużenia pełnienia nadzoru autorskiego w wyniku zastosowania prawa opcji o 12 miesięcy, płatność za wykonywanie nadzoru autorskiego dokonywana będzie w ryczałtowych miesięcznych ratach, stanowiących 1/12 kwoty wskazanej w RCO za pełnienie usługi nadzoru w czasie opcjonalnym 12 miesięcy.

6. W przypadku wydłużenia pełnienia nadzoru autorskiego w wyniku zastosowania prawa opcji o 24 miesiące, płatność za wykonywanie nadzoru autorskiego dokonywana będzie w ryczałtowych miesięcznych ratach, stanowiących 1/24 kwoty wskazanej w RCO za pełnienie usługi nadzoru w czasie opcjonalnym 24 miesięcy.

§10 NADZÓR AUTORSKI

8. W ramach Prawa opcji Zamawiający przewiduje, wydłużenie czasu realizacji nadzoru autorskiego, ponad czas przewidziany w Umowie o: 1) 12 miesięcy, 2) 24 miesiące,

14

9. O skorzystaniu z Prawa opcji Zamawiający jest zobowiązany poinformować Wykonawcę nie później niż na 3 miesiące przed terminem zakończenia realizacji Fazy II. Zamawiający może poinformować Wykonawcę o wydłużeniu czasu realizacji o 12 miesięcy lub o 24 miesiące. W przypadku wydłużenia czasu realizacji o 12 miesięcy, na 3 miesiące przed końcem upływu wydłużonego czasu, Zamawiający może poinformować Wykonawcę o dalszym wydłużeniu realizacji Fazy 2 o 12 miesięcy.

13- Płatność Wynagrodzenia w wydłużonym czasie odbywać się będzie na zasadach określonych w § 6.

Odwołujący T. nie zamieścili w swojej ofercie, w Rozbiciu Ceny Ofertowej (RCO), wyceny rozdziału 10 RCO - prawa opcji. Rubryki przewidziane na wycenę prawa opcji zostały pozostawione puste.

Odwołujący T. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej I.R. T.U. Spółka Akcyjna V.I.G. nr 02GG26/0181/17/0003, która w swej treści wskazywała jako wykonawcę jedynie lidera odwołującego się konsorcjum – T. Sp. z o.o. w W..

Zamawiający w piśmie z dnia 18 maja (...)17 roku poinformował o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu ofert odwołujących T..

W uzasadnieniu wskazał, że stwierdzono brak wyceny rozdziału 10 RCO - prawa opcji. W związku z tym oferta jest niepełna i jest to wada niepodlegająca poprawieniu przez Zamawiającego - bowiem w celu uzupełnienia oferty należałoby dokonać wyceny prawa opcji, czyli zmienić treść oferty - co nie jest dopuszczalne - art. 87 ust. 1 Pzp. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Na podstawie danych zawarT. w ofercie wykonawcy, Zamawiający nie ma możliwości ustalenia kwoty, którą Wykonawca zamierzał zaproponować dla pełnienia nadzoru autorskiego w czasie wydłużonym na podstawie prawa opcji.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że oferta jest niepełna i niezgodna z SIWZ. podlega więc odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dodatkowo w dokumencie wadialnym wniesionym w postaci gwarancji stwierdzono wadę niepodlegającą uzupełnieniu - poprzez niewskazanie wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Gwarant wymienił tylko: T. Sp. z o. o. (...)). Wadium takie nie spełnia skutecznie funkcji gwarancyjnej dla oferty złożonej przez konsorcjum, co jest równoznaczne z brakiem jej zabezpieczenia, co potwierdza wyrok KIO z dnia 13 stycznia (...)17 r. (sygn. KIO 2489/16) Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art.

15

89 ust. 1 pkt 7b wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli Zamawiający żądał wniesienia wadium.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu, chociaż nie wszystkie zarzuty należy uznać za bezzasadne.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołujących T. z uwagi na brak wyceny prawa opcji.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa (...)14/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego (...)14 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę (...)04/18/WE, wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji lub wznowienia zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia (art. 5 ust. 1 dyrektywy).

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Z powyższego wynika zatem, że prawo opcji, o ile jest przewidziane, jest niezbędnym składnikiem opisu przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem czynnik objęty koniecznością jego wskazania zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. Stanowisko to potwierdzają także wskazane wyżej przepisy dyrektywy oraz art. 34 ust. 5 ustawy P.z.p., nakazujące, przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia, uwzględniać prawo opcji. Oczywiście jest zatem, iż prawo opcji stanowi część przedmiotu zamówienia, czyli przedmiotu umowy zawieranej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział prawo opcji i określił, w jaki sposób i na jakich zasadach będzie z niego korzystał. W szczególności wskazał możliwe terminy przedłużenia okresu wykonywania nadzoru autorskiego w ramach prawa opcji oraz sposób dokonywania płatności w przypadku każdego z przewidzianych terminów. W związku z tym zobowiązał wykonawców do określenia ceny z uwzględnieniem wszystkich wymagań s.i.w.z. w sposób określony w Formularzu Ofertowym oraz w załączniku zawierającym Harmonogram rzeczowo - finansowy, Rozbicie Ceny Ofertowej, Dodatkowy Potencjał Kadrowy). Podkreślił, że należy dokonać rozbicia procentowego ceny oferty zgodnie

16

podziałem wskazanym w Załączniku nr 7 do OPZ, a następnie wypełnić RCO. Maksymalna Cena Kontraktowa Brutto z RCO uważana będzie za cenę oferty. Pozycja 10 RCO dotyczyła prawa opcji.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie odzwierciedlenie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie naszym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

W związku z tym, iż prawo opcji jest istotnym czynnikiem opisu przedmiotu zamówienia, a jego wartość w przedmiotowym postępowaniu winna była zostać uwzględniona w RCO i składała się na ostateczną cenę oferty, uznać należy, że brak jej wyceny stanowi o niezgodności treści oferty odwołujących T. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co stanowi podstawę odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. W rozpoznawanym przypadku brak wyceny jest bowiem istotnym brakiem oświadczenia woli, który nie może być konwalidowany w ramach złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja (...)10 r., sygn. akt KIO868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70 i § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać

17

za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim świadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne sformułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający we wskazanych wyżej postanowieniach s.i.w.z. oraz postanowieniach umownych wskazał na sposób obliczenia ceny oferty i jest tymi postanowieniami związany stosownie do określonych wyżej wskazań. Odstąpienie od zasad, które zamawiający sam ustanowił przesądzałoby o naruszeniu szeregu przepisów ustawy P.z.p., w tym zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba w popiera stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym przyjęcie, iż „Odwołujący będzie świadczył usługi w zakresie nadzoru autorskiego w okresie dłuższym niż 1185 dni w ramach wynagrodzenia, jakie otrzyma za świadczenie nadzoru autorskiego za zadanie 9 jest bezzasadne z następujących przyczyn;

1) Doprowadzi do wyboru oferty, która podlega odrzuceniu jako niezgodna z s.i.w.z. - zarówno w IDW jak i w WU Zamawiający jasno i wyraźnie opisał w sposób jasny i wyraźny sporządzenia oferty (wypełnienie wszystkich pozycji RCO),

2) Doprowadzi do wyboru oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny - Odwołujący T. dokonali kalkulacji oferty w sposób niezgodny z wymaganym przez Zamawiającego, dokonując przerzucenia kosztów pomiędzy pozycje (z pozycji 10 do pozycji 9). Ponadto wskazali, że pozycja 9 RCO dotyczy jedynie nadzoru autorskiego, tymczasem w ramach prawa opcji zamawiający przewidział także prace projektowe. Tym samym, nie sposób uznać, że wycena pozycji 9 RCO odnosi się także do pozycji 10 RCO.

3) Doprowadzi do wyboru oferty, która zawiera rażąco niską cenę, a zachowanie odwołujących T. nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji - zaoferowanie wykonania istotnej części zamówienia za 0 zł niewątpliwie świadczy o rażącym zaniżeniu pozycji 10 RCO oraz stanowi cenę dumpingową,

4) Doprowadzi do zawarcia umowy, która będzie realizowana w zakresie objętym prawem opcji nieodpłatnie, co przeczy definicji umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 9b, która wskazuje, iż cechą takiej umowy jest jej odpłatność,

18

5) Doprowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż będzie stawiać odwołujących T. w preferencyjnej sytuacji względem pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy dokonali wypełnienia RCO w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 87 ust 1 ustawy P.z.p., czemu dała wyraz powyżej.

Izba uznała za bezzasadny zarzut w przedmiocie zaniechania podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołujących T. w piśmie z dnia 18 maja (...)17 roku. W ocenie Izby uzasadnienie jest prawidłowe i odpowiada prawu. Zamawiający wskazał

podstawy podjęt. decyzji i przepisy prawne, które zastosował. W rozpoznawanym przypadku lakoniczność sformułowań zastosowanych przez zamawiającego nie powodowała braku możliwości uzyskania wiedzy co do faktycznych i prawnych podstaw dokonanych czynności.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez jego wadliwe zastosowanie i unieważnienie postępowania, pomimo niewystąpienia przesłanki, o której mowa w powołanym przepisie. Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający skutecznie odrzucił wszystkie oferty, w związku z czym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. należy uznać za prawidłowe.

Izba uznała za zasadny zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołujących T.na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. z powodu niewniesienia przez nich wadium. W ocenie Izby nie istnieją przeszkody w wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której to treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy P.z.p. przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Dlatego też obowiązki jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy będą dotyczyły T.wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu. Izba w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego w P. wyrażone w wyroku z dnia 12 maja (...)06 roku (sygn. akt II CA 489/06), gdzie Sąd wskazał, iż złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i tonawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum (...). Stosownie jednak do przepisu art.

19

14 p.z.p. doczynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawiny nie stanowią inaczej. Wobec tego uregulowania nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregoś z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.

Uwzględnienie powyższego zarzutu pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie Izby, która uznała za zasadne odrzucenie oferty odwołujących T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

KIO 1076/17

W dniu 29 maja (...)17 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.L., A.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A., S. w B. (H.) – dalej: odwołujący B. wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1) uznaniu, że złożone przez wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawców E. P. sp. z o.o., T. sp. z o.o. i W. I.sp. z o.o. (dalej łącznie zwani „E.”) dokumenty JEDZ w zakresie części IV sekcja C pkt 2 dla E. P. sp. z o.o. oraz T. sp. z o.o. (dalej oba zwane

z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych (dalej jako „Wykaz osób”) zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji, zaniechanie uznania tego zastrzeżenia za bezskuteczne i ujawnienia oraz udostępnienia odwołującemu JEDZ i Wykazu osób złożonych przez E., co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1, 2, 3 oraz art. 96 ust. 3, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy P.z.p., art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z (...)03 Nr 153, poz. 1503. ze zm., zwaną dalej „u.z.n.k.”);

2) uznaniu, że osoby wskazane w JEDZ oraz w Wykazie osób spełniają wymagania opisane w pkt 8.6.1 poz. 1,2,3,5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym, że E. spełnia udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.,

3) zaniechaniu wykluczenia E. z postępowania wskutek podania przez E. informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w zakresie doświadczenia osób wskazanych w JEDZ i Wykazie osób, na funkcje opisane w pkt 8.6.1 poz. 1,2,3,5 s.i.w.z., co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.,

Ewentualnie, wobec pkt. 13 powyżej, zaniechanie wezwania E. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia JEDZ i Wykazu osób w zakresie funkcji wskazanych w pkt 8.6.1 poz. 1,2,3,5 s.i.w.z.,

4) braku uzasadnienia faktycznego punktacji przyznanej odwołującym B. w kryterium „Metodologia”, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 w zw. z 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.,

5) błędnej ocenie oferty odwołujących B. i przyznaniu im jedynie 13,47 punktów w kryterium „Metodologia”, podczas gdy po dokonaniu prawidłowej oceny ofert odwołujący B. powinni otrzymać w tej kategorii 15 punktów, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p..

Powyższym czynnościami odwołujący B. zarzucili naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Odwołujący B. wniosli o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert dokonanej w postępowaniu i:

1) nakazanie zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie JEDZ i Wykazu osób złożonych przez wykonawcę E.,

2) dokonanie ponownej oceny ofert i:

21

2.1) wykluczenia E. z postępowania, a jedynie z ostrożności wezwania E. do uzupełnienia JEDZ i Wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.,

2.2) dokonania pełnego uzasadnienia faktycznego przyznanej B. punktacji w kryterium oceny ofert - „Metodologia”,

2.3) przyznania odwołującemu 15 pkt w kategorii „Metodologia”,

2.4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących B. kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący B. podnieśli, że posiadają w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. ustawy P.z.p. Oferta odwołujących jest drugą (po ofercie E., która została uznana za najkorzystniejszą) najlepiej ocenioną w postępowaniu ofertą. W ocenie odwołujących B., ich ofercie powinna zostać przyznana wyższa ilość punktów, a oferta E., który nie spełnia wymogów udziału w postępowaniu powinna podlegać odrzuceniu (a wykonawca wykluczeniu z postępowania).

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia zasady jawności postępowania, odwołujący B. podnieśli, że E. dokonał utajnienia części swojej oferty, tj. JEDZ (w zakresie wskazanym i zdefiniowanym w pkt 1.1 petitum odwołania) oraz Wykazu osób. Odwołujący B. kwestionują zasadność zastrzeżenia informacji zawart. w T. dokumentach jako nieuprawnionego.

Odwołujący B. stwierdzili, że E. dokonał utajnienia JEDZ i Wykazu osób. W ocenie odwołujących B. utajnieniu nie powinny podlegać informacje dotyczące danych personalnych, kwalifikacji i doświadczenia osób, zajmowanych przez nich stanowisk i ilości „zaoferowanych” osób na poszczególne stanowiska. Jest to tym bardziej nieuprawnione w niniejszym wypadku, bowiem w zakresie osób z uprawnieniami z branży budowlanej, prowadzone są specjalne rejestry, zawierające dane wszystkich T. osób. Tu przede wszystkim należy zwrócić uwagę na rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane prowadzony przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego w oparciu o art 88a ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (dalej jako „P.b.”). W rejestrze tym podaje się dane osób posiadających dane uprawnienia zgodnie z ust. 2 ww. art., w tym m.in. imię i nazwisko, nr PESEL oraz zakres posiadanych uprawnień. Tak więc w oparciu o ten rejestr bez większych problemów wyszukać można dane osób posiadających wymagane przez zamawiającego uprawnienia. Z T. osób w stosunkowo prosty sposób da się wyselekcjonować osoby o większym doświadczeniu, a przede wszystkim skontaktować się z nimi, choćby za pośrednictwem izb budowlanych do których należą, czy też zwykłych środków komunikacji (np. telefon, mail czy też portale społecznościowe).

22

Odwołujący B. zauważyli, że zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia (...)12 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (por. § 3 ust. 1 pkt 4)), każdy projekt budowlany zawierać musi m.in. imię, nazwisko, numer uprawnień, specjalność oraz podpis projektanta, oraz imiona i nazwiska osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności opracowujących poszczególne części projektu budowlanego, wraz z określeniem zakresu ich opracowania, specjalności i numeru posiadanych uprawnień budowlanych oraz datę opracowania i podpisy. W konsekwencji osoby takie nie pozostają anonimowe, albowiem ich nazwiska figurują w projektach budowlanych.

Odwołujący B. stwierdzili, że projekty budowlane wykonywane przez takie osoby są jawne z mocy prawa. Stają się one bowiem częścią dokumentacji przetargowej dla przetargów na wykonawstwo robót budowlanych, a te z istoty rzeczy są jawne i powszechnie dostępne choćby w Internecie.

W ocenie odwołujących B., skoro zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał wskazania osób posiadających doświadczenie w wykonywaniu projektów budowlanych, to osoby te powinny być ujawnione w odpowiedniej dokumentacji referencyjnej. Ta z kolei jest jawna i powszechnie dostępna. Nie można zatem twierdzić, że zaistniała w niniejszej sprawie przesłanka w postaci niepodania T. informacji do wiadomości publicznej. Tym bardziej, że z istoty wymogów doświadczenia wymaganego od kadry wynika, że doświadczenie to musiało być nabyte przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz P.P.L.K. S.A. Nie ma bowiem innych tego typu zadań, które by te wymogi spełniały.

Odwołujący B. podnieśli, że domyślać się można, że najpewniej argumentem wskazywanym przez E., a przemawiającym za zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, miałyby być rzekoma praktyka podkupowania sobie pracowników przez konkurencyjne przedsiębiorstwa. Jeżeli takowe sytuacje miałyby mieć miejsce, to wykonawca E. powinien je wykazać i udowodnić.

W ocenie odwołujących B., nie było jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych do zastrzegania przez E. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a czynność tego zastrzeżenia została dokonana tylko w celu uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji złożonej oferty. Działanie takie nie powinno podlegać ochronie i należy się zatem zgodzić z wyrokiem KIO z dnia 29.01.(...)13 r. (KIO 83/13), w którym stwierdzono, że „nie można podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego.”

23

W zakresie zarzutu niespełnienia przez E. warunków ubiegania się o zamówienie zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, odwołujący B. stwierdzili, że nie mają pewnej wiedzy, jakie konkretnie osoby na jakie funkcje zostały

wskazane przez E. w JEDZ oraz Wykazie osób. W tym zakresie ma jedynie pewne przypuszczenia na podstawie informacji powziętych w związku z innym postępowaniem prowadzonym przez P.P.L.K. S.A. (zwanym „Postępowaniem S.”)

W konsekwencji odwołujący B. wskazali, że przede wszystkim rozprawa i uwzględnieniu powinien podlegać zarzut zaniechania odtajnienia JEDZ i Wykazu osób połączony z jednoczesnym unieważnieniem czynności oceny ofert. W takim bowiem przypadku odwołujący B. będą mieli możliwość korzystania z nowego środka ochrony prawnej, dysponując już pewnymi informacjami, kto i na jaką funkcję został wskazany. Wówczas zarzuty błędnej oceny spełniania przez E. warunków ubiegania się o zamówienie w zakresie dysponowania osobami i wynikające z tego konsekwencje prawne (kwestia wykluczenia E. w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp lub wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.) mogłyby być pozostawione do rozpoznania w nowym kolejnym odwołaniu wniesionym po udostępnieniu odtajnionego JEDZ i Wykazu osób.

Odwołujący B. z ostrożności sformułował od razu zarzuty wobec osób, jakie przypuszczalnie E. wskazał w JEDZ i Wykazie osób.

Zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (por. pkt 8.6.1. poz. 1 s.i.w.z.), zamawiający żądał od wykonawców wykazania dysponowaniem Koordynatorem Projektu o następujących kwalifikacjach;

Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert, opracował co najmniej dwa [2] opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy), w zakresie minimum pięciu [5] wskazanych branż (torowa, drogowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjnej), dla budowy lub przebudowy Unii kolejowej, które obejmowały w swym zakresie łącznie (w zakresie branż) co najmniej jeden [1] szlak długości co najmniej 5 km i dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa [2] tory główne dodatkowo położone na zelektryfikowanej linii kolejowej, w oparciu o które to opracowania projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę, o łącznej wartości prac projektowych nie mniejszych niż 5 000 000, 00 PLN brutto.

W ocenie odwołujących B., prawidłowa interpretacja ww. postanowienia prowadzi do wniosku, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Koordynatora projektu musi kumulatywnie spełniać następujące warunki:

po pierwsze, musi posiadać doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał co

24

najmniej dwa [2] opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca projekt budowlany i wykonawczy),

po drugie, każda z T. dwóch dokumentacji projektowych (opracowań) musi dotyczyć minimum pięć [5] branż (wymagane branże: torowa, drogowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjnej), a więc wszystkie te branże powinny dotyczyć zarówno szlaku jak i obu stacji kolejowych,

po trzecie, w oparciu o te dwie dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę,

łączna wartość prac projektowych musi być nie mniejsza niż 5,000.000,00 zł brutto, Odwołujący B. podnieśli, że zakładając, że E. tak jak ostatnio (tj. w Postępowaniu S.) wskazał, p. D. K.ego, opisując doświadczenie ww. osoby (znów przyjęto założenie takiego samego opisu, z jedyną różnicą w postaci dodania branży drogowej):

- w odniesieniu do pierwszego opracowania dokumentacji projektowej, wskazał, że:

p. K. kierował zespołem projektowym, który w ciągu ostatnich 5 lat wykonał m.in. następujące opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy. Opracowanie to dotyczyło branż torowej, drogowej, mostowej, urządzeń srk, sieci trakcyjne. Opracowanie to wykonane zostało dla zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Ł. - Stacja S., Ł. i M. w ramach projektu POIiŚ 7.1-9.1 „Modernizacja linii kolejowej E(...)/CE(...) na odcinku S. - T., Etap II” (dalej zadanie to zwane jest „Zadaniem LCS Ł.”),

dokumentacja projektowa w stadium PB i PW dotyczyła przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej zawierającej w swoim zakresie 1 szlak i 2 stacje (stację S. i stację D.) obejmującej 2 tory główne dodatkowe,

zakres dokumentacji projektowej obejmował branżę drogową, torową, mostową, srk, sieci trakcyjne, w oparciu o ww. dokumentację uzyskano pozwolenie na budowę,

W odniesieniu do drugiego opracowania dokumentacji projektowej, odwołujący B. założyli, że E. wskazał identyczne dane (w tym tę samą inwestycję - Zadanie LCS Ł.), z jedną różnicą, że zamiast stacji S. i D., podał stacje Ł. i M.).

W tym miejscu odwołujący B. zauważyli, że prawidłowa i pełna nazwa postępowania (zadania), na które powołuje się w wykazie osób E., brzmi: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Ł. – stacja S., Ł. i M. (pełny zakres robót) oraz odcinkiszlakowe (tylko systemy sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacja)w ramach projektu POLiŚ 7.1-9,1 „Modernizacja linii kolejowej E (...) /CE (...) na odcinku S. - T., Etap II”, a nie jak najprawdopodobniej wskazano w Wykazie osób „Zaprojektowanie i wykonanie

25

robót budowlanych dla LCS Ł. ~ Stacja S., Ł. i M. w ramach projektu POLiŚ 7,1-9.1 „Modernizacja linii kolejowej E (...) /CE (...) na odcinku S. - T., Etap II”.

W ocenie odwołujących B., E. nie wykazał, aby p. D.K. spełniał wymagania postawione wobec Koordynatora projektu.

Przed wszystkim zespół projektowy, którym kierował p. K., nie wykonał w ciągu ostatnich 5 lat dwóch opracowań dokumentacji projektowej szczegółowo określonej w pkt 8.6.1. s.i.w.z. Informacja podana przez E. w tym zakresie jest nieprawdziwa.

Dokumentacja projektowa, którą wykonał E. wykonywana była w ramach jednego zamówienia (Zadanie LCS Ł.) i jednej umowy (zawartej przez P.P.L.K. S.A. i konsorcjum P.P. S.A. (później sp. z o.o.), D. S.A., V.C. S.A., E. S.A.), wykonywanej przez te same podmioty w tym samym czasie. To funkcjonalne połączenie świadczy o tym, że niedopuszczalny był podział tego jednego zadania w swej istocie na dwa odrębne, jak to uczynił E..

Dodatkowo, jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania LCS Ł. (por. pkt 2.1 opz dla tego zadania, pkt 2.8.1 opz), zamawiający nie traktował poszczególnych projektów budowlanych jako wyodrębnionych elementów, którym można przypisać jakąś samodzielność, pozwalającą na ich traktowanie jako odrębne opracowania.

Dokumentacja projektowa wykonana w ramach Zadania LCS Ł. miała służyć wykonaniu jednej inwestycji i jednej robocie budowlanej.

Przyjęty przez E. podział jednego zadania na dwie odrębne części (czyli przygotowanie dwóch odrębnych opracowań) nie znajduje żadnego uzasadnienia w oparciu o opz dla Zadania LCS Ł.. Jest to sztuczny podział mający jedynie na celu pozorne spełnienie wymogu zamawiającego wykonania dwóch opracowań.

W ocenie odwołujących B. uznać należy, że wykonano jedno opracowanie, dotyczące kilku szlaków i czterech stacji (S., D., Ł. i M.). Z pewnością jedno opracowanie dotyczące trzech szlaków i czterech stacji kolejowych nie spełnia wymogu dwóch opracowań, z których każde ma dotyczyć co najmniej jednego szlaku i co najmniej dwóch stacji kolejowych

Odwołujący B. podnieśli, iż – jak wynika z cytowanej wyżej treści pkt 8.6.1. poz. 1 s.i.w.z. – dokumentacja projektowa ma być sporządzona (dotyczyć) dla budowy lub przebudowy obejmującej w swym zakresie łącznie (w zakresie branż) co najmniej jeden [1] szlak i dwie [2] stacje kolejowe. Tymczasem w Zadaniu LCS Ł. (zarówno w odniesieniu do jego pierwszej, jak drugiej części w wykazie osób) w odniesieniu do szlaków kolejowych wykonywano prace projektowe tylko dla branży srk i telekomunikacyjnej. Nie wykonano w odniesieniu do szlaków kolejowych projektów branż torowej, drogowej, mostowej i sieci trakcyjnych.

Zdaniem odwołujących B. świadczy o tym pełna nazwa postępowania, na które powołuje się E., tj. zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Ł. ~ stacja S., Ł.

26

i M. (pełny zakres robót) oraz odcinki szlakowe (tylko systemy sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacja) w ramach projektu POLiŚ 7.1 ~9,1 „Modernizacja linii kolejowej E (...) /CE (...) na odcinku S. - T., Etap II”. Potwierdza to także pkt 2.1 IdW dla Zadania LCS Ł., jak i treść pfu dla tego zadania.

Odwołujący B. podnieśli, iż ponadto w odniesieniu do stacji D. wykonano bardzo ograniczone prace (a wcześniej projekt w tym zakresie) i tylko w branży srk (por. tabela nr 9 tom IV s.i.w.z. dla Zadania LCS Ł. poz. 3 i (...)). Prace te były na tyle ograniczone, że stacja ta w ogóle nie została wyodrębniona w OPZ dla przedmiotowego zadania jako objęty robotami budowlanymi obiekt wymagający osobnego pozwolenia na budowę i realizowana

jest w ramach robót budowlanych dla odcinka S. - Ł.. Bierze się to z faktu, że prace dotyczące tej stacji w pozostałych branżach zostały zrealizowane przez innego wykonawcę w ramach innego postępowania, którego realizacja przypadła znacznie wcześniej niż realizacja zadania wskazanego przez E., to jest zadania Modernizacja linii kolejowej E(...) na odcinku S. - T., Etap II (LOT A).

Odwolujący B. zauważyli, że w sprawie pod sygn. akt KIO576/17 przedmiotem rozpoznania była kwestia praktycznie identycznego warunku w odniesieniu do p. D. K.ego i Zadania LCS. W tym postępowaniu KIO (wyrokiem z dnia 18.04.(...)17 r.) uznała zarzut dot. zakresu przedmiotowego (w odniesieniu do wymaganych branż) za zasadny i orzekła, że Zadanie LCS Ł. nie spełnia warunku referencyjnego, albowiem w odniesieniu do szlaków kolejowych prace projektowe obejmowały tylko branże srk i telekomunikacyjną, natomiast w odniesieniu do stacji D. wykonano tylko ograniczony zakres robót (w branży srk). Tym samym nie spełniono wymogu wszystkich wymaganych branż (w tym samym postępowaniu rozpatrywanym przez KIO żądano T. samym branżco w niniejszym za wyjątkiem drogowej). Wyrok ten potwierdza zasadność i słusność tego zarzutu.

Odwolujący B. podnieśli, iż zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (por. pkt 8.6.1 poz. 2 IdW), zamawiający żądał od wykonawców wykazania dysponowaniem Głównym projektantem o następujących kwalifikacjach:

Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował co najmniej dwa [2] opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy w zakresie minimum pięciu [5] branż - torowa, drogowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjne) dla budowy lub przebudowy linii kolejowej, które obejmowały w swym zakresie łącznie co najmniej jeden [1] szlak o długości co najmniej 5 km (w zakresie nawierzchni, podtorza, odwodnienia torów) i dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa [2] tory główne dodatkowe (w zakresie nawierzchni, podtorza, odwodnienia

27

torów) i (...) rozjazdów, położoną na zelektryfikowanej linii kolejowej, w oparciu o które do dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę.

E. najprawdopodobniej jako Głównego projektanta, spełniającego ww. wymogi wyznaczył p. Romualda C.ego. Jednocześnie, przypuszczalnie, w Wykazie osób opisując doświadczenie ww. osoby wskazał m.in., że:

p. C. kierował zespołem projektowym, który w ciągu ostatnich 5 lat wykonał m.in. następujące opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy,

opracowanie to dotyczyło branż torowej, mostowej, urządzenia srk, sieci trakcyjne,

opracowanie to wykonane zostało dla zadania: Budowa połączenia kolejowego MPL K. - B. z K. ode. K. - K. - B." (zwane dalej „Zadanie Budowa MPL K."),

- projekt ten obejmował przebudowę układu torowego i podtorza na odcinku K. - K. wraz ze stacją K. Osobowy, stacją K. Gł. T., stacją K. dla zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej,

w oparciu o ww. dokumentację uzyskano pozwolenie na budowę.

W ocenie odwołującego E. nie wykazał, aby p. R. C. spełniał wymagania postawione wobec Głównego projektanta kierowania zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 2 opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy.

Wg wiedzy odwołujących B., p. R. C. pełnił funkcję kierowania zespołem projektowym pracującym na Zadaniu Budowa MPL K. jedynie do dnia 31.07.(...)10 r., a więc dawniej niż 5 lat przed upływem terminu składania odwołań.

Odwolujący B. podnieśli, iż zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (por. pkt 8.6.1 poz. 3 IdW), zamawiający żądał od wykonawców wykazania dysponowaniem Koordynatorem w

branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych o następujących kwalifikacjach:

W okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe (obejmujące projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy łącznie co najmniej (...) km nawierzchni torowej na linii dwutorowej zelektryfikowanej zawierających w swym zakresie co najmniej dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa [2] tory główne dodatkowe (w zakresie nawierzchni, podtorza, odwodnienia torów) i (...) rozjazdów.

E. jako Koordynatora w branży kolejowej, spełniającego ww. wymagania najprawdopodobniej wyznaczył p. K.K.. Jednocześnie wprzypuszczalnie w Wykazie osób opisując doświadczenie (także w zakresie Zadania LCS Ł.) ww. osoby prawie identycznie jak w odniesieniu do p.D. K., a jedyne różnice w opisie dotyczą takich kwestii jak:

28

p. K. nie tyle kierował zespołem, co opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe, dopisano wzmiankę o (...) km zelektryfikowanej linii kolejowej, dopisano wzmiankę o (...) rozjazdach, dopisano wzmiankę o zakresie przebudowy tj. nawierzchni, podtorza i odwodnienia torów.

W ocenie odwołującego, E. nie wykazał, aby p. K. K. spełniał wymagania postawione wobec projektanta w branży linie, stacje i węzły kolejowe. Co więcej, podane przez E. informacje są w sposób oczywisty wręcz nieprawdziwe.

Odwołujący B. podnieśli, że zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (por. pkt 8,6.1 poz. 5 IdW), zamawiający żądał od wykonawców wykazania dysponowaniem Koordynatorem w branży kolejowej sieci trakcyjne o następujących kwalifikacjach:

W okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe (obejmujące projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych zawierających w swym zakresie łącznie co najmniej jeden szlak o długości co najmniej 5 km i dwie [2] stacje kolejowej obejmujące co najmniej (...) km sieci trakcyjnej.

E. jako Koordynatora w branży kolejowej sieci trakcyjne, spełniającego ww. wymogi wyznaczył p. Pawła Kaczmarka. Jednocześnie w Wykazie osób E. najpewniej opisał doświadczenie (także w zakresie Zadania LCS Ł.) ww. osoby identycznie (iub prawie identycznie) jak w odniesieniu do p. D. K.ego, a jedyne różnice w opisie dotyczą takich kwestii jak:

że p. Kaczmarek nie tyle kierował zespołem, co opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe, wskazano, że dokumentacja projektowa dotyczyła przebudowy zasilania i kolejowej sieci trakcyjnej o długości (...) km.

W ocenie odwołujących B., E. nie wykazał, aby p. P. Kaczmarek spełniał wymagania postawione wobec Koordynatora w branży kolejowej sieci trakcyjne. Co więcej podane przez E. informacje są w sposób oczywisty wręcz nieprawdziwe.

W zakresie zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd, odwołujący B. podnieśli, że złożenie JEDZ oraz Wykazu osób z nieprawdziwymi danymi było z całą pewnością było działaniem lekkomyślnym lub niedbałym. Oceny, czy zachowanie to miało znamiona lekkomyślności/ niedbalstwa, należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 K.c., tj. zawodowej staranności E..

29

Złożenie więc dokumentów z nieprawdziwymi danymi z całą pewnością byłoby działaniem mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wskutek złożenia wykazu osób w zaprezentowany przez E. sposób, wykonawca ten został „zakwalifikowany” do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, złożenie JEDZ i Wykazu osób miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

W ocenie odwołujących B., zamawiający winien był wykluczyć E. z postępowania, z uwagi na działanie niedbałe/ lekkomyślne, które mogło wprowadzić zamawiającego w błąd i wpłynąć na wynik postępowania.

Odwołujący B. wskazali, że w ich ocenie, niezależnie od wykluczenia E. z postępowania na podst. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., zachodzą też przesłanki, do wykluczenia tego wykonawcy na podst. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego przepisu, konieczne jest w tym przypadku kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa,

wskutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd, błąd dotyczy informacji co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Odwolujący B. wskazali, że osoby wskazane przez E. nie posiadają wymaganego przez s.i.w.z. doświadczenia. Jednakże wykaz osób załączony przez E. został wypełniony w taki sposób, by sprawić wrażenie, że E. spełnia wymogi podmiotowe w postępowaniu.

W ocenie odwołujących B., z całą pewnością zostały spełnione wyżej wskazane przesłanki. Zamawiający został wprowadzony w błąd, bowiem wbrew stanowi faktycznemu przyjął, że E. nie podlega wykluczeniu. Jest to błąd co do spełniania przez E. warunków udziału w postępowaniu. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, odwołujący B. podnieśli, iż niezależnie od zmiany brzmienia przepisu regulującego konsekwencje złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, aktualne pozostaje stanowisko, zgodnie z którym złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane przez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą nie może zostać uznany za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy.

Odwolujący B. wskazali jednak z daleko posuniętej ostrożności, że gdyby Izba uznała, iż brak jest podstaw do wykluczenia E., to brak spełniania wymogów s.i.w.z. przez osoby wskazane przez E. uzasadnia przyjęcie, że wykonawca ten nie spełnił warunków

30

udziału w postępowaniu. Z uwagi na to, w takiej sytuacji wykonawca ten powinien zostać wezwany do uzupełnienia wyjaśnień.

W zakresie zarzutu braku należytego uzasadnienia przyznanej B. punktacji w kryterium „Metodologia”, odwołujący B. wskazali, że zamawiający w s.i.w.z. przewidział 4 rodzaje kryteriów oceny ofert, tj.: cena, metodologia, termin przekazania dokumentacji, potencjał kadrowy.

Kryterium Metodologia zostało opisane w pkt 19.7.2 s.i.w.z., w którym wskazano, m.in., że:

Na ocenę Metodyki realizacji zamówienia składa się ocena znajomości Projektu przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania i przeciwdziałania, znajomość przedmiotu zamówienia oraz podejście Wykonawcy do wykonywania usługi.

Na powyższe kryterium składają 2 podkryteria:

Kluczowe elementy Projektu podkryterium 1 [PK1] maksymalnie 5 pkt,

Mitygacja ryzyk – podkryterium 1 [PK2] maksymalnie 10 pkt.

Oceny poszczególnych podkryteriów dokonywać będzie powołany do prac przy Komisji Przetargowej Zespół Ekspertów. Liczba Członków Zespołu Ekspertów dokonujących oceny poszczególnych podkryteriów będzie stała.

Dla PK1 wskazano, że w podkryterium oceniane będzie opracowanie pisemne - opis kluczowych elementów Projektu. Jako kluczowe elementy Projektu, zamawiający uzna elementy, które: a) Są konieczne do jego wykonania (nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie); b) Ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla Wykonawcy lub Zamawiającego. W ramach podkryterium Wykonawca wskaże elementy, które uważa jako kluczowe dla realizacji Projektu, jak również uzasadni swój wybór, biorąc pod uwagę wyżej wymienione cechy kluczowych elementów Projektu. Nadto dla PK1 wskazano, że za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Projektu przyznany zostanie 1 punkt, przy czym liczba punktów może wynosić od 0 do n (czyli nieograniczonej liczby). Każdy z ekspertów przyznawał odpowiednią ilość punktów, a ich suma stanowiła sumę punktów w PK 1, która przeliczana była z klasycznym wzorem, tj. suma punktów badanej oferty / suma punktów oferty na najwyższą liczbą w PK1 razy 5 %.

Dla PK2 wskazano, że w podkryterium oceniane będzie opracowanie pisemne - opisanie sposobów zapobiegania, przeciwdziałania i zarządzania ryzykiem oraz opracowanie systemu wczesnego ostrzegania zamawiającego o zagrożeniach. Wykonawca dokona oceny zidentyfikowanych przez siebie ryzyk oraz ryzyk wskazanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 10 do IDW. Wykonawca w opracowaniu odniesie się do maksymalnie 10 ryzyk. Za każde właściwe opisanie zapobiegania, przeciwdziałania i zarządzania ryzykiem, oraz

31

opracowanie systemu wczesnego ostrzegania dla tego ryzyka, Wykonawca dostanie 3 pkt, maksymalnie (...) pkt. Punkty przyznawane będą niezależnie przez wyznaczony do prac przy Komisji Przetargowej Członków Zespołu Ekspertów.

Jednocześnie zastosowano podobny wzór jak w PK1, z tym zastrzeżeniem, że przypisano do niego 10% wagi.

W zakresie zarzutu braku należytego uzasadnienia przyznania określonej liczby punktów, odwołujący B. podnieśli, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający przedstawił wyniki cząstkowe (tj. wyniki przyznane w każdym kryterium punktowym, w tym dla PK1 i PK2 oraz ich sumy) dla każdego z wykonawców, jednakże nie zawarł żadnego uzasadnienia, dlaczego przyznał tym wykonawcom akurat taką, a nie inną punktację.

Dodatkowo w dokumentacji przetargowej znajdują się tzw. „karty oceny podkryteriów”, z przyznanymi wykonawcom przez poszczególnych ekspertów (było ich siedmiu) liczbami punktów dla PK1 i PK2.

W kolumnie nr 4 pt. „uzasadnienie punktacji” zawarto najczęściej bardzo lakoniczne opisy np. i) ekspert p. C. - „nie ujęto wszystkich kluczowych elementów”, „mitygacji ryzyk dokonano zbyt ogólnikowo”, ii) ekspert p. R. „ocena wynika z ilości opisanych elementów”, „opis ogólnikowy”, „brak sposobów mitygacji części ryzyk”.

Odwołujący B. podnieśli, że ani z informacji o wyborze oferty, ani z kart oceny podkryteriów, wykonawca w żaden sposób nie jest w stanie powziąć informacji (ani nawet wydedukować czy też domyślać się), z jakich przyczyn przyznano mu taką, a nie inną ilość punktów. W szczególności nie jest w stanie odnieść się do twierdzeń o zbyt małej ilości wskazanych elementów kluczowych czy też mitygacji jedynie części ryzyk. Nie wiadomo bowiem, co jest podane rzekomo zbyt ogólnikowo, czy też czego zabrakło w złożonym opracowaniu. Tak lakoniczne uzasadnienie wynikające z informacji o wyborze, jak i kart oceny uniemożliwia w praktyce jakąkolwiek polemikę z przyznaną oceną i jej weryfikację. Jak bowiem polemizować, ze stwierdzeniem, że czegoś w danym kryterium braknie, skoro nie wiadomo czego i co dany ekspert ma na myśli. Tak samo, jak nie da się rzeczowo polemizować z zarzutem zbyt ogólności, skoro nie wskazano co jest zbyt ogólnikowe.

Skutkiem tego nie wiadomo, jak eksperci dokonywali oceny tego kryterium. Czy stosowali się do jakiegoś obiektywnego wzorca ryzyk czy też kluczowych elementów projektu, czy też może dokonywali oceny dalece subiektywnie na podstawie bliżej nieznanych kryteriów.

Przykładowo w braku tego uzasadnienia niemożliwe jest ustalenie dlaczego w PK1, gdzie punkty były przyznawane za każdy poprawnie wskazany kluczowy element projektu

32

jeden z ekspertów przyznał B. 7 pkt. (p. O.), a inny 39 (p. R.). Nie wiadomo, dlaczego np. wykonawca S. S.A. otrzymał od jednego eksperta (p. R.) o 50% punktów więcej od B. w PK1 (15 do 10), a inny ekspert (p. R.) przyznał B. w stosunku do S. o ponad 100% więcej punktów (39 do 17).

Z kolei w PK2 B. od dwóch ekspertów (pp. R., N.) otrzymał zaledwie po 5 pkt (na 10 możliwych), co oznaczało, że jego koncepcja została uznana odpowiednio za przedostatnią i ostatnią, tymczasem czterej inni eksperci (pp. U., O., R. i K.) uznali ofertę B. za najlepszą z wszystkich złożonych.

Odwołujący B. stwierdzili, że zdają sobie sprawę, że przy indywidualnych ocenach dokonywanych przez poszczególnych ekspertów może dochodzić do pewnych różnic, jednak zauważyć należy, że oceniano nie wrażenia estetyczne czy też koncepcję architektoniczną, które z istoty podlegają subiektywnym ocenom, ale takie kwestie, które są jednak stosunkowo skwantyfikowane i opisane np. w nauce zarządzania projektami. Stąd różnice mogą występować, ale niekoniecznie tak skrajne.

Co więcej, wykonawca ma prawo wiedzieć dlaczego dokonano takiej, a nieinnej oceny jego oferty. Tymczasem w niniejszej sprawie faktyczny brak uzasadnienia uniemożliwia mu to. Taki brak uzasadnienia godzi w zasadę transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem w praktyce umożliwia on w pełni swobodną i dowolną ocenę jego oferty. Dodatkowo ocenataka nie może być w praktyce poddana jakiegokolwiek weryfikacji czy ocenie ani przez wykonawcę, ani przez KIO.

Odwołujący B. stwierdzili, iż konieczność szczegółowego oceniania oferty wykonawców i tworzenia uzasadnień odzwierciedlających dokonane oceny potwierdza także

orzecznictwo KIO, w którym np. wskazuje się, że wymóg podania faktycznych i prawnych podstaw czynności zamawiającego służy m.in. temu, by wykonawca mógł ocenić zasadność czynności zamawiającego względem jego oferty, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Uzasadnienie musi zawierać wszelkie informacje, które pozwolą wykonawcy podjąć decyzję o zasadności wnoszenia środka odwoławczego, (wyrok KIO z dnia 04.01.(...)16 r., sygn. akt KIO 2702/15).

Uzasadnienie wskazane przez zamawiającego w praktyce nie pozwala odwołującym B. w pełni zakwestionować jego stanowiska. B. musi się bowiem domyślać (co jest skrajnie trudne, a wręcz w tym konkretnym przypadku praktycznie niemożliwe), co przyświecało członkom komisji przy dokonywaniu ocen i musi polemizować z nigdy nie wyartykułowanymi argumentami. Jest to nad wyraz trudne, zwłaszcza w obliczu zasady koncentracji zarzutów w odwołaniu i braku możliwości późniejszego rozszerzenia odwołania.

Brak uzasadnienia uderza też w podstawową dla zamówień publicznych zasadę równego traktowania wykonawców. Niemożliwe jest bowiem realne porównanie ofert

33

wszystkich wykonawców, zwłaszcza przy tak dużym „rozstrzale punktowym” w dokonanych ocenach. Widocznym jest bowiem, że każdy z oceniających przyjął niejako inną „skalę” w dokonywanej ocenie w kategorii PK1 i PK2. Uzyskanie najwyższej oceny przez członków punktujących w „wysokiej skali” kompensował z nadmiarem niskie oceny uzyskane od członków komisji dokonujących ocen w „niskiej skali”.

W zakresie zarzutu błędnej oceny oferty odwołujących B., odwołujący B. wskazali, że zamawiający błędnie ocenił ich ofertę. Zakryterium Metodologia powinni oni bowiem uzyskać wyższą ilość punktów od przyznanej im przez zamawiającego.

Odwołujący B. wskazali przy tym, że w ich ocenie zarzut niewłaściwej oceny oferty odwołujących B. powinien zostać przez Izbę pozostawiony bez rozpatrzenia, z jednoczesnym uwzględnieniem zarzutu braku należytego uzasadnienia dokonanej oceny. Izba powinna bowiem nakazać zamawiającemu dokonanie szczegółowego uzasadnienia dokonanych ocen, aby dopiero kiedy ocena ta zostanie wykonawcy doręczona, miał on szanse bardziej merytorycznego zakwestionowania dokonanej oceny.

Z ostrożności procesowej, odwołujący B. zakwestionowali jednak dokonaną ocenę już na obecnym etapie postępowania. W szczególności, w ocenie odwołujących B., powinni oni uzyskać maksymalną ilość punktów w PK1, tj. 5, albowiem wskazali w swej ofercie wszystkie kluczowe elementy projektu. Trudno się w tym miejscu odnieść czego rzekomo braku ze względu na lakoniczność uzasadnienia.

Odwołujący B. zaprzeczyli też rzekomo słabej znajomości projektu (ocena p. O.ego), albowiem wiedza wykonawcy o tym projekcie jest bardzo wysoka. Co więcej, inny ekspert (p. U.) potwierdza dobrą znajomość projektu przez odwołujących B.. To samo odnosi się do PK2, gdyż tu – w ocenie odwołujących B. – powinni otrzymać maksymalną ilość punktów, tj. 10. Świadczy o tym choćby to, że aż 4 z 7 ekspertów uznało, że oferta odwołujących B. w tym zakresie jest najlepsza z wszystkich. W szczególności odwołujący B. kwestionują stwierdzenia,

że dokonali mitygacji ryzyk zbyt ogólnikowo. Opis jest całkowicie adekwatny i wystarczający, a w kontekście nakazu zamawiającego ograniczenia objętości tej części oferty, opis ten musiał być odpowiednio skondensowany. Przy czym przyjmując, że jest to dokument adresowany do profesjonalistów, nie można uznać, że jest on zbyt lakoniczny i ogólnikowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołujących B., w tym zasądzenie od odwołujących B. na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

34

Zamawiający stwierdził, że wniosek o nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia JEDZ i Wykazu osób złożonych Konsorcjum E. stracił na aktualności, ponieważ ww. części oferty zostały już odtajnione przez Zamawiającego w dniu 20 czerwca 2017 r. nr pisma 9090/IREZA2/0870a/03170/16/P. W świetle powyższego, dalsze procedowanie Izby w ww. zakresie wydaje się bezcelowe i będzie prowadzić jedynie do

wydłużenia postępowania.

Zamawiający wskazał, że poza osobą wskazaną na stanowisko Koordynatora Projektu, żadna z wymienionych w odwołaniu osób nie została wskazana przez Konsorcjum E. do realizacji przedmiotowego zamówienia. Jeśli chodzi o Koordynatora Projektu, zgodnie z treścią s.i.w.z. (pkt. 8.6.1 poz. 1 Tomu I SIWZ - IdW), wymagania co do doświadczenia były dla tego postępowania następujące:

Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował co najmniej dwa [2] opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy w zakresie minimum pięciu [5] wskazanych branż (torowa, drogowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjne) dla budowy lub przebudowy linii kolejowej, które obejmowały w swym zakresie łącznie

co najmniej jeden [1] szlak długości co najmniej 5 km idwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa [2] tory główne dodatkowe, położone na zelektryfikowanej linii kolejowej, w oparciu o które to opracowania projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę, o łącznej wartości prac projektowych nie mniejszych niż 5 000 000, 00 PLN brutto.

Zamawiający stwierdził, że w wykazie osób przedłożonym przez Konsorcjum E. wskazano,

że pan wskazany na stanowisko Koordynatora Projektu kierował zespołem projektowym, który wykonał dwa opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy w ramach zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Ł. - Stacja S., Ł. i M. w ramach projektu POiŚ 7.1-9.1 „Modernizacja linii kolejowej E(...)/CE(...) na odcinku S. -T., Etap II. Konsorcjum E. wskazało dwa opracowania wykonane w ramach jednego zadania, ponieważ ze względu na prowadzenie inwestycji na obszarze dwóch województw, opracowania dla każdego z województw musiały być sporządzone osobno. Nie był to, jak wskazują odwołujący B., sztuczny podział jednej dokumentacji na części.

Zamawiający wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w analogicznej sprawie, gdzie odwołanie składał B. Spółka z o.o., a zarzuty dotyczyły doświadczenia tej samej osoby, która

35

została wskazana na stanowisko Koordynatora Projektu w przedmiotowej sprawie, przychyliła się do poglądu, że opracowanie dwóch opracowań dla jednego zadania może zostać uznane za spełnienie warunku określonego analogicznie jak w przedmiotowym postępowaniu. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 576/17:

Taki podział inwestycji wydaje się racjonalny i zgodny z doświadczeniem życiowym oraz podyktowany jest odrębną właściwością miejscową organów administracji architektoniczno - budowlanej. Nadto, na co słusznie zdaniem Izby zwrócił uwagę Przystępujący, w treści sformułowanego warunku Zamawiający użył zwrotu „realizacje - opracowania” - co pozwalało na takie jego wykazanie jak zaprezentował Przystępujący. Tym samym Izba podział odnoszący się do zadania LCS Ł. uznała za prawdopodobny przenosząc powyższe rozstrzygnięcie na inne osoby wykazu, dla których została wskazana w ramach doświadczenia ta inwestycja. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Odwołującego, że podział ten jest sztuczny i dokonany jedynie w celu formalnego potwierdzenia spełnienia warunku. Otóż w okolicznościach wskazanych przez Przystępującego (potwierdzonych dowodem w postaci pisma P. Spółka z o.o.) brak jest podstaw do kwestionowania takiego podziału.

Zamawiający wskazał, że warunek sformułowany w s.i.w.z. nie precyzował, czy te dwa opracowania mają dotyczyć różnych zadań (inwestycji). Zarzut odwołujących B. co do niespełniania warunku przez Konsorcjum E. opierał się na przyjęciu, że wskazanie dwóch opracowań wykonanych w ramach tego zadania jest na gruncie postanowień s.i.w.z. zakazane. Takie założenie jest błędne, ponieważ w brzmieniu s.i.w.z. nie ma literalnie sformułowanego zakazu wskazania dwóch opracowań sporządzonych w ramach tego samego zadania jako potwierdzenia posiadanego przez Koordynatora Projektu doświadczenia.

Tym samym, w ocenie zamawiającego, pierwsza część zarzutu dotyczącego osoby pana D. K.ego jest bezzasadna i powinna zostać oddalona.

W zakresie części zarzutu dotyczącej zakresu przedmiotowego doświadczenia Koordynatora Projektu, tj. doświadczenia w zakresie branż, zamawiający podtrzymał swoje

stanowisko, iż osoba wskazana do pełnienia ww. funkcji spełnia warunek udziału w postępowaniu, a zatem brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W ocenie zamawiającego odwołujący B. kwestionują spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez ww. osobę, gdyż operują nieaktualnym brzmieniem s.i.w.z., w tym IDW, tj. dokumentem sprzed dokonanych modyfikacji. Zamawiający wskazał, że p. K. spełnia warunek w brzmieniu aktualnym na dzień składania ofert, a wszelkie formułowane przez odwołujących zarzuty są całkowicie bezpodstawne.

36

W zakresie zarzutów dotyczących braku uzasadnienia i błędnej oceny oferty odwołujących B. w ramach kryterium „Metodologia” zamawiający wskazał, iż kryterium „Metodologia” jest kryterium niemierzalnym, charakteryzującym się pewną dozą subiektywizmu, w związku z tym każdy z ekspertów powołanych do oceny ofert dokonał oceny ofert w oparciu o posiadaną wiedzę i własne doświadczenia i przekonania co do tego, w jaki sposób „Metodologia” powinna zostać przygotowana. Zamawiający powołał się na wyrok KIO w sprawie KIO 16(...)/16, zgodnie z którym: „Przyjęcie przez Zamawiającego kryterium jakości (...) % jest zgodne z art 90 Pzp, choć jest ono niemierzalne i jako takie podlega indywidualnej ocenie przez zamawiającego. Nieunikniona jest zatem pewna doza subiektywizmu, która łączy się ściśle z ocennym charakterem tego czynnika.” (KIO 16(...)/16) oraz wyrok z dnia (...) stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 36/14, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „obok kryteriów wymiernych jak np. cena, okres gwarancji, ilość zużywanej energii, w ramach których mają zastosowanie wyłącznie formuły matematyczne - istnieją kryteria niewymierne stosowane zazwyczaj przy tzw. zamówieniach intelektualnych, jak np. właściwości estetyczne, właściwości funkcjonalne. Na potrzeby takich kryteriów zamawiający dokonuje kwantyfikacji polegającej na stopniowaniu zakresu spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium. Nie można zamawiającemu odmówić prawa do oceny zaoferowanej koncepcji, a jednocześnie brak jest możliwości sformułowania kryteriów tej oceny za pomocą wzorów matematycznych czy wartości procentowych. Ocenie będzie tu bowiem podlegał pomysł, sposób wykonania usługi, który każdy z wykonawców ustala we własnym zakresie i z uwzględnieniem stosowanej technologii czy wykorzystywanych rozwiązań. Nie są to rzeczy mierzalne, ale na pewno mogą one podlegać ocenie,”

W ocenie zamawiającego, nie powinno budzić żadnych wątpliwości, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Poszczególni eksperci dokonywali oceny ofert na podstawie własnych odczuć i przekonań. Wszystkie informacje niezbędne do weryfikacji przyznawanych punktów znajdują się w dokumentach udostępnionych wykonawcom. Wszyscy wykonawcy zostali ocenieni na podstawie takich samych wytycznych oraz założeń. W ocenie zamawiającego, działania odwołujących B., polegające na sformułowaniu zarzutu, o którym mowa powyżej mają na celu wymuszenie na zamawiającym przyznania im większej liczby punktów. Odwołujący B. żądają przyznania mu dodatkowych 15 pkt, a nie dokonania ponownej oceny wszystkich ofert. W związku z tym uwzględnienie odwołania w tym zakresie będzie powodować naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., określającej zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż spowoduje dokonanie ponownej oceny oferty (na podstawie nowych zasad i założeń) jedynie w stosunku do odwołujących B.. Powyższe będzie prowadzić do nieporównywalności ofert w ramach ww. kryterium. Z uwagi

37

na brak żądania w brzmieniu wskazanym powyżej przez zamawiającego, uwzględnienie odwołania będzie nakładało na zamawiającego obowiązek powzięcia czynności sprzecznych z ustawą P.z.p.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: E. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., W. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie zamawiającego (dalej: przystępujący E.) wnieśli o oddalenie odwołania.

W zakresie spełnienia przez przystępujących E. warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, przystępujący E.

wskazali, że zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. (IDW, pkt 8.6.1.poz. 1 Tabeli) Koordynator Projektu powinien dysponować następującym doświadczeniem:

„Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował co najmniej dwa [2] opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy w zakresie minimum pięciu [5] wskazanych branż (torowa, drogowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjne) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej, które obejmowały swoimi zakresami łącznie:

co najmniej jeden [1] szlak długości co najmniej 5 km,

dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa [2] tory główne dodatkowe* i dwie [2] krawędzie peronowe,

w oparciu o które to opracowania projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę, łącznej wartości prac projektowych nie mniejszych niż 5 000 000, 00 PLN brutto. " Przystępujący E. w Wykazie zatytułowanym „Potencjał kadrowy” do pełnienia stanowiska Koordynator Projektu wskazali p. D. K., oświadczając, że posiada on doświadczenie:

09.2012-12.2016

Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakresie branż: torowej, mostowej, urządzenia srk, sieci trakcyjne, drogowej dla zadania, pn. „Zaprojektowanie i wykonania robót budowlanych dla LCS Ł. - Stacja S., Ł. i M. w ramach projektu POLiS 7.1-9.1. „Modernizacja linii kolejowej E(...)/CE (...) na odcinku S. - T., Etap II." Dokumentacja projektowa w stadium PB i PW dotyczyła przebudowy zawierającej w swoim zakresie 1 szlak

38

o długości ponad 5 km i 2 stacje (stację S. i stację D.) obejmujące przynajmniej 2 tory główne dodatkowe i 2 krawędzie peronowe. Linia kolejowa zelektryfikowana.

09.2012 12.2016

Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakresie branż: torowej, mostowej, urządzenia srk, sieci trakcyjne, drogowej dla zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonania robót budowlanych dla LCS Ł. - Stacja S., Ł. i M. w ramach projektu POLiS 7.1-9.1. „Modernizacja linii kolejowej E(...)/CE (...) na odcinku S. - T., Etap II." Dokumentacja projektowa w stadium PB i P W dotyczyła przebudowy zawierającej w swoim zakresie 1 szlak o długości ponad 5 km i 2 stacje (stację Ł. i stację M.) obejmujące przynajmniej 2 tory główne dodatkowe i 2 krawędzie peronowe. Linia kolejowa zelektryfikowana.

Przystępujący E. podnieśli, że odwołujący B. opierają zarzut na błędnej wykładni zacytowanych na wstępie wymogów s.i.w.z. Zaproponowana przez odwołujących wykładnia zapisów s.i.w.z. odchodzi od ich językowego brzmienia, czy wręcz z brzmieniem tym jest sprzeczna, co prowadzi do nadinterpretacji zapisów s.i.w.z. i całkowicie nieracjonalnej multiplikacji wymogów stawianych personelowi wykonawcy. I tak:

W pierwszej kolejności, odwołujący B. zarzucają, że przystępujący E. dokonał „sztucznego podziału” dokumentacji opracowywanej w ramach zamówienia: „Zaprojektowanie i wykonania robót budowlanych dla LCS Ł. - Stacja S., Ł. i M. w ramach projektu POLiS 7.1-9.1. „Modernizacja linii kolejowej E(...)/CE (...) na odcinku S. ----- T., Etap H” (dalej także: „Zamówienie”) na dwa odrębne opracowania.

Zarzut ten jest chybiony, co Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła w wyroku z dnia 18 kwietnia(...)17r., sygn. akt KIO 576/17, wydanym w identycznym stanie faktycznym. Przystępujący E. podnieśli, że wskazane zamówienie było realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Przystępujący był podwykonawcą w zakresie prac projektowych wykonawcy, któremu udzielono wskazanego zamówienia - firmy P. Spółka z o.o. Umowa między zamawiającym a wykonawcą, czemu przystępujący E. nie przeczą, nie wymagała opracowania określonej liczby „opracowań”. Określała zakres prac projektowych do wykonania, pozostawiając wykonawcy robót odpowiednią organizację procesu projektowego. Wykonawca, korzystając z tej swobody, zlecił przystępującym E. - w ramach jednej umowy (jednej usługi) - wykonanie dwóch odrębnych opracowań, dokonując podziału prac projektowych przewidzianych do wykonania według miejsca ich realizacji (organów właściwych do wydawania pozwoleń) - województwo mazowieckie i województwo lubelskie.

Odnosząc się do zarzutu, że zgodnie z zapisem s.i.w.z. wszystkie wskazane w opisie warunku branże (ij. branża torowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjne, drogowa), które powinny być objęte projektem budowlanym i projektem wykonawczym, (cyt.:) „powinny dotyczyć zarówno szlaku, jak i obu stacji”, przystępujący E. stwierdzają, że zarzut ten jest chybiony przede wszystkim z tego względu, że opiera się na błędnej wykładni zapisów s.i.w.z. Zgodnie z wymogami s.i.w.z.:

„ (...) opracował co najmniej dwa [2] opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy w zakresie minimum pięciu [5] wskazanych branż (torowa, drogowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjne) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej, które obejmowały swoimi zakresami łącznie:

co najmniej jeden [1] szlak długości co najmniej 5 km,

dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa [2] tory główne dodatkowe* i dwie [2] krawędzie peronowe,

w oparciu o które to opracowania projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę, o łącznej wartości prac projektowych nie mniejszych niż 5 000 000, 00 PLN brutto.

W ocenie przystępujących E., jak wynika z literalnego brzmienia warunku, to opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej musiało obejmować minimum pięć wskazanych przez zamawiającego branż. Każdy z wymogów opisanych w warunku., tj. rodzaj wymaganej dokumentacji (PB i PW), ilość branż (minimum pięć branż wskazanych w opisie), rodzaj robót (budowa lub przebudowa), rodzaj linii (zelektryfikowana), zakres (łącznie co najmniej jeden szlak i dwie stacje kolejowe) stanowi samodzielny, niezależny wymóg, który odnosić należy do opracowań jako takich.

Przystępujący E. podnieśli, że odwołujący B. w niniejszej sprawie niejako automatycznie powielają zarzuty postawione w sprawie KIO 576/17, w której Izba faktycznie wymóg dotyczący branż odniosła do każdego elementu linii kolejowej (do szlaku i stacji ocenianych osobno), niemniej, dokonując takiego zabiegu odwołujący B. zapominają, że w obu postępowaniach mimo istotnych podobieństw - wymóg dotyczący branż brzmi inaczej. W postępowaniu pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: "Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w S. i Ś.", którego dotyczy wskazany wyrok Izby, Zamawiający wprowadził następujący opis warunku;

„ (...) co najmniej dwa [2] opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany), w zakresie minimum czterech [4] branż (wymagane branże: torowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjne), dla budowy lub

40

przebudowy, które obejmowały w swym zakresie łącznie (w zakresie branż) co najmniej jeden [1] szlak i dwie [2] stacje kolejowe

[obejmujące przynajmniej [2] tory główne dodatkowe położone na zelektryfikowanej linii kolejowej]

(...)"

Izba przyjęła więc, że wymóg łącznie (w zakresie branż) odnosić należy osobno do szlaku i osobno do stacji kolejowej. Przystępujący E. stwierdzili, że nie kwestionowali wskazanego wyroku Izby, niemniej nie oznacza to, że ze stanowiskiem Izby w tym zakresie zgadza się. Co jednak istotniejsze, wniosków płynących z tego wyroku nie można rozciągać na każde z postępowania prowadzonych przez zamawiającego, pomijając literalne brzmienie warunków postawionych w danym postępowaniu i różnic występujących między tymi postępowaniami.

W niniejszym postępowaniu, zamawiający odmiennie opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie branż, nie łącząc w żaden sposób wymogu dotyczącego branż z wymogiem odnoszącym się do szlaków i stacji.

Opracowania wskazane w opisie doświadczenia p. D. K. obejmowały projekty budowlane i projekty wykonawcze, które dotyczyły m. in. branż: torowa, drogowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjne (łącznie opracowanie zawierało wszystkie wymagane branże). Zakres branż opracowywanych na szlakach i na stacjach był różny, przy czym różnice

występowały także między poszczególnymi stacjami objętymi opracowaniami, a nawet między poszczególnymi odcinkami szlaku. Niektóre projekty budowlane (tomy dokumentacji) zawierały więc np. wyłącznie opracowanie branży drogowej, ale dla T. samych odcinków lub odcinków (stacji) sąsiednich wykonawca opracowywał także inne branże.

Co przy tym istotne, mimo, iż nazwa zamówienia wskazywała, że na odcinkach szlakowych będą wykonywane wyłącznie „systemy sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacja”, w istocie obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych, a wcześniej wykonawcy projektów, było wykonanie (uwzględnienie) wszystkich niezbędnych prac do tego, by wskazane systemy mogły należycie funkcjonować („zaprojektuj i wybuduj” - osiągnij założony cel). Wykonawca musiał więc na odcinkach szlakowych wykonać (a wcześniej zaprojektować) także roboty konstrukcyjno -budowlane (np. budowa nastawni, czyli budynków mieszczących urządzenia do zdalnego sterowania ruchem kolejowym), drogowe (np. budowa zjazdów z dróg publicznych na teren kolejowy dojazd do nastawni), trakcyjne, elektroenergetyczne, sanitarne (odwodnieniowe), w szczególności w obszarach kolizji. Ich zakres był różny (z reguły mniejszy niż na stacjach), jednak warunek postawiony w niniejszym postępowaniu nie określał zakresu (ilości) robót branżowych wymaganych dla spełnienia warunku.

41

W zakresie zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd, przystępujący E. wskazali, że na wypadek przyjęcia, że przedstawiona argumentacja nie potwierdza spełnienia przez przystępujących E. warunku udziału w postępowaniu, przystępujący E. wskazali, że obowiązkiem zamawiającego byłoby wezwanie przystępujących E., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., do uzupełnienia oferty. Przystępującym E. nie można bowiem przypisać, w realiach niniejszej sprawy, wprowadzenia zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.

Izba ustaliła, co następuje:

Dokumenty JEDZ w zakresie części IV sekcja C pkt 2 dla E. P. sp. z o.o. oraz T. sp. z o.o., a także wykaz osób skierowanych przez przystępujących E. do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych zostały zastrzeżone przez przystępujących zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 20 czerwca 2017 roku ujawnił wskazane wyżej dokumenty i przed otwarciem rozprawy przesłał je odwołującym B.. Zamawiający na rozprawie w dniu 22 czerwca 2017 roku oświadczył, iż podniesiony w tym zakresie zarzut uznał za zasadny. Przystępujący E. nie sprzeciwił się oświadczeniu zamawiającego w tym przedmiocie.

Zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (por. pkt 8.6.1. poz. 1 s.i.w.z.), zamawiający żądał od wykonawców wykazania dysponowaniem Koordynatorem Projektu o następujących kwalifikacjach:

Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował co najmniej dwa [2] opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy w zakresie minimum pięciu [5] wskazanych branż (torowa, drogowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjne) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej, które obejmowały swoimi zakresami łącznie: co najmniej jeden – [1] szlak długości co najmniej 5 km, dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa – [2] tory główne dodatkowe* i dwie [2] krawędzie peronowe, w oparciu o które to opracowania projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę, o łącznej wartości prac projektowych nie mniejszych niż 5 000 000, 00 PLN brutto.

Interpretacja wskazanego wymogu w zakresie doświadczenia koordynatora projektu wskazuje, iż zamawiający oczekiwał wykazania się opracowaniem dwóch opracowań wielobranżowej dokumentacji projektowej dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej, w skład których musiały wchodzić: co najmniej jeden szlak

42

długości co najmniej 5 km, dwie stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa tory główne dodatkowe i dwie krawędzie peronowe. Dokumentacja projektowa obydwu opracowań powinna być objąć projekt budowlany i wykonawczy w zakresie pięciu wskazanych branż,

jednak nie było wymogu, by wszystkie wymienione branże znajdowały się na każdym odcinku linii kolejowej. Postawiony warunek wymagał, by każda z wymienionych branż znalazła się w dokumentacji projektowej każdego opracowania, jednak bez obowiązku wykazywania ich istnienia na całej długości linii i na wszystkich etapach. Określenia „łącznie” nie można w tym postępowaniu odnosić do branż, lecz jedynie do elementów linii kolejowych.

Przystępujący E. w Wykazie zatytułowanym „Potencjał kadrowy” do pełnienia stanowiska Koordynator Projektu wskazali p. D. K.ego, oświadczając, że posiada on doświadczenie:

09.2012-12.2016

Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakresie branż: torowej, mostowej, urządzenia srk, sieci trakcyjne, drogowej dla zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonania robót budowlanych dla LCS Ł. - Stacja S., Ł. i M. w ramach projektu POIiS 7.1-9.1. „Modernizacja linii kolejowej E(...)/CE (...) na odcinku S. - T., Etap II.” Dokumentacja projektowa w stadium PB i PW dotyczyła przebudowy zawierającej w swoim zakresie 1 szlak o długości ponad 5 km i 2 stacje (stację S. i stację D.) obejmujące przynajmniej 2 tory główne dodatkowe i 2 krawędzie peronowe. Linia kolejowa zelektryfikowana.

09.2012 12.2016

Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakresie branż: torowej, mostowej, urządzenia srk, sieci trakcyjne, drogowej dla zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonania robót budowlanych dla LCS Ł. - Stacja S., Ł. i M. w ramach projektu POIiS 7.1-9.1. „Modernizacja linii kolejowej E(...)/CE (...) na odcinku S. - T., Etap II.” Dokumentacja projektowa w stadium PB i P W dotyczyła przebudowy zawierającej w swoim zakresie 1 szlak o długości ponad 5 km i 2 stacje (stację Ł. i stację M.) obejmujące przynajmniej 2 tory główne dodatkowe i 2 krawędzie peronowe. Linia kolejowa zelektryfikowana.

Zamawiający w s.i.w.z. przewidział 4 rodzaje kryteriów oceny ofert, tj.: cena, metodologia, termin przekazania dokumentacji, potencjał kadrowy.

43

Kryterium Metodologia zostało opisane w pkt 19.7.2 s.i.w.z., w którym wskazano, m.in., że:

Na ocenę Metodyki realizacji zamówienia składa się ocena znajomości Projektu przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania i przeciwdziałania, znajomość przedmiotu zamówienia oraz podejście Wykonawcy do wykonywania usługi.

Na powyższe kryterium składają 2 podkryteria:

Kluczowe elementy Projektu podkryterium 1 [PK1] maksymalnie 5 pkt,

Mitygacja ryzyk – podkryterium 2 [PK2] maksymalnie 10 pkt.

Oceny poszczególnych podkryteriów dokonywać będzie powołany do prac przy Komisji Przetargowej Zespół Ekspertów. Liczba Członków Zespołu Ekspertów dokonujących oceny poszczególnych podkryteriów będzie stała.

Dla PK1 wskazano, że w podkryterium oceniane będzie opracowanie pisemne - opis kluczowych elementów Projektu. Jako kluczowe elementy Projektu, zamawiający uzna elementy, które: a) Są konieczne do jego wykonania (nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie); b) Ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla Wykonawcy lub Zamawiającego. W ramach podkryterium Wykonawca wskaże elementy, które uważa jako kluczowe dla realizacji Projektu, jak również uzasadni swój wybór, biorąc pod uwagę wyżej wymienione cechy kluczowych elementów Projektu.

Dla PK1 wskazano, że za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Projektu przyznany zostanie 1 punkt, przy czym liczba punktów może wynosić od 0 do n (czyli nieograniczonej liczby). Każdy z ekspertów przyznawał pewną ilość punktów, a ich suma stanowiła sumę punktów w PK 1, która przeliczana była z klasycznym wzorem, tj. suma punktów badanej oferty / suma punktów oferty na najwyższą liczbą w PK1 razy 5 %.

Dla PK2 wskazano, że w podkryterium oceniane będzie opracowanie pisemne - opisanie sposobów zapobiegania, przeciwdziałania i zarządzania ryzykiem oraz opracowanie

systemu wczesnego ostrzegania zamawiającego o zagrożeniach. Wykonawca dokona oceny zidentyfikowanych przez siebie ryzyk oraz ryzyk wskazanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 10 do IDW. Wykonawca w opracowaniu odniesie się do maksymalnie 10 ryzyk. Za każde właściwe opisanie zapobiegania, przeciwdziałania i zarządzania ryzykiem, oraz opracowanie systemu wczesnego ostrzegania dla tego ryzyka, Wykonawca dostanie 3 pkt, maksymalnie (...) pkt. Punkty przyznawane będą niezależnie przez wyznaczony do prac przy Komisji Przetargowej Członków Zespołu Ekspertów.

Jednocześnie zastosowano podobny wzór jak w PK1, z tym zastrzeżeniem, że przypisano do niego 10% wagi.

44

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający przedstawił wyniki cząstkowe (tj. wyniki przyznane w każdym kryterium punktowym, w tym dla PK1 i PK2 oraz ich sumy) dla każdego z wykonawców. Dodatkowo w dokumentacji przetargowej znajdują się tzw. „karty oceny podkryteriów”, z przyznanymi wykonawcom przez poszczególnych ekspertów (było ich siedmiu) liczbami punktów dla PK1 i PK2.

W kolumnie nr 4 pt. „zasadnienie punktacji” zawarto następujące opisy np. i) ekspert p. C. - „nie ujęto wszystkich kluczowych elementów”, „mitygacji ryzyk dokonano zbyt ogólnikowo”, ii) ekspert p. R. „ocena wynika z ilości opisanych elementów”, „opis ogólnikowy”, „brak sposobów mitygacji części ryzyk”.

W PK1, gdzie punkty były przyznawane za każdy poprawnie wskazany kluczowy element projektu, p. O. przyznał B. 7 punktów, a p. R. – 39. Wykonawca S. S.A. otrzymał od p. R. a o 50% punktów więcej od odwołujących B. w PK1 (15 do 10), a p. R. przyznał odwołującym B. w stosunku do S. o ponad 100% więcej punktów (39 do 17).

Z kolei w PK2 odwołujący B. od p. R. i p. N. otrzymali po 5 pkt (na 10 możliwych), co oznaczało, że ich koncepcja została uznana odpowiednio za przedostatnią i ostatnią, tymczasem czterej inni eksperci (pp. U., O., R. i K.) uznali ofertę odwołujących B. za najlepszą z wszystkich złożonych.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego uznania przez zamawiającego, że złożone przez wspólnie ubiegających się o zamówienie przystępujących E. dokumenty JEDZ w zakresie części IV sekcja C pkt 2 dla E. P. sp. z o.o. oraz T. sp. z o.o. (dalej oba zwane „JEDZ”), a także wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych (dalej jako „Wykaz osób”) zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji, zaniechania uznania tego zastrzeżenia za bezskuteczne i ujawnienia oraz udostępnienia odwołującym B. JEDZ i Wykazu osób złożonych przez przystępujących E. oraz w zakresie braku uzasadnienia faktycznego punktacji przyznanej odwołującym B. w kryterium „Metodologia”.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący uznania za zasadne zastrzeżenia wskazanych wyżej dokumentów przystępujących E. i zaniechania ich ujawnienia odwołującym B..

45

Wobec faktu, iż zamawiający oświadczył, iż uznaje zarzut za zasadny, a przystępujący E. nie sprzeciwił się oświadczeniu zamawiającego, Izba zaniechała prowadzenia postępowania dowodowego w zakresie wskazanego zarzutu.

W związku z tym, że zamawiający przekazał odwołującym B. wymagane dokumenty, żądanie odwołujących B. Izba uznała za bezprzedmiotowe, co pozostaje bez wpływu na stwierdzoną przez Izbę zasadność zarzutu.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący braku uzasadnienia faktycznego punktacji przyznanej odwołującym B. w kryterium „Metodologia”.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i

nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powyższego wynika, iż wszystkie czynności, o których mowa we wskazanym wyżej przepisie, winny być przez zamawiającego uzasadnione. Obowiązek ten dotyczy również uzasadnienia czynności oceny ofert i przyznawania im punktów. Wobec każdego wykonawcy uzasadnienie przyznania określonej ilości punktów jego ofercie jest o tyle oczywiste, że każdy wykonawca jest uprawniony do tego, by wiedzieć, na jakiej podstawie jego oferta została oceniona w taki czy inny sposób. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert stanowi emanację zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. przejrzystości, która obejmuje między innymi możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego.

W ocenie Izby informacje podane odwołującym B. w zakresie przyznania im punktów w kryterium „Metodologia” nie spełniają wymogów pozwalających uznać je za uzasadnienie faktyczne w rozumieniu art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p. Podnieść należy, iż kryterium to nie było oceniane na podstawie wzoru matematycznego czy innego równie precyzyjnego sposobu, gdzie przyznanie punktów stanowi wynik operacji matematycznej na podstawie podstawionych danych bądź pozwala na zasadzie zerojedynkowej ustalić, czy dana ilość punktów się wykonawcy należy czy nie. Przyznawanie punktów w kryterium „Metodologia” było wynikiem oceny ekspertów, którzy – jak podnosił zamawiający – dokonywali tej oceny w oparciu o posiadaną wiedzę i własne doświadczenia i przekonania co do tego, w jaki sposób „Metodologia” powinna zostać przygotowana.

Jakkolwiek należy zgodzić się z zamawiającym co do tego, że przyznawanie punktów przez ekspertów we wskazanym kryterium charakteryzuje się pewną dozą subiektywizmu, to

46

jednak nie można odmówić wykonawcom wiedzy co do tego, dlaczego dany ekspert ocenił jego ofertę tak a nie inaczej. Podkreślenia wymaga, że zamawiający opisał to kryterium w sposób szczegółowy, wskazując, iż: dla PK1 jako kluczowe elementy Projektu, zamawiający uzna elementy, które: a) Są konieczne do jego wykonania (nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie); b) Ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla Wykonawcy lub Zamawiającego. Dla PK1 wskazano, że za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Projektu przyznany zostanie 1 punkt i każdy z ekspertów przyznawał pewną ilość punktów, a ich suma była przeliczana według podanego wzoru. Z kolei dla PK2 za każde właściwe opisanie zapobiegania, przeciwdziałania i zarządzania ryzykiem, oraz opracowanie systemu wczesnego ostrzegania dla tego ryzyka, wykonawca dostanie 3 pkt, maksymalnie (...) pkt. Punkty przyznawane będą niezależnie przez wyznaczony do prac przy Komisji Przetargowej Członków Zespołu Ekspertów.

Z powyższego wynika, iż w ramach wskazanego kryterium eksperci mieli oceniać, czy element projektu został wskazany prawidłowo (PK1) oraz czy właściwie została opisana procedura związana z zarządzaniem ryzykiem (PK2).

Tymczasem uzasadnienie ilości przyznawanych punktów przez poszczególnych ekspertów zawierało takie informacje, jak: „nie ujęto wszystkich kluczowych elementów”, „mitygacji ryzyk dokonano zbyt ogólnikowo”, „ocena wynika z ilości opisanych elementów”, „opis ogólnikowy”, „brak sposobów mitygacji części ryzyk”. Są to sformułowania charakteryzujące się tak wysokim poziomem ogólności, że nie sposób z nich wywieść, jakie konkretnie zarzuty eksperci sformułowali wobec koncepcji odwołujących B..

Wobec braku możliwości stwierdzenia zasadności przyznanej punktacji, Izba nakazała zamawiającemu sporządzenie uzasadnienia, z którego w sposób nie budzący wątpliwości będą wynikać decyzje ekspertów w zakresie oceny wskazanego kryterium. Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut błędnej oceny oferty odwołujących B. w kryterium „Metodologia” uznając go za przedwczesny. Dopiero po sporządzeniu szczegółowego uzasadnienia odwołujący B. będą mogli ocenić zasadność czynności ekspertów i podjąć decyzję w kwestii ewentualnego wniesienia w tym zakresie środka odwoławczego

Odwołujący B. złożyli do akt sprawy opinię z dnia 21 czerwca 2017 roku sporządzoną przez Pana B.S. (Certyfikat Project Management Professional – PMP – od 2007 r.) jako

dowód na wykazanie prawidłowości sporządzonej przez nich metodyki. W związku z oddaleniem zarzutu błędnej oceny oferty odwołujących B., Izba nie przeprowadziła dowodu ze złożonej opinii na wskazaną przez odwołujących B. okoliczność. Nie oznacza to, iż Izba odmówiła opinii waloru dowodowego w sprawie, jednakże uznała, że przeprowadzenie

47

dowodu, o który wnioskowali odwołujący B., na tym etapie postępowania byłoby nieuzasadnione.

Izba uznała za niezasadny zarzut, iż zadania wykonywane przez Pana K. nie obejmowały swym zakresem wszystkich branż wymienionych w opisie warunku.

Interpretacja wymogu zawartego w pkt. 8.6.1. s.i.w.z. w zakresie doświadczenia koordynatora projektu wskazuje, iż zamawiający oczekiwał wykazania się opracowaniem dwóch opracowań wielobranżowej dokumentacji projektowej dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej, w skład których musiały wchodzić: co najmniej jeden szlak długości co najmniej 5 km, dwie stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa tory główne dodatkowe i dwie krawędzie peronowe. Dokumentacja projektowa obydwu opracowań powinna była objąć projekt budowlany i wykonawczy w zakresie pięciu wskazanych branż, jednak nie było wymogu, by wszystkie wymienione branże znajdowały się na każdym odcinku linii kolejowej. Postawiony warunek wymagał, by każda z wymienionych branż znalazła się w dokumentacji projektowej każdego opracowania, jednak bez obowiązku wykazywania ich istnienia na całej długości linii i na wszystkich etapach. Określenia „łącznie” nie można w tym postępowaniu odnosić do branż, lecz jedynie do elementów linii kolejowych.

W szczególności Izba nie podzieliła argumentacji odwołujących B. co do interpretacji warunku opisanego w pkt. 8.6.1. s.i.w.z., czemu dała wyraz powyżej. Izba nie uznała również za słuszne stanowiska odwołujących B., iż wykonywane przez Pana K. zadania nie objęły swym zakresem wymaganych branż.

Przede wszystkim Izba podkreśla, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Odwołujący B., na których ciążył obowiązek inicjatywy dowodowej w zakresie podniesionego zarzutu, nie przedstawili żadnego dowodu na jego poparcie. Odwołujący B. swe stanowisko oparli na nazwie zadania wskazanego jako doświadczenie Pana K. oraz na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 576/17, gdzie w analogicznym stanie faktycznym Izba uwzględniła zarzut braku wymaganego doświadczenia Pana K.. Jedynie na rozprawie w dniu 22 czerwca 2017 roku odwołujący B. wnieśli o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w sprawie KIO 576/17 w tym dowodów składanych przez strony i przystępującego E. oraz z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie i z treści protokołu. 48

Izba nie uwzględniła tak sformułowanego wniosku dowodowego. Przede wszystkim Izba wskazuje, że dowód z akt nie istnieje w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jedynie część akt, w postaci określonych dokumentów, może stanowić środek dowodowy (por. np. wyrok SN z dnia 15 kwietnia 2005 roku, sygn. akt I CK 653/04., wyrok SN z dnia (...) maja 2008 roku, sygn. akt III CSK 344/07). W takim wypadku strona powinna złożyć wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodów z konkretnych dokumentów. Należy te dokumenty wskazać konkretnie, określając ich wystawcę, datę, numer itp. Odwołujący B. takich danych w złożonym wniosku dowodowym nie wskazali. Z kolei treść odwołania, odpowiedź na odwołanie i treść protokołu zawierają jedynie stanowiska stron tamtego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, dlatego też Izba odmówiła im waloru dowodowego.

Izba zapoznała się natomiast z treścią uzasadnienia wyroku wydanego w sprawie KIO 576/17, dotyczącego analogicznego zarzutu, gdzie skład orzekający w tej sprawie uznał, że: „W tym zakresie Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że zakres robót na zadaniu LCS Ł. był szerszy i obejmował dla szlaków kolejowych inne, poza srk i branżą telekomunikacyjną, branże, a także, że dla stacji D., że był on szerszy niż wynikający z dowodów przedstawionych przez Odwołującego. Takiego wniosku nie można wywieść ani z treści oferty Przystępującego, ani z dowodów przedłożonych w toku rozprawy. Przystępującego

w odniesieniu do tej inwestycji, jak również w zakresie pozostałych zarzutów, nie przedstawił dowodów wskazujących na ich rzeczywisty zakres przedmiotowy skupiając się jedynie na negowaniu wykładni warunków zaprezentowanej przez Odwołującego i wyjaśnieniach opartych na przedstawionej przez siebie tabeli zawierającej prezentację zakresu robót dla każdej z inwestycji. Tym samym Izba uznała ten zarzut za potwierdzony”.

Z powyższego wynika, iż Izba w postępowaniu KIO 576/17 nie uznała, iż zakres prac na zadaniu wykazywanym jako doświadczenie Pana K. nie obejmował wymaganych branż, lecz jedynie, że przystępujący E. nie udowodnili, iż był on szerszy.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący E. złożyli do akt postępowania odwoławczego dowody w postaci projektów fragmentów projektu budowlanego dotyczących poszczególnych etapów zadań wskazanych jako doświadczenie Pana K. oraz sporządzoną samodzielnie tabelę zawierającą wykaz branż na T. zadaniach. Izba przeprowadziła dowód ze wskazanych dokumentów i skonstatowała, że wykazane zadania zawierały wszystkie branże wymagane w przedmiotowym postępowaniu.

Izba uznała za niezasadne zarzuty dotyczące braku doświadczenia innych osób wskazanych w odwołaniu. Osoby te nie zostały przez przystępujących E. wskazane jako

49

personel przewidziany do realizacji zadania objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym bezpodstawność zarzutów jest oczywista.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzuty dotyczące czynności zamawiającego, polegających na:

1) uznaniu, że osoby wskazane w JEDZ oraz w Wykazie osób spełniają wymagania opisane w pkt 8.6.1 poz. 1,2,3,5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym, że E. spełnia udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.,

2) zaniechaniu wykluczenia E. z postępowania wskutek podania przez E. informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w zakresie doświadczenia osób wskazanych w JEDZ i Wykazie osób, na funkcje opisane w pkt 8.6.1 poz. 1,2,3,5 s.i.w.z., co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.,

ewentualnie – zaniechaniu wezwania E. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia JEDZ i Wykazu osób w zakresie funkcji wskazanych w pkt 8.6.1 poz. 1,2,3,5 s.i.w.z.

należy uznać za bezzasadne.

Odnosząc się do zarzutu sztucznego podziału zadania wykazanego jako doświadczenie Pana K. na dwa osobne, Izba wskazuje, że w tym zakresie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 576/17, wydanym w analogicznym stanie faktycznym, gdzie wskazano, że „Przedstawiona przez Przystępującego w ramach wyjaśnień argumentacja (poparta pismem P. Spółka z o.o. z dnia 04.04.2017 r. wskazującym na okoliczność organizacji projektowania linii E(...) w zakresie inwestycji „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Ł. – stacja S., Ł. i M. (pełny zakres robót) oraz odcinki szlakowe (tylko systemy sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacja) w ramach projektu POLIS 7.1. – 9.1. „Modernizacja linii kolejowej E(...) / CE na odcinku S. – T., etap II” wskazujący na podział na dwie części zgodnie z geograficznym przebiegiem linii kolejowej przez dwa województwa – mazowieckie i lubelskie) zasługuje na uwzględnienie. Taki podział inwestycji wydaje się racjonalny i zgodny z doświadczeniem życiowym oraz podyktowany jest odrębną właściwością miejscową organów administracji architektoniczno - budowlanej. (...) Tym samym Izba podział odnoszący się do zadania LCS Ł. uznała za prawdopodobny przenosząc powyższe rozstrzygnięcie na inne osoby wykazu, dla których została wskazana w ramach doświadczenia ta inwestycja. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Odwołującego, że podział ten jest sztuczny i dokonany jedynie w celu formalnego potwierdzenia spełnienia warunku. Otóż

50

w okolicznościach wskazanych przez Przystępującego (potwierdzonych dowodem w postaci pisma P. Spółka z o.o.) brak jest podstaw do kwestionowania takiego podziału”. Wobec powyższego Izba zarzut ten oddaliła.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

KIO 1978/17

W dniu 29 maja (...)17 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S. - P.I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. (dalej: odwołujący S.) wnieśli odwołanie w części II od:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołujących S. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta nie podlegała odrzuceniu,
- 2) zaniechania zamawiającego polegającego na niewezwaniu odwołujących S. do udzielenia wyjaśnień,
- 3) czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania.

Odwołujący S. zarzucili zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i unieważnienie postępowania przed upływem daty wyznaczonej odwołującym S. na złożenie oświadczeń i dokumentów;
- 2) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i niewskazanie powodów odrzucenia oferty odwołujących S. oraz niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego;
- 3) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

ich niewłaściwe zastosowanie, wadliwe wykluczenie odwołujących S. z postępowania i wadliwe odrzucenie ich oferty,

- 4) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie odwołujących S. do udzielenia wyjaśnień,

51

-
- 5) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez jego wadliwe zastosowanie i unieważnienie postępowania, pomimo niewystąpienia przesłanki, o której mowa w powołanym przepisie.

Wskazując na powyższe odwołujący S. wnieśli o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 18 maja 2017 r. polegającej na unieważnieniu postępowania,
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 18 maja 2017 r. polegającej na odrzuceniu oferty odwołujących S.,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert, w tym wezwanie odwołujących S. do złożenia oświadczeń, dokumentów oraz wyjaśnień.

Ponadto wnieśli o zasądzenie od zamawiającego na ich rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty 3.600 zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący S. podnieśli, że zamawiający naruszył ich interes w postępowaniu, ponieważ w sytuacji przeprowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., to oferta odwołujących S. powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący S. wskazali, że w dniu 18 maja (...)17 r. otrzymali drogą mailową zawiadomienie o odrzuceniu ich oferty i unieważnieniu postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i unieważnienie postępowania przed upływem daty wyznaczonej odwołującym S. na złożenie oświadczeń i dokumentów, odwołujący S. podnieśli, że w dniu 11 maja 2017 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. wezwał ich do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w Jednolitym Dokumencie, które zostały szczegółowo wymienione w pkt. 8.6 - 8.7 Instrukcji dla Wykonawców, w terminie do dnia 23 maja 2017 r. do godz. 9:00.

W dniu 18 maja 2017 r. (a zatem 5 dni przed upływem terminu wyznaczonego odwołującym S. w wezwaniu) zamawiający zawiadomił odwołujących S. o odrzuceniu oferty ich i unieważnieniu postępowania.

52

Odwołujący S. podkreślili, że na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. W tym kontekście, niezrozumiałe są kolejne czynności dokonane przez zamawiającego:

- unieważnienie postępowania przed upływem terminu wyznaczonego odwołujących S. na złożenie oświadczeń i dokumentów,
- wykluczenie odwołujących S. z postępowania,
- odrzucenie oferty odwołujących S..

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i niewskazanie powodów odrzucenia oferty odwołujących S. oraz niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego, odwołujący S. podnieśli, że w dniu 18 maja 2017 r. otrzymali zawiadomienie o odrzuceniu ich oferty i unieważnieniu postępowania.

W powodach odrzucenia oferty zamawiający przytoczył cytaty z pisma odwołujących S. nie wskazując, jaki konkretnie zarzut i w stosunku do jakiej osoby formułuje (w piśmie „wykropkowano” miejsca odnoszące się do danych personalnych osób). Następnie zamawiający stwierdził ogólnie, że wskazane osoby (nie wiadomo czy osoby wskazane w ofercie czy w uzupełnionym wykazie) nie figurują w dokumentacji zamawiającego jako osoby, które działały i świadczyły usługi przy realizacji inwestycji wskazywanych w wykazie.

Odwołujący S. stwierdzili, iż nie są w stanie stwierdzić, które konkretnie osoby zdaniem Zamawiającego „nie działały” i „nie świadczyły” usług przy realizacji inwestycji wskazanych w wykazie.

Niemniej, w ocenie odwołujących S., powyższe stwierdzenie zamawiającego jest niezgodne z prawdą. Przykładowo, nawet pierwsza osoba z poprawionego wykazu figuruje w dokumentacji zamawiającego jako osoba, która działała i świadczyła usługi przy realizacji inwestycji wskazywanych w wykazie - strony tytułowe potwierdzające pełnienie funkcji koordynatora przez Pana Stanisława Witkowskiego umieszczone są na serwerze zamawiającego.

W ocenie odwołujących S., uzasadnienie podane przez zamawiającego nie może być jednak uznane za uzasadnienie spełniające wymogi prawa z uwagi na fakt, iż zamawiający nie podał w nim informacji, do podania których zamawiający jest zobowiązany. Zamawiający nie wskazał, który warunek, w odniesieniu do jakiej osoby, nie został w ocenie zamawiającego spełniony, poprzestając jedynie na lakonicznym stwierdzeniu, że

53

„uzupełniony przez Wykonawcę wykaz osób w dalszym ciągu nie potwierdza, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu”.

Z uwagi na brak wskazania przez zamawiającego konkretnych przyczyn wykluczenia, brak ujawnienia zarzutów zamawiającego, niewskazania niespełnionych warunków, niewskazania okoliczności, w zakresie których odwołujący S. (w ocenie zamawiającego) wprowadził zamawiającego w błąd, ustosunkowanie się odwołujących S. do czynności ich wykluczenia mogłoby być jedynie hipotetyczne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, wadliwe wykluczenie odwołujących S. z postępowania i wadliwe odrzucenie ich oferty, odwołujący S. podnieśli, że żadna z okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, tj. niewykazanie spełniania warunków, celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd czy też przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, nie miało w niniejszym postępowaniu miejsca.

W odniesieniu do Koordynatora Projektu, został postawiony przez zamawiającego następujący warunek:

„Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert opracował co najmniej dwa (2) opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy w zakresie minimum pięciu (5) wskazanych branż (torowa, drogowa, mostowa, urządzenia srk, sieci trakcyjne) dla budowy lub przebudowy linii kolejowej, które obejmowały w swym zakresie łącznie co najmniej jeden (1) szlak długości co najmniej 5 km i dwie (2) stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej dwa (2) tory główne dodatkowe, położone na zelektryfikowanej linii kolejowej, w oparciu o które to opracowania projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę, o łącznej wartości prac projektowych nie mniejszych niż 5.000.000 PLN brutto”.

W odniesieniu do Koordynatora branży kolejowe sieci trakcyjne został postawiony przez zamawiającego następujący warunek:

„W okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej co najmniej dwie (2) dokumentacje projektowe (obejmujące projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych zawierających w swym zakresie łącznie

54

co najmniej jeden szlak o długości co najmniej 5 km i dwie (2) stacje kolejowe, obejmujące co najmniej 20 km sieci trakcyjnej”.

W odniesieniu do Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym został postawiony przez Zamawiającego następujący warunek:

„W okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie (2) dokumentacje projektowe (obejmujące projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych zawierających w swym zakresie łącznie co najmniej dwa (2) szlaki o długości co najmniej 5 km z samoczynną blokadą liniową obejmującą łącznie co najmniej jeden (1) szlak i jedną (1) stację kolejową włączoną do Lokalnego Centrum Sterowania, jedną (1) stację kolejową, obejmującą przynajmniej dwa (2) torygłównie zasadnicze i dwa (2) tory główne dodatkowe i tory boczne oraz co najmniej (...) zwrotnic”.

Odwołujący S. podnieśli, że wszystkie osoby wskazane zarówno w ofercie, jak i uzupełnionym wykazie (Koordynator Projektu, Koordynator branży kolejowe sieci trakcyjne oraz Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym), spełniały warunki postawione przez zamawiającego. Odwołujący S. nie wprowadzili zamawiającego w błąd ani celowo, ani w wyniku lekkomyślności. Brak określenia przez zamawiającego przesłanek wykluczenia wykonawcy uniemożliwia odwołującym S. szczegółowe odniesienie się do poszczególnych osób czy też warunków (zamawiający nie wskazał czy jego zarzuty dotyczą osób przedstawionych przez odwołującego S. w ofercie, wykazie, czy też jednych i drugich).

Odwołujący S. podkreślili, że w tym samym postępowaniu (część I zamówienia) osoby wskazane przez odwołujących S. na część I i część II zamówienia, nie wzbudziły jakichkolwiek zastrzeżeń zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie odwołujących S. do udzielenia wyjaśnień, odwołujący S. podnieśli, iż, jeżeli zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości w odniesieniu do osób przedłożonych przez odwołujących S., winien te wątpliwości wyjaśnić w drodze wezwania do udzielenia wyjaśnień a nie wykluczać odwołujących S. na najbardziej dotkliwej przesłance wymienionej w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. na podstawie celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

W zakresie zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez jego wadliwe zastosowanie i unieważnienie postępowania pomimo niewystąpienia przesłanki, o której mowa w powołanym przepisie, odwołujący S. podnieśli, że w omawianym postępowaniu

55

złożono co najmniej jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu (ofertę odwołujących S.), zatem nie ziszcila się przesłanka unieważnienia postępowania, na którą powołuje się zamawiający. W świetle powyższego, Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania z naruszeniem przepisów ustawy.

W kontekście wymogów zawartych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący S. wskazali, iż posiadają interes w złożeniu odwołania, ponieważ mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W przypadku przeprowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., oferta odwołujących S. powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Jednocześnie odwołujący S. mogą ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy P.z.p. szkodę w postaci utraconych korzyści w realizacji zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołujących S., w tym zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową

Izbą Odwoławczą.

Zamawiający podniósł, że w postępowaniu w cz. II oferty złożyło 6 wykonawców. W toku badania i oceny ofert powziął wątpliwości co do tego, czy odwołujący S. spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do realizacji zamówienia.

Zamawiający wskazał, że odwołujący S. w ofercie wskazali jako osoby, którymi będą dysponowali na etapie realizacji zamówienia: Pana nr 1, wskazanego jako Koordynator Projektu oraz Pana nr 2 na stanowisko Koordynatora w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. W złożonym wykazie osób zostało wskazane, że osoby zdobyły wymagane doświadczenie w ramach inwestycji realizowanych na rzecz zamawiającego. Zamawiający dokonał weryfikacji ww. informacji na podstawie posiadanych dokumentów i ustalił, iż dane ww. osób nie widnieją w dokumentacji ww. inwestycji.

W związku z tym, zamawiający skierował w dniu 5 maja 2017 r. do odwołujących S. kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień co do osób wskazanych w Wykazie. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 9 maja 2017 r. odwołujący przedłożyli wyjaśnienia oraz nowy wykaz osób na trzy stanowiska.

W nowym, uzupełnionym Wykazie osób odwołujący S. wskazali:

56

1) Pana nr 3 na stanowisko Koordynatora Projektu (doświadczenie zdobyte na kontraktach realizowanych na rzecz PLK),

2) Pana nr 4 na stanowisko Koordynatora branży kolejowe sieci trakcyjne (doświadczenie zdobyte na kontraktach realizowanych na rzecz PLK),

3) Pana nr 5 na stanowisko Koordynatora branży sieci trakcyjne (doświadczenie zdobyte na kontraktach realizowanych na rzecz PLK).

W toku badania i oceny ww. wyjaśnień zamawiający powziął informacje, że Pan nr 5 nie figuruje w dokumentacji zamawiającego jako osoba, która działała i świadczyła usługi przy realizacji inwestycji wskazywanych w wykazie. Pan nr 4 figuruje w dokumentacji zamawiającego, jednak jest w tej dokumentacji wskazany jako osoba sprawdzająca projekt. Tymczasem, zgodnie z zapisem s.i.w.z., Koordynator branży kolejowe sieci trakcyjne powinien posiadać doświadczenie w charakterze projektanta. W ocenie zamawiającego, Pan nr 4 nie spełnił zatem wymogów określonych przez s.i.w.z.

Na podstawie złożonej oferty oraz wyjaśnień zamawiający stwierdził zatem, że zaistniały przesłanki wykluczenia odwołujących S. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 ustawy P.z.p.

Zamawiający podniósł, że przedłożone przez odwołujących w kolejnych pismach Wykazy osób nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w dodatku na ich podstawie zamawiający został wprowadzony w błąd, który mógł mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje. Informacje dotyczące doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia były bowiem nieprawdziwe. Odwołujący S. wskazali w pierwotnym wykazie osób personel, który rzekomo posiadał doświadczenie zdobyte przy inwestycjach realizowanych na rzecz zamawiającego. Poza jakąkolwiek analizą pozostaje kwestia, czy działanie odwołujących S. było umyślne, gdyż przepisy ustawy P.z.p. przywołane powyżej wprost wskazują, iż przesłanka wykluczenia obejmuje zarówno celowe działanie, jak i rażące niedbalstwo. Nie można pominąć faktu, że personel, na którego doświadczenie powoływał się odwołujący S., był personelem własnym jednego z konsorcjantów. W związku z tym, iż ww. osoby od wielu lat ściśle współpracują z konsorcjantem (na podstawie umowy o pracę), wątpliwym wydaje się przyjęcie, iż nie posiadał on szczegółowej wiedzy na temat zakresu i stopnia zaangażowania poszczególnych osób w realizowane zamówienia. Co więcej, sami odwołujący S. w swoich wyjaśnieniach przyznali, iż w stosunku do Pana nr 2 przychylają się do wskazań zamawiającego, czym dali wyraz temu, iż w sposób niedokładny zweryfikowali doświadczenie ww. specjalisty.

57

Zamawiający wskazał, że uzupełniony przez odwołujących S. wykaz osób w dalszym ciągu nie potwierdza, iż spełniają oni warunki udziału w postępowaniu. Z uwagi na obowiązującą w ustawie P.z.p. zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu, zamawiający nie miał podstaw prawnych do skierowania do odwołujących Schessler kolejnego wezwania do wyjaśnień, gdyż takie zachowanie prowadziłoby do

rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wobec braku możliwości podjęcia kroków prawnych umożliwiających odwołującym S. podjęcie kolejnej próby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający miał podstawy, by wykluczyć odwołujących S. również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.

Zamawiający podniósł, że odwołujący w wezwaniu z dnia 05.05.2017 r. został wyraźnie pouczone, że wyjaśnienia, które ma złożyć, mają na celu wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego, „przychylenie się do wskazań zamawiającego” wobec Pana nr 2 przez odwołujących S. zdecydowało o potwierdzeniu, że przedłożyli oni Wykaz osób, zawierający informację, których treść miałaby istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego - informacje te zdecydowałyby o uznaniu, iż odwołujący S. spełniają warunek udziału w postępowaniu, co mogłoby skutkować udzieleniem im zamówienia publicznego. Wyjaśnienie udziału „uzupełnionych” osób wskazanych w Wykazie przedłożonym wraz z wyjaśnieniami na wezwanie z dnia 05.05.2017 r. mimo kolejnych uzasadnionych wątpliwości co do stało się zamawiającego prawdziwości treści, bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutu niewskazania powodów odrzucenia oferty odwołujących S. oraz niepodania uzasadnienia faktycznego i prawnego, zamawiający wskazał, że są one chybione. W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 18 maja 2017 r. (znak 9090/IREZA/26229/10318/16/P) wyczerpująco podano podstawy faktyczne wykluczenia odwołujących S. oraz wskazano podstawy prawne tej decyzji. Rezultatem wykluczenia odwołujących S. jest odrzucenie ich oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p., co także zostało wskazane w ww. zawiadomieniu. Zarzut niepodania uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty odwołujących S. jest zatem chybiony. Zamawiający przed wykluczeniem odwołujących S. wzywał ich do wyjaśnień i uzupełnień, zatem odwołujący S. mieli świadomość, jakie elementy ich oferty są dla zamawiającego wątpliwe. Biorąc pod uwagę całokształt złożonych w postępowaniu dokumentów, zamawiający upewnił się, że odwołujący S. podlegali wykluczeniu, co skutkowało także odrzuceniem ich oferty.

58

Zamawiający stwierdził, iż, biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że pozostałe oferty w postępowaniu także podlegały odrzuceniu, zamawiający słusznie zdecydował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.I., A.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A., S. w B. (H.). Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wniosli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu w cz. II oferty złożyło 6 wykonawców.

Odwołujący S. w ofercie wskazali jako osoby, którymi będą dysponowali na etapie realizacji zamówienia: Pana nr 1, wskazanego jako Koordynator Projektu, oraz Pana nr 2 na stanowisko Koordynatora w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. W złożonym wykazie osób zostało wskazane, że osoby zdobyły wymagane doświadczenie w ramach inwestycji realizowanych na rzecz zamawiającego.

Zamawiający skierował w dniu 5 maja 2017 r. do odwołujących S. wezwanie do złożenia wyjaśnień co do osób wskazanych w Wykazie. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 9 maja 2017 r. odwołujący przedłożyli wyjaśnienia oraz nowy wykaz osób na trzy stanowiska.

W nowym, uzupełnionym Wykazie osób odwołujący S. wskazali:

- 1) Pana nr 3 na stanowisko Koordynatora Projektu (doświadczenie zdobyte na kontraktach realizowanych na rzecz PLK),
- 2) Pana nr 4 na stanowisko Koordynatora branży kolejowe sieci trakcyjne (doświadczenie zdobyte na kontraktach realizowanych na rzecz PLK),
- 3) Pana nr 5 na stanowisko Koordynatora branży sieci trakcyjne (doświadczenie zdobyte na kontraktach realizowanych na rzecz PLK).

Odwołujący S. w wyjaśnieniach przyznał, że w stosunku do Pana nr 2 przychylił się do wskazań zamawiającego.

W dniu 18 maja (...) 17 roku zamawiający zawiadomił odwołujących S. o unieważnieniu postępowania oraz o wykluczeniu odwołujących S. i odrzuceniu ich oferty na

W uzasadnieniu wskazał, że w toku badania oraz oceny ofert wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczącego wykazu osób, którymi dysponuje i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, tj. wyjaśnień w zakresie doświadczenia „Pan ...” imię i nazwisko stanowi Tajemnicę Przedsiębiorstwa oraz „Pan ...” - imię i nazwisko stanowi Tajemnicę Przedsiębiorstwa. Wykonawca w wykazie osób wskazał, iż ww. osoby zdobyły wymagane doświadczenie w ramach inwestycji realizowanych na rzecz Zamawiającego. Zamawiający dokonał weryfikacji ww. informacji i ustalił, iż dane ww. osób nie widnieją w dokumentacji ww. inwestycji. W związku z powyższym Zamawiający skierował do Wykonawcy wezwanie, w którym wskazał, że: „wyjaśnienia wymaga rola osób w wskazywanych usługach. Zamawiający poucza, że zgodnie z art. 24 ust. 1 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się pkt 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że niepodlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji oraz 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 publicznego.

W odpowiedzi na powyższe Wykonawca wyjaśnił, że: „Pan ...” - (imię i nazwisko stanowi Tajemnicę Przedsiębiorstwa) zatrudniony jest u Członka Konsorcjum. Z uwagi na pełnioną funkcję nie figuruje wśród osób wskazanych w PZT.

W dalszej części wyjaśnień Wykonawca wskazał, że „z wiedzy posiadanej przez Wykonawcę na etapie przygotowania oferty „Pan ...” (imię i nazwisko stanowi Tajemnicę Przedsiębiorstwa) brał udział w wykonaniu dokumentacji projektowej. Nie było zatem celem Wykonawcy wprowadzenie Zamawiającego w błąd, ani też rażące niedbalstwo. Wykonawca na podstawie wiedzy uzyskanej bezpośrednio od Projektanta nie miał podstaw do nie przyjęcia doświadczenia. Wykonawca przychylił się do wskazań Zamawiającego jako weryfikatora postępowania, niemniej podtrzymuje, iż nie można mówić o okolicznościach wskazanych w art 24 ust. 1. Wykonawca działając na podstawie art 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp niniejszym wskazuje innego Projektanta, który spełnia warunki udziału w postępowaniu.”

W nowym, uzupełnionym Wykazie osób Wykonawca wskazał nowe osoby - Imiona i nazwiska stanowią Tajemnicę Przedsiębiorstwa.

W toku badania i oceny ww. wyjaśnień Zamawiający powziął informacje, że wskazane osoby nie figurują w dokumentacji Zamawiającego jako osoby, które działały i świadczyły usługi przy realizacji Inwestycji wskazywanych w wykazie.

W stosunku do Wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia określone w pkt 12, 16 i 17 art. 24 ust. 1 Pzp. Wskazania wymaga, iż Wykonawca wskazał w pierwotnym wykazie osób personel, który rzekomo posiadał doświadczenie zdobyte przy inwestycjach realizowanych na rzecz Zamawiającego. Poza jakąkolwiek analizą pozostaje kwestia czy działanie Wykonawcy było umyślne, gdyż przepisy Pzp przywołane powyżej wprost wskazują, iż przesłanka wykluczenia obejmuje zarówno celowe działanie, jak i rażące niedbalstwo. Nie można pominąć faktu, że personel na którego doświadczenie powoływał się Wykonawca był personelem własnym jednego z konsorcjantów. W związku z tym, iż ww. osoby od wielu lat ściśle współpracują z konsorcjantem (na podstawie umowy o pracę) wątpliwym wydaje się przyjęcie, iż nie posiadał on szczegółowej wiedzy na temat zakresu i stopnia zaangażowania poszczególnych osób w realizowane zamówienia. Co więcej, sam Wykonawca w swoich wyjaśnieniach przyznał, iż w stosunku do jednej z pierwotnie wskazywanych osób „przychyla się do wskazań Zamawiającego”, czym dał wyraz temu, iż w sposób niedokładny zweryfikował doświadczenie ww. specjalisty.

Uzupełniony przez Wykonawcę wykaz osób w dalszym ciągu nie potwierdza, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Z uwagi na obowiązującą w Pzp zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu Zamawiający nie ma podstaw prawnych do skierowania do Wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień, gdyż takie zachowanie prowadziłoby do rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 wyklucza 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, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; oraz zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17, 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.

Ponadto zamawiający wyklucza Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

61

Odwołanie jest bezzasadne.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się 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.

Wskazany wyżej przepis ustanawia obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę w każdym przypadku, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa w artykule.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

- 1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie T. informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności – niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

62

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone

zwyczajowo standardy postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż odwołujący S. nie dołożyli należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący S. mieli świadomość tego, iż wykazane przez nich doświadczenie nie potwierdza wymaganych w postępowaniu zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż – po wezwaniu przez zamawiającego – wymienili te osoby na inne a wobec Pana nr 2 oświadczyli, że uznają zastrzeżenia zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek.

W ocenie Izby czynnościom odwołujących S. można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Podkreślenia wymaga, że odwołujących S., z uwagi na profesjonalny charakter ich działalności, obowiązuje podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Owa staranność obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania, niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach. Nie ulega również wątpliwości,

że wskazane przez odwołujących S. informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez wykonawcę zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Wobec uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., za niezasadny należy uznać również zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołujących S. do złożenia wyjaśnień i unieważnienia postępowania przed upływem terminu do złożenia wyjaśnień. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., nie jest wzywany do składania wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.

63

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie zaszły również okoliczności uzasadniające wykluczenie odwołujących S. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się 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, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Co prawda, nie ma oficjalnej definicji rażącego niedbalstwa, żaden z przepisów prawa nie definiuje tego pojęcia. Istnieją jedynie opracowania naukowe oraz orzecznictwo sądowe, w szczególności orzecznictwo Sądu Najwyższego (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.03.2004 r., sygn. akt IV CK 151/03).

Rażące niedbalstwo jest postacią winy nieumyślnej i mamy z nim do czynienia wówczas, gdy sprawca szkody nie ma zamiaru wyrządzić szkody, ale:

- 1) narusza pewne normy prawne, społeczne lub zasady, bezpodstawnie licząc na to, że do szkody nie dojdzie, lub
- 2) nie zdaje sobie sprawy z tego, że jego zachowanie narusza normy prawne, społeczne lub zasady, choć powinien mieć taką świadomość.

Izba zgadza się z zamawiającym, który w informacji o unieważnieniu postępowania stwierdził, że nie można pominąć faktu, że personel na którego doświadczenie powoływał się wykonawca był personelem własnym jednego z konsorcjantów. W związku z tym, iż ww. osoby od wielu lat ściśle współpracują z konsorcjantem (na podstawie umowy o pracę) wątpliwym wydaje się przyjęcie, iż nie posiadał on szczegółowej wiedzy na temat zakresu i stopnia zaangażowania poszczególnych osób w realizowane zamówienia. Co więcej, sam Wykonawca w swoich

wyjaśnieniach przyznał, iż w stosunku do jednej z pierwotnie wskazywanych osób „że „przychyla się do wskazań Zamawiającego”, czym dał wyraz temu, iż w sposób niedokładny zweryfikował doświadczenie ww. specjalisty.

Powyższe uzasadnia, iż odwołujący S. nie wykazali, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu, co uzasadnia ich wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem, 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.

64

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i niewskazanie powodów odrzucenia oferty odwołujących S. oraz niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 18 maja 2017 r. zamawiający podał podstawy faktyczne wykluczenia odwołujących S. oraz wskazał podstawy prawne tej decyzji. Rezultatem wykluczenia odwołujących S. jest odrzucenie ich oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p., co także zostało wskazane w ww. zawiadomieniu. Zamawiający przed wykluczeniem odwołujących S. wzywał ich do wyjaśnień i uzupełnień, zatem odwołujący S. mieli świadomość, jakie elementy ich oferty są dla zamawiającego wątpliwe.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez jego wadliwe zastosowanie i unieważnienie postępowania, pomimo niewystąpienia przesłanki, o której mowa w powołanym przepisie. Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający skutecznie odrzucił wszystkie oferty, w związku z czym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. należy uznać za prawidłowe.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

KIO 1090/17

W dniu 29 maja 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I.L., A.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., I.C.E.A., S. w B. (H.), dalej: odwołujący B., wnieśli odwołanie w zakresie cz. II, wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1) unieważnieniu postępowania;

65

2) braku właściwego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołujących B., jak i wykluczenia ich z postępowania,

3) odrzuceniu oferty odwołujących B. z uwagi na błędne uznanie, że ich oferta zawiera rażąco niską cenę;

4) uznaniu, że odwołujący B. nie posiadają wymaganych zdolności, bowiem zaangażowanie zasobów odwołujących B. w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia i w konsekwencji – wykluczeniu odwołujących B. z uwagi na fakt, że nie wykazali oni spełniania warunków udziału w postępowaniu;

ewentualnie – zaniechaniu wezwania odwołujących B. do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych (dalej jako „Wykaz osób”) w celu wykazania spełniania warunku opisanego w pkt 8,6.1 s.i.w.z.

Odwołujący B. zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 22d ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5, art. 26 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 91 ust. 1w zw. z 92 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący B. wnieśli o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz oceny ofert i:

1) nakazanie zamawiającemu ponownego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu odwołujących B. z postępowania oraz odrzucenia ich oferty,

Ewentualnie:

2) dokonania ponownej oceny ofert i uznania, że:

3) oferta odwołujących B. nie zawiera rażąco niskiej ceny, ewentualnie poprzedzonej wezwaniem odwołujących B. do złożenia dalszych wyjaśnień w sprawie ceny w zakresie, w jakim zamawiający ma uzasadnione wątpliwości do treści wcześniejszych wyjaśnień,

4) odwołujący B. spełniają wymogi ubiegania się o zamówienie, w tym w zakresie opisanym w pkt 8.6.1. s.i.w.z.,

ewentualnie:

5) wezwania Odwołujących B. do uzupełnienia Wykazu osób, w celu wykazania się dysponowaniem odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 66

6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących B. kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący B. podnieśli, że posiadają w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. ustawy P.z.p. Oferta odwołujących B. przedstawia najkorzystniejszy bilans punktowy zgodnie z kryteriami stosowanymi przez zamawiającego. Gdyby więc zamawiający nie wykluczył odwołujących i nie odrzucił ich oferty, oferta odwołujących B. zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu nienależytego uzasadnienia decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołujących B., odwołujący B. podnieśli, że zamawiający odrzucił ofertę odwołujących B., w uzasadnieniu dosłownie wskazując, że wykonawca nie wykazał, by jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. W związku z czym oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca jego ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. *De facto* decyzja zamawiającego nie zawiera więc żadnego uzasadnienia faktycznego, ograniczając się do podania podstawy prawnej odrzucenia oferty.

Tak skrajnie lakoniczne uzasadnienie istotnie utrudnia, a wręcz uniemożliwia rzeczową polemikę z decyzją zamawiającego. Wykonawca nie wie bowiem, jakie przesłanki legły u podstaw tej decyzji. W szczególności, czy podstawą jest brak udowodnienia prawidłowego oszacowania ceny, w znaczeniu braku przedstawienia odpowiednich wyliczeń, czy też dowodów, czy może – wg zamawiającego – od strony formalnej i dowodowej wyjaśnienia są odpowiednie, ale z ich treści wynika, że cena jest ceną rażąco niską. Nie wiadomo też, który, wg zamawiającego, koszt (grupa kosztowa) nie została należycie udowodniona albo wskazana na realnym poziomie. W praktyce odwołujący B. nie są w stanie odnieść się do tej decyzji.

Odwołujący B. zauważyli, że równolegle toczącej się części I tego samego zamówienia odwołujący B. także składali wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Zarówno w części I, jak i II, wyjaśnienia te były bardzo zbliżone, tj. opierały się o tę samą metodykę ich przygotowania, miały zbliżoną treść, zawierały te same grupy kosztów, posługiwały się tym samymi dowodami i przyjęły te same stawki kosztów. Praktycznie rzecz biorąc, jedyne różnice dotyczyły innych nakładów czasu i stopnia zaangażowania kadry, a to ze względu na istotne różnice w rozmiarach obu zadań (część II jest mniejsza). W części I zamówienia wyjaśnienia odwołującego B. nie wywołały u zamawiającego wątpliwości i zostały zaakceptowane. Tym bardziej odwołujący B. nie rozumie i nie jest w stanie domyślać

się motywów, jakimi kierował się Zamawiający przy uznaniu, że odwołujący B. nie udowodnili, że ich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W zakresie braku rażąco niskiej ceny w ofercie odwołujących B., wskazali oni, że ich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a przygotowane przez nich wyjaśnienia są w tym zakresie wystarczające.

W zakresie zarzutu nienależytego uzasadnienia decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołujących B., odwołujący B. podnieśli, że zamawiający wykluczył ich, uznając, że jego personel będzie zaangażowany w realizację innych kontraktów, co uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia przez odwołujących B..

Odwołujący B. wskazali, że choć uzasadnienie w odniesieniu do wykluczenia na pierwszy rzut oka wydaje się dość obszerne i szczegółowe, to jednak jest to wrażenie tylko pozorne. Zauważyli, że w uzasadnieniu tej decyzji, jako swego rodzaju leitmotiv, wskazano,

że stwierdzono zaangażowanie wykonawcy w co najmniej cztery inne kontrakty, będące w trakcie realizacji bądź przeznaczone do realizacji w najbliższym czasie. To właśnie zaangażowanie w owe rzekome cztery inne kontrakty przesądziły o takim, a nie innym stanowisku zamawiającego.

Zamawiający jednak w żadnym miejscu nie wskazał jednak, które z kontraktów miał na myśli i które to postanowienia T. kontraktów przewidują ograniczenie (i jakiego rodzaju) lub wyłączenia w zaangażowaniu tego samego personelu w inne zadania.

Odwołujący B. zaprzeczyli, jakoby wskazany przez nich personel był zaangażowany w aż cztery duże kontrakty, które uniemożliwiłyby zaangażowanie w niniejsze zamówienie. Odwołujący B. nie wiedzą, jakie kontrakty zamawiający ma na myśli, nie są więc w stanie się do tego kluczowego zarzutu odnieść ze względu na jego lakoniczność.

Odwołujący B. podnieśli, że zamawiający nie sprecyzował też, czy chodzi mu o wszystkich członków kluczowego personelu wykonawcy, czy też tylko o niektórych z nich (a jeżeli tak, to których, bez wskazywania ich danych personalnych).

W ocenie odwołujących B., uznać należy, że uzasadnienie jest niewystarczające, a tym samym zamawiający powinien powtórzyć czynność oceny ofert z jednoczesnym odpowiednim uzasadnieniem swej decyzji.

68

W zakresie zarzutu bezpodstawnego uznania, że zaangażowanie osób wskazanych w wykazie osób w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia, odwołujący B. zaprzeczyli, by osoby wskazane jako ich kluczowy personel zaangażowane, były w cztery inne kontrakty będące w trakcie realizacji bądź przeznaczone do realizacji w najbliższym czasie, a których rozmiar czy też zakres czasowy uniemożliwiłyby lub negatywnie wpływały na stopień zaangażowania personelu kluczowego w niniejszym zamówieniu,

Odwołujący B. podnieśli, że nie wiedząc, jakie kontrakty ma zamawiający na myśli, nie są w stanie się do tego odnieść z pewnością. Jedyne mogą w tym zakresie spekulować i domyślać się, o jakie kontrakty zamawiającemu chodzi.

Odwołujący B. wskazali, że osoby wskazane jako kluczowy personel aktualnie zaangażowane są jedynie w realizację jednego dużego kontraktu, obejmującego opracowanie dokumentacji projektowej dla projektu infrastrukturalnego z zakresu transportu kolejowego, to jest Prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Poprawa infrastruktury kolejowej dostępu do portu G.”. Jest to kontrakt realizowany na rzecz tego samego oddziału zamawiającego, co do którego odwołujący B. pismem z dnia 05 maja 2017 r. zaznaczyli, że ich zdaniem zaangażowanie do jego realizacji tego samego personelu nie tyle stanowi zagrożenie niniejszego zamówienia, co wręcz dzięki uzyskiwanemu efektowi synergii będzie mu sprzyjać.

Ponadto odwołujący B. poinformowali, że zarówno na chwilę składania zakwestionowanych przez zamawiającego wyjaśnień z dnia 05 maja 2017 r., jak i chwilę obecną, nie realizuje na rzecz zamawiającego przy pomocy wskazanego zespołu dużych dokumentacji projektowych. Odwołujący jest podwykonawcą w kilku kontraktach na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, gdzie mogą występować członkowie personelu wskazanego w ofercie dla niniejszego zamówienia, jednak są to kontrakty na zaawansowanych etapach realizacji, gdzie prace projektowe zostały już co do zasady wykonane i trwają roboty budowlane. W tym przypadku, choć te osoby mogą być formalnie wskazane jako członkowie zespołów projektowych, to jednak, zważywszy, że aktualnie realizowany jest etap wykonawczy, stopień ich zaangażowanie jest minimalny i ogranicza się jedynie do nadzoru autorskiego.

Ponadto personel odwołujących B. bierze udział w realizacji zlecenia p.n. Pełnienie nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową w ramach następujących zadań: Kontrakt nr 1 - Modernizacja odcinka J. - T. (km 1,150 - 0,000 Unii nr (...), km 15,810 - 29,110 linii nr (...)); Kontrakt nr 2 - Modernizacja odcinka T. - K. (km 29,110 - 46,700 Unii nr (...)); w ramach

69

Projektu „Modernizacja linii kolejowej E (...), odcinek Z. - K., etap IIb”, jednak są to prace wymagające ze strony projektantów zaangażowania w wymiarze nieprzekraczającym

średnio jednej wizyty tygodniowo na placu budowy. Zamawiający wzywa projektantów w zależności od potrzeb, złożona oferta określała maksymalną liczbę pobyków, która może być mniejsza. W trakcie doT.czasowej realizacji konieczna była organizacja około 1 pobytu miesięcznie dla wybranych członków zespołu nadzoru. Ewentualnymi pozostałymi pracami (udzielanie wyjaśnień, przeprojektowywanie) zajmuje się różny personel w zależności od potrzeb. Dodatkowo zauważenia wymaga, że umowa zawiera ograniczenie co do ilości wizyt na budowie, co oznacza, że nie może to być w żaden sposób nadużywane, a wykonawca ma gwarancję maksymalnego zaangażowania swoich pracowników.

Ponadto, odnosząc się do kwestii terytorialnego aspektu wykonywania prac, o którym wspomniał zamawiający, odwołujący B. podkreślili, że charakter działalności odwołujących, to jest prace projektowe, w ograniczonym zakresie wymaga przebywania w miejscu, którego projektowanie dotyczy. Zorganizowanie zespołu i wykonywania określonych prac projektowych w dużym stopniu oderwane jest od miejsca, którego projekt dotyczy. Istotą T. usług jest tworzenie różnego rodzaju dokumentów, te w praktyce wykonywane są w siedzibie danego wykonawcy, czy też wręcz w miejscu zamieszkania projektantów. Także szereg ustaleń czy uzgodnień odbywa się za pomocą środków zdalnego przekazu (głównie w drodze elektronicznej). W praktyce posiadane narzędzia pracy (odpowiedni sprzęt komputerowy, oprogramowanie itp.) pozwala na wykonanie znacznej części T. prac praktycznie z każdego miejsca w Polsce (jak i nawet z zagranicy).

Odwołujący B. nie zaprzeczył, że takie wyjazdy też są potrzebne, np. w celu wizji terenu, niektórych spotkań koordynacyjnych, czasami w celu pozyskania określonych dokumentów. Jednakże ich zakres i częstotliwość nie jest znaczna i nie dezorganizuje pracy projektantów. Dodatkowo, zważywszy, że na fakt, iż personel wykonawcy zaangażowany jest już w kontrakt dla tego samego oddziału zamawiającego, nie będzie to stanowić żadnego problemu.

Odwołujący B. wskazali, że dla wspomnianego wyżej kontraktu dot. Portu G. w około rok po rozpoczęciu realizacji, wyjazdy zespołu odbywają się przeciętnie raz na dwa tygodnie i są to wyjazdy nie całego zespołu projektowego, ale raczej poszczególnych branż zaangażowanych w realizację (np. wyjazdy zespołu projektantów branży torowej, czy zespołu projektantów branży drogowej).

Odwołujący B. zauważyli, że swego rodzaju „odterytorializowanie” tego rodzaju usług nie jest niczym nadzwyczajnym, a wręcz całkowicie normalnym. Także i w tym postępowaniu

70

o zamówienie ubiega się wielu wykonawców, z których przeważająca większość nie ma siedziby w G. lub jego okolicach, a kadra T. wykonawców również nie składa się z mieszkańców G. a lub okolic. Także w innych postępowaniach mamy do czynienia z podobną sytuacją.

Dodatkowo, jak przypuszczają odwołujący B., jednym z T. kontraktów jest kontrakt na realizację zamówienia pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w S. i Ś.” projektu nr ref. (...). Odwołujący B. zauważyli, że do dziś nie została podpisana z odwołującymi B. umowa na realizację tego zamówienia. Choć wydaje się, że szanse na podpisanie tej umowy są wysokie (odwołujący B. zostali wybrani do realizacji tego zamówienia), to jednak takiej pewności mieć nie można, skoro umowa w tej sprawie nie została jeszcze podpisana. Stąd też kontrakt ten nie może być uwzględniany jako uniemożliwiający, czy też choćby utrudniający wykonanie niniejszego zamówienia.

Odwołujący B. podnieśli, że zamawiający nie może uprzedzać faktów, tym bardziej, że zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy P.z.p., mają oni możliwość na każdym etapie postępowania zweryfikować tę kwestię. Przy czym powinno mieć miejsce nie wcześniej, niż taka sytuacja się zaktualizuje. Poza tym jednak, samo zaangażowanie personelu w inne kontrakty nie stanowi przeszkody do udzielenia zamówienia. Przeszkoda ta powstaje dopiero wówczas, kiedy zaangażowanie to uniemożliwia realizację udzielanego zamówienia. Tak nie jest w niniejszym przypadku.

Odwołujący B. stwierdzili, że w branży, w której działają odwołujący B., nie jest niczym nadzwyczajnym, że personel wykonawcy realizuje jednocześnie więcej niż jeden kontrakt. Przeciwnie, z uwagi na specyfikę tej pracy i okresowość natężeń pracy na określonych kontraktach, większość pracowników jednocześnie realizuje prace na kilku inwestycjach.

W ocenie odwołujących B., nie jest przy tym trafna próba dezawuowania przez zamawiającego znaczenia doświadczenia odwołujących B.. Odwołujący B. słusznie na takie

doświadczenie się powołali, albowiem nie ma lepszej weryfikacji określonych możliwości wykonania zamówienia niż takie doświadczenie. Skoro do tej pory odwołujący B. wykonywali bez problemu podobne zamówienia z wykorzystaniem tej samej kadry na różnych kontraktach, często w tym samym czasie, to nie wiadomo dlaczego teraz miałyby być inaczej. Zdobyte doświadczenie pozwala na odpowiednią alokację zasobów i logistykę przedsięwzięcia. Dobre doświadczenia w tym zakresie mogą być nie tylko wykorzystane w niniejszym przypadku, ale dodatkowo dodawać realizacji zamówienia pewną wartość dodaną.

71

Dla odwołujących B. całkowicie niezrozumiałe są twierdzenia zamawiającego o rzekomym wpływie ewentualnych zmian w zakresie personelu, czy też cedowania w ramach zespołu niektórych obowiązków na inne osoby, na cenę oferty. Odwołujący B. wskazali w swych wyjaśnieniach RNC poziom wynagrodzeń pracowników. Jak już zauważono jest poziom absolutnie rynkowy i nie wiadomo z jakiej przyczyny miałby on się rzekomo zmienić. Tak samo nie wiadomo też dlaczego i na jakiej podstawie zamawiający kwestionuje oświadczenia pracowników odwołujących B., twierdząc, że nie będą oni skłonni pracować za wskazane wynagrodzenie w przypadku ich zaangażowania do czterech różnych kontraktów.

Odwołujący B. wskazali, że zamawiający w uzasadnieniu podał też, że obowiązujące odwołujących B. kontrakty przewidują ograniczenie lub wyłączenie możliwości zaangażowania w inne przedsięwzięcia. Także to twierdzenie nie jest prawdą, bowiem zawarte przez odwołujących B. umowy nie zawierają takiego ograniczenia, o którym pisze zamawiający. Ograniczenia, które może mieć na myśli zamawiający, obowiązują w niektórych umowach, ale dotyczą one innych kwestii, tj. podejmowania przez personel wykonawcy dodatkowych zajęć zarobkowych. Tyle, że osoby te nie podejmują żadnych innych zajęć zarobkowych, albowiem wszystkie swoje zdania wykonują w ramach pracy na rzecz B.. Na marginesie, z powyższymi zapisami nie jest powiązane wymagania o pozostawaniu w dyspozycji zamawiającego przez np. co najmniej 8 godzin dziennie.

W ocenie odwołujących B., kluczowy personel wskazany w ofercie w pełni umożliwia realizację zamówienia, a zaangażowanie T. osób w inne przedsięwzięcia nie stwarza dla zamawiającego żadnego zagrożenia.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania odwołujących B. do uzupełnienia dokumentów, odwołujący B. z ostrożności podnieśli, że nawet gdyby uznać, że wskazana przez odwołujących B. kadra nie gwarantuje wykonania zamówienia ze względu na zaangażowanie w realizację innych kontraktów (z czym oczywiście odwołujący B. się nie zgadzają), to z pewnością zamawiający powinien był skorzystać z procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i wezwać odwołujących B. do uzupełnienia dokumentów poświadczających spełnienia warunku z pkt 8.6.1 s.i.w.z. Procedura ta ma obowiązkowe zastosowanie i nie jest zrozumiałe, z jakich powodów zamawiający zaniechał jej podjęcia.

W ocenie odwołujących B., jedynym logicznym wytłumaczeniem tego jest to, że uznał on, iż nie ma takiej konieczności ze względu na odrzucenie oferty odwołujących B. z powodu rzekomo rażąco niskiej ceny. Niemniej jednak nie zostało to w żaden sposób wyrażone w decyzji o wykluczeniu. Co więcej, skoro wykluczenie w takiej sytuacji wymaga uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., to nie mogło ono mieć miejsca, bez jej

72

zastosowania. Zatem zamawiający nie powinien był wykluczać odwołujących B. z postępowania.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego unieważnienia postępowania, odwołujący B. podnieśli, że zarzut ten jest konsekwencją wyżej opisanych zarzutów. Skoro, jak wyżej wykazano, nie było podstaw do wykluczenia odwołujących B. ani odrzucenia ich oferty, to nie było także podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. Zamawiający jednocześnie nie wskazał żadnej innej podstawy do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania;

2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołujących B., w tym zasądzenie od odwołujących B. na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W zakresie zarzutu niezasadnego uznania, że odwołujący B. nie posiadają wymaganych zdolności, bowiem zaangażowanie zasobów odwołujących B. w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia, zamawiający podniósł, że z dnia 04 maja 2017 roku (znak pisma: pismem 9090/IREZA/26229/10318/16/P) wezwał odwołujących B. do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnień w zakresie Wykazu osób, którymi „będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, co do sposobu realizacji Zamówienia, argumentując, że:

- Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazał następujące osoby: A.T., S.P., M.W., P.B. oraz M.M.;

- ww. osoby, zgodnie z pkt 7.2.4 OPZ mają być zobowiązane do realizacji Zamówienia, zaś są one zaangażowane w inne zamówienia realizowane przez Zamawiającego w różnych regionach Polski,

W dniu 05 maja 2017 roku odwołujący B. przedłożyli pismo z wyjaśnieniami (znak pisma: 0893/MK1/B./2017), w którym wskazali, że:

- zaangażowanie ww. osób nie przekracza 50% czasu pracy;
- Wykonawca w ostatnim czasie realizował równolegle kilka projektów przy zaangażowaniu T. samych osób, a realizacja przebiegała bez zakłóceń; 73

- Zamówienie oraz kontrakt dotyczący portu w G. nie będą realizowane w tym samym czasie, wobec czego będzie możliwym zaangażowanie ww. osób w realizację obu przedsięwzięć;

- Alokacja zaproponowanego Personelu nie ma charakteru sztywnego;
- W przypadku niemożności realizacji zamówienia przez zaproponowany Personel, Wykonawca będzie w stanie dokonać zmiany Personelu.

Zamawiający wskazał, że bezzasadny jest zarzut odwołujących B., dotyczący zaniechania wezwania ich do uzupełnień. Odwołujący B. na podstawie wezwania wiedzieli, w jaki sposób zamawiający ocenia możliwość realizacji zamówienia w oparciu o przedstawiony personel, zgodnie natomiast z wyjaśnieniami, odwołujący B. podtrzymali wolę realizacji personelem wskazanym w ofercie, nie wskazując jednocześnie nawet pełnego zatrudnienia T. osób na rzecz P.P.L.K. SA, a wskazując jedynie na wybrane projekty.

Zgodnie natomiast z treścią art. 22d ust. 2 ustawy P.z.p.: „Zamawiający może na każdym etapie postępowania uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia”.

Zamawiający wskazał, że odwołujący B. w złożonych wyjaśnieniach nie odnieśli się do kwestii aktualnego zaangażowania personelu w realizację innych zamówień na rzecz zamawiającego, skupiając się w głównej mierze do możliwości zaangażowania personelu w realizację inwestycji dotyczących Portu G.. Osoby wskazane przez odwołujących B. w Wykazie Osób, w ramach personelu kluczowego, oraz osoby wskazane do realizacji umowy w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, pozostają zaangażowane w projekty nie tylko dotyczące Portu G., ale także w inne projekty, realizowane są w różnych częściach Polski: regionie północnym, południowym i centralnym. Projekty te realizowane są na rzecz P.P.L.K. SA, stąd też zamawiający ma pełną wiedzę co do ich ilości oraz zakresu obowiązków poszczególnych osób na wymienionych niżej kontraktach:

- 1, Prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu "Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu do portu G." - O., umowa podpisana 13.09.2016 r - realizacja do kwiecień 2018 r.,

2. Opracowanie Studium Wykonalności dla projektu - Rewitalizacja linii kolejowych nr(...) połączenia: O. - T. - B. - K. - N. - O.

74

3. Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E(...), odcinek granica woj. D. w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E (...) na odcinku W. -P., Etap IV, odcinek granica województwa D.”

4. Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla Projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr (...) na odcinku T. - C.”

5. Pełnienie nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową w ramach

następujących zadań:

a) Kontrakt nr 1 - Modernizacja odcinka J. - T. (km 1,150 - 0,000 linii nr (...), km 15,810 - 29,110 linii nr (...));

b) Kontrakt nr 2 - Modernizacja odcinka T. - K. (km 29,110 - 46,700 linii nr (...)); Projekt Poprawa do portu S. i Ś.,

6. Opracowanie SW w ramach projektu "Prace przygotowawcze dla projektów RPO województwa M. dla zadania pn.: Prace przygotowawcze dla projektów RPO Rewitalizacja linii kolejowej nr 33 K. - P."

7. "Poprawa dostępu kolejowego do portów w S. i Ś." - opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego ~ umowa w tym zakresie nie została jeszcze zawarta, jednakże wybór wykonawcy (Odwołującego) nastąpił 21 kwietnia 2017 r.

W ocenie zamawiającego, nie można zgodzić się z odwołującymi B., iż realizują oni na rzecz zamawiającego jedynie jeden duży kontrakt, ale aż 6, a z uwagi na wybór oferty najkorzystniejszej dla Projektu Poprawa do Portu S., gdzie zostanie zawarta umowa również z odwołującymi B., T. projektów będzie 7.

Z weryfikacji zobowiązań odwołujących B., wynikających ze wskazanych kontraktów wiążących im z zamawiającym, zamawiający wywiódł, że wskazani w wykazie członkowie personelu odwołujących B. nie będą w stanie zaangażować się w nowe przedsięwzięcie w wymiarze wymaganym przez zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że rzeczywiste zaangażowanie personelu odwołujących B. w inne przedsięwzięcia realizowane na rzecz zamawiającego, może stanowić podstawę do stwierdzenia, że odwołujący B. nie dysponują stosownymi zasobami zawodowymi umożliwiającymi należyłą realizację zamówienia, a tym samym zaangażowanie winne 75

przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ, na realizację zamówienia, zwłaszcza w przypadku osób, których możliwość zaangażowania w realizację innych przedsięwzięć została ograniczona lub wyłączona na mocy zawartych już kontraktów (M.M., A.T.). Zamawiający wskazał, że do wyjaśnień przedłożonych przez odwołujących B. zostały załączone pisemne oświadczenia A.T., S.P., P.B., M.W. oraz M.M., z których wynika, iż osoby te zobowiązują się do realizacji zamówienia przy przyjętej przez odwołujących B. alokacji czasu, jednocześnie oświadczenia p. S.P. pozostaje w sprzeczności z postanowieniami Kontraktów dot. linii O. - O., oraz linii (...), wyłączających lub ograniczających możliwość jego zaangażowania przy innych przedsięwzięciach. Pani A.T. dodatkowo pełni na 3 wymienionych kontraktach po 2 funkcje, w związku z czym również jest osobą, która łącznie pełniła będzie 8 funkcji dla poszczególnych kontraktów.

Zamawiający podniósł, że kolejnym argumentem uzasadniającym wykluczenie odwołujących B. w oparciu o dyspozycję art. 22d ust. 2 Pzp, jest lokalizacja przedsięwzięć, do których realizacji zaangażowane są osoby wskazane w wykazie osób, tj. okolice K., T., K., T., S.. Są to miejscowości oddalone od siebie o kilkaset kilometrów, zaś postanowienia obowiązujących już kontraktów wymagają wykonywania określonych w nich obowiązków przez członków personelu w T.że lokalizacjach. Tym samym nie jest wykluczoną sytuacją, gdy wymaganą będzie obecność któregośkolwiek z członków personelu jednocześnie w kilku lokalizacjach, co naraża zamawiającego na to, iż przedmiot kontraktów nie zostanie wykonany w sposób należyty. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem odwołujących B., iż świadczona usługa ma charakter „odterytorializowany” - nie jest oczywiście wymagane, aby osoby wykonujące umowę pochodziły z danego regionu, jednakże w przypadku kiedy jedna osoba zaangażowana jest w realizację 8 kontraktów w różnych rejonach kraju, nie ma fizycznej możliwości aby pojawić się na każdym z T. kontraktów choćby raz w tygodniu, biorąc pod uwagę 5-dniowy tydzień pracy. Nie jest natomiast wykluczone,

że w kluczowych momentach realizacji, konieczna będzie codzienna dyspozycja członków personelu na kontrakcie.

W zakresie argumentu sformułowanego w pkt 7 pisma z dnia z dnia 05 maja 2017 roku, zgodnie z którym, w przypadku gdy poszczególni członkowie personelu nie będą w stanie realizować zamówienia, wykonawca dokona zmiany personelu, zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., wykonawca obowiązany jest wykazać, że dysponując ściśle określonymi zasobami kadrowymi i technicznymi, jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w ramach zaproponowanej przez siebie ceny. Innymi słowy,

dysponowania tymi zasobami (bezpośrednią lub pośrednią), albowiem czynniki te w głównej mierze oddziałują na wysokość należnego wynagrodzenia (ceny). Przeciwnie mogłoby prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy, z góry zakładając możliwość wymiany personelu na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne, legitymowałiby się dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasobami personalnymi, którymi w rzeczywistości nie dysponują, zgodnie zaś z treścią art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p: „Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”. Powyższe mogłoby również stanowić poważne naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał, że wykonawca nie jest uprawniony do swobodnego i samodzielnego decydowania o wymianie Personelu realizującego usługi na poszczególne Kontrakty, albowiem taka zmiana dla części kontraktów warunkowana jest zgodą zamawiającego, a nawet jeżeli taka zgoda nie wynika wprost z treści postanowień danego Kontraktu - zmiana członków Personelu będzie stanowiła zmianę umowy, dla której niezbędnym jest złożenie zgodnych oświadczeń woli przez obie jej strony, tj. przez wykonawcę oraz zamawiającego.

W zakresie zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego wobec uznania, iż oferta zawiera cenę rażąco niską, zamawiający wskazał, że kwestia ta jest ściśle powiązana z kwestią realizacji zamówienia przez osoby wskazane w ofercie oraz wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej. W piśmie z dnia 07 kwietnia 2017 roku (znak pisma: 10 0728/MK1/B./2017], odwołujący B., odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, wskazali: „Głównym czynnikiem cenotwórczym dla niniejszego zamówienia są koszty osobowe (koszty zespołu wykonawcy)”, a ponadto: „Wyliczenie całkowitego kosztu personelu zostało dokonane przez przemnożenie ilości roboczomiesięcy realizacji zadania przez obowiązujące w B. Sp. z o.o. wynagrodzenia oraz szacowaną alokację czasu pracy określoną na podstawie wieloletniego doświadczenia firmy przy realizacji podobnych projektów w stosunku do ilości roboczodni realizacji zamówienia”. Do przedmiotowego pisma załączone zostały oświadczenia Głównego Projektanta (A.T.) oraz koordynatorów branżowych (J.B., A. T., S. A., S. P., M.M., Z. L., M. W., J. K., Z. O., P. B.), zgodnie z którymi osoby te zobowiązują się do świadczenia usług w ramach zamówienia za wynagrodzeniem o określonej wysokości. W sytuacji, w której osoby, wobec których postanowienia Kontraktów ograniczają lub wyłączają możliwość świadczenia usług w ramach zamówienia, ale również inni członkowie personelu nie są w stanie zaangażować się w realizację zamówienia, wątpliwym pozostają wyliczenia dotyczące wynagrodzenia personelu, co niewątpliwie może mieć wpływ na wysokość ceny zaproponowanej przez odwołujących B.. Zamawiający dokonując analizy obowiązków wynikających z poszczególnych umów uznał, iż nie ma

możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w oparciu o przedstawiony w wyjaśnieniach i ofercie potencjał osobowy, a tym samym, przedstawione wyjaśnienia są niewiarygodne i nie potwierdzają, że odwołujący B. są w stanie zrealizować zamówienie za zaproponowaną ceną. Jeśli natomiast odwołujący B. zamierzają realizować zamówienie innym personelem (choć w wyjaśnieniach twierdzą inaczej, a dodatkowo zmiana taka wymaga zgody zamawiającego), to brak jest oszacowania kosztu takiej zmiany i w kalkulowania jej do oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S. - P.I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., E. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., W. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.. Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący B. zaangażowani są w następujące zadania:

- 1) prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu „Poprawa

- infrastruktury kolejowego dostępu do portu G.”
- 2) opracowanie Studium Wykonalności dla projektu – rewitalizacja linii kolejowych nr (...)połączenia: O., J. – T. B. – K. – N. – O.
 - 3) nadzór nad modernizacją linii kolejowej E(...), odcinek granica woj. Dolnośląskiego – Czempin w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E (...) na odcinku W. – P., Etap IV, odcinek granica województwa D. – C.”
 - 4) opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla Projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr (...) na odcinku T. – C.”
 - 5) pełnienie nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową w ramach następujących zadań:
 - a) Kontrakt nr 1 – modernizacja odcinka J. – T.
 - b) Kontrakt nr 2 – modernizacja odcinka T. – K.
 - 6) opracowanie SW w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla projektów RPO województwa M. dla zadania pn. „Prace przygotowawcze dla projektów RPO Rewitalizacja linii kolejowej nr 33 K. – P.”

78

Ponadto oferta odwołujących B. została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego na poprawę dostępu kolejowego do portów w S. i Ś. – opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru inwestorskiego. Umowa w tym postępowaniu nie została jeszcze zawarta.

We wskazane wyżej postępowania zaangażowane są te same osoby, które odwołujący B. wskazali jako personel kluczowy w przedmiotowym postępowaniu.

W postępowaniu na opracowanie Studium Wykonalności dla projektu – rewitalizacja linii kolejowych nr (...)połączenia: O., J. – T. B. – K. – N. – O. postanowienia IDW przewidywały, iż Koordynator Projektu, Zastępca Koordynatora Projektu oraz Koordynatorzy branżowi po podpisaniu Umowy pozostaną w pełnej dyspozycji Zamawiającego. Koordynator Projektu, Zastępca Koordynatora Projektu oraz Koordynator branżowy w zakresie linie, węzły i stacje kolejowe nie będą zaangażowani przy realizacji innych projektów do momentu zakończenia umowy. Nie dopuszcza się łączenia funkcji Koordynatorów branżowych przez jedną osobę. Prace poszczególnych Koordynatorów branżowych oraz ekspertów reguluje i uzgadnia Koordynator branżowy w zakresie linie, węzły i stacje kolejowe.

Dopuszcza się pełnienie przez jedną osobę funkcji Koordynatora projektu i jednego Koordynatora branżowego.

W postępowaniu na opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla Projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr (...) na odcinku T. – C.”w zapisach umownych (pkt 8.2.3 pkt 8) wskazano, że koordynator projektu, Zastępca Koordynatora Projektu oraz Koordynatorzy branżowi po podpisaniu umowy pozostaną w pełnej dyspozycji zamawiającego. Koordynator projektu, Zastępca Koordynatora Projektu oraz Koordynator branżowy ds. linii, węzłów i stacji kolejowych nie będą zaangażowani przy realizacji innych projektów do momentu zakończenia umowy.

W postępowaniu na nadzór nad modernizacją linii kolejowej E(...), odcinek granica woj. D. – C. w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E (...) na odcinku W. – P., Etap IV, odcinek granica województwa D. – C. zapisy umowne § 13 pkt 10) przewidywały, iż osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera w ramach danego Zadania 1, 2 i 3 będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania umowy na roboty budowlane dla danego Zadania (dla Zadania nr 1 i 2) i umowy na nadzór (dla Zadania nr 3). Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Zespołu Stałego Inżyniera na wcześniej zawarT. kontraktach tylko wtedy, jeżeli dotyczą one okresu zgłaszania wad. Powyższy zapis dotyczy oddzielnie każdego kontraktu na roboty.

79

Zamawiający pismem z dnia 04 maja 2017 roku (znak pisma: 9090/IREZA/26229/10318/16/P) wezwał odwołujących B. do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnień w zakresie Wykazu osób, którymi „będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, co do sposobu realizacji Zamówienia, argumentując, że:

• Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazał następujące osoby: A.T., S.P., M.W., P.B. oraz M.M.;

- ww. osoby, zgodnie z pkt 7.2.4 OPZ, mają być zobowiązane do realizacji Zamówienia, zaś są one zaangażowane w inne zamówienia realizowane przez Zamawiającego w różnych regionach Polski,

W dniu 05 maja 2017 roku odwołujący B. przedłożyli pismo z wyjaśnieniami (znak pisma: 0893/MK1/B./2017), w którym wskazali, że:

- zaangażowanie ww. osób nie przekracza 50% czasu pracy;
- Wykonawca w ostatnim czasie realizował równolegle kilka projektów przy zaangażowaniu T. samych osób, a realizacja przebiegała bez zakłóceń;
- Zamówienie oraz kontrakt dotyczący portu w G. nie będą realizowane w tym samym czasie, wobec czego będzie możliwym zaangażowanie ww. osób w realizację obu przedsięwzięć;
- Alokacja zaproponowanego Personelu nie ma charakteru sztywnego;
- W przypadku niemożności realizacji zamówienia przez zaproponowany Personel, Wykonawca będzie w stanie dokonać zmiany Personelu.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2017 roku zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. W wyznaczonym terminie odwołujący B. złożyli wymagane wyjaśnienia. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 18 maja 2017 roku zamawiający poinformował odwołujących B. o unieważnieniu postępowania, wykluczeniu odwołujących B. z postępowania i odrzuceniu ich oferty.

W informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 18 maja 2017 roku zamawiający poinformował, że „W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz badając odpowiedź na wezwanie z art. 26 ust. 2 f ustawy Pzp stwierdzono

80

zaangażowanie kluczowego Personelu wskazanego w ofercie Wykonawcy w co najmniej cztery inne kontrakty będące w trakcie realizacji bądź przeznaczone do realizacji w najbliższym czasie, przy czym wobec części personelu (imię i nazwisko objęte Tajemnicą Przedsiębiorstwa) obowiązujące kontrakty przewidują ograniczenie lub wyłączenie możliwości zaangażowania w inne przedsięwzięcia, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia w wyjaśnieniach powyższym zakresie; Wykonawca przedłożył oświadczenia kluczowego Personelu w zakresie możliwości świadczenia usług przy uwzględnieniu alokacji czasu i wynagrodzenia wskazanego w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 07 kwietnia 2017 roku (znak pisma: 0728/MK1/B./2017), podczas gdy wobec części Personelu obowiązujące kontrakty przewidują ograniczenia bądź wyłączają możliwość zaangażowania w inne przedsięwzięcia; Wykonawca nie odniósł się do aktualnego zaangażowania Personelu przy wykonywaniu wszystkich kontraktów zawartych pomiędzy nim a Zamawiającym; Wykonawca nie przedstawił metod lub środków umożliwiających zaangażowanie Personelu na kilku kontraktach jednocześnie bez uszczerbku dla zobowiązań wynikających z każdego z T. kontraktów;

Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do kwestii realizacji poszczególnych kontraktów w różnych regionach kraju, co może uniemożliwić należyte wykonywanie obowiązków wynikających z T. kontraktów przez Personel Wykonawcy, w szczególności dotyczących obecności w poszczególnych lokalizacjach;

Nie stanowi gwarancji należytego wykonania przedmiotu Zamówienia okoliczność, iż Wykonawca w przeszłości realizował jednocześnie kilka przedsięwzięć przy zaangażowaniu tego samego Personelu; To na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że dzięki realnemu (bezpośredniemu lub pośredniemu) dysponowaniu określonymi zasobami (osobami, sprzętem) jest w stanie wykonać zamówienie w ramach zaproponowanej przez siebie ceny, wobec czego niezasługuje na uwzględnienie argumentu Wykonawcy, że w przypadku, w którym okazałoby się, że zaangażowanie wskazanego w ofercie Personelu nie pozwala na zaangażowanie go w realizację Zamówienia, dokona wymiany Personelu;

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentu Wykonawcy, jakoby w przypadku zbytniego obciążenia któregoś z członków Personelu jego obowiązki mogły zostać sędowane nainnego członka Personelu, działającego w tej samej branży, bez wpływu na wynagrodzenie tej osoby i jednocześnie bez wpływu na wysokość ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, w szczególności w sytuacji, w której doszłoby do znacznego zwiększenia alokacji czasu danej osoby przy realizacji umowy o zamówienie publiczne;

81

Nie zasługują na uwzględnienie oświadczenia członków Personelu dotyczące wysokości wynagrodzenia, w ramach którego skłonni są oni świadczyć usługi w imieniu Wykonawcy przy przyjętej przez Wykonawcę alokacji czasu ich pracy, w sytuacji, gdy są oni zaangażowani w realizację co najmniej czterech kontraktów, których postanowienia wymagają świadczenia obowiązków w konkretnych lokalizacjach;

Zamawiający stwierdza, że Wykonawca nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z czym Oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający uznał zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, ponieważ zaangażowanie zasobów zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia.

W związku z czym zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Łzba zważyła, co następuje:

Odwwołanie zasługuje na oddalenie, jednak nie wszystkie zarzuty należy uznać za bezpodstawne.

W ocenie łzby za niezasadne należy uznać zarzuty dotyczące czynności zamawiającego, polegających na:

- 1) unieważnieniu postępowania,
- 2) braku właściwego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołujących B., jak i wykluczenia ich z postępowania na podstawie art. 22 d ust. 2 ustawy P.z.p. 3) uznaniu, że odwołujący B. nie posiadają wymaganych zdolności, bowiem zaangażowanie zasobów odwołujących B. w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia i w konsekwencji – wykluczeniu odwołujących B. z uwagi na fakt, że nie wykazali oni spełniania warunków udziału w postępowaniu;

82

ewentualnie:

- 4) zaniechaniu wezwania odwołujących B. do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych w celu wykazania spełniania warunku opisanego w pkt 8,6.1 s.i.w.z.

W myśl art. 22d ust. 2 ustawy P.z.p., zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Z treści przepisu wynika, iż ocena, czy w danym przypadku zachodzą przesłanki w nim wskazane, należy do zamawiającego. Zamawiający może to stwierdzić na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem również na etapie oceny ofert, jak to miało miejsce w rozpoznawanym przypadku.

Oczywistym jest jednak, że prawidłowość czynności zamawiającego w przedmiocie zastosowania art. 22 d ust. 2 ustawy P.z.p., może być przedmiotem badania w toku postępowania odwoławczego. Decyzja zamawiającego, mimo że fakultatywna i cechująca się pewną dozą subiektywizmu, musi znajdować uzasadnienie w okolicznościach stanowiących jej podstawę.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający – przed podjęciem decyzji o wykluczeniu odwołujących B. z postępowania, wezwał ich do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wykazu osób, przedstawiając swoje zastrzeżenia wobec zatrudnienia wykazywanych przez odwołujących B. na innych kontraktach. Fakt ten jednoznacznie wskazuje na niezasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołujących B. do uzupełnienia wykazu. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący B. podtrzymał wolę zaangażowania T. właśnie osób w zadaniu będącym przedmiotem

zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający wykazał, że zatrudnienie wskazanych osób na innych kontraktach jest na tyle absorbujące, że może mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zadania. Zamawiający złożył do akt sprawy postanowienie umowne dotyczące realizacji opracowania Studium Wykonalności dla projektu – rewitalizacja linii kolejowych nr (...) połączenia: O., J. – T. B. – K. – N. – O., opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla Projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr (...) na odcinku T. – C.” oraz modernizację linii kolejowej E(...), odcinek granica woj. D.– C. w ramach projektu „Prace na

83

linii kolejowej E (...) na odcinku W. – P., Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempiń, które zawierały klauzule wyłączające możliwość zaangażowania osób ze wskazanego tam personelu przy innych przedsięwzięciach. Dotyczy to w szczególności takich osób, jak Pan M.M., Pani A.T. i Pan S. P..

Odwołujący B. na rozprawie podnosili, iż wskazane zadania są na takim etapie realizacji, że nie ma potrzeby, by wskazany personel wykonywał czynności w sposób uniemożliwiający realizację przedmiotowego kontraktu. Wypowiedź odwołujących B. cechowało przeświadczenie, iż to oni podejmują decyzję w kwestii zaangażowania personelu w realizację projektów. Odwołujący B. nie poparli jednak swojego stanowiska żadnymi dowodami. Ponadto ich stwierdzenia stoją w sprzeczności ze zapisami umownymi wskazanych wyżej kontraktów, zgodnie z którymi osoby z kluczowego personelu wykonawcy pozostają do wyłącznej dyspozycji zamawiającego i nie mogą być zaangażowane przy innych przedsięwzięciach do czasu zakończenia umowy.

Tym samym Izba uznała, iż decyzja zamawiającego w przedmiocie wykluczenia odwołujących B. z postępowania i odrzucenia ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. odpowiada prawu.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego braku uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia odwołujących B. z postępowania i odrzucenia ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. W ocenie Izby uzasadnienie jest prawidłowe i odpowiada prawu. Zamawiający wskazał podstawy podjęt. decyzji i przepisy prawne, które zastosował. Zamawiający nie wskazał co prawda nazwisk osób, wobec których miał wątpliwości w związku z ich zaangażowaniem na innych kontraktach oraz nazw samych kontraktów, co jednak nie stanowiło przeszkody do tego, by odwołujący B. posiadali odpowiednią wiedzę w tym zakresie. Zamawiający wcześniej kierował żądania do odwołujących B. o złożenie wyjaśnień dotyczących T. osób, wskazanych tam z imienia i nazwiska. Co do kontraktów, w które zaangażowani są odwołujący B., przyjąć należy,

że

odwołujący B. wiedzą, jakie kontrakty realizują dla zamawiającego i mogą się do zarzutów zamawiającego ustosunkować.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez jego wadliwe zastosowanie i unieważnienie postępowania, pomimo niewystąpienia przesłanki, o której mowa w powołanym przepisie. Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. W przedmiotowym

84

postępowaniu zamawiający skutecznie odrzucił wszystkie oferty, w związku z czym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. należy uznać za prawidłowe.

Izba uznała za zasadny zarzut braku uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty odwołujących B. z powodu zaoferowania przez nich rażąco niskiej ceny i – w konsekwencji – bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołujących B. z powodu zaoferowania przez nich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania, wykluczeniu odwołujących B. i odrzucenia ich oferty wskazał w sposób bardzo ogólny i lakoniczny, dlaczego nie uznał wyjaśnień odwołujących B. za wystarczające i jedyną wątpliwością zamawiającego była dopuszczana przez odwołujących B. możliwość wymiany wskazanych członków personelu na inny, co będzie miało wpływ na wynagrodzenie.

Bardziej szczegółowe uzasadnienie decyzji zamawiającego odrzucenia oferty odwołujących B. z uwagi na zaferowanie przez nich rażąco niskiej ceny zamawiający zawarł w odpowiedzi na odwołanie, jednakże pozostaje to bez wpływu na ocenę zarzutu. Zamawiający, zgodnie z art. 92 ust. 5 ustawy P.z.p. jest obowiązany niezwłocznie poinformować o powodach odrzucenia oferty i podać uzasadnienie faktyczne i prawne. Taka informacja powinna zatem znaleźć się w piśmie z dnia 18 maja 2017 roku. Na jej podstawie odwołujący ocenia czynność zamawiającego i podejmuje decyzję w przedmiocie jej zakwestionowania. Brak uzasadnienia nie pozwala wykonawcy na podjęcie skutecznych działań w celu ochrony jego oferty.

Również Izba ocenia prawidłowość czynności zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie uzasadnienia faktycznego i prawnego. Brak takiego uzasadnienia uniemożliwia Izbie kontrolę prawidłowości zakwestionowanej czynności. W konsekwencji Izba winna nakazać zamawiającemu powtórzenie czynności i jej należyte uzasadnienie.

W rozpoznawanym przypadku Izba nie nakazała zamawiającemu sporządzenia uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołujących B. z uwagi na zawartą w niej rażąco niską cenę. Wobec oddalenia zarzutu dotyczącego bezpodstawnego wykluczenia odwołujących B. i odrzucenia ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., czynność taka była bezprzedmiotowa.

85

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....

86