Sygn. aktKIO 1980/20
KIO 1995/20

WYROK
z dnia 9 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Marek Koleśnikow
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Monika Szymanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre

B)w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie i [2] Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

– w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale:

A)wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie i [2] Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1980/20 po stronie odwołującego

B)wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1980/20 po stronie odwołującego oraz KIO 1995/20 po stronie zamawiającego

C)wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1980/20 oraz KIO 1995/20 po stronie zamawiającego

D)wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1995/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1980/20 w zakresie zarzutu 6.

2.Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1995/20 w zakresie zarzutu 9.

3.Umarza częściowo postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1995/20 w zakresie zarzutu 2 i 3 w zakresie w jakim dotyczy wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre.

4.Uwzględnia częściowo odwołanie o sygn. akt KIO 1980/20 w zakresie zarzutów 13, 5 i 7 naruszenia:

4.1)(zarzut 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie zastosowania tego przepisu i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach;

4.2)(zarzut 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie zastosowania tego przepisu i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach;

4.3)(zarzut 3) art. 26 ust. 3 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu i faktyczne dwukrotne wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie
i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach do uzupełnienia dokumentów dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

4.4)(zarzut 5) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie zastosowania tego przepisu i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach;

4.5)(zarzut 7) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechania zastosowania tych przepisów i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach.

#x200e5.Uwzględnia częściowo odwołanie o sygn. akt KIO 1995/20 w zakresie zarzutów 2, 3, 6 i 7 naruszenia:

5.1)(zarzut 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu
i dokonanie przez zamawiającego nieuprawnionej poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie
i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach, w sytuacji, gdy charakter tej omyłki dotyczącej niezgodnego z wytycznymi SIWZ ustalenia wysokości wynagrodzenie za Etap 3 w czwartym, piątym i szóstym roku, wykluczał możliwość poprawy jej przez zamawiającego;

5.2)(zarzut 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach, pomimo że treść ofert złożonych przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ w zakresie jakim SIWZ narzucał minimalną wysokość wynagrodzenie za Etap 3 w czwartym, piątym i szóstym roku;

5.3)(zarzut 6) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach;

5.4)(zarzut 7) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechania zastosowania tego przepisu i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach.

6.W pozostałym zakresie oddala odwołania o sygn. akt KIO 1980/20 i o sygn. akt KIO 1995/20.

7.Nakazuje zamawiającemu dokonanie:

7.1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

7.2)unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
7.3)ponownego badania i ponownej oceny ofert w tym wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach i odrzucenie oferty tego wykonawcy;
7.4)powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
8.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach i:
8.1)zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie i [2] Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisów od odwołań, po 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od każdego z odwołań;
8.2)zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
8.3)zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie i [2] Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
8.4)zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 1995/20.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego WarszawaPraga w Warszawie

Przewodniczący:……

……

……

#x200eSygn. akt KIO 1980/20
KIO 1995/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03734 Warszawa wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIiŚ 5.114 pod nazwą: „Prace na linii kolejowej CE 65 na odc. Chorzów BatoryTarnowskie GóryKarsznicelnowrocławBydgoszczMaksymilianowo” dla zadań inwestycyjnych pn.: „a) LOT C – Prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800)Rusiec Łódzki (km 137,50), b) LOT D – Prace na liniach kolejowych nr 131, 542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,50)Zduńska Wola Karsznice (km 170,212)”«.

02.02.2018 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2018/S 023049623.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

07.08.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia [1] INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie [pełnomocnik] i [2] Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach [dalej wykonawca ID] oraz o zaniechaniu wykluczenia wykonawców lub zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców.

KIO 1980/20

17.08.2020 r. wykonawca SAFEGE S.A.S. (Spółka Akcyjna Uproszczona) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134 lok. X piętro, 02305 Warszawa (dalej odwołujący SF), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący SF sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1)art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ID, pomimo że wykonawca ID ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie informacji dotyczących doświadczenia pana W. K. wskazanego na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym;
2)art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ID, pomimo, że wykonawca ID nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym;

3)art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez bezzasadne wezwanie wykonawcy ID do uzupełnienia dokumentów dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej mimo, że z okoliczności sprawy ustalonych przez zamawiającego wynikało, że wykonawca ID w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, co obligowało zamawiającego do wykluczenia wykonawcy ID z postępowania, a nie kierowania kolejnego wezwania (dotyczy warunków z pkt 8.6.1 oraz 8.6.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej SIWZ] – opisane w uzasadnieniu odwołania);

4)art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ID pomimo, że wykonawca ID w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie informacji wskazanych w wykazie dotyczących wartości nadzorowanych robót oraz w zakresie długości szlaku (pkt 8.6.1 SIWZ);

5)art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ID z postępowania, mimo niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.6.1 SIWZ) w sytuacji, gdy żaden z podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy ID zasoby nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia;

6)art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. Pzp w zw. z § 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w postępowaniu przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ID z postępowania, mimo że wykonawca ID nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykaz doświadczenia) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 SIWZ, ponieważ przedstawił w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów zobowiązanie do udostępniania zasobów, które nie ma charakteru realnego (co zostało szczegółowo opisane w uzasadnieniu niniejszego odwołania) – zarzut cofnięty na posiedzeniu przez odwołującego SF;

7)art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę ID i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ID, mimo że oferta wykonawcy ID zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący SF wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;

3)wykluczenia z postępowania wykonawcy ID;

4)odrzucenia oferty wykonawcy ID jako zawierającej RNC;

5)dokonania wyboru oferty wykonawcy SF jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego SF

Zarzut dotyczący wykazu osób złożonego przez wykonawcę ID

1. Zgodnie z pkt 8.6.2 SIWZ poz. 6 tabelizamawiający wymaga na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym osoby o następującym doświadczeniu:

a)uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania i kierowania robotami lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności, odpowiadające nadzorowanemu zakresowi robót,

b)co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w danej specjalności, w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane,

c)w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składnia ofert w postępowaniu zdobył minimum 3 letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe.

2. Na ww. stanowisko wykonawca ID wskazał w wykazie uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 1 Pzp Pana A. K. [dalej A. K]. 27.01.2020 r. wykonawca MGGP S.A. oraz Egis Poland sp. z o.o.wnieśli odwołanie, w którym wskazano, że wykonawca ID nie dysponuje osobą pana A. K, dołączając do odwołania oświadczenie ww. osoby.

Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zobowiązał się do przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty wykonawcy ID.

4. 19.02.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę ID na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp do uzupełnienia wykazu osób w ww. zakresie. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, 26.02.2020 r. wykonawca ID zastąpił wskazanego dotychczas pana A. K na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym osobą pana W. K. [dalej W. K]. Zgodnie z uzupełnionym wykazem wykonawca ID oświadczył, że pan W. K posiada następujące doświadczenie:

a)03.2018-08.2019 r. – pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu pod nazwą – Prace na linii kolejowych nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku GliwiceBytomChorzów StaryMysłowice BrzezinkaOświęcim oraz DorotaMysłowice Brzezinka POLIS 5.2-3 Kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC, stanowisko: inspektor nadzoru w zakresie sterowania branży ruchem kolejowym,

b)05.2017-09.2017 r. – Modernizacja linii kolejowej nr 95 na odcinku Kraków MydlinkiPodłęże, kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC, stanowisko: inspektor nadzoru w zakresie sterowania branży ruchem kolejowym, 05.2017-09.2017 – Modernizacja linii kolejowej nr 95 na odcinku Kraków MydlinkiPodłęże, kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC, stanowisko: inspektor nadzoru w zakresie sterowania branży ruchem kolejowym,

c)09.2014-06.2020 r. – polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 61 i 700 na odcinku CzęstochowaFosowskie, kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC, stanowisko: inspektor nadzoru w zakresie sterowania branży ruchem kolejowym,

d)04.2013-10.2014 r. – polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowych

nr 1, 133 160 i 186 na odcinku ZawiercieDąbrowa Górnicza Ząbkowice – Jaworzno Szczakowa, kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC, stanowisko: inspektor nadzoru w zakresie sterowania branży ruchem kolejowym.

1.06.2020 r. zamawiający ponownie – tym razem na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – wezwał wykonawcę ID do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. W wezwaniu zamawiający poinformował, że po dokonaniu analizy posiadanych przez siebie dokumentów i pozyskaniu informacji ustalił następujące okoliczności:

a) usługi dotyczące inwestycji Modernizacji linii kolejowej nr 95 na odcinku Kraków MydlinkiPodłęże nie zostały zrealizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC,

b) na inwestycji pn. Polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 61 i 700 na odcinku CzęstochowaFosowskie pan W. K nie pełnił funkcji Inspektora.

9.06.2020 r. wykonawca ID uzupełnił wykaz doświadczenia dla pana W. K przyznając, że wykonawca ID zweryfikował informacje podane wówczas do wykazu i wykonawca ID wskazał, że w wyniku ponownej weryfikacji doświadczenia pana W. K konieczne jest uzupełnienie wykazu o nowe doświadczenie ww. osoby. Zgodnie z odpowiedzią wykonawcy ID wykonawca ID wskazał na następujące doświadczenie:

a) 10.2018-08.2019 r. – pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu pod nazwą – Prace na linii kolejowych nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku GliwiceBytomChorzów StaryMysłowice BrzezinkaOświęcim oraz DorotaMysłowice Brzezinka POLIŚ 5.2-3 Kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC, stanowisko: inspektor nadzoru w zakresie sterowania branży ruchem kolejowym – wykonawca ID poprawił datę początkową realizacji usług,

b) 05.2017-09.2017 r. – Modernizacja linii kolejowej nr 95 na odcinku KrakówMydlinki, stanowisko: inspektor nadzoru w zakresie sterowania branży ruchem kolejowym – brak informacji o wykonaniu inwestycji w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC,

c) 04.2013-10.2014 r. – polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 1, 133: 160 i 186 na odcinku ZawiercieDąbrowa Górnicza ZąbkowiceJaworzno Szczakowa, kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC, stanowisko: inspektor nadzoru w zakresie sterowania branży ruchem kolejowym – usługa wskazana w uprzednio złożonym wykazie

oraz wykonawca ID wskazał dodatkowo na 5 nowych usług zrealizowanych przez Pana W. K.

7. Jak wynika z powyższego wykonawca ID w wyniku wezwania zamawiającego dokonał poprawienia informacji wskazanych w wykazie oraz wykreślenia z wykazu inwestycji pn. Polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 61 i 700 na odcinku CzęstochowaFosowskie.

8. Informacje przekazane przez wykonawcę ID w odniesieniu do pana W. K były niezgodne ze stanem rzeczywistym w związku z czym, zasadne i konieczne jest wykluczenie wykonawcy ID z postępowania.

9. Wprowadzające w błąd informacje dotyczą inwestycji pn. „Polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 61 i 700 na odcinku CzęstochowaFosowskie". Zamawiający w treści wezwania wskazał, że wbrew oświadczeniu złożonemu w wykazie osoba ta nie pełniła funkcji Inspektora. Wykonawca ID w odpowiedzi na wezwanie nie zaprzeczył zasadności wezwania.

10. Nieprawdziwe są również informacje przekazane przez wykonawcę ID odnośnie inwestycji polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 1, 133, 160 i 186 na odcinku ZawiercieDąbrowa Górnicza ZąbkowiceJaworzno Szczakowa –pan W. K pełnił funkcję inspektora na ww. zadaniu wyłącznie w formie zastępstwa i przez okres 44 dni, a nie jak wskazano w wykazie przez 18 miesięcy.

11. W odniesieniu do identycznych informacji podanych przez wykonawcę ID w zakresie doświadczenia pana W. K w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski konieczność zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp została potwierdzona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2020 r. KIO 1320/20 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała wykluczeniewykonawcy ID z postępowania w związku z podaniem nieprawdziwych informacji dotyczących:

a) rzekomego pełnienia przez pana W. K funkcji Inspektora inwestycji pn. „Polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 61 i 700 na odcinku CzęstochowaFosowskie" – już z dowodów składanych przez wykonawcę ID podczas rozprawy wynikało, że osoba ta nie posiada doświadczenia wskazanego w wykazie,

b) oraz w odniesieniu do ilości doświadczenia na inwestycji polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 1, 133, 160 i 186 na odcinku ZawiercieDąbrowa Górnicza ZąbkowiceJaworzno Szczakowa – brak zadeklarowanej ilości doświadczenia.

12. W ww. wyroku KIO stwierdziła jednoznacznie, że „informacje wskazane w wykazie osób przez wykonawcę ID w zakresie doświadczenia pana W. K zdobytego podczas realizacji dwóch wyżej omówionych inwestycji, były nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy".

Dowód: kopia wyroku w sprawie KIO 1320/20.

13. Skoro Krajowa Izba Odwoławcza w sprawieKIO 1320/20 nakazała wykluczenie wykonawcy ID z postępowania za identyczne informacje jak przekazane zamawiającemu w tamtym postępowaniu, a zamawiający był również stroną ww. postępowania odwoławczego (dotyczyło ono analogicznego postępowania przetargowego z tym, że na inne odcinki – LOT A i B), to niezrozumiałe i zupełnie niezasadne jest zaniechanie zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp na gruncie rozpoznawanego postępowania. Dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej 7.08.2020 r. zamawiający znał treść rozstrzygnięcia w sprawie KIO 1320/20.

14. Odwołujący SF również wskazał, że nieprawdziwość złożonych przez wykonawcę ID informacji dotyczy także:

a) pierwszej z wymienionych inwestycji dla Pana W. K – pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu pod nazwą – Prace na linii kolejowych nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku GliwiceBytomChorzów StaryMysłowice BrzezinkaOświęcim oraz DorotaMysłowice Brzezinka POLIŚ 5.2-3 – prawidłowa data początkowa została wskazana przezwykonawcę ID dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów – doświadczenie ww. osoby jest krótsze o 5 miesięcy niż pierwotnie określone w wykazie,

b) jak również inwestycji – Modernizacja linii kolejowej nr 95 na odcinku KrakówMydlinki, stanowisko: inspektor nadzoru w zakresie branży sterowania ruchem kolejowym – w uzupełnionym wykazie wykonawca ID przyznał, że wbrew pierwotnemu oświadczeniu inwestycja nie była realizowana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

15. Biorąc pod uwagę powyższe, całkowicie bezzasadne i nieuprawnione było stosowanie przez zamawiającego wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp, mimo że jak wynika z treści wezwania zamawiający ustalił, że informacje podane w wykazie doświadczenia pana W. K były nieprawdziwe. W dalszym ciągu aktualne pozostaje bowiem stanowisko

wypracowane w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak m.in. w wyrok KIO z 20 sierpnia 2018 r., KIO 1432/18). Było to również sprzeczne z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp, który stanowi, że uzupełnieniu podlega oświadczenie lub dokument, który nie został złożony, jest niekompletny lub budzi wątpliwości zamawiającego. Dokument lub oświadczenie zawierające informacje niezgodne ze stanem faktycznym nie zalicza się do żadnej z kategorii ww. dokumentów.

16. Niezależnie od powyższego, wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było bezzasadne również z tego względu, że zamawiający stosował już wcześniej wezwanie na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp. W wyniku tego wezwania wykonawca ID miał możliwość uzupełnienia prawidłowego dokumentu w zakresie osoby na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f Pzp nie może stanowić kolejnej, niezależnej od art. 26 ust. 3 Pzp instancji. Działanie zamawiającego doprowadziło *de facto* do naruszenia zasady jednokrotności wezwania.

17. W kontekście powołanych okoliczności należy z ostrożności wskazać, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, nie ma również znaczenia fakt, czy informacje które są przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu (to czy zamawiający mógł sam ustalić czy składane informacje są prawdziwe czy też nie). Okoliczność, że zamawiający posiada wiedzę co do projektów wskazanych w wykazie, a zatem ma możliwość samodzielnego ustalenia i wykrycia rzeczywistych danych nie ma znaczenia, nie zmienia ona bowiem faktu, że nadal mamy do czynienia z przekazaniem danych niezgodnych z rzeczywistością. „Sama możliwość weryfikacji przez zamawiającego przedstawionych przez wykonawcę informacji, jak też łatwość dokonania takiej weryfikacji np. w związku z tym, że zamawiający posiada wiedzę odnośnie okoliczności będących przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia, nie może mieć wpływu na zastosowanie sankcji określonej normą. Gdyby przyjąć takie jego rozumienie każdy wykonawca, prezentujący nierzetelne informacje, zasłaniałby się zarzutem, że istniała możliwość ich weryfikacji co w efekcie czyniłoby martwą instytucję ujętą w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Takie podejście do treści tego przepisu nie wynika, w ocenie Izby, ani z literalnego brzmienia przepisu, ani z wykładni celowościowej tej instytucji. Istotą nieprawdziwych informacji, tj. niezgodnych z faktami jest ich brak zgodności z istniejącym stanem rzeczy, a więc do ich stwierdzenia i weryfikacji konieczne jest wyjście poza te informacje i samodzielne poszukiwanie faktów, które im przeczą" (tak w wyroku KIO z 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 271/19). Okoliczność zatem, że zamawiający samodzielnie ustalił brak rzetelności złożonych mu oświadczeń przez wykonawcę ID nie mogła być podstawą do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp.

II. Zarzut dotyczący wykonawcy ID – wykaz usług

1. Zgodnie z pkt 8.6.1 SIWZ zamawiający w celu wykazania przez wykonawców spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymagał następującego doświadczenia:

„8.6.1. (...) wymagane jest wykazanie przez wykonawcę należytego wykonania, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej 2 (dwóch) usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowych, obejmujących budowę lub przebudowę co najmniej jednego szlaku o dł. min. 10 km na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej i jednej stacji kolejowej wyposażonej w co najmniej 2 tory główne zasadnicze oraz 1 tor główny dodatkowy, wyposażoną w trzy krawędzie peronowe na zelektryfikowanej linii kolejowej każdy, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 250 000 000,00 PLN brutto dla każdej inwestycji.

Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)".

2. W pkt 9.7.1 i 9.7.2 SIWZ zamawiający wskazał, jakie dokumenty wykonawca powinien złożyć w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp:

„9.7.1 wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ),

9.7.2 dowody określające czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane".

3. Z dokumentacji przetargowej udostępnionej przez zamawiającego odwołującemu SF wynika, że wykonawca ID w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał na doświadczenie podmiotu trzeciego – MP-MOSTY sp. z o.o. W wykazie usług złożonym zamawiającemu wykonawca ID wskazał następujące doświadczenie:

a) pełnienie nadzoru inwestorskiego nad umowami na kontraktach zasadniczych obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach projektu POIiŚ 7.1.-30 „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek KrakówRzeszów, etap III", (nadzór w okresie realizacji robót budowlanych w latach 2015-2016, nadzór w okresie gwarancji wraz z ostatecznym rozliczeniem umowy); PRZETARG 1.1 – odcinek PodłężeBochnia od km 16,200 do 39,000 – numer umowy 90/132/0086/15/1/1 z 1.08.2015 r., wartość robót 717 469 269, 60 PLN, okres realizacji 08.201510.2016 r.,

b) pełnienie nadzoru inwestorskiego nad umowami na kontraktach zasadniczych obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach projektu POIiŚ 7.1.-30 „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek KrakówRzeszów, etap III", (nadzór w okresie realizacji robót budowlanych w latach 2015-2016, nadzór w okresie gwarancji wraz z ostatecznym rozliczeniem umowy). PRZETARG 1.2 – odcinek BochniaBiadoliny od km 39,200 do 61,300 – numer umowy 90/132/0086/15/1/1 z 1.08.2015 r., wartość robót 504 811 318,60 PLN, okres realizacji 08.201512.2016 r.

4. 27.01.2020 r. odwołujący SF wniósł odwołanie wskazując, że ww. wartości robót podane przez wykonawcę ID są niezgodne ze stanem faktycznym, a rzeczywisty zakres nadzorowanych przez wykonawcę ID robót nie osiągnął wymaganych w warunku 250 000 000 zł brutto.

5. Zamawiający w wyniku złożonego odwołania unieważnił wybór i zobowiązał się do powtórnego badania i oceny ofert.

6. 19.02.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę ID na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia wskazując, że wartość nadzorowanych prac nie osiągnęła kwot wskazanych w wykazie.

7. W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca ID 26.02.2020 r. uzupełnił wykaz wskazując nowe usługi wykonane przez podmiot trzeci MP-MOSTY.

8. 1.06.2020 r. zamawiający poinformował, że unieważnił czynność wezwania w ww. zakresie wykonawcy ID do uzupełnienia dokumentów i jednocześnie zamawiający wskazał, że wzywa na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawcę ID do uzupełnienia wykazu usług, gdyż żadna z usług wskazanych w wykazie nie obejmowała budowy lub przebudowy co najmniej jednego szlaku o długości minimum 10 km.

9. 9.06.2020 r. wykonawca ID uzupełnił nowy wykaz usług oświadczając jednocześnie, że będzie polegał na zasobach dwóch podmiotów – MP-MOSTY oraz IDOM Consulting Engineering, Architecture, S.A.U. (dalej „IDOM"). W uzupełnionym wykazie zostały wskazane następujące zamówienia:

a) pełnienie nadzoru inwestorskiego nad umowami na kontraktach zasadniczych obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach projektu POIiŚ 7.1.-30 „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek KrakówRzeszów, etap III", PRZETARG 2.1 – odcinek Tarnów-Dębica od km 80,200 do 111,500 (MP-MOSTY),

b) usługi nadzoru technicznego (ITO) nad realizacją robót budowlanych w obrębie pasa drogi kolejowej – projekt kompleksowej modernizacji infrastruktury kolejowej, odcinek SantiagoRancaguna – wartość 247 118 325,96 zł brutto),

c) nadzór nad budową korytarza północnopółnocnozachodniego, sekcja ValladolidBurgos i Venta de BanosPalenciaLeon Connection; Venta de Banos, połączenie ValladoidBurgos i LeonPalenciaBurgos, wartość 1 026 156 534,00 zł brutto.

10. Z dokumentacji przetargowej wynika, że wykonawca ID podał wprowadzające w błąd informacje również w odniesieniu do doświadczenia zawartego w wykazie usług.

11. Przede wszystkim nieprawdziwa jest informacja o tym, że wskazane w pierwotnie złożonym wykazie (złożonym w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp) usługi obejmowały nadzory nad robotami obejmującymi minimum 10 km szlaki. Zamawiający wskazał na to w wezwaniu, natomiast w odpowiedzi z 9.06.2020 r. wykonawca ID nie zaprzeczyło ww. zarzutom. Skoro doświadczenie zostało podane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, to w treści wykazu wykonawca ID oświadczył, że inwestycje obejmowały każdy element warunku sformułowanego w treści SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że takie działanie wykonawcy ID wypełnia znamiona celowego działania lub rażącego niedbalstwa lub co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, jak również dotyczy wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu i ma wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

12. Należy również zauważyć, że wykonawca ID wskazał w wykazie usług, że roboty budowlane wykonane w ramach odcinka PodłężeBochnia km 16,20039,00 wynosiły 717 469 269,60 zł brutto, natomiast w ramach drugiego odcinka BochnaBiadoliny km 39,20061,300 wyniosły 504 811 318, 60 zł brutto. Wedle wiedzy odwołującego SF wartość robót budowlanych nadzorowanych przez wykonawcę MP-MOSTY sp. z o.o.w ramach umowy 90/132/0086/15/1/1 z 1.08.2015 r. nie jest zgodna z rzeczywistością. Z informacji posiadanych przez odwołującego SF wynika, że wykonawca MP-MOSTY sp. z o.o. wraz z wykonawcą Infrares sp. z o.o. jako wykonawcy wspólnie realizujący nadzór nie byli jedynym Inżynierem Kontraktu nad ww. inwestycją. Przed wykonawcą MP-MOSTY sp. z o.o.oraz wykonawcą Infrares sp. z o.o. nadzór inwestorski dla ww. dwóch odcinków prowadziło konsorcjum w składzie Firma MenadżerskoKonsultingowa KOLMEN sp. z o.o, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. oraz Przedsiębiorstwo HandlowoUsługowe HURTKOL S.A. Konsorcjum MP-MOSTY sp. z o.o. i Infrares sp. z o.orealizowało nadzór inwestorki na końcowym etapie robót budowlanych, tj. w okresie od sierpnia 2015 r. do odpowiednio października i grudnia 2016 r. W okresie nieco ponad 12 miesięcy wartość nadzorowanych robót nie mogła osiągnąć wymaganych w pkt 8.6.1 SIWZ 250 000 000 zł brutto. Wartości wskazane w wykazie usług złożonym przez wykonawcę ID dotyczą błędnie całej inwestycji, a nie robót nadzorowanych przez podmiot trzeci od momentu objęcia przez niego funkcji Inżyniera Kontraktu.

13. Wskazał to również zamawiający w treści wezwania z 19.02.2020 r., natomiast wykonawca ID w odpowiedzi na ww. wezwanie potwierdził brak osiągnięcia wartości (okoliczność bezsporna). Wykonawca ID wskazał, że inaczej interpretował warunek udziału w postępowaniu i wykonawca ID wartość odnosił zawsze do ogólnej wartości prac. Takie rozumienie wypacza jednak sens sformułowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Celem zamawiającego było, aby wykonawca posiadał rzeczywiste doświadczenie w „sprawowaniu nadzoru" nad robotami określonej wartości. Nie ulega wątpliwości, że skoro doświadczenie wykonawcy MP-MOSTYdotyczy nadzorowania niższej wartości robót, to informacje wskazane w wykazie doświadczenia są niezgodne z rzeczywistością.

14. W tym przypadku, podanie w wykazie usług informacji niezgodnych ze stanem faktycznym (wywołujących mylne wrażenie co do wartości nadzorowanych przez wykonawcę MP-MOSTY sp. z o.o. we wskazanym okresie robót) powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy ID z postępowania. Z całą pewnością działanie wykonawcy ID wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem upewnienie się, czy informacje przekazane zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który składa informacje i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (po r. również wyrok KIO z 9 kwietnia 2018 r. KIO 531/18).

Powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, powodując konieczność wykluczenia wykonawcy ID z postępowania, na co odwołujący SF przytoczył orzecznictwo Izby w wyrokach o sygn. akt KIO 596/18, KIO 1319/18.

16. Również i w tym przypadku brak było podstaw do stosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp. Stwierdzenie przez zamawiającego, że nadzorowane roboty wskazane w wykazie nie obejmowały szlaku o długości min. 10 km czy też, że nie osiągnęły określonej wartości powinno prowadzić do wykluczenia wykonawcy ID z postępowania, a nie wzywania wykonawcy ID do uzupełnienia dokumentów. Działanie zamawiającego doprowadziło do sytuacji, w której nieprawdziwe informacje zostały zastąpione przez nowe doświadczenie, co jest niedopuszczalne w świetle przywołanego powyżej orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym również wyroku w sprawie KIO 1320/20.

III. Brak wymaganego doświadczenia (pkt 8.6.1 SIWZ)

1. Sposób wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 SIWZprzez wykonawcę ID polegający na tym, że część z usług wskazanych w wykazie stanowi doświadczenie wykonawcy MP-MOSTY natomiast część doświadczenia stanowi doświadczenie wykonawcy IDOM jest nieprawidłowy i w związku z tym nie potwierdza, że wykonawca ID spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Wykonawca ID w wyniku wezwań i uzupełnień „dodał" do oferty nowy podmiot trzeci – wykonawcę IDOM wskazując dla niego w wykazie dwa zamówienia:

a)usługi nadzoru technicznego (ITO) nad realizacją robót budowlanych w obrębie pasa drogi kolejowej – projekt kompleksowej modernizacji infrastruktury kolejowej, odcinek SantiagoRancaguna – wartość 247 118 325,96 zł brutto),

b)nadzór nad budową korytarza północnopółnocnozachodniego, sekcja ValladolidBurgos i Venta de BanosPalenciaLeon Connection; Venta de Banos, połączenie ValladoidBurgos i LeonPalenciaBurgos, wartość 1 026 156 534,00 zł brutto.

2. Pierwsze z zamówień w ogóle nie powinno być brane pod uwagę, gdyż nie osiągnęło wymaganej w warunku udziału w postępowaniu wartości.

3. Tym samym jako podlegająca ewentualnej ocenie może być wyłączenie usługa z poz. 2 dla wykonawcy IDOM oraz jedna usługa wskazana dla wykonawcy MP-MOSTY.

4. Z treści uzupełnionego wykazu wynika zatem, że żaden z podmiotów, tj. wykonawca IDOM ani wykonawca MP-MOSTY nie posiada doświadczenia wymaganego w SIWZ w zakresie usług określonych w pkt 8.6.1 SIWZ – „co najmniej 2 (dwóch) usługi polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowych […]". Doświadczenie ww. podmiotów nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ, bo zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się co najmniej dwiema usługami spełniającymi wszystkie elementy określone w warunku i doświadczenie posiadane przez jeden podmiot w zakresie dwóch dostaw o określonych wymaganiach nie może być zrównane z doświadczeniem określonym w wykazie wykonawcy ID, zgodnie z którym to wykazem wykonawca MP-MOSTYposiada wyłącznie jedną zrealizowaną usługę a wykonawca IDOM drugą. W tych okolicznościach żaden z ww. podmiotów nie legitymuje się doświadczeniem w zakresie dwóch usług. W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz udostępnienia przez podmioty trzecie zasobów nie chodzi o proste sumowanie poszczególnych zamówień, ale o realne doświadczenie określonego podmiotu w realizacji zadań określonych w SIWZ.

5. Odwołujący SF wskazał na analogiczne stanowisko w tym obszarze wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 29 listopada 2016 r., KIO 2169/16.

6. W związku z tym, wykonawca ID nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i mając na uwadze fakt, że wykaz usług był uzupełniany wykonawca ID powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

IV. Brak realności zobowiązania IDOM

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca ID 9.06.2020 r. wskazał, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu będzie polegać na zasobach podmiotu trzeciego wykonawcy IDOM i w związku z tym wykonawca ID uzupełnił zobowiązanie oraz dokumenty dla ww. podmiotu. Biorąc pod uwagę fakt, że ww. wezwanie dotyczyło dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w celu wykazania których wykonawca ID polegał na zasobach wykonawcy MP-MOSTY,zamawiający w wezwaniu powołał się jednoznacznie na treść art. 22a ust. 6 Pzp, tj. wskazał, że konieczne jest zastąpienie podmiotu trzeciego wykonawcy MP-MOSTY innym podmiotem lub zobowiązanie do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia przez wykonawcę, jeżeli ten wykaże zdolności techniczne i zawodowe.

2. Odwołujący SF wskazał, że relacja art. 22a ust. 6 Pzp do art. 26 ust. 3 Pzp była przedmiotem opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych.

3. Tym samym, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wykonawca ID zobowiązany był do złożenia dokumentów prawidłowych, niezawierających błędów.

4. Zgodnie ze złożonym zobowiązaniem podmiotu trzeciego wykonawcy IDOM, podmiot trzeci zobowiązał się oddać do dyspozycji wykonawcy ID zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia oraz wziąć udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

5. 24.06.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę ID na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia w jakim zakresie i w jakim stopniu wykonawca IDOM będzie współuczestniczył w usłudze nadzoru w ramach podwykonawstwa.

6. W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca ID pismem z 29.06.2020 r. doprecyzował, że wykonawca IDOM będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w ten sposób, że wykonawca ID wraz z podmiotami trzecimi zamierza utworzyć Biuro Inżyniera i wspólnie organizować jego prace. Wykonawca ID wskazał, że zespół będzie tworzony i zarządzany przez wykonawcę ID oraz przez podmioty trzecie, a wykonawca IDOM będzie uczestniczył w realizacji zamówienia m.in. przez współtworzenie haromonogramów pracy, metodologii pracy zespołu i wytycznych dla niego. Wykonawca ID wskazał również, że wykonawca IDOM będzie pełnił usługi konsultingowe na rzecz wykonawcy ID w zakresie doradztwa technicznego i organizacyjnego, a także konsultacji w obszarach problemowych.

7. Należy wskazać przede wszystkim, że w świetle przytoczonej powyżej treści opinii prawnej UZP wezwanie do doprecyzowania treści zobowiązania było bezzasadne. To z treści zobowiązania, w szczególności w sytuacji, gdy wykonawca uzupełniał dokument w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, powinno wynikać jaki jest konkretny zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. To podmiot trzeci zobowiązuje się bowiem do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów – jest to oświadczenie podmiotu trzeciego a nie wykonawcy. Tymczasem dopiero w wyniku doprecyzowania treści dokumentu przez wykonawcę ID zamawiający otrzymał obraz formy udostępnienia zasobów i zakresu udziału wykonawcy IDOM w realizacji zamówienia. Działanie takie jest nieprawidłowe.

Odwołujący SF wskazał, że analogiczne w tym zakresie stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt X Ga 21/15.

8. Informacje wskazane przez wykonawcę ID w odpowiedzi z 29.06.2020 r. nie stanowią uszczegółowienia informacji podanych w treści zobowiązania, ale zawierają informacje w zobowiązaniu niezawarte. W treści zobowiązania znalazła się ogólna deklaracja wykonawcy IDOMo udziale w realizacji zamówienia, co jest niewystarczające w świetle przepisów Pzp, w szczególności w kontekście art. 22a ust. 2 i § 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Treść zobowiązania nie wskazuje czy podmiot trzeci zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Ogólna informacja o udziale podmiotu trzeciego jest niewystarczająca dla oceny czy zakres udziału podmiotu trzeciego pokrywa się z zakresem udostępnionych zasobów. Powyższe uchybienie zauważył również sam zamawiający, który wezwał (bezzasadnie) wykonawcę ID do udzielenia wyjaśnień. Jak było jednak wskazane powyżej, to z treści zobowiązania powinien wynikać zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

9. Odwołujący SF wskazał, że KIO podobnie orzekła w wyroku KIO z 29 kwietnia 2019 r., KIO 711/19.

10. Niezależnie od powyższego, zakres udziału podmiotu trzeciego wykonawcy IDOM w realizacji zamówienia opisany w wyjaśnieniach wykonawcy ID z 29.06.2020 r. potwierdza, że udział ww. podmiotu trzeciego w wykonaniu umowy jest *de facto* iluzoryczny. Analiza treści udzielonych wyjaśnień wskazuje, że zobowiązanie nie potwierdza w

sposób jednoznaczny, że podmiot udostępniający zasoby wykona zamówienie co narusza art. 22a ust. 4 Pzp. Wykonawca ID przyznał, że udział w realizacji zamówienia sprowadza się w zasadzie do pomocy wykonawcy przy organizacji biura inżyniera i opracowania harmonogramów, jak również, że wykonawca IDOM będzie konsultantem lub doradcą wykonawcy. Są to usługi świadczone w zasadniczej mierze na rzecz wykonawcy i nie stanowią bezpośredniego udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Czynności takie jak doradztwo, konsultacje, pomocy przy opracowaniu harmonogramu czy opracowaniu metodologii pracy należy zakwalifikować jako czynności wykonywane w ramach pomocy wykonawcy w realizacji zamówienia, nie jako samodzielne wykonanie przez podmiot udostępniający zasoby części zamówienia (usług) w zakresie udostępnionych zasobów. Na podstawie treści zobowiązania ani również na podstawie złożonych wyjaśnień nie sposób bezspornie ustalić, że wykonawca IDOM będzie podwykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 9b Pzp, a zatem odwołujący nie wykazał, że spełniony został wymóg z art. 22a ust. 4 Pzp.

V. Rażąco niska cena wykonawca ID

1. Jak było wskazane powyżej, wykonawca ID był wzywany przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (wezwanie z 15.11.2019 r.). Odwołujący SF wskazał, że udostępnione odwołującemu SF wyjaśnienia rażąco niskiej ceny [RNC] złożone przez wykonawcę ID potwierdzają, że oferta wykonawcy ID powinna zostać odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską. Odwołujący SF wskazał, że aktualne brzmienie art. 90 Pzp, wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na tym wykonawcy.

2. Odwołujący SF wskazał, że takie stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 10 listopada 2017 r., KIO 2256/17.

3. Wykonawca ID zobowiązany był zatem do udowodnienia, że zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, że zachodzą po stronie wykonawcy ID obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, obniżenie ceny oferty. Wykonawca ID powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące potwierdzające rzetelność poczynionych kalkulacji obejmujących cały okres realizacji przedmiotu zamówienia.

4. Udostępniona przez zamawiającego treść wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca ID nie sprostał obowiązkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty. Z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ID wynika, że wykonawca ID skalkulował koszty np. związane z kosztami biura i zaplecza wykonawcy (pkt 4), środki transportu (pkt 5) czy koszty pozostałe (pkt 11) na odpowiednio 44 i 41 miesięcy. Należy jednak wskazać, że okres realizacji usług nadzoru na rzecz zamawiającego jest zdecydowanie dłuższy. Zgodnie z pkt 1.2 zał. 1A do Formularza ofertowego wykonawca ID okres realizacji Etapu 2 dla poszczególnych kontraktów wnosi:

a) Kontrakt 144 miesiące okresu podstawowego +12 miesięcy okresu wydłużonego + 3 miesiące okresu wykraczającego poza okres wydłużony, za który przysługuje wynagrodzenie stałe,
b) Kontrakt 2-41 miesięcy okresu podstawowego +12 miesięcy okresu wydłużonego + 3 miesiące okresu wykraczającego poza okres wydłużony, za który przysługuje wynagrodzenie stałe.

5. Analogiczne okresy realizacji Etapu 2 dla ww. dwóch Kontraktów zostały wskazane w § 3 ust. 2 pkt 1 i 2 Wzoru Umowy.

6. Tym samym, okres realizacji, a w konsekwencji koszty związane ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego przez wykonawcę ID powinny być skalkulowane na okres 59 miesięcy w przypadku Kontraktu 1 oraz 56 miesięcy w przypadku Kontraktu 2. Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę ID wynika, że ww. wykonawca ID skalkulował koszty realizacji przedmiotu zamówienia związane z kosztami biura i zaplecza wykonawcy (pkt 4), środkami transportu (pkt 5) czy kosztami pozostałymi (pkt 11) w sposób nieobejmujący całego okresu realizacji zamówienia, tj. bez 12 miesięcy okresu wydłużonego oraz bez 3 miesięcy okresu wykraczającego poza okres przedłużony (łącznie 15 miesięcy). Okoliczność ta wynika z wartości przypisanych ww. kosztom, w których wykonawca ID wskazał koszt w skali jednego miesiąca oraz łączny koszt netto. Na analogiczne okresy, tj. 44 i 41 miesięcy wskazuje również np. załącznik nr 5 do wyjaśnień ceny – zestawienia kosztów wyposażenia oraz kosztów pozostałych.

7. Ponadto z udostępnionych odwołującemu SF wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę ID nie wynika, że podmiot ten uwzględnił w swoich kalkulacjach udział w wykonaniu zamówienia podwykonawców, tj. wykonawców MP-MOSTY sp. z o.o. oraz IDOM Consulting Engineering, Architecture, S.A. Podwykonawca MP-MOSTY sp. z o.o został zadeklarowany przez wykonawcę ID jako podmiot, który będzie „współuczestniczył w usłudze nadzoru" (por. pkt 8 formularza ofertowego). W przypadku drugiego z podwykonawców wskazano, że weźmie on udział w realizacji zamówienia m.in. w zakresie organizacji biura inżyniera, zespół będzie tworzony i zarządzany przez wykonawcę ID oraz wykonawcę IDOM, jak również wykonawca IDOM będzie pełnił usługi konsultacji i doradztwa na rzecz wykonawcy ID (wyjaśnienia wykonawcy ID z 29.06.2020 r.). W treści złożonych wyjaśnień ceny nie ma jakiegokolwiek odniesienia do udziału ww. podwykonawców w wykonaniu zamówienia, w szczególności wykonawca ID nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego, że podmioty te za przewidzianą w ofercie kwotę będą realizować zamówienie. Powyższe czyni zarówno deklaracje o udziale ww. podmiotów w realizacji zamówienia jak i same wyjaśnienia ceny niewiarygodnymi.

8. Biorąc pod uwagę powyższe, z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ID wynika, że cena oferty wykonawcy ID została zaniżona, a zatem oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

9. Odwołujący SF wskazał, że podobnie orzekła KIO w wyroku z 23 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1651/16.

10. Jednocześnie odwołujący SF podkreślił fakt, że treść złożonych wyjaśnień wykonawcy ID wskazuje na nieprawidłowe skalkulowanie kosztów, w związku z czym, brak jest podstaw do kierowania do wykonawcy ID kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp.

Odwołujący SF wskazał, że podobnie orzekła KIO w wyroku z 7 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2221/17 Izba.

Odwołujący SF przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 17.08.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 18.08.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

21.08.2020 r. wykonawca MG złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie odwołującego SF.

21.08.2020 r. wykonawca ID złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego.

21.08.2020 r. wykonawca MC złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie odwołującego SF.

Zamawiający do czasu zamknięcia rozprawy uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów 15 oraz 7 oraz ustnie do

protokołu 6.10.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Odwołujący SF cofnął zarzut 6.

Przystępujący ID po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw do uwzględnienia w zarzutów odwołania dotyczących wykonawcy ID przez zamawiającego 6.10.2020 r. (art. 186 ust. 4 Pzp).

KIO 1995/20

17.08.2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33100 Tarnów [pełnomocnik] i [2] Egis Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39A, 02672 Warszawa (dalej odwołujący MG), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na czynności i zaniechania polegające na:

1)wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ID;
2)zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ID;
3)zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SF;
4)zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MC;
5)zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ID;
6)zaniechaniu wykluczenia wykonawcy MC;
7)zaniechaniu wykluczenia wykonawcy SF.

Odwołujący MG sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1)art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w zw. z art. 66 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SF, pomimo że upłynął termin związania ofertą, a w okresie związania ofertą wykonawca SF nie dokonał przedłużenia okresu związania ofertą, w wyniku czego jego oferta wygasła;
2)art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie przez zamawiającego nieuprawnionej poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty wykonawcy ID oraz wykonawcy SF z SIWZ w sytuacji, gdy charakter tej omyłki dotyczącej niezgodnego z wytycznymi SIWZ ustalenia wysokości wynagrodzenie za Etap 3 w czwartym, piątym i szóstym roku, wykluczał możliwość poprawy jej przez zamawiającego – zarzut cofnięty w zakresie w jakim dotyczy wykonawcy SF;
3)art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ID oraz oferty wykonawcy SF, pomimo że treść ofert złożonych przez tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ w zakresie jakim SIWZ narzucał minimalną wysokość wynagrodzenie za Etap 3 w czwartym, piątym i szóstym roku – zarzut cofnięty w zakresie w jakim dotyczy wykonawcy SF;
4)art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawca ID, pomimo że ze złożonych przez wykonawcę ID wyjaśnień wynika jednoznacznie, że jego oferta nie spełnia warunków SIWZ w zakresie zapewnienia akredytowanego laboratorium;
5)art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ID, pomimo że wykonawca ID w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniana przez wykonawcę ID warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania przez wykonawcę ID osobą mającą pełnić funkcję Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym tj. panem A. K, w sytuacji gdy osoba ta w rzeczywistości w żaden sposób nie wyraziła zgody na udział w postępowaniu, a więc wykonawca ID nie miał prawa posłużenia się tą osobą celem wykazania spełniania warunków udziału;
6)art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ID z postępowania pomimo, że wykonawca ID w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniana przez wykonawcę ID warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania przez wykonawcę ID osobą mającą pełnić funkcję Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym tj. panem W. K, w sytuacji gdy osoba ta nie spełniała zakreślonych przez zamawiającego warunków a wykonawca ID podał nieprawdziwe informacje dotyczące jej doświadczenia zawodowego;
7)art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ID z postępowania, pomimo że wykonawca ID nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania przez wykonawcę ID osobami mającymi pełnić funkcję Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym dla Zespołu Kontraktu 1 i 2;
8)art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawców ID oraz MC wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawca ID oraz MC pomimo, że zawierają one rażąco niską cenę;
9)zarzut cofnięty art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy MC z postępowania pomimo, że wykonawca MC w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie występowania po stronie wykonawcy MC okoliczności będących podstawą wykluczenia z postępowania w zakresie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez zaznaczenie w dokumencie JEDZ, że wykonawca MC nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, w sytuacji gdy wobec wykonawcy MC taka okoliczność zaszła. – zarzut cofnięty na posiedzeniu Izby przez odwołującego MG.

Odwołujący MG wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności z 7.08.2020 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawca ID;
2)unieważnienia czynności oceny ofert w zakresie uznania, że oferty złożone przez wykonawcę ID, wykonawcę SF

oraz wykonawcę MC nie podlegają odrzuceniu; – wniosek cofnięty w zakresie wykonawcy SF;
3)dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
4)wykluczenia wykonawca ID z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy ID;
5)odrzucenia oferty wykonawcy SF; – wniosek cofnięty w zakresie wykonawcy SF;
6)wykluczenia wykonawcy MC z postępowania;
7)odrzucenia oferty wykonawcy MC;
8)dokonania ponownej czynności oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem wyników postępowania odwoławczego.

Ponadto odwołujący MG wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Argumentacja odwołującego MG

Zachowanie terminu do wniesienia odwołania

Odwołujący MG uzyskał informację o czynnościach zamawiającego 7.08.2020 r. przez doręczenie drogą mailową zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Zważywszy, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej stanowi podstawę do wniesienia odwołania, dziesięciodniowy ustawowy termin do jego wniesienia, określony zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 2 Pzp upływa 17.08.2020 r.

Wskazanie interesu we wniesieniu odwołania

1. Odwołujący MG złożył w postępowaniu ważną ofertę, która została oceniona jako czwarta z kolei pod względem korzystności. Zgodnie z pkt 19.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej SIWZ]wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu ma następować zgodnie z tzw. *procedurą odwróconą* (art. 24aa Pzp), co powoduje, że w przypadku uwzględnienia odwołania zgodnie z jego treścią wykonawca dalej ma możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący MG ma więc interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Wybór oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania oraz następczy brak oceny oferty, która uzyskała kolejne miejsce pozbawiło odwołującego MG możliwości pozyskania zamówienia. Wskutek tego po stronie odwołującego MG powstał interes do zaskarżenia wymienionych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego. Pozbawienie odwołującego MG szansy na zamówienie wynika z naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp i jako takie naraża odwołującego MG na szkodę.

2. Odwołujący MG posiada interes w złożeniu odwołania, bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący MG, pomimo że jego oferta została oceniona na czwartym miejscu, będzie dalej miał możliwość ubiegania się o zamówienie i jego uzyskania.

Zamawiający 7.08.2020 r. poinformował odwołującego MG o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Sp. z o.o. i Drogowa Trasa Średnicowa S.A.(dalej wykonawca ID) jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący MG, po zapoznaniu się z udostępnionymi dokumentami stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu w związku z czym wniesienie odwołania stało się konieczne.

I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w zw. z art. 66 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SF

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu został wyznaczony na 31.10.2019 r. Termin związania ofertą wynosił 90 dni i upływał 28.01.2020 r. 13.01.2020 r. zamawiający wystąpił z wnioskiem do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. 15.01.2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie w wyniku odwołań złożonych przez odwołującego MG oraz wykonawcę SF 06.02.2020 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do ponownego badania i oceny złożonych ofert. 25.02.2020 r. zamawiający odtajnił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawców: SF, ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz wykonawcy ID. 6.03.2020 r. wykonawca ID wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odtajnieniu załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny [RNC]. 7.08.2020 r. zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny, w toku postępowania bieg terminu związania ofertą był dwukrotnie zawieszany:

1)w wyniku odwołań wniesionych uprzednio przez odwołującego MG (sygn. akt KIO 161/20) oraz odwołującego SF (sygn. akt KIO 157/20)
27.01.2020 r. – data wniesienia odwołań
11.02.2020 r. – data postanowienia o umorzeniu postępowań odwoławczych Zawieszenie biegu terminu związania oferta: 15 dni;
2)oraz w wyniku odwołania wniesionego przez odwołującego ID (sygn. akt KIO 477/20)
6.03.2020 r. – data wniesienia odwołania 01.06.2020 r. – data wydania orzeczenia przez KIO Zawieszenie biegu terminu związania oferta: 87 dni
wykonawca SF dwukrotnie przedłużał termin związania ofertą o kolejne 60 dni: 28.01.2020 r. oraz 29.07.2020 r.

Dowód nr 1: Korespondencja z zamawiającym dotycząca złożenia oświadczeń woli o przedłużeniu terminu związania ofertą przez wykonawcę SF.

Uwzględniając datę złożenia oferty, pierwotny termin związania ofertą, zawieszenie biegu terminu związania ofertą na 102 dni oraz przedłużenie tego terminu przez wykonawcę SF z 28.01.2020 r. termin związania ofertą dla wykonawcy SF upłynął 8.07.2020 r. Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą jednak wymogiem jest, aby oświadczenie to zostało złożone w terminie związania ofertą, tak by zachowana była ciągłość związania ofertą (zgodnie m.in. z wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z 21 września 2012 r., XIII Ga 379/12). Tak szczegółowe uregulowania w zakresie możliwości przedłużenia terminu związania ofertą wskazują na doniosłość prawną instytucji terminu związania ofertą i fakt, że jest ona immanentnym elementem złożonej oferty. Oferta wykonawcy wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym wykonawca był nią związany. Tymczasem wykonawca SF dopiero 29.07.2020 r., a więc po upływie 21 dni od upłynięcia ważności jego oferty złożył oświadczenie o przedłużeniu oferty o kolejne 60 dni. Wykonawca SF nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą w terminie związania ofertą, na co pozwalała mu dyspozycja art. 85 ust. 2 Pzp, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty wykonawcy SF. Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić może wyłącznie w dacie związania ofertą.

Trzeba też pamiętać, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości przedłużenia biegu terminu związania ofertą po upływie terminu związania ofertą. W celu utrzymania stanu związania ofertą koniecznym jest zapewnienie jego ciągłości. Nie można bowiem mówić o utrzymaniu stanu związania ofertą (skutecznym jego przedłużeniu), gdy wyznaczony pierwotnie termin związania ofertą upłynie, a wykonawca dopiero po jego upływie wyrazi wolę przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą. W takim przypadku nie można bowiem mówić o przedłużeniu tego terminu, ale

o podjęciu próby jego restytucji, odnowienia na mocy później wyrażonego oświadczenia woli. Przepis art. 85 ust. 2 Pzp nie daje podstaw do takiego działania.

Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z 23 października 2017 r. sygn. aktKIO 2097/17.

II. Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców ID oraz SF na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Z udostępnionej odwołującemu MG 22.01.2020 r. dokumentacji wynika, że zamawiający pismem z 28.11.2019 r. działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał w ofertach złożonych przez wykonawców

1) ID oraz

2) SF

– poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ.

Ad 1. W ofercie wykonawcy ID zamawiający dokonał zmian w tabeli 8 w Załączniku 1A do Formularza ofertowego w zakresie wymienionych niżej kwot:

– *w kolumnie* Wynagrodzenie w pierwszych trzech latach Etapu 3 netto
Nr kontraktu 1: z 663 201,00 na 627 924,00
Nr kontraktu 2: z 582 435,00 na 551 796,00
– *w kolumnie* Wynagrodzenie w pierwszych trzech latach Etapu 3 vat
Nr kontraktu 1: z 152 536,23 na 144 422,52
Nr kontraktu 2: z 133 960,05 na 126 913,08
– *w kolumnie* Wynagrodzenie w pierwszych trzech latach Etapu 3 brutto
Nr kontraktu 1: z 815 737,23 na 772 346,52
Nr kontraktu 2: z 716 395,05 na 678 709,08
– w kolumnie *Wynagrodzenie w czwartym, piątym i szóstym roku Etapu 3 netto*
Nr kontraktu 1: z 94 743,00 na 106 502,00
Nr kontraktu 2: z 83 205,00 na 93 418,00
– w kolumnie *Wynagrodzenie w czwartym, piątym i szóstym roku Etapu 3 vat*
Nr kontraktu 1: z 21 790,89 na 24 495,46
Nr kontraktu 2: z 19 137,15 na 21 486,14
– w kolumnie *Wynagrodzenie w czwartym, piątym i szóstym roku Etapu 3 brutto*
Nr kontraktu 1: z 116 533,89 na 130 997,46
Nr kontraktu 2: z 102 342,15 na 114 904,14

W odniesieniu do powyższego, odwołujący MG podkreślił, że zamawiający wskazał jednoznacznie w SIWZ, że:

–Pkt 12.2 „Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ"

–Pkt 13.2 „cena ofertowa oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego.

–Załącznik 1A do Formularza ofertowego – pkt 1.2 Wynagrodzenie za Etap 3 nie może być niższe niż 8% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu, w tym nie niższe niż:
– – 5% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla okresu minimalnego wykonywania usługi w Etapie 3 tj. przez okres 3 lat,
– – 1% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla każdego kolejnego roku wykonywania usługi w Etapie 3.

Wynagrodzenie podstawowe netto za Etap 2 w ofercie wykonawcy ID wynosi:
– 10 527 000,00 zł za Kontrakt nr 1
– oraz 9 245 000,00 zł za Kontrakt nr 2.

Po dokonaniu przez zamawiającego poprawy oczywistej omyłki rachunkowej pismem z 15.11.2019 r. wynagrodzenie podstawowe netto za Etap 2 wynosi:
– 10 650 200,00 zł za Kontrakt nr 1
– oraz 9 341 800,00 zł za Kontrakt nr 2.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego wynagrodzenie za Etap 3 w czwartym, piątym i szóstym roku nie może być niższe niż 1% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego kontraktu.

Wykonawca ID w złożonej przez siebie ofercie w Załączniku nr 1A Tab. 8 w pozycjach: *Wynagrodzenie w czwartym roku Etapu 3, Wynagrodzenie w piątym roku Etapu 3* oraz *Wynagrodzenie w szóstym roku Etapu 3* określił wartość Wynagrodzenia w kwocie:
– 94 743,00 zł netto zł za Kontrakt nr 1
– oraz 83 205,00zł netto za Kontrakt nr 2,
a więc niższą niż wymagany 1% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu. Powyższe powoduje niezgodność oferty z SIWZ zarówno na etapie złożenia oferty, jak i po dokonaniu przez zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej.

Dokonanie przez zamawiającego poprawy innej omyłki przez obniżenie wartości wynagrodzenia w pierwszych trzech latach Etapu 3 i podwyższenie wynagrodzenia dla każdego kolejnego roku wykonywania usługi w Etapie 3 stanowi oczywiste przekroczenie kompetencji zamawiającego, gdyż to wykonawca określa procentową wartość wynagrodzenia w oparciu o wytyczne zamawiającego. Zamawiający nie może dowolnie zmieniać wartości poszczególnych pozycji przedstawionych w Tab. 8, tym bardziej, że nie jest oczywistym, jaki poziom przedziału procentowego zmawiający miałby przyjąć. W SIWZ zamawiający wskazał jedynie granicę minimalnej wartości, którą musi uwzględnić wykonawca, nie determinując fatycznej wielkości wynagrodzenia za ten okres Etapu 3.

W tym przypadku, w celu dostosowania treści oferty do SIWZ zamawiający obniżył założoną przez wykonawcę kwotę wynagrodzenia w pierwszych trzech latach Etapu 3 z 6,3% do odpowiednio 5,9% i 6% dla Kontraktu nr 1 i 2 tak, aby wynagrodzenie w czwartym, piątym i szóstym roku Etapu 3 wyniosło 1%.

Dodatkowo, niezrozumiałym dla odwołującego MG jest postępowanie zamawiającego, który w różnych postępowaniach, w takim samym stanie faktycznym i prawnym, działa w odmienny sposób,

W postępowaniu pn. Nadzór i pełnienie funkcji inżyniera w ramach realizacji projektu pn.: „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych" oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu omyłkowego wpisania w Załączniku 1A do Formularza cenowego Tab. 4 wskaźnika n, który nie mieścił się w granicach wyznaczonych przez zamawiającego. Odwołujący nie dochował wówczas

należytej staranności przez co jego oferta została odrzucona.

Powyższe ewidentnie narusza zasadę uczciwej konkurenci i równego traktowania wykonawców.

Dowód nr 2: Pismo nr JRZUc-0815-POIiŚ-5.2-II/NAD/08/19 z 19.07.2019 – odrzucenie oferty MGGP S.A. postępowania.

Niezastosowanie się wykonawcy do wymagań zamawiającego oznacza niezgodność treści oferty z SIWZ, w konsekwencji czego oferta taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad 2. W ofercie wykonawcy SF zamawiający, pismem z 15.11.2019 r. działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na błędnym podsumowaniu Kosztów Personelu Ogólnego. Konsekwencją poprawienia kwoty z 3 674 000,00 zł na 3 858 800,00 zł były błędy w innych pozycjach załącznika 1B oraz 1A do Formularza ofertowego, co zamawiający poprawił zgodnie z treścią przytoczonego pisma.

Powyższe zmiany spowodowały niezgodność treści oferty z SIWZ w zakresie wartości wpisanych przez wykonawcę SF w tabeli 8 w Załączniku 1A do Formularza ofertowego. Zamawiający, pismem z 28.11.2019 r. działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ.

Ponownie zamawiający dokonał istotnej zmiany treści oferty w celu dostosowania jej do wymagań określonych w SIWZ. Po dokonaniu poprawy oczywistych omyłek rachunkowych cena oferty wykonawcy SF wzrosła o 184 800,00 zł przez co wskazane w tabeli 8 wartości wynagrodzenia w pierwszych 3 latach Etapu 3 automatycznie uległy obniżeniu z wymaganych co najmniej 5% na 4,97% oraz z wymaganego co najmniej 1% na 0,99% w czwartym, piątym i szóstym roku Etapu 3. Wykonawca SF nie dochował należytej staranności w przygotowanej przez siebie ofercie, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty wykonawcy SF z postępowania, natomiast dokonana przez zmawiającego zmiana treści oferty jest zmianą wykraczającą poza uprawnienia wynikające w przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

III. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ID

Zgodnie z pkt 8.6.2 SIWZ w zakresie warunku określonego w pkt 8.2.3. SIWZ, tj. zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał, że dysponuje określonymi osobami mającymi wejść w skład Stałego Zespołu Inżyniera, w tym między innymi w ramach Zespołu Kontraktu 1 Inspektorem nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym posiadającym co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz posiadającym minimum 3 letnie doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe – poz. nr 6.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, 16.12.2019 r. (pismo datowane na 13.12.2019 r.) wykonawca ID złożył zamawiającemu Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wskazując na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym pana A. K.

Tymczasem, pan A. K wskazany w ofercie wykonawcy ID na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności Inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, jest pracownikiem kontraktowym odwołującego MG w ramach prowadzonej działalności gospodarczej i zgodnie z wiedzą odwołującego MG pan A. K nie udostępnił się wykonawcy ID na potrzeby postępowania, a wiec pan A. K nie wyraził zgody na wykorzystanie przez wykonawcę ID osoby pana A. K celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim personelem. Powyższa kwestia była już podnoszona w odwołaniu wniesionym przez odwołującego 27.01.2020 r. Niemniej jednak, w wyniku unieważnienia przez zamawiającego Wyboru najkorzystniejszej oferty z 15.01.2020 r. oraz przystąpienia do ponownego badania ofert, odwołujący wycofał wniesione odwołanie.

W wyniku wniesionego odwołania zamawiający 19.02.2020 r. wezwał wykonawcę ID na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp do uzupełnienia Wykazu osób aktualnego na dzień jego złożenia w zakresie Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym dla Zespołu Kontraktu 1.

26.02.2020 r. wykonawca ID wskazał nową osobę do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym dla Zespołu Kontraktu 1 – pana W. K. Na potwierdzenie wymaganego doświadczenia wykonawca ID oświadczył, że pan W. K zdobył doświadczenie w realizacji m.in. poniższych zadań:

1)03.2018-08.2019 r. Inspektor nadzoru SRK
Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu pod nazwą Prace na Liniach klejowych nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku GliwiceBytom, Chorzów StaryMysłowice oraz DorotaMysłowice Brzezinka; POIiŚ 5.2-3; kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC;

2)05.201709.2019 r. Inspektor nadzoru SRK
Modernizacja linii kolejowej nr 95 na odcinku Kraków MydlnikiPodłęże Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu pod nazwą prace na linii kolejowej nr 95 na odcinku Kraków MydlnikiPodłęże wraz z łącznicami; kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC;

3)09.2014 – 06.2016 r. Inspektor nadzoru SRK
Polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 61 i 700 na odcinku CzęstochowaFosowskie POIiŚ 7.167; kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC.

1.06.2020 r. zamawiający wskazał, że „po dokonaniu analizy posiadanych dokumentów i pozyskanych informacji ustalił, że zadanie drugie wskazane powyżej nie zostało zrealizowane w oparciu o warunki kontraktu FIDIC, a na zadaniu trzecim pan W. K nie pełnił funkcji Inspektora, a następnie zamawiający wezwał wykonawcę ID na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia Wykazu w celu potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, 9.06.2020 r. wykonawca ID złożył uzupełniony wykaz osób (zał. nr 21), w którym wykonawca ID:

1)zmienił daty pełnienia funkcji Inspektora SRK na zadaniu pierwszym wskazując jako datę rozpoczęcia pełnienia funkcji 10.2018 r. (wcześniej 03.2018 r.);

2)ponownie wprowadził zamawiającego w błąd oświadczając, że zadanie nr 2 wykonane zostało w oparciu o warunki kontraktu FIDIC;

3)usunął zadanie wskazanie w punkcie trzecim;

4)uzupełnił wykaz o zadania potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez zastąpienie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi.

W treści pisma wykonawca ID oświadczył, że wskazując doświadczenie pana W. K opierał się na jego CV oraz „licznych telefonicznych i mailowych deklaracjach o prawidłowości przedstawionych informacji”, a także poinformował

zmawiającego, że „na potrzeby złożenia wyjaśnień dotyczących pana W. K w innym postępowaniu, ponownie zweryfikował daty pełnienia funkcji dla zadania pierwszego i wskazał, że na zadaniu 1, pan W. K pełnił funkcję od 10.2018 do 08.2019 r.”.

Wykonawca ID w pierwotnie złożonym wykazie Wykaz osób nie dochował należytej staranności i wskazał szereg nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia pana W. K. Niezgodne ze stanem faktycznym okazały się być informacje dotyczące daty pełnienia funkcji przez pana W. K (zadanie 1), oświadczenie o realizacji zadania zgodnie z warunkami kontraktu FIDIC (zadanie 2) oraz oświadczenie o sprawowaniu funkcji Inspektora na zadaniu, na którym pan W. K owej funkcji nie pełnił (zadanie 3).

Jednocześnie w wyniku odtajnienia załączników do wyjaśnień RNC złożonej przez wykonawcę ID odwołujący MG uzyskał wiadomość, że wykonawca ID do swoich wyjaśnień złożył oświadczenie pana A. K, w którego to oświadczenia treści zawarto zobowiązanie do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym dla Zespołu Kontraktu 1 oraz wskazanie wysokości wynagrodzenia. Zgodnie z wiedzą posiadaną przez odwołującego MG pan A. K nigdy nie składał takiego oświadczenia.

Powyższe wskazuje, że wykonawca ID w wyniku w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa co najmniej dwukrotnie podał informacje nieprawdziwe, wprowadzające zamawiającego w błąd, mające istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy ID z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. Niezrozumiałym dla odwołującego MG jest zachowanie zamawiającego, który w momencie uzyskania wiedzy o podaniu przez wykonawcę ID nieprawdziwych informacji zamawiający zignorował sprzeczność pomiędzy treścią oferty a rzeczywistością i nie wykluczył wykonawcy ID z postępowania.

Dodatkowo odwołujący MG wskazał, że zachowanie wykonawcy ID po otrzymaniu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp potwierdził, że informacje dotyczące doświadczenia pana W. K były nieprawdziwe. Wykonawca ID nie wskazał bowiem, że informacja dotycząca osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inspektora SRK jest zgodna ze stanem faktycznym. Wręcz przeciwnie, od razu wykonawca ID przedstawił zmodyfikowany wykaz osób, w którym wykonawca ID zastąpił informacje nieprawdziwe informacjami prawdziwymi potwierdzając tym samym wprowadzenie Zmawiającego w błąd.

Odwołujący MG wskazał na podobną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący MG podkreślił, że z dokumentów udostępnionych odwołującemu MG wynika, że wykonawca ID nie skorzystał z przysługującego wykonawcy ID prawa do złożenia odpowiednich wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Pzp.

IV. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawców ID oraz MC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz zaniechania odrzucenia ofert wykonawców ID oraz MC

1. Wykonawca ID:

a) Z udostępnionej odwołującemu części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ID 27.11.2019 r. w odpowiedzi na wezwanie zmawiającego z 15.11.2019 r. wynika, że wykonawca ID nie oszacował ceny zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie chociażby minimalnego wynagrodzenia za pracę. W punktach: PERSONEL INŻYNIER oraz PEROSNEL DODATKOWY – OBSŁUGA SEKRETARIATU wykonawca ID odniosło się do minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2019 r. Składanie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce 31.10.2019 r. Biorąc pod uwagę czas niezbędny do zbadania i oceny ofert, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty, każdy profesjonalny wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty minimalne wynagrodzenie za pracę przewidziane w rozporządzeniu Rady Ministrów na rok 2020. Tym bardziej, że już 18.09.2019 r., a więc przed terminem składania ofert, opublikowano w Dzienniku Ustaw rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.

Dodatkowo, każdy wykonawca powinien mieć uwzględnioną w swojej ofercie rezerwę na możliwy wzrost minimalnego wynagrodzenia w kolejnych latach realizacji kontraktu.

W związku z tym, przyjęte przez wykonawcę ID w złożonych wyjaśnieniach założenia dotyczące całkowitych kosztów, jakie wykonawca ID ponosi w związku z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę w określonych na kwotę 3 085,45 zł jako odpowiadające minimalnemu wynagrodzeniu za pracę są niedoszacowane i błędne.

Koszty, jakie ponosi pracodawca przy zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę przy uwzględnieniu obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, obecnie 2 600 zł brutto, wynoszą:

Wynagrodzenie brutto pracownika	2 600,00 zł
Ubezpieczenie emerytalne	253,76 zł
Ubezpieczenie rentowe	169,00 zł
Ubezpieczenie wypadkowe	43,42 zł
Fundusz Pracy	63,70 zł
Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych	2,60 zł
Łączny koszt pracodawcy	3 132,48 zł

Pozostałe koszty związane z utrzymaniem pracownika zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę ID (str. 7 wyjaśnień) obejmują:

– Zastępstwo na czas urlopu (średnio jeden miesiąc w roku) 3 132,48 zł/12= 261,04
– Zastępstwo w czasie choroby (3 132,48/21 dni roboczych) x 5 dni/12 miesięcy = 62,15
– Koszty obowiązkowych badań lekarskich 6,06 zł
– Koszty obowiązkowych szkoleń BHP 3,41 zł
– Składka na PFRON 110,30 zł

Łącznie całkowity koszt wykonawcy wynosi więc 3 575,44 zł.

Wykonawca ID oświadczył w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, że przyjął kwotę wynagrodzenia w wysokości 3 500,00 zł miesięcznie dla Kontraktu 1 i 2 zaznaczając jednocześnie, że rzeczywiste koszty zatrudnienia obsługi sekretariatu są mniejsze niż przyjęte w ofercie, a różnica pomiędzy kwotą 3 085,45 zł a 3 500,00 zł stanowi rezerwę na potencjalne zwiększenie wynagrodzenia lub potencjalny zysk.

Tymczasem, jak wykazał wyżej odwołujący MG przyjęty przez wykonawcę ID poziom wynagrodzenia nie pokrywa nawet kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę.

b) Koszty Laboratorium

Z udostępnionych odwołującemu MG wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ID 27.11.2019 r. w odpowiedzi na wezwanie zmawiającego z 15.11.2019 r. wynika, że wykonawca ID nie oszacował ceny zgodnie z obowiązującymi

przepisami prawa w zakresie Badań Laboratoryjnych. Odwołujący MG realizuje w chwili obecnej 7 dużych Projektów dla zamawiającego, na których współpracuje z kilkoma Laboratoriami obsługującymi Inwestycje. Szeroki zakres realizacji Kontraktów zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a tym samym dobra znajomość „rynku" pozwala odwołującemu MG uznać cenę oferty wykonawcy ID w zakresie badań laboratoryjnych jako niezgodną z warunkami SIWZ. Wykonawca ID oszacował koszt badań laboratoryjnych na kwotę 1 452 000,00 zł zaznaczając jednocześnie, że rzeczywiste koszty wykonania badań laboratoryjnych są mniejsze niż przyjęte w ofercie, a przyjęta różnica stanowi rezerwę wykonawcy ID związaną z ewentualną koniecznością wykonania badań w innym niż wskazane w wyjaśnieniach laboratorium.

Przedstawione w wyjaśnieniach wykonawcy ID oferty na obsługę laboratoryjną są ofertami przedstawionymi przez Prolab Laboratorium Budowlane z siedzibą w Bielsku Białej oraz Viakontrol Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Zgodnie z wiedzą odwołującego MG, żadne z powyższych laboratoriów nie posiada akredytacji, a więc oferta ta jest niezgodna z ust. 4.2.3 pkt 23 OPZ, zgodnie z którym Inżynier zobowiązany jest uzyskać dostęp do akredytowanego laboratorium. Tym samym, oferta wykonawcy ID powinna również podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W przypadku, gdyby wykonawca ID zamierzał zlecić badania innemu laboratorium, poniesie w tym zakresie dodatkowe koszty, które nie zostały przewidziane w kalkulacji. Rzeczywisty koszt wykonania badań zgodnie z OPZ jest kwotą znacznie przekraczającą wartość podaną w ofercie przez wykonawca ID.

Odwołujący MG podkreślił, że średnia wartość złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert na wykonanie badań laboratoryjnych wynosi 2,2084 mln zł. Oferta wykonawcy ID jest zatem niższa od średniej o 756 tysięcy zł. Jako dowód odwołujący MG składa oferty, które otrzymał na realizację badań laboratoryjnych w przedmiotowym postępowaniu, jak również oferty wykonawcy MC oraz SF złożone wraz z pismami dotyczącymi wyjaśnienia ceny.

Dowód: Oferty na wykonanie badań laboratoryjnych

2) wykonawca MC

Z udostępnionej odwołującemu MG dokumentacji wynika, że 15.11.2019 r. zamawiający wystąpił z pismem do wykonawcy MC o złożenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Wykonawca MC, pismem z 27.11.2019 r. złożył wyjaśnienia, których treść ogranicza się do ogólnikowych stwierdzeń, że zaoferowana cena nie jest RNC, a na poparcie swojej tezy, wykonawca MC przedstawił szereg wyliczeń będących powieleniem lub rozszerzeniem formularza cenowego i przedstawieniem go w innej konfiguracji (np. przez zsumowanie kosztów wynagrodzenia personelu i przedstawieniu średniej arytmetycznej). Ponadto, poza ofertą na obsługę prawną i laboratoryjną inwestycji, złożone przez wykonawcę MC wyjaśnienia nie zawierają żadnych innych dowodów na poparcie prawidłowości sposobu skalkulowania ceny, natomiast w treści wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawca powinien złożyć dowody dotyczące całkowitej ceny oferty. Brak złożenia dowodów oznacza, że wykonawca MC nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia ich prawidłowości jest niewystarczające.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji opisanych w treści wyjaśnień odwołujący MG wskazał, że przedstawione kwoty w żaden sposób nie są poparte dowodami:

a) wynagrodzenie pracowników

Poza oświadczeniem, że wykonawca MC opierał się na swoim doświadczeniu na obecnie realizowanych kontraktach oraz na deklaracjach potencjalnych pracowników, wykonawca MC nie przedstawił żadnego oświadczenia specjalisty, żadnej kopii umowy ani żadnego innego dokumentu, który potwierdzałby, że przyjęte w kalkulacji kwoty są kwotami wiarygodnymi oraz mającymi poparcie w rzeczywistości.

b) pozostałe koszty

Podobnie jak w przypadku wynagrodzenia pracowników, wykonawca MC ograniczył się do zestawienia tabelarycznego kosztów oraz oświadczenia o wysokości przyjętych stawek wykonawca MC:

– oświadczył, że koszt dedykowanego ubezpieczenia oszacował na podstawie wyliczeń brokera Mentor, jednak oferty nie załączył; zgodnie z wiedzą odwołującego MG przyjęty koszt jest znacząco niedoszacowany;
– oświadczył, że koszt Gwarancji należytego wykonania wyceniono na podstawie wzoru banku; w żaden sposób wykonawca MC nie doprecyzował jednak na podstawie jakiego wzoru dokonał tych obliczeń ani jakiego banku one dotyczą;
– nie przedstawił żadnych ofert wynajmu biura potwierdzających realność przyjętej wysokości kwoty;
– oświadczył, że na spełnienie wymogu odnoszącego się do dokumentacji fotograficznej przewidział kwotę w wysokości 1700 zł miesięcznie, jednak oferty nie przedstawił.

c) koszty transportu

W przypadku pozycji Koszty transportu wykonawca MC w złożonych przez siebie wyjaśnieniach sam potwierdził, że kwoty przyjęte w kalkulacji są kwotami niedoszacowanymi. Zgodnie z Załącznikiem 1B do Formularza ofertowego, wykonawca MC na pozycję Koszty transportu w okresie podstawowym przewidział:

– 228 800,00 zł netto dla całości projektu
– 163 220,00 zł netto dla Kontraktu 1
– 201 620,00 zł netto dla Kontraktu 2

Łącznie: 593 640,00 zł nett

Tymczasem w treści wyjaśnień wykonawcy MC z 27.11.2019 r. wykonawca MC rozbił te koszty zgodnie z poniższym zestawieniem (strona 10 wyjaśnień):

Koszty transportu założone dla personelu Inżyniera Projektu					
Pozycja		Jednostka rozliczeniowa	liczba	Stawka	Suma
a	Koszt zakupu 6 samochodów	sztuka	6	55 000,00	330 000,00
bb	Koszt serwisu i ubezpieczenia 8 samochodów (533 zł na 1 auto)	miesiąc	44	4 264,00	187 616,00
Rc	Koszt paliwa dla 8 samochodów (750 zł na jedno auto)	miesiąc	44	6 000,00	264 000,00
dd	Koszt przejazdu środkami transportu publicznego	ryczałt	1	20 000,00	20 000,00
				Łącznie	801 616,00

Jak wynika z powyższej tabeli wykonawca MC nie tylko nie udowodnił, że przyjęta przez wykonawcę MC kwota w pozycji Koszty transportu nie jest rażąco niska, lecz potwierdził, że zgodnie ze swoimi obliczeniami nie doszacował tej pozycji o co najmniej 207 976,00 zł netto (różnica wynikająca z wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę MC a treścią jego Załącznika 1B do Formularza ofertowego). Dodatkowo,odwołujący MG wskazał, że wykonawca MC oświadczył, że planuje zakupić 6 samochodów w cenie 55 000,00 zł, jednak również i w tym przypadku nie przedstawił żadnej oferty, która potwierdzałaby realność przyjętych założeń.

d) wyposażenie techniczne (meble, komputery, drukarki itp.)

W złożonych przez wykonawcę MC wyjaśnieniach z 27.11.2019 r. nie ma żadnej informacji w odniesieniu do pozycji wyposażenie techniczne z wyjątkiem wskazania w tabeli na str. 10, że pozycja ta obejmuje koszt w wysokości 124 000,00 zł netto w okresie podstawowym oraz 10 000,00 zł netto w okresie wydłużonym 1 i 2 (jednak odwołujący MG nie jest w stanie rozszyfrować do czego ta kwota się odnosi).

Zgodnie z Załącznikiem 1B do Formularza ofertowego, wykonawca MC na pozycję wyposażenie techniczne w okresie podstawowym przewidział:

– 136 000,00 zł netto dla całości projektu
– 63 000,00 zł netto dla Kontraktu 1
– 63 000,00 zł netto dla Kontraktu 2
Łącznie: 262 000,00 zł netto

Na tę pozycję składają się: zakup mebli, rzutnika, komputerów wraz z niezbędnym oprogramowaniem czy drukarek. Biorąc pod uwagę fakt, że w realizacji przedmiotowego zamówienia będą uczestniczyły co najmniej 84 osoby, kwota ta jest niewystarczająca na zakup chociażby samego sprzętu komputerowego. Zakładając nawet zakup poleasingowego sprzętu kwota 262 000,00 zł netto jest niewystarczająca na pokrycie wszystkich elementów pozycji wyposażenie techniczne. Poniżej szczegółowe wyliczenia związane z zakupem samego sprzętu komputerowego:

Pozycja	Ilość	Kwota jednostkowa netto	Suma netto
Komputer	84	2 804,07	235 541,88
Oprogramowanie	84	1 476,79	124 050,36
Mysz	84	24,39	2 048,76
		Łącznie	361 641,00

Dowód: faktury potwierdzające prawidłowość przyjętych wysokości kwot z tabeli powyżej.

Do powyższych kosztów należy doliczyć jeszcze zakup mebli biurowych (biurka, krzesła, szafy, regały, kontenery, stół konferencyjny itd.), drukarek oraz rzutnika multimedialnego. Zakładając nawet, że wykonawca MC dysponuje częścią wymaganego wyposażenia technicznego, co jest jednak mało wiarygodne ze względu na pominięcie tej pozycji w złożonych wyjaśnieniach, to wykonawca MC nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z dyspozycji art. 90 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym to przepisem na wykonawcy MC spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać zamówienie.

Dodatkowo, wykonawca MC próbuje wywodzić, że na optymalizację kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia wpłynęło „duże doświadczenie na rynku usług nadzoru i zarządzania kontraktami realizowanymi na rzecz PKP PLK, co daje temu wykonawcy podstawy do racjonalnych i prawidłowych wycen opartych o praktykę na zrealizowanych zadaniach". Odwołujący MG jednak wskazał, że wszystkie oferty w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone przez profesjonalnych wykonawców z dużym doświadczeniem na rynku usług nadzoru i zarządzania.

Odnosząc się do kwestii wyjaśnień RNC trzeba pamiętać, że zrodzenie się u zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości wysokości ceny ofertowej lub zaistnienie przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1a Pzp skutkujące wezwaniem wykonawcy MC do złożenia wyjaśnień w przedmiocie RNC powoduje powstanie po jego stronie domniemania, że cena ofertowa jest rażąco niska. Obowiązek obalenia tego domniemania ciąży na wykonawcy MC. Wykonawca ID ani wykonawca MC nie sprostali temu obowiązkowi. Złożone wyjaśnienia są ogólne, nie wskazują na żadne szczególne okoliczności czy uwarunkowania dostępne tylko tym wykonawcom i umożliwiającym zaoferowanie realizacji zamówienia za zaniżoną cenę. W związku z tym zamawiający był zobowiązany uznać wyjaśnienia za niewystarczające i odrzucić oferty wykonawców ID i MC.

Zdaniem odwołującego MG takie stanowisko wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO.

V. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty MC

W pkt 8.1 SIWZzamawiający wskazał, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania także na postawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 1 i 46 Pzp. W złożonym wraz z ofertą dokumentem JEDZ w sekcji C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Wykonawca MC udzielił odpowiedzi negatywnej, pomimo że zgodnie z wiedzą odwołującego MG takie zdarzenie miało miejsce w 2018 r. co wynika z dokumentów składanych przez wykonawcę MC w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA.

Biorąc powyższe pod uwagę nie może być wątpliwości, że wykonawca MC w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego i faktycznie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie występowania po stronie wykonawcy MC przesłanek wykluczenia, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy MC z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Odwołujący MG przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 17.08.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 18.08.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

21.08.2020 r. wykonawca SF złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego.

21.08.2020 r. wykonawca MC złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego.

21.08.2020 r. wykonawcy ID złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 6.10.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Zamawiający uwzględnił zarzuty dotyczące wykonawcy ID i wniósł o oddalenie pozostałych zarzutów oraz o obciążenie kosztami postępowania odwołującego MG.

Przystępujący ID po stronie zamawiającego wniósł ustnie do protokołu sprzeciw do uwzględnienia odwołania w zakresie wykonawcy ID przez zamawiającego 6.10.2020 r. (art. 186 ust. 4 Pzp).

KIO 1980/20

KIO 1995/20

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołujących w obu postępowaniach odwoławczych oraz dowodów złożonych przez przystępującego ID – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołania są częściowo zasadne.

W ocenie Izby odwołujący w sprawach o sygn. akt KIO 1980/20 i KIO 1995/20 wypełnili łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy [Pzp]«.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód w sprawie KIO 1980/20, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w kopii potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Izba także postanowiła dopuścić dowody złożone przez:

(A) odwołującego SF:

1)(dowód nr 1) poświadczenie z 18.02.2016 r. wydane przez PKP PLK na wykazanie, że inspektorem nadzoru była pani H. M. i pan A. O., a nie pan W. K; odnosi się to do poz. nr 3 w wykazie doświadczenia pana W. K;

2)(dowód nr 2AD) cztery pisma na wykazanie, że pan W. K pełnił funkcję inspektora nadzoru w okresie kwiecień 2013 r.październik 2014 r., a tylko przez okres nie dłuższy niż 44 dni;

3)(dowód nr 3) oświadczenie pana Jerzego Brycha z 7.02.2020 r. na potwierdzenie, że wartość żadnej z podanych usług nie wynosi co najmniej 250 mln zł;

(B) przystępującego ID:

4)(dowód nr 4) oświadczenie pani A. P. na potwierdzenie, że przystępujący ID próbował zweryfikować twierdzenia pana W. K w zakresie doświadczenia pana W. K;

5)(dowód nr 5) tabelaryczne zestawienie doświadczenia pana W. K wraz z dowodami na spełnienie tego doświadczenia.

Ponadto Izba postanowiła dopuścić jako dowód w sprawie KIO 1995/20, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba także postanowiła dopuścić dowody złożone przez odwołującego MG:

1)(dowód nr B1) oświadczenie z 17.08.2020 r. pana A. K na potwierdzenie, że między panem A. K a wykonawcą ID nie została zawarta umowa;

2)(dowód nr B2) kwestionariusz umowy ubezpieczenia (PZU) do wypełnienia na kwotę 404 000 zł za ubezpieczenie konsorcjum na potwierdzenie, że kwota przedstawiona przez wykonawcę MC 349 000 zł jest zbyt niska;

3)(dowód nr B3) korespondencja z laboratorium Prolab na potwierdzenie, że laboratorium nie ma akredytacji.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

KIO 1980/20

Zarzuty od pierwszego do trzeciego naruszenia [1] art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, [2] art. 24 ust. 1 pkt 12 i [3] art. 26 ust. 3 Pzp dotyczyły zaniechania odrzucenia wykonawcy ID i również wezwania wykonawcy ID do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, w sytuacji kiedy wykonawca ID nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w obszarze informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru, w specjalności inżynieryjnej kolejowej. Ponadto odwołujący SF wskazał, że naruszenie powyższych przepisów odbyło się w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zgodnie z pkt 8.6.2 poz. 5 SIWZ zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę minimalnych kwalifikacji i doświadczenia osoby zaproponowanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej posiadania w szczególności minimum 3 letniego doświadczenia w wyspecyfikowanym zakresie.

Izba stwierdziła, że wykonawca ID w celu spełniania warunku opisanego w pkt 8.6.2 SIWZ (warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej) przedstawił w ofercie na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej pana A. K. Ze względu na zakwestionowanie jego doświadczenia przez zamawiającego, wykonawca ID wskazał pana W. K.

Nie jest kwestią sporną, że można było tego dokonać w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Ponadto, skład orzekający – zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby – stoi na stanowisku, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp należy traktować jako wyjątek i dlatego należy interpretować go ściśle dopuszczając możliwość jego jednokrotnego zastosowania w określonym przypadku. Takim jedynym możliwym zastosowaniem przepisu art. 26 ust. 3 Pzp było umożliwienie zamiany przez wykonawcę ID osoby wskazanej w ofercie, tj. pana A. K na pana W. K wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnienie przez nowo wskazaną osobę warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby dowody nr 1 i nr 2, złożone przez odwołującego SF, dotyczące doświadczenia pana W. K, potwierdzają, że osoba ta – która, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy w wykazie, miała pełnić funkcję inspektora nadzoru w okresie kwiecień 2013 r. październik 2014 r. [ok. 18 miesięcy], tj. w poz. 4 wykazu i w pismo z 9.06.2020 r. w poz. nr 3 – pełniła tę funkcję jedynie przez okres 44 dni. Zatem pan W. K nie posiada wymaganego doświadczenia.

Dowód złożony przez wykonawcę ID w postaci oświadczenia, że pracownik wykonawcy próbował skontaktować się z właściwym podmiotem do zweryfikowania doświadczenia pana W. K wskazuje, że nie dochowano należytej staranności wymaganej od profesjonalisty przy tak ważkiej czynności, jaką jest weryfikacja spełnienia warunku udziału w przetargu. Wykonawca ID nie zabezpieczył posiadania zdolności zawodowej i ,pomimo braku potwierdzenia

doświadczenia inspektora nadzoru, podjął ryzyko i zdecydował się przedstawić zamawiającemu inspektora, bez sprawdzenia jego doświadczenia – w sytuacji, gdy doświadczenie to miało zadecydować, czy wykonawca jest zdolny spełnić warunek udziału w postępowaniu. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że działanie takie jest co najmniej lekkomyślne i wypełnia przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Wykonawca ID nie zabezpieczył „potwierdzenia spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu" i lekkomyślnie potwierdził okoliczność nierzeczywistą w złożonym wykazie, bez jej weryfikacji. Tym niemniej, Izba nie podzieliła argumentacji o kwalifikacji ustalonego stanu rzeczy przez pryzmat art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Mając na względzie poczynione ustalenia, z materiału procesowego nie sposób skutecznie wywieść, że postępowanie wykonawcy ID było nacechowane zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, w sposób świadomy i skalkulowany, typowy dla umyślności. Złożone dowody wskazują, że działanie wykonawcy wynikało z dalekiej niestaranności w dbaniu o własne interesy, jednak nie było podjęte z góry powziętym zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd – a przynajmniej nic takiego nie wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Skoro wykonawca ID nie dokonał sprawdzenia z należytą starannością składanej zamawiającemu dokumentacji i złożył dokumenty na wykazanie spełniania warunku wprowadzające w błąd zamawiającego mogący mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego to uznać należy, że zaistniały przesłanki do zastosowana art. 24 ust. 17 Pzp, który brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia 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«. W związku z tym Izba stwierdziła, że zamawiający prowadząc dalej postępowanie z udziałem wykonawcy ID naruszył przepis art. 24 ust. 17 Pzp przez zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Ponadto Izba stwierdza, że zamawiający powinien – uzyskując informację, że wykonawca ID, mimo zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – wykluczyć wykonawcę ID z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 12 Pzp, który to przepis brzmi »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«. W związku z tym Izba stwierdziła, że zamawiający prowadząc dalej postępowanie z udziałem wykonawcy ID naruszył przepis art. 24 ust. 12 Pzp przez zaniechania wykluczenia z postępowania tego wykonawcy.

Również Izba stwierdza, że zamawiający nie powinien w omawianym postępowaniu stosować procedury unormowanej w art. 26 ust. 3 Pzp po raz drugi i w związku z tym, po dopuszczeniu do zmiany osób spełniających warunek udziału w postępowaniu, zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy ID do uzupełnienia oferty w określonym zakresie, czym zamawiający naruszył wskazany przepis. Izba zauważa, że w wezwaniu do uzupełnienia oferty zamawiający powołał się na art. 26 ust. 2f Pzp zamiast na art. 26 ust. 3 Pzp, jednak ta pomyłka nie wpływa na przebieg postępowania i konieczność podporządkowania się zamawiającego regule tylko jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że zarzuty od pierwszego do trzeciego odwołującego SF są częściowo zasadne i zamawiający naruszył przepisy [1] art. 24 ust. 1 pkt 16, [2] art. 24 ust. 1 pkt 12 i [3] art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba stwierdza, że zarzut piąty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ID z postępowania, mimo niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.6.1 SIWZ) w sytuacji, gdy żaden z podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy ID zasoby nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia – zasługuje na uwzględnienie.

W pkt 8.6.1 SIWZ zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę co najmniej 2 (dwóch) usług polegających na zarządzaniu określoną inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad określonymi robotami budowlanymi. Należy wskazać, że w warunku zamawiającemu chodziło o to, co zostało jednoznacznie wyartykułowane przez zamawiającego w treści pkt 8.6.1 SIWZ, aby jeden wykonawca wykazał, że wykonał dwie określone usługi, cyt. »w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 SIWZ [zdolności technicznej lub zawodowej – przyp. Izby] wymagane jest wykazanie przez wykonawcę należytego wykonania […] co najmniej 2 (dwóch) usług […]". Izba podkreśla zastosowanie w rozpoznawanym postanowieniu pkt 8.6.1 SIWZ przez zamawiającego do wykonawcy liczby pojedynczej – »wykonawca«, a do ilości wykonanych usług liczby mnogiej – »co najmniej 2 (dwóch) usług«.

Wynika z tego, że zamawiającemu w postanowieniach SIWZ chodziło o to, aby jeden wykonawca wykazał się doświadczeniem wykonania dwóch usług, pierwszej usługi do nabrania minimalnego doświadczenia i drugiej usługi do ugruntowania i poszerzenia tego doświadczenia i dopiero występowania w postępowaniu z takim sumarycznym, powtarzalnym doświadczeniem.

Ponadto w pkt 10.3 SIWZ zamawiający doprecyzował postanowienia wskazanego pkt 8.6 SIWZ. Pkt 10.3 SIWZ brzmi »W przypadku składania oferty wspólnej, warunki szczegółowe określone w pkt 8.6 uznaje się za spełnione, jeśli spełnią je łącznie wszyscy wykonawcy składający ofertę wspólną«. Zamawiający zastosował liczbę mnogą do wyrazów »warunki« i »wykonawcy«, a więc wskazuje to na to, że spełnienie wszystkich warunków może nastąpić, jeśli spełnią je łącznie wszyscy wykonawcy składający ofertę wspólną i że pojedynczy wykonawca musi spełnić cały szczegółowo określony warunek.

Dlatego – zdaniem Izby – powołanie się na spełnienie warunku przez wykonawcę ID, że dwaj wykonawcy MPMOSTY i IDOM, na których zasobach miał polegać wykonawca ID i każdy z tych podmiotów wykonał po jednej usłudze, a nie przynajmniej jeden podmiot wykonał co najmniej dwie wskazane usługi, nie może być uznane za spełnienie warunku.

Izba również stwierdziła, że w postępowaniu zamawiający zastosował już wcześniej art. 26 ust. 3 Pzp, dlatego zamawiający – nie mając już możliwości drugiego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp i wezwania o kolejne uzupełnienie lub poprawienie dokumentów oferty – musi stwierdzić, że wykonawca ID nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i z tej przyczyny zamawiający powinien zastosować przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i wykluczyć wykonawcę ID z postępowania.

Z tego względu Izba stwierdza, że zarzut piąty jest zasadny i zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Izby zarzut siódmy naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę ID i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że wykonawca ID został wezwany 15.11.2019 r. przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, do udzielenia wyjaśnień czy oferta wykonawcy ID nie zawiera rażąco niskiej ceny. Art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp brzmi »W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od […] wartości zamówienia powiększonej o

należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia«.

Niezależnie od tego czy w postępowaniu wystąpiły przesłanki do obligatoryjnego wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przez wykonawcę, czy zamawiający z własnej inicjatywy wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących obliczenia ceny – wezwany wykonawca ma obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, a także złożyć odpowiednie dowody na wykazanie realności tej ceny, co wynika z art. 90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia i art. 90 ust. 2 Pzp. Przepis art. 90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia Pzp brzmi »Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie […]«, a przepis art. 90 ust. 2 Pzp brzmi »Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy«.

W tomie II SIWZ »Warunki umowy« w § 3 ust. 2 pkt 1 lit. a, d i e oraz w § 3 ust. 2 pkt 2 lit. a, d i e warunków umowy zamawiający określił czas realizacji usługi na 44 miesiące okresu zasadniczego, 12 miesięcy okresu wydłużonego i 3 miesiące okresu wykraczającego poza okres wydłużony dla kontraktu 1 oraz czas realizacji usługi na 41 miesięcy okresu zasadniczego, 12 miesięcy okresu wydłużonego i 3 miesiące okresu wykraczającego poza okres wydłużony dla kontraktu 2 czyli ogólnie 59 i 56 miesięcy. Zaś z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wynika, że wykonawca ID wycenił swoją ofertę tylko w zasadniczych okresach – 44 i 41 miesięcy, co wskazuje na pominięcie ceny i kosztów związanych z wydłużonym okresem i okresem wykraczającym poza okres wydłużony. Brak wycenienia pełnego zakresu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazuje na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Ponadto wykonawca ID nie wykazał zawarcia w cenie ofertowej kosztów i cen udziału podwykonawców MPMOSTY i IDOM.

Zdaniem Izby zamawiający bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy ID, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Wobec powyższego – w ocenie Izby – zarzut siódmy naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp znalazł potwierdzenie w ustalonym stanie rzeczy i jako taki został uwzględniony.

Natomiast w ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ID pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie informacji wskazanych w wykazie dotyczących wartości nadzorowanych robót oraz w zakresie długości szlaku (pkt 8.6.1 SIWZ) – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że zamawiający wymagał w pkt 8.6.1 SIWZ wykazania należytego wykonania określonych co najmniej 2 (dwóch) usług o określonej wartości. Odwołujący SF zarzucił, że wykonawca ID w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał na doświadczenie podmiotu trzeciego – wykonawcy MP-MOSTY sp. z o.o. W wykazie usług złożonym zamawiającemu wykonawca ID wskazał doświadczenie w wykonaniu usług dotyczących inwestycji, których nie prowadził od początku, a przejął ich wykonanie w końcowej fazie realizacji, co nie było sporne.

Zgodnie z pkt 8.6.1 zdanie drugie SIWZ »Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)«. Z treści tej jednoznacznie wynika możliwość posłużenia się doświadczeniem w realizacji robót, tak jak wskazał wykonawca ID. Skoro zamawiający uregulował, że przez pojęcie wykonania usługi należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia dokumentów finalnych określonych inwestycji, bez względu na długotrwałość czy wartość wykonanych usług, robota referencyjna wykonawcy ID spełnia warunek przetargu, niezależenie od etapu, na którym wykonawca wszedł na budowę.

Również, zgodnie z brzmieniem omawianego warunku, istotna jest ogólna wartość prac na danej inwestycji. Zamawiający wymagał doświadczenia w uzyskaniu dokumentów końcowych dla konkretnej wartości inwestycji, a nie nadzoru prac o danej wartości. Aby rozumieć warunek udziału w postępowaniu, tak jak czyni to odwołujący, konieczna byłaby zmiana jego treści, co po upływie terminu na składanie ofert nie jest możliwe.

Także końcowa część zarzutu, wprowadzenie w błąd zamawiającego w zakresie długości szlaku nie może zostać przez Izbę uwzględniona, gdyż wykonawca ID nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd określony w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp z uwagi na to, że wykonawca ID nie deklarował długości szlaków, a deklarował m.in. długości torów.

Wobec brzmienia wiążącej dokumentacji przetargu zarzut czwarty, naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, został przez Izbę oddalony.

Izba stwierdza, że odwołujący SF wycofał na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zarzut szósty, dlatego zarzut szósty nie był przedmiotem rozpoznania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie o sygn. akt KIO 1980/20 jak w sentencji.

KIO 1995/20

Podczas posiedzenia odwołujący MG wycofał zarzuty w obszarze dotyczącym wykonawcy SF, dlatego Izba nie rozpoznawała zarzutów w tym zakresie.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp –przez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie przez zamawiającego nieuprawnionej poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty wykonawcy ID z SIWZ w sytuacji, gdy charakter tej omyłki dotyczącej niezgodnego z wytycznymi SIWZ ustalenia wysokości wynagrodzenie za etap 3 w czwartym, piątym i szóstym roku, wykluczał możliwość poprawy jej przez zamawiającego oraz zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ID, pomimo że treść ofert złożonych przez tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ w zakresie jakim

SIWZ narzucał minimalną wysokość wynagrodzenie za Etap 3 w czwartym, piątym i szóstym roku – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że regułą jest brak możliwości ingerencji w treść oferty po upływie terminu składania ofert, co wynika z art. 84 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«. Wyjątkiem od tej ustawowej normy jest umożliwienie zamawiającemu poprawienia omyłek w ofertach na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie: (1) oczywiste omyłki pisarskie, (2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, (3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

Ze względu na wyjątkowy charakter uregulowania art. 87 ust. 2 Pzp zamawiający, stosując się do tych przepisów musi w sposób szczególny odnosić się do możliwości poprawy zauważonych w ofercie omyłek. Istotna jest podstawa faktyczna do poprawienia omyłki, która powinna znajdować się w pozostałej treści oferty. Zamawiający nie może na podstawie domysłów dokonywać poprawy omyłek, a powinien odpowiednie sformułowania znaleźć przede wszystkim w ofercie, ewentualnie np. w SIWZ. W postępowaniu zamawiający nie wskazał ściśle, algorytmicznie jak mają być skonstruowane ceny za poszczególne elementy wykonania zamówienia, a zamawiający wyznaczył tylko pewne granice. Postanowienia odnośnie do konstruowania ceny ofertowej zamawiający zamieścił w ust. 1 załącznika 1A do Formularza ofertowego. W postanowieniu tym zamawiający zawarł ogólne wskazania na co do wyznaczenia poszczególnych cen cząstkowych: »nie niższe niż 8% wartości Etapu 2«, »nie niższe niż 5% wartości Etapu 2« i »nie niższe niż 1% wartości Etapu 2«.

Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, dokonał poprawy oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy ID. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie […] oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. Błąd polegał na niewłaściwym podsumowaniu kosztów personelu ogólnego. W konsekwencji uległa zmianie cena oferty z kwoty 29 735 726,01 zł na kwotę 30 042 169,69 zł. Ponadto zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, dokonał poprawy innych omyłek w ofercie wykonawcy ID. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie […] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. Wynika z tego, że zamawiający – bez innych wskazań w ofercie lub SIWZ – poprawił w ofercie ceny za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, przyjmując, bez żadnych podstaw, najniższe z możliwych kwoty na wartości poszczególnych elementów w stosunku do całkowitej ceny zamówienia.

Wskazane postanowienie ust. 1 załącznika 1A do Formularza ofertowego brzmi

»1.Całkowita cena ofertowa składać się będzie z sumy cen zaoferowanych za Usługę świadczoną dla każdego z Kontraktów. Na całkowitą cenę ofertową dla każdego z Kontraktów składa się:

1)Wynagrodzenie za Etap 2, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 2 – realizacji Robót.

2)Wynagrodzenie za Etap 3, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 3 – w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmujące również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie, tj. łącznie przez okres 6 lat), nie niższe niż 8% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu, w tym nie niższe niż:

i)5% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla okresu minimalnego wykonywania usługi w Etapie 3 tj. przez okres 3 lat,

ii)1% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla każdego kolejnego roku wykonywania usługi w Etapie 3«.

Izba stwierdza, że zamawiający w ofercie wykonawcy ID dokonał poprawy w cenach elementów zamówienia jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, powołując się na art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp arbitralnie, bez żadnej podstawy, co musi być uznane za naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu.

Izba musi dodać, że zamawiający natykając się na omyłki w ofercie, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, co miało miejsce w sytuacji opisanej powyżej, zamawiający faktycznie natyka się na sytuację, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, co jest unormowane w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Dlatego Izba stwierdziła, że zamawiający, pomimo zaistnienia konkretnych podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy ID bezpodstawnie zaniechał zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nie odrzucił oferty tego wykonawcy.

W związku z tym w ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut szósty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp –przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ID z postępowania pomimo, że wykonawca ID w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniana przez wykonawcę ID warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania przez tego wykonawcę osobą mającą pełnić funkcję inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym tj. panem W. K, w sytuacji gdy osoba ta nie spełniała zakreślonych przez zamawiającego warunków, a wykonawca ID podał nieprawdziwe informacje dotyczące jej doświadczenia zawodowego oraz zarzut siódmy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ID z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania przez wykonawcę ID osobami mającymi pełnić funkcję inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym dla Zespołu Kontraktu 1 i 2 – zasługują na częściowe uwzględnienie.

Zamawiający w pkt 8.2.3 SIWZ wymagał, aby wykonawcy wykazali się spełnieniem warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej szczegółowo ustalonym w pkt 8.6.1 i 8.6.2 SIWZ. Zamawiający w szczególności wymagał w pkt 8.6.2 lp. 6 SIWZ, aby wykonawca wykazał, że dysponuje inspektorem nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym posiadającym co najmniej 5 lat określonego doświadczenia zawodowego oraz posiadającym minimum 3 letnie doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe.

Na potwierdzenie spełnienia tak postawionego warunku wykonawca ID w swojej ofercie przedstawił pana A. K. Jednak wykonawca ID nie zadbał o zawarcie z tą osobą odpowiedniej umowy, na której podstawie wykonawca ID mógłby niepodważalnie zaprezentować w ofercie osobę pana A. K jako osoby spełniającej wyżej przytoczony warunek pkt 8.6.2 lp. 6 SIWZ posiadania w odpowiednim zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Na brak umowy cywilnoprawnej między wykonawcą ID a panem A. K wskazał odwołujący MG, składając dowód B1 pisemne oświadczenie z 17.08.2020 r. pana A. K, gdzie w ust. 1 oświadczenia pan A. K stwierdził, cyt. »Między mną a […] [wykonawcą ID] nie została zawarta żadna umowa cywilnoprawna dotycząca mojego udziału w przedmiotowym postępowaniu w ramach pełnienia funkcji inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym«. Ponadto pan A. K oświadczył w ust. 2 oświadczenia, cyt. »Nie wyraziłem zgody w jakikolwiek inny sposób na wskazanie mojej osoby w ofercie ww. wykonawcy [ID] jako inspektor nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym« oraz w ust. 3 oświadczenia pan A. K napisał, cyt. »Ww. wykonawca [ID] nie może dysponować moją osobą«.

Przebieg postępowania, niemożność prezentowania pana A. K przez wykonawcę ID w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu i dowód B1 wskazują – zdaniem Izby, że wykonawca ID bezzasadnie zaniechał wykluczenia wykonawcy ID z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, mimo że wykonawca ID w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje odnośnie spełniania przedmiotowego warunku wprowadzające w błąd zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Zamawiający 19.02.2020 r. wezwał wykonawcę ID do uzupełninia wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wykonawca ID stwierdził niemożliwość dysponowania panem A. K i dlatego dokonał zamiany pana A. K na pana W. K pismem z 26.02.2020 r. Ponadto 26.02.2020 r. zamawiający dopuścił, aby wykonawca ID na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokonał zamiany pierwotnie wskazanego inżyniera pana A. K na pana W. K, w sytuacji gdy już zamawiający powinien skonstatować zaistnienie przesłanek do wykluczenia wykonawcy ID na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ze względu na brak możliwości uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp z chwilą stwierdzenia w ofercie informacji mogących wprowadzić zamawiającego w błąd w sytuacji określonej dokładnie w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Izba podkreśla, że zamawiający, stwierdzając niewłaściwe podanie danych w piśmie z 26.02.2020 r. przez wykonawcę ID dotyczących pana W. K, wezwał 1.06.2020 r., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawcę ID do uzupełninia wykazu osób. Jednocześnie zamawiający mylnie wskazał, że wcześniejsze pisma zamawiającego z 19.02.2020 r. i wykonawcy ID z 26.02.2020 r. były składane w wyniku zastosowania art. 26 ust. 2f Pzp. Takie dwukrotne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia oferty nie może być uznane za właściwe zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż regułą jest możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty. W przypadku gdy wykonawca składa, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumenty mogące wzbudzić kontrowersje (jak w rozpoznawanym przypadku), to powinien spotkać się z wykluczeniem co najmniej na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ze względu na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący MG nie przedstawił dowodów na potwierdzenie zaistnienia przesłanek uzasadniających wykluczenie z postępowania wykonawcy ID w myśl art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

W związku z powyższym Izba stwierdza, że zarzut szósty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz zarzut siódmy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp zasługują na częściowe uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut pierwszy – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w zw. z art. 66 Kcprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SF, pomimo że upłynął termin związania ofertą, a w okresie związania ofertą wykonawca SF nie dokonał przedłużenia okresu związania ofertą, w wyniku czego oferta wykonawcy SF wygasła – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą«, a związany z tym przepisem art. 85 ust. 2 Pzp brzmi »Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni«. Ponadto odwołujący MG przywołał art. 66 Kc, a stanowiący o zakresie związania ofertą art. 66 § 2 Kc brzmi »Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia«.

Jednak odwołujący MG pominął unormowanie art. 14 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«, a właśnie w zakresie związania ofertą w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający [i każdy inny podmiot] powinien stosować wyżej przytoczone przepisy art. 85 ust. 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Izba stwierdza, że przywołany przez odwołującego MG przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który na propozycję zamawiającego przedłużenia związania ofertą odmówił [nie wyraził zgody] na przedłużenie związania ofertą. Jednak w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym nie zachodzi taka sytuacja, aby wykonawca SF odmówił przedłużenia terminu związania ofertą. Dlatego Izba musi stwierdzić, że zamawiający nie może w rozpoznawanym postępowaniu odrzucić oferty wykonawcy SF na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, o co wnosił odwołujący MG i w związku z tym zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

W ocenie Izby zarzut czwarty – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawca ID, pomimo że ze złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień wynika jednoznacznie, że jego oferta nie spełnia warunków SIWZ w zakresie zapewnienia akredytowanego laboratorium – nie może zostać uwzględniony.

Odwołujący MG zarzucił, że niższa cena usług laboratorium wybranego przez wykonawcę ID do wykonania zamówienia świadczy o braku posiadania akredytacji tego laboratorium, a zamawiający tego wymagał. Na wykazanie swoich racji odwołujący MG złożył dowód nr B3 korespondencję z Laboratorium Prolab, gdzie przedstawiciel tego podmiotu stwierdziła, że laboratorium nie posiada akredytacji.

Izba stwierdza, że jednak odwołujący MG nie wziął pod uwagę, że wykonawca ID wskazał na współpracę podczas wykonywania zamówienia z dwoma laboratoriami, a dowód nie odnosi się do drugiego laboratorium wykazanego w ofercie wykonawcy ID Viakontrol zrzeszonego – według niepodważonego stanowiska wykonawcy ID zaprezentowanego na rozprawie – w grupie laboratoriów, w skład której wchodzi laboratorium w Pradze, które posiada akredytację. Wobec

braku wykazania okoliczności przeciwnej nie było podstaw do stwierdzenia, że laboratorium Viakontrol nie będzie miało dostępu do badań w laboratorium w Pradze, z którym jest zrzeszone w grupie, więc nie wykazano, aby zamawiający miał podstawy odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Wobec tego, że odwołujący MG nie dowiódł zasadności zarzutu czwartego Izba nie uwzględniła zarzutu czwartego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W ocenie Izby zarzut piąty – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzpprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ID, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniana przez wykonawcę ID warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania przez tego wykonawcę osobą mającą pełnić funkcję inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, tj. panem A. K, w sytuacji gdy osoba ta w rzeczywistości w żaden sposób nie wyraziła zgody na udział w postępowaniu, a więc wykonawca ID nie miał prawa posłużenia się tą osobą celem wykazania spełniania warunków udziału – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że odwołujący MG wskazał na to, że w swojej ofercie wykonawca ID zaproponował pana A. K jako osobę, która będzie pełnić funkcję inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymaganego w pkt 8.6.2 lp. 6 SIWZ. Jednak odwołujący MG nie dowiódł, że wykonawca ID nie miał kontaktów z panem A. K, które upoważniałyby wykonawcę ID do zaproponowania pana A. K jako osoby mającej pełnić przedmiotową funkcję inspektora nadzoru w celu wykazania spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba nie może przychylić się do zarzutu piątego – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i musi zarzut ten oddalić.

W ocenie Izby zarzut ósmy – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawców ID oraz MC wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawca ID oraz MC pomimo, że zawierają one rażąco niską cenę – nie może zostać uwzględniony.

Odwołujący MG w zakresie zarzutu ósmego zarzucił, że zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców ID i MC dotyczących rażąco niskiej ceny ofert tych wykonawców. W zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy MC odwołujący MG finalnie wskazał niedoszacowanie w kwocie 207 976 zł, co podniósł wykonawca MC w swoim piśmie procesowym. Jednak odwołujący MG nie wziął pod uwagę, że wykonawca MC w swojej ofercie w pozycji »ryzyko« zabezpieczył kwotę 795 200 zł, z której to kwoty wykonawca MC z nawiązką sfinansuje ewentualne niedobory, ale przede wszystkim odwołujący MG nie wykazał zaniżenia lub pominięcia poszczególnych pozycji cenowych w ofercie oraz w wyjaśnieniach wykonawcy MC.

Również odwołujący MG w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy ID podniósł tylko zbyt niskie wynagrodzenie niektórych pracowników, jednak w żadnym przypadku nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847) oraz odwołujący MG podniósł zbyt niskie – zdaniem odwołującego MG – koszty usług laboratorium, ale odwołujący MG nie przedstawił żadnych dowodów, że koszty usług laboratorium muszą być wyższe niż zaoferowane przez wykonawcę ID.

Ponadto należy zważyć wyjaśnienia wykonawcy ID złożone w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Wykonawca ID podkreślił, że zaoferowana przez niego cena za nadzory stanowi 1,34% wartości kwoty za roboty budowlane. Wartość ta nie odbiega od wskaźników wskazanych w Środowiskowych Zasadach Wycen Prac Projektowych dla nadzorów inwestorskich i mieści się w wartościach od 1% do 2,5% robót budowlanych, przy czym mniejsze wartości przyjmuje się przy większych kontraktach. Na cenę ma również konkurencja na rynku usług konsultingowych. Dalej wykonawca ID wskazał, że powołał się na personel przewidziany do realizacji zamówienia, który jest zatrudniony u wykonawcy na umowę o pracę na pełny etat bądź też są to osoby prowadzące własną działalność gospodarczą i pozostające w stałych stosunkach gospodarczych z wykonawcą ID. Są to osoby stale podwyższające swoje i tak już wysokie kwalifikacje. Ponadto wykonawca ID posiada doświadczenie w realizacji usług tożsamych z przedmiotem zamówienia oraz wykonawca ID posiada umowy z kancelarią prawną oraz z informatykami, co pozwala optymalizować koszty osobowe konieczne do wykonania zamówienia. Wykonawca ID zgodnie z wymaganiami SIWZ ujął w ofercie koszty związane z weryfikacją dokumentacji w kosztach ogólnych dla projektu w zakresie personelu dla całości projektu ujęte zostały koszty wynagrodzenia Koordynatora zespołu przeglądu dokumentacji. Wykonawca ID wyjaśnił, że na potrzeby udziału w postępowaniu przetargowym przeanalizował oferty wynajmu pomieszczeń, biur i lokali użytkowych spełniających wymagania zgodnie z SIWZ przewidując koszty wynajęcia biura głównego, biura dla kontraktu 1, biura dla kontraktu 2 o odpowiedniej powierzchni. Również na potrzeby wykonania zamówienia wykonawca ID przewidział zabezpieczenie floty samochodów. Wykonawca ID przewidział także posiadane już wyposażenie techniczne biur w postaci mebli, komputerów i elektronicznych urządzeń wielofunkcyjnych, ale także przewidział zakup nowych urządzeń biur i pojazdów. Wykonawca ID wskazał również opłaty za obsługę laboratoryjną oraz koszty polis ubezpieczeniowych i gwarancyjnych. Wykonawca ID pokazał ponadto koszty zarządu, ryzyka i przewidywanego zysku, a w przypadku braku wykorzystania pozycji »ryzyko« kwota ta będzie stanowić potencjalny zysk wykonawcy. Także wykonawca ID uwzględnił koszty sprawowania nadzoru przyrodniczego i archeologicznego, a także inne koszty jak koszty dokumentacji fotograficznej, delegacji pracowników, koszty badań kolejowej medycyny pracy, utrzymanie biura (sprzątanie, wywóz śmieci), koszty usług telekomunikacyjnych i dostępu do Internetu oraz koszty usług pocztowych. Do wyjaśnień wykonawca ID dołączył szereg dowodów na wykazanie realności swojej ceny ofertowej.

Wykonawca ID w swoich wyjaśnieniach poziomu zaoferowanej ceny wykazał przewidzenie i wycenienie wskazanych w SIWZ elementów ceny i zostały te wyjaśniania zaaprobowane przez zamawiającego. Izba dodaje, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu były na podobnym poziomie cenowym, dlatego – mimo braku wykazania jakichś indywidualnych czynników wpływających na cenę oferty – zamawiający nie mógł stwierdzić, że ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę i w związku z tym zamawiający nie był władny odrzucić oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Z uwagi na powyższe Izba oddaliła zarzut ósmy – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący MG wycofał na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego zarzut

dziewiąty, dlatego zarzut dziewiąty nie był przedmiotem rozpoznania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie o sygn. akt KIO 1995/20 jak w sentencji.

Odnośnie kosztów Izba stoi na stanowisku, że zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu (art. 192 ust. 10 Pzp) zamawiający, czyli strona przyczyniająca się do wszczęcia, który uwzględnia odwołanie – składając oświadczenie procesowe zmierzające do rezygnacji ze sporu i uznania żądania – nie może skutecznie domagać się na swoją rzecz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, które sama swoim działaniem wywołała, rezygnując jednocześnie z obrony swojego stanowiska, zwłaszcza w ostatnim terminie – na posiedzeniu z udziałem stron.

Warto zwrócić uwagę, że w sytuacji analogicznej procesowo, również w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, z uwzględnieniem braku na gruncie postępowania przed Izbą regulacji art. 101 Kpc, Sąd Najwyższy wyjaśniał już wielokrotnie, że strona bierna, która w toku procesu zaspokoiła lub uznała roszczenie, jest w rozumieniu przepisów o kosztach procesu stroną przegrywającą. Według orzeczenia Sądu Najwyższego z 21 lipca 1951 r. C. 593/51 (OSN 1952/II poz. 49), zaspokojenie przez pozwanego roszczenia po wytoczeniu powództwa jest równoznaczne z przegraniem sprawy w rozumieniu art. 100 Kpc. Podobnie zagadnienie to rozstrzyga orzeczenie Sądu Najwyższego z 22 stycznia 1954 r. II C. 1514/53 i z 4 lipca 1952 r. C 1080/52.

Przenosząc powyższe myśli natury systemowej na grunt przywołanych przepisów regulujących reguły zwrotu kosztów na gruncie postępowania przed Izbą należy ocenić, że zamawiający, uznając odwołanie za uzasadnione – a więc przyznając, że dokonał czynności z naruszeniem prawa – nie może żądać zwrotu kosztów, ponieważ zamawiający dał asumpt do złożenia odwołania, a następnie w postępowaniu uległ. Jakikolwiek inny wniosek prowadziłby nie tylko do naruszenia zasady odpowiedzialności za wynik procesu, ale powodowałby procesowe preferowanie absurdalnych decyzji, czyniąc opłacalnym naruszenie prawa, wywołanie konieczności wniesienia odwołania, a następnie uznania go za uzasadnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł w stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 1995/20 i uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł w sprawie KIO 1980/20 zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp

Przewodniczący:……

……

……