Sygn. akt: KIO 1529/20

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Małgorzata Matecka

Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 roku przez wykonawcę Odwołującego TPF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców:

1) Wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: (1) Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (Lider konsorcjum) oraz (2) Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. z siedzibą w Sewilli, Hiszpania (Partner konsorcjum),

2) MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie ;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego TPF Sp. z o. o.
z siedzibą w Warszawie i:
a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego TPF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

b. zasądza od Odwołującego - TPF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Skarbu Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 1529/20

UZASDANIENIE

Dnia 6 lipca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zmianami, dalej „Ustawa" lub „PZP") odwołanie złożył wykonawca TPF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący" lub „TPF").

Odwołanie złożono w postępowaniu „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.:

• „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek I od węzła „Siedlin" (bez węzła) do węzła „Załuski" (bez węzła)"

• „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek II od węzła „Załuski" (z węzłem) do węzła „Modlin" (bez węzła)"

• Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek III od węzła „Modlin" (z węzłem) do węzła „Czosnów" (bez węzła)".

Które prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie złożono od:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy konsorcjum firm Ayesa Polska Sp. z o.o. oraz Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. (dalej „AYESA"), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu;

2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia ofert:

a) AYESA;

b) Konsorcjum Drogowa Trasa Średnicowa S.A, INKO Consulting Sp. z o.o. (dalej „DTŚ");

c) ECM Group Polska S.A. Sp. z o.o. (dalej „ECM");

d) Multiconsult Polska Sp. z o.o. (dalej „Multiconsult');

e) MGGP S.A. (dalej „MGGP");

f) Konsorcjum ZBM Inwestor Zastępczy S.A., ZDI Sp. z o.o., Promost Consulting Sp. z o.o. (dalej „ZBM");

pomimo iż treść ofert wykonawców nie odpowiada treści SIWZ;

3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ECM;

4. z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany, tj. zaniechania wezwania ofert AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy;

5. czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechanie wezwania wykonawcy AYESA wyjaśnień w zakresie wykazu usług;

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami PZP czynność Zamawiającego polegającej na wyborze oferty AYESA jako oferty najkorzystniejszej,

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM pomimo iż treść ofert złożonych przez tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ;

3. z ostrożności procesowej - w przypadku nie uwzględnienia zarzutu z pkt. 2 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM pomimo, że oferty te zawierają rażąco niska cenę w stosunku do zamówienia;

4. z ostrożności procesowej - w przypadku nie uwzględnienia zarzutu z pkt. 2 - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. do zaniechania wezwania AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Ustawy;

5. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ECM, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub przynajmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Ustawy PZP, tj. nie dokonując samooczyszczenia;

6. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy);

7. naruszenie art. 26 ust. 4 Ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Ayesa do złożenia wyjaśnień w ramach wykazu usług.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,

2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. Ponowną ocenę ofert,

4. Odrzucenia ofert wykonawców AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM,

5. Wykluczenie Wykonawcy ECM

6. Z ostrożności procesowej - wezwanie AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1-3 Ustawy;

7. wezwania ECM do złożenia wyjaśnień w ramach wykazu usług.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 Ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący został poinformowany o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu 24 czerwca 2020 roku, a zatem odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Ustawie. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

<u>Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy w związku art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy -</u>

zaniechanie odrzucenia ofert AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, pomimo iż treść ofert

złożonych przez tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ - ZESPÓŁ GEODETÓW

Zgodnie z zapisami pkt. 2.1.2 OPZ Konsultant w ramach zespołu „Inni Eksperci" - celem należytego wykonywania obowiązków umownych - zobligowany jest zapewnić Geodetów w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji. W ramach Formularza cenowego, Zamawiający dokonał podziału przedmiotowego zakresu na geodetę oraz zespół geodetów (fragment Formularza Cenowego):

2.2.41	Zespół geodetów:		
2.2.41.1	Zespół geodetów nr 1 - Odcinek I	Dniówka	865
2.2.41.2	Zespół geodetów nr 2 - Odcinek II	Dniówka	865
2.2.41.3	Zespół geodetów nr 3 - Odcinek III	Dniówka	720

Pod Formularzem Cenowym Zamawiający zamieścił tabelę „Uwagi Zamawiającego", gdzie w części 2.2 Inni Eksperci, w ppkt. 1 „Liczba innych ekspertów może nie być równa licznie wymaganych osób na dane stanowisko" oraz ppkt. 2 określił, iż „Oferent wycenia pełnienie Usługi przez Innych Ekspertów określonego rodzaju bez względu na liczbę osób".

Wskazane ppkt 1 i 2, czytane łącznie z opisem pozycji ekspertów, w sposób jednoznaczny zdaniem Odwołującego określają, iż w ramach pozycji formularza cenowego należało uwzględnić jednego geodetę w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji, oraz jeden zespół geodezyjny, oddzielnie na każdy z odcinków realizacyjnych. Zamawiający postawił wymóg posiadania jednego zespołu na odcinek, przy bardzo złożonym projekcie składającym się z infrastruktury drogowej, mostowej oraz branżowej, nie określając bezpośrednio ilości geodetów należących do zespołu. W dotychczas prowadzonych postępowaniach wymagano co najmniej dwóch zespołów, lub w przypadku innego bliźniaczego postępowania prowadzonego przez GDDKiA o/Warszawa pt. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku węzeł „Ryczołek" (koniec

obwodnicy Mińska Mazowieckiego) - Siedlce" określano ilość geodetów, bezpośrednio w Formularzu cenowym dopisując przy pozycji zespołu „(3 osoby)".

Wedle takiej interpretacji, zespół geodezyjny ze swej istoty musi składać się z co najmniej 3 osób. Wskazuje na to przede wszystkim wykładnia językowa pojęcia „zespół" - zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN: zespół to grupa ludzi wspólnie pracujących lub robiących coś w jakiejś dziedzinie .

Potwierdza to również przyjęta przez Zamawiającego liczba dni pracy w ramach danych pozycji. Geodeta uprawniony w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji ma pracować przez 865 dni. Zakładając, że będzie pełnił funkcję głównie w okresie robót, daje to zaangażowanie równe pełnemu etatowi. Z taką samą częstotliwością ma pracować zespół geodetów. A zatem Zamawiający wymaga, aby zarówno Geodeta z pozycji 2.2.41, jak i zespół geodetów z pkt 2.2.41.1-3 pracowali w pełnym wymiarze czasu pracy.

Potwierdzenie tego obrazują zapisy SIWZ, TOM II Warunki Umowy § 16 ust. 3 „Konsultant zobowiązany jest do faktycznego sprawdzenia w terenie nie mniej niż 30% pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów Wykonawcy, mających charakter

obmiaru wykonanych Robót, które staną się załącznikami do Wystąpień Wykonawcy o Przejściowe Świadectwa Płatności." oraz 4 „Konsultant zobowiązany jest do dołączenia swoich kontrolnych pomiarów geodezyjnych do dokumentów obmiarowych wystawianych przez Wykonawcę w celu sprawdzenia i potwierdzenia faktycznych ilości wykonanych Robót wykazywanych w Przejściowych Świadectwach Płatności." Taki zapis oznacza, iż to na geodetach Konsultanta spoczywa obowiązek zweryfikowania obmiarów, które stają się podstawą do wystawienia płatności dla Wykonawcy robót. Obowiązkiem Konsultanta jest te obmiary przekazać Wykonawcy Robót i Zamawiającemu. Niespełnienie tego obowiązku może powodować powstania roszczenia ze strony Wykonawcy Robót i co za tym idzie - nienależyte wykonywanie usługi przez Konsultanta. Należyta staranność działania geodety oraz wykonanie powierzonych mu prac zgodnie z zasadami współczesnej wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami prawa jest tu niezbędnym elementem. Należy przez to rozumieć szczególną dbałość, jaką geodeta ma prezentować przy wykonywaniu prac, podejmowaniu czynności i pełnieniu funkcji, co winno także przebiegać w zgodzie z obowiązującą go etyką zawodową.

Gdyby przyjąć, że „Zespół geodetów" rozliczany jest jako pojedyncza dniówkowo jako jedna osoba, to automatycznie okres zaangażowania jednego zespołu składającego się z trzech osób zwęziłby się do 288 dni pracy w przeciągu 37 miesięcy realizacji, a więc około

8 dni roboczych miesięcznie. Taki wymiar zaangażowania jest zdecydowanie niewystarczający do wykonania pomiarów na inwestycji mającej trzy odcinki o długości od 8 do 13 km długości.

Zamawiający w Tomie I SWIZ „Instrukcja dla Wykonawców" określił, w jaki sposób każdy z Wykonawców ma w obowiązku skonstruować cenę ofertową. Zgodnie z pkt. 15.3. „Każda cena jednostkowo zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym."

Zapisy te wskazują, że w pozycji „dniówki" przypisanej zespołowi geodezyjnemu należy uwzględnić wynagrodzenie za 1 dniówkę dla minimum trzech geodetów, rezerwę na konieczności rozszerzenia zespołu o kolejnych geodetów oraz wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z ich zatrudnieniem (m.in. składki ZUS, badania lekarskie, BHP, itp.) oraz odpowiedni certyfikowany sprzęt geodezyjny.

W związku z obowiązującą stawką minimalną, charakterem pracy geodety oraz definicją określoną § 1 WU, iż „przez pojęcie dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin"- do wyceny należało przyjąć tylko i wyłącznie umowę o pracę, umowę zlecenie lub ewentualnie działalność gospodarczą.

Odwołujący przedstawił tabelaryczne wyliczenia w oparciu o obowiązującą w 2020r. kwotę minimalną wynagrodzenia. W przypadku kwoty minimalnej koszt ten wynosi 162,94 PLN dla jednego geodety, a więc 488,82 dla zespołu 3 geodetów. Co przy zakładanej przez Zamawiającego liczbie dniówek i liczbie godzin daje kwotę brutto 2 856,00 zł i kwotę netto do wypłaty 2 137,31 zł.

Odwołujący zaznaczył, że minimalne wynagrodzenie, jakie przyjął w kalkulacjach jest oczywiście nierealne do uzyskania na rynku usług geodezyjnych. Nie wynika ono również ze statystyk, jakie prowadzi Główny Urząd Statystyczny. W publikowanym co dwa lata biuletynie „Struktura wynagrodzeń według zawodów w październiku 2018r." średnia kwota zarobków geodetów w sektorze prywatnym to 4 835,42 brutto. Uwzględniając dane GUS, wszystkie koszty i zakładając średnio 21 dniowy miesiąc pracy, jedna dniówka pracy jednego geodety to koszt 275,86 PLN. Więc zespół składający się z trzech geodetów mamy już kwotę 827,58 PLN. Co przy kwocie brutto 4 835,25 zł, zakładanej liczbie dniówek i godzin oraz kosztów pracowniczych do wypłaty daje sumę 3 619,63 zł, a łączny koszt rachunku: 5 793,11 zł. Czyli minimalny koszt stawki dziennej dla przedmiotowego Zespołu, jaki musi ponieść Wykonawca w celu należytego wykonania usługi, wynosi 488,82 PLN netto.

Zestawiając koszty z kwotami, jakie uwzględnili Wykonawcy w Formularzu Cenowym, w zakresie pozycji 2.2.41.1-3, otrzymujemy:

Wykonawca/pozycja w Formularzu Cenowym	2.2.41.1	2.2.41.2	2.2.41.3
Ayesa	340	340	340
ECM	350	350-	350
Multiconsult	300	300	300
MGGP	400	400	400
DTŚ	300	300	300

Zatem w ocenie Odwołującego Wykonawcy nie uwzględnili w ramach pozycji Zespołu kosztów pracy co najmniej trzech geodetów stanowiących zespół, jak również nie uwzględniono rezerwy na ewentualność urlopów, zwolnień chorobowych, konieczność zatrudnienia kolejnego geodety i badań bhp. Wedle powyższego oferty te nie wypełniają wymagań SIWZ, Tom I IDW pkt. 15.3. „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym."

Wykonawcy nie mogą skutecznie wywodzić, iż pozostałe koszty realizacji wymagań SIWZ odnośnie Zespołu Geodetów ujęli w jakiś innych pozycjach Formularza Cenowego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy w związku art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy - zaniechanie odrzucenia ofert AYESA pomimo iż treść oferty złożonej przez wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ - STAL ZBROEJNIOWA.

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do Umowy w obowiązku Wykonawcy usługi jest

wykonanie na własny koszt badań kontrolnych. Rodzaj badań oraz ich zakres został w sposób precyzyjny opisany w załączniku, a każdy z Wykonawców winien przedmiotowe badania wycenić zgodnie z SIWZ oraz umieścić w dziale 6 Formularza Ofertowego.

Zgodnie z przyjętymi w załączniku nr 5 wytycznymi, Wykonawca w ramach badania stali zbrojeniowej w obiektach inżynierskich winien wykonać „1 komplet badań (wszystkie badania z kol. 4) na każde rozpoczęte 100 m długości obiektu.", co oznacza iż musi wykonać co najmniej jeden komplet badań dla każdego obiektu inżynierskiego, a jeśli obiekt inżynierski jest dłuższy niż 100 m musi przebadać każde rozpoczęte 100 m obiektu.

Wedle dokumentów Programu Funkcjonalna Użytkowego opisującego szczegóły techniczne inwestycji, ilość obiektów w podziale na odcinki realizacyjne wynosi następująco: Odcinek 1 - PFU pkt. 1.1.3.3. Parametry obiektów Inżynierskich - 15 obiektów inżynierskich, w tym jeden obiekt o długości 108m, co daje 16 kompletów badań;

Odcinek 2 - PFU pkt. 1.1.3.3. Parametry obiektów Inżynierskich - 16 obiektów inżynierskich, w tym jeden obiekt o długości 112,8 m, co daje 17 kompletów badań;

Odcinek 3 - PFU pkt. 1.1.3.3. Parametry obiektów Inżynierskich - 13 obiektów inżynierskich, w tym dwa obiekty o długości 107,67 i 104,67 m, co daje 15 kompletów badań.

Zamawiający w Tomie I SWIZ „Instrukcja dla Wykonawców" określił, w jaki sposób każdy z Wykonawców ma w obowiązku skonstruować cenę ofertową. Zgodnie z pkt. 15.2. „Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt 15.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie" oraz pkt. 15.3. „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym." Zgodnie z formułą Formularza Cenowego, koszty badań kontrolnych stali należało umieścić w pozycjach działu 6.1 w podziale na odcinki (określone jako ryczałt).

W ramach tych pozycji Wykonawca Ayesa skalkulował następujące koszty:

6.1 Stal zbrojeniowa:

6.1	.1	Stal zbrojeniowa - Odcinek I	ryczałt	X	7 200	7 200
6.1	.2	Stal zbrojeniowa - Odcinek II	ryczałt	X	10 800	10 800
6.1	.3	Stal zbrojeniowa - Odcinek III	ryczałt	X	9 000	9 000

Co oznacza, że jeden komplet badań został wyceniony odpowiednio na :

Dla odcinka I - 450 zł netto/komplet;

Dla odcinka II - 675 zł netto/komplet;

Dla odcinka III - 692 zł netto/komplet;

Odwołujący jako podmiot realizujący szereg usługi w ramach nadzorów nad inwestycjami drogowymi, wnosi iż za przedmiotowe kwoty nie ma możliwość wykonania badań zgodnie z wymaganiami załącznika nr 5 do umowy. Odwołujący zaprezentował koszt, jaki ponosi Wykonawca robót budowlanych na realizowanej już usłudze, na której nadzór prowadzi Odwołujący, gdzie komplet pojedynczych badań wynosi 2 200 zł netto/1 komplet. Zatem koszty, jakie Wykonawca Ayesa winien uwzględnić w pozycjach 6.1 Formularza ofertowego to odpowiednio:

6.1	Stal zbrojeniowa: *				
6.1.1	Stal zbrojeniowa - Odcinek I	ryczałt	X	35 200	35 200
6.1.2	Stal zbrojeniowa - Odcinek II	ryczałt	X	37 400	37 400
6.1.3	Stal zbrojeniowa - Odcinek III	ryczałt	X	33 000	33 000

A więc niedoszacowanie każdej z pozycji jest niemal czterokrotne.

Co więcej, sam Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy SAFEGE S.A.S., jako

zawierającą rażąco niską cenę dla tych pozycji, w momencie kiedy Wykonawca podał kwoty

16.000 zł netto, a więc wyższe niż Wykonawca Ayesa. Przedmiotowego Wykonawcę Zamawiający wezwał do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w związku z treścią Działu 6 Badania kontrolne, gdzie Wykonawca „(...) mógł oszacować powyższe pozycje w łącznej wysokości maksymalnie 1,5% ceny netto oferty tj. 325 984,13 zł. Przyjęta w tych pozycjach łączna wartość (96 000,00 zł) stanowi niespełna 30% dopuszczalnej wartości.

W przypadku Ayesa ta różnica jest tożsama. Wykonawca w ramach Działu 6 podał kwotę łączną 117 000 PLN netto przy łącznej maksymalnej kwocie 1,5% w wysokości 433 637,70 PLN netto. Stanowi to niespełna 30% dopuszczalnej wartości, co w tym przypadku nie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy w związku art. 7 ust 1 i 3 Ustawy -

zaniechanie odrzucenia ofert AYESA, DTŚ, ECM, MGGP, ZBM, pomimo iż treść ofert

złożonych przez tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ - Personel Konsultanta.

Zamawiający w Tomie I SWIZ „Instrukcja dla Wykonawców" określił, w jaki sposób

każdy z Wykonawców ma w obowiązku skonstruować cenę ofertową. Zgodnie z pkt. 15.2. „Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt 15.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, o następnie wyliczyć cenę netto łącznie" oraz pkt. 15.3. „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym."

Zgodnie z formułą przyjętą w Formularzu Cenowym, Wykonawcy winni wyliczyć koszt dniówki dla każdego z Ekspertów. Definicję dniówki, Zamawiający określił w umowie w § 1

[Definicje] jako „Dniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obwiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta."

Kwoty przewidziane przez Wykonawców w ramach dniówki muszą być zgodne z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020r. Łączny koszt dniówki to 162,94 PLN i stanowi on minimum socjalne. Jednak takie stawki na rynku usług konsultingowych nie występują w ramach funkcji Inspektorów nadzoru budowlanego oraz weryfikatorów dokumentacji projektowych, w stosunku do których wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych.

Analizując złożone przez Wykonawców oferty w ramach dniówek poszczególnych ekspertów można wyszczególnić stawki, które nie mieszczą się w minimalnym wynagrodzeniu ale również stawki, które są nierealne do uzyskania na rynku usług:

Wykonawca Ayesa:

Wykonawca w kwocie jednej dniówki 170 zł wycenił niemal 80% zespołu eksperckiego, między innymi osoby, dla których wymagane jest doświadczenie, jak również odpowiednie kwalifikacje zawodowe:

- Poz. 2.2.3 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży architektonicznej - 170zł/dzień;

- Poz. 2.2.4 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży konstrukcyjno-budowlanej- 170zł/dzień;

- Poz. 2.2.5 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży mostowej- 170zł/dzień;

- Poz. 2.2.6 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży drogowej- 170zł/dzień;

- Poz. 2.2.7 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży kolejowej- 170zł/dzień;

- Poz. 2.2.8 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży wyburzeniowej- 170zł/dzień;

- Poz. 2.2.9 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych - 170zł/dzień;

- Poz. 2.2.10 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - 170zł/dzień;

- Poz. 2.2.11 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci elektrycznych i elektroenergetycznych - 170zł/dzień;

Ponadto wszyscy Inspektorzy nadzoru z pozycji formularza cenowego od 2.2.12 do 2.2.22 (z wyjątkiem Inspektora nadzoru specjalności kolejowej oraz głównego Inspektora Nadzoru w specjalności mostowej) wyceniony został w kwocie 170zł/dzień. To aż 27 z 30 wymaganych inspektorów nadzoru którzy pracują za minimalna stawkę.

Wykonawca ECM:

Poz. 2.2.3 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży architektonicznej - 160zł/dzień;
Poz. 2.2.4 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży konstrukcyjno-budowlanej- 160zł/dzień; .

Poz. 2.2.8 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży wyburzeniowej- 160zł/dzień;

Poz. 2.2.9 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych - 160zł/dzień;

Poz. 2.2.10 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - 160zł/dzień;
Poz. 2.2.11 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci elektrycznych i elektroenergetycznych - 160zł/dzień; (dla odcinka I i II)*

Wykonawca ZBM:

Poz. 2.2.3 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży architektonicznej - 138 zł/dzień

(dla odcinka II i III);

Poz. 2.2.5 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży mostowej- 138zł/dzień

(dla odcinka II i

IM);

Poz. 2.2.6 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży drogowej- 138zł/dzień
(dla odcinka I i III);

Poz. 2.2.7 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży kolejowej- 138zł/dzień;

Poz. 2.2.8 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży wyburzeniowej- 138 zł/dzień;
Poz. 2.2.9 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych - 138 zł/dzień (dla Odcinka II i III);

Poz. 2.2.11 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci elektrycznych i elektroenergetycznych - 138 zł/dzień (dla Odcinka II i III);

Poz. 2.2.12 Inspektor Nadzoru specjalności architektonicznej -138 zł/dzień (dla Odcinka II i III);

Poz. 2.2.13 Inspektor Nadzoru specjalności konstrukcyjno-budowlany - 138 zł/dzień (dla

Odcinka II i

ni);

Poz. 2.2.15 Inspektor Nadzoru specjalności mostowej - 138 zł/dzień (dla Odcinka III);

Poz. 2.2.18 Inspektor Nadzoru specjalności wyburzeniowej- 138 zł/dzień (dla Odcinka II i III);
Poz. 2.2.19 Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych - 138 zł/dzień (dla Odcinka III);

Poz. 2.2.21 Inspektor Nadzoru specjalności melioracyjnej - 140 zł/dzień (dla Odcinka II i III);
Poz. 2.2.22 Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci elektrycznych i elektroenergetycznych — 140 zł/dzień (dla Odcinka II i III);

Poz. 2.2.40 Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji— 150 zł/dzień (dla Odcinka II i III);

Wykonawca MGGP:

Poz. 2.2.8 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży wyburzeniowej- 170zł/dzień;
Poz. 2.2.9 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych - 170zł/dzień;

Poz. 2.2.10 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - 170zł/dzień;
Poz. 2.2.11 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci elektrycznych i elektroenergetycznych - 170zł/dzień;

Poz. 2.2.12 Inspektor Nadzoru specjalności architektonicznej -170 zł/dzień ;

Poz. 2.2.13 Inspektor Nadzoru specjalności konstrukcyjno-budowlany - 170 zł/dzień ;

Poz. 2.2.18 Inspektor Nadzoru specjalności wyburzeniowej- 170 zł/dzień;

Poz. 2.2.19 Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych -170 zł/dzień

Wykonawca DTŚ:

Poz. 2.2.3 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży architektonicznej - 150zł/dzień;
Poz. 2.2.4 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży konstrukcyjno-budowlanej- 150zł/dzień;

Poz. 2.2.8 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży wyburzeniowej- 150zł/dzień;

Poz. 2.2.9 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych - 170zł/dzień;

Poz. 2.2.10 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - 170zł/dzień;
Poz. 2.2.11 Weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci elektrycznych i elektroenergetycznych - 170zł/dzień;

Poz. 2.2.12 Inspektor Nadzoru specjalności architektonicznej - 140 zł/dzień ;

Poz. 2.2.13 Inspektor Nadzoru specjalności konstrukcyjno-budowlany - 140 zł/dzień ;

Poz. 2.2.18 Inspektor Nadzoru specjalności wyburzeniowej- 150 zł/dzień;

Poz. 2.2.21 Inspektor Nadzoru specjalności melioracyjnej - 150 zł/dzień ;

Poz. 2.2.32 Specjalista nadzoru geotechnicznego - 150 zł/dzień ;

Poz. 2.2.33 Specjalista nadzoru geologicznego- 150 zł/dzień ;

Przyjęcie stawek na takim poziomie stanowi niezgodność w stosunku do zapisów IDW pkt. 15.3 i świadczy o niezgodności ofert z SIWZ.

Naruszenie art. 90 ust 1 i 1a Ustawy poprzez zaniechanie wezwania AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy, pomimo iż istotna część ceny oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia.

Naruszenie art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM do złożenia wyjaśnień

Odwołujący wskazał, że zarzut podnoszony jest z ostrożności procesowej.
W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt I uzasadnienia, Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu.

Zamawiający nie wystosował do Wykonawców AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM wezwania w trybie art. 90 ust. 1 -3 PZP w zakresie cen jednostkowych wskazanych w uzasadnieniu w zarzucie I odwołania. Zdaniem Odwołującego takie

zaniechanie stanowi naruszenie przepisów. Zamawiający powinien wezwać Wykonawców AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM w trybie art. 87 ust. 1 PZP, następnie - do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 -3 Ustawy co najmniej w zakresie wskazanym w pkt. I odwołania, a następnie po otrzymaniu wyjaśnień - odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy. W opinii Odwołującego nie ma możliwości przedstawienia wyjaśnień, które obalałyby domniemanie rażąco niskiej ceny w przywołanym zakresie.

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ECM, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub przynajmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Ustawy PZP, tj. nie dokonując samooczyszczenia

Wykonawca ECM w przedłożonym Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, w części III, lit. C wskazał, że 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.

Wykonawca ten realizował usługę, której przedmiotem było „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego pn. „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach". W dniu 11 maja 2018r Zamawiający Miasto Gliwice odstąpił od umowy z Wykonawcą.

W postępowaniach przetargowych procedowanych dla zamawiających innych niż GDDKiA Wykonawca ECM wskazywał, iż miało miejsce wcześniejsze rozwiązanie umowy oraz składał wyjaśnienia w ramach procedury samooczyszczenia, czego teraz zaniechał. Zgodnie z orzecznictwem KIO „Instytucja samooczyszczenia jest podejmowana z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji gdy ten ma świadomość i wie, ze podlega wykluczeniu. Samooczyszczenie winno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji (KIO 1102/18)".

Naruszenie art. 26 ust 4 Ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy AYESA do wyjaśnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie - z ostrożności procesowej.

Na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta AYESA nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP - Odwołujący wskazał, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, zaś Zamawiający nie wystosował do niego wezwania w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy PZP.

Zgodnie z zapisami IDW pkt. 7.2.3 Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do Wykonawców:
„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 90 mln Pln netto

b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu

c) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50m”.

Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) (...)"

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19.02.2020 r. Ayesa złożyła na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykaz usług zawierający usługi zrealizowane przez podmiot Ayesa Ingenieria Y Arguitectura S.A.U.

Na podstawie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi nie można stwierdzić zakresu, jaki wykonywał podmiot należący do konsorcjum. Poświadczenie wystawione jest na dwie spółki Ayesa Ingenieria Y Arquitectura S.A.U. oraz M/s Arvee Associates Architects, Engineers & Consultants Pvt. Ltd.. Członek konsorcjum nie może posługiwać się doświadczeniem całego konsorcjum, a jedynie częścią faktycznie przez niego wykonywaną. Takie stanowisko prezentuje Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 04.05.2017r o sygn. C-387/14 „nie dopuszcza się, aby wykonawca biorący indywidualnie

udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji".

Wedle takiego stanu faktycznego Zamawiający zobligowany był do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jaka część prac w ramach umowy konsorcjum została wykonana przez Wykonawcę Ayesa Ingenieria Y Arquitectura S.A.U.

Mając powyższe na uwadze zdaniem Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, ustalenie rankingu wykonawców według wyznaczonych kryteriów oceny ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili następujący wykonawcy:

1) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (1) Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (Lider konsorcjum) oraz (2) Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. z siedzibą w Sewilli, Hiszpania (Partner konsorcjum)

2) MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp
W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił brak wykazania przez Odwołującego

przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie. Wyłącznie literalna wykładnia treści art.

89 ust. 1 pkt 2 Pzp prowadzi do jednoznacznej konkluzji, że przepis ten znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Jak wskazuje się w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pojęcie zgodności oferty z treścią SIWZ ma dwa znaczenia: po pierwsze, odnosi się do tego, czy oferowany przedmiot jest zgodny z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ oraz, po drugie, czy oferta jako samo oświadczenie woli jest zgodna z takimi wymaganiami zawartymi w SIWZ, tj. czy zawiera wszystkie wymagane oświadczenia i informacje, zapewnienia, informacje o sposobie spełnienia świadczenia itd., a także dokumenty „przedmiotowe" (odnoszące się do przedmiotu zamówienia), których oczekiwał zamawiający dla kompletności oświadczenia wykonawcy (tak wyrok KIO z dnia 20 marca 2019 r., sygn. akt KIO 406/19).

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty z SIWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi postanowieniami SIWZ.

Na gruncie przedmiotowej sprawy Zamawiający podkreślił zupełne zaniechanie Odwołującego w zakresie dowodzenia przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący nie tylko nie wskazuje w jaki sposób i które warunki SIWZ naruszają oferty Wykonawców AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM (dalej jako Wykonawcy), w części: (i) Zespół Geodetów, (ii) Stal Zbrojeniowa, (iii) Personel Konsultanta, ale na poparcie tak czynionego zarzutu nie przedstawia również żadnych sprawdzalnych dowodów.

(i) Zespół Geodetów

Odwołujący w odwołaniu powołuje się na inne zamówienie prowadzone przez tego samego Zamawiającego, w którym w kosztorysie ofertowym przy pozycji zespołu dopisano ilość wymaganych osób (3 osoby). W zamówieniu, którego dotyczy odwołanie w żaden sposób nie wskazano liczby osób wchodzących w skład Zespołu Geodetów, tak więc nieuprawnione jest wywodzenie przez Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu należało przyjąć i wycenić 3-osobowy zespół geodetów. W ocenie Zamawiającego na podstawie reguł języka polskiego za zespół można i należy uznać już 2 osoby. Natomiast faktyczna, niezbędna ilość osób powinna zostać określona przez samego Wykonawcę, jako profesjonalny podmiot działający na rynku. Oferty w zamówieniu (S7) zostały otwarte 29.01.2020r., natomiast przetarg, na który powołuje się Odwołujący (A2) został ogłoszony 18.02.2020r. Wobec powyższego Wykonawcy nie mieli żadnych podstaw ani możliwości, aby posiłkować się danymi z tego przetargu. W przetargu na S7, ilość osób w Zespole nie została podana, a więc mogły być to równie dobrze 2 osoby, Wykonawca Ayesa przyjął koszt takiego Zespołu na poziomie 340 zł/dzień, natomiast na A2 (3 osoby w Zespole) - 510 zł/dzień. Pokazuje to logikę, jaką przyjął Wykonawca wyceniając tę pozycję, tj. 170 zł/dzień/osoba, co nawet biorąc pod uwagę wyliczenia Odwołującego nie jest stawką zaniżoną stosunku do płacy minimalnej. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że niemożliwe jest pozyskanie osób do zespołu geodetów za stawki wskazane przez Ayesa, ECM, Multiconsult, MGGP, DTŚ. Stawki podane przez tych wykonawców są na podobnym poziomie, co dowodzi, że stawki te są stawkami rynkowymi.

(ii) Stal Zbrojeniowa

W tym aspekcie należy zwrócić uwagę na procentowy poziom wartości całego działu 6 Formularza Cenowego, który wynosi maksymalnie nie więcej niż 1,5% ceny ofertowej netto łącznie. Powyższe świadczy, że badania kontrolne stali zbrojeniowej, które są tylko częścią działu 6, w skład, którego wchodzą także badania geosyntetyków, nie może być traktowane jako istotna część składowa ceny, którą Zamawiający miałby obowiązek badać w wyniku podjęcia wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Wykonawców.

(iii) Personel Konsultanta

W tym aspekcie Odwołujący przyjął narrację właściwą dla zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący przedstawiając swoje wyliczenia zdaje się bowiem twierdzić, że zaoferowana cena nie pozwala na właściwą realizację przedmiotu umowy, a to dopiero czyni prawdopodobieństwo kalkulacji ofert Wykonawców niezgodnie z treścią SIWZ. Takie przeświadczenie Odwołujący opiera wyłącznie na hipotetycznych wyliczeniach, oderwanych od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności konkretnych podmiotów, w tym przypadku Wykonawców. Odwołujący w żaden sposób nie udowadnia, aby za zaoferowane stawki nie będzie możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Wyłącznie aspekt ceny tych składników ofert Wykonawców, stanowi podstawę przypuszczenia Odwołującego o możliwości nieobjęcia treścią ofert Wykonawców całego wymaganego postanowieniami SIWZ zakresu usług. Na uwadze mieć jednak należy, że dla

odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Niewystarczające jest powzięcie co do tego wątpliwości, które nie są poparte dowodami (tak wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2589/18).

Jeżeli zatem Odwołujący nie jest w stanie powiązać niezgodności ofert Wykonawców z konkretnymi postanowieniami SIWZ, a swoją argumentację opiera wyłącznie na przypuszczeniach, domniemaniach i domysłach w odniesieniu do cen pojedynczych składników ofert, to brak jest podstaw do uznania tak czynionego zarzutu za uzasadniony i udowodniony. Okoliczność ta ma również doniosłe znaczenie w kontekście art. 6 kodeksu cywilnego, który wprost wskazuje, że ciężar wykazania zasadności odwołania spoczywa na Odwołującym (m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 223/09; wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt III Ca 1772/13). Odwołujący w żaden sposób nie tylko nie udowadnia, ale nawet nie uprawdopodabnia zarzutu niezgodności ofert Wykonawców z SIWZ, co w konsekwencji uniemożliwia jego uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 1a Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp

Przedmiotowe zarzuty są zdaniem Zamawiającego całkowicie bezzasadne. Odwołujący nie tylko nie przedstawia żadnych dowodów na ich udowodnienie lub choćby uprawdopodobnienie, ale nawet nie przedstawia żadnych argumentów na ich poparcie. Odwołanie jest więcej niż gołosłowne, gdyż nie spełnia wymagań określonych w art. 180 ust. 3 Pzp, tj. nie zawiera okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający w postępowaniu nie miał (i nie ma) wątpliwości dot. ceny ofert zaproponowanych przez Wykonawców, ani nie kwestionował (i nie kwestionuje) zgodności treści ofert Wykonawców z SIWZ. W ocenie Zamawiającego nie ma żadnych przesłanek mogących rodzić wątpliwości w zakresie ceny ofert Wykonawców, w tym kosztów lub ich istotnych części składowych, a także co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ceny ofert wykonawców: AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP stanowią 83,98% - 96,15% wartości kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowane zamówienia oraz odpowiednio 86,01% - 98,47% średniej wartości wszystkich ofert. Ceny tych ofert, w ocenie Zamawiającego, co do której to oceny Odwołujący nie przedstawił żadnych przeciwnych dowodów, mieszczą się w wartościach rynkowych zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Co za tym idzie nie sposób uznać, że zawierają one cenę rażąco niską.

Oferta ZBM stanowi 108,29% wartości kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowane zamówienia oraz odpowiednio 110,90% średniej wartości wszystkich ofert, więc już tylko na tej podstawie cena tej oferty nie może być w żaden sposób kwestionowana.

Niezależnie od powyższego, skoro Zamawiający nie miał wątpliwości zarówno co do zgodności treści ofert Wykonawców z SIWZ, jak i w zakresie zaproponowanych przez Wykonawców cen ich ofert, to nie miał żadnej podstawy (prawnej lub faktycznej) do żądania od wykonawców złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Ponadto ciężar dowodu podniesionych zarzutów, w stanie faktycznym leży w całości po stronie Odwołującego - zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp. Tym samym, wobec faktu braku jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie podniesionych zarzutów, zarzuty te należy uznać za całkowicie bezpodstawne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp

Zamawiający wskazał, że również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest chybiony i powinien zostać oddalony.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem art. 24 aa, czyli w tzw. „procedurze odwróconej" co zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

Procedura odwrócona, różni się od procedury zasadniczej kolejnością przeprowadzonych czynności w ramach etapu badania i oceny oferty, a także zakresem podmiotowym zastosowanych przez zamawiającego czynności. W procedurze odwróconej Zamawiający najpierw dokonywał oceny ofert, a następnie badał, czy wykonawca, którego

oferta została oceniona jako najkorzystniejszą, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Czynność oceny ofert należy oddzielić od badania, które może być prowadzone pod różnym kątem, a jego efektem zasadniczo jest stwierdzenie, czy oferta nie podlega odrzuceniu, co znajduje wyraz w oddzielnej czynności, tj. odrzuceniu oferty. Czynność oceny ofert sprowadza się natomiast do ich oceny pod kątem ustalonych kryteriów oceny, na co wskazuje określenie "oferta najwyżej oceniona". Zmawiający bada wszystkie oferty pod kątem zaistnienia wobec nich przesłanek odrzucenia (wadium, rażąco niska cena itp.), a następnie ocenia oferty pod względem ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Po ustaleniu rankingu ofert, Zamawiający wyłącznie w stosunku do oferty wykonawcy która została najwyżej oceniona bada spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. A contrario zamawiający nie bada w tym zakresie innych wykonawców, co oznacza, że nie weryfikuje czy wykonawcy złożyli w sposób prawidłowy oświadczenia wstępne oraz oświadczenia o przynależności do grypy kapitałowej (tak wyrok KIO z dnia 2017-05-19, KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17).

Zatem w postępowaniu Zamawiający nie miał podstaw do badania wykonawcy ECM pod kątem wystąpienia przesłanek wykluczenia z postępowania, gdyż jego oferta nie została najwyżej oceniona.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 7.2.3 SIWZ, Wykonawca AYESA przedstawił referencje Uttar Pradesh Expressways Industrial Development Authority (rządowej jednostki organizacyjnej Stanu Uttar Pradesh w Indiach) z dnia 11.06.2019 r.

Z przedstawionego dokumentu wprost wynika, że Wykonawca świadczył usługi konsultacyjne we współpracy z Arvee Associates Architects, Engineers & Consultants Pvt. Ltd (w ramach konsorcjum joint venture) w ramach inwestycji polegającej na budowie drogi ekspresowej o długości 302,222 km o równowartości w złotych kwoty 5.016.682.432,20 zł. Udział Wykonawcy w świadczeniu całości przedmiotowej usługi określony został na 53%.

Tym samym wbrew twierdzeniom Odwołującego, Wykonawca AYESA wykazał spełnienie warunku SIWZ określonego w pkt 7.2.3.

Jak wynika z orzecznictwa Izby (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1266/19) jeśli wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Wykonawcę dokumenty pozwalają ocenić jego doświadczenie w kontekście nie tylko warunków stawianych w SIWZ, ale i postulatów orzecznictwa europejskiego i krajowego.

Udział poszczególnych konsorcjantów w realizacji wykazywanej inwestycji nie został określony rodzajowo, lecz zakresowo w odniesieniu do całej inwestycji. W tym względzie zakres udziału Wykonawcy w realizacji całości usługi konsultacyjnej został określony na poziomie 53%. Taka ocena doświadczenia Wykonawcy koresponduje również z protokołami odbioru robót w ramach przedmiotowej inwestycji, gdzie w imieniu konsorcjum podpisy składali przedstawiciele obydwu konsorcjantów. Oznacza to li tylko, że każdy z konsorcjantów świadczył kompleksowo usługi w Ilości odpowiadającej przyjętej proporcji i brał bezpośredni, samodzielny udział w świadczeniu usługi w takim zakresie. Powyższe ma doniosłe znaczenie w kontekście orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, który stwierdził m.in., że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja - Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05).

Przy ocenie doświadczenia Wykonawcy nie należy przy tym pomijać, że skala Inwestycji realizowanej przez Wykonawcę pod względem finansowym przekracza przeszło 25-krotnie wymogi stawiane przez Zamawiającego w SIWZ. Poza tym, skoro udział Wykonawcy w realizacji całości usług konsultacyjnych wynosił 53%, to wyłącznie wobec kalkulacji arytmetycznych, Wykonawca wykazał doświadczenie na poziomie przekraczającym o ponad 13-krotnie wymogi określone w SIWZ.

Wobec powyższego dokumenty przedstawione przez Wykonawcę AYESA nie mogły wzbudzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie posiadanego przez niego doświadczenia. Nie zostały zatem zrealizowane przesłanki nakazujące zastosowanie w przedmiotowej sprawie art. 26 ust. 4 Pzp (lub ust. 3 tego przepisu).

Niezależnie od powyższego, Zamawiający zaznaczył, że posiada kopię umowy spółki joint venture zawartej przez Ayesa Ingenieria Y Arquitectura S.A.U. oraz Arvee Associates Architects, Engineers & Consultants Pvt. Ltd. w odniesieniu do usługi na „Pełnienie usług konsultacyjnych jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego dla budowy drogi ekspresowej z kontrolowanym dostępem z Agra do Lucknow (inwestycja typu Green Field) w formie umowy EPC" wykazanej jako doświadczenie wykonawcy Ayesa. Zamawiający wszedł w posiadanie tego dokumentu jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, w trakcie innego prowadzonego postępowania, gdzie uczestnikiem jest Ayesa. Również z tego dokumentu wynika poziom udziału wykonawcy Ayesa w realizacji usługi.

Skoro ocena zdolności wykonawcy następuje przez pryzmat treści warunku udziału w postępowaniu, to weryfikacja czy dokument jest prawidłowy i kompletny, również winna przebiegać adekwatnie do brzmienia warunku. Potrzeba wezwania do wyjaśnienia albo do uzupełnienia dokumentów zachodzi wyłącznie wtedy, gdy istnieje wątpliwość, co do spełnienia wymogów określonych w konkretnym warunku, a nie jakakolwiek wątpliwość, oparta na subiektywnym przeświadczeniu Odwołującego.

Tak jak żądanie złożenia oświadczeń i dokumentów powinno być uzasadnione ich niezbędnością do przeprowadzenia postępowania, tak również wymaganie i wyjaśnianie informacji składanych przez wykonawców nie może odbywać się bez uwzględnienia celu w jakim oświadczenia i dokumenty są składane, tj. potwierdzenia spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z brzmieniem dokumentacji postępowania. W tym aspekcie nie sposób czynić Zamawiającemu zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w sytuacji, gdy ich precyzyjna i klarowna treść, nie potwierdza wątpliwości Odwołującego, w zakresie dysponowania przez Wykonawcę AYESA niezbędnym doświadczeniem, umożliwiającym należytą realizację przedmiotu umowy.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego wywiedziony przez Odwołującego środek ochrony prawnej uznać należy za oczywiście bezzasadny. Wszelkie bowiem działania Zamawiającego związane z zakresem i sposobem badania oferty Wykonawcy AYESA, jak i ofert pozostałych Wykonawców znajdują oparcie w przepisach Pzp. Natomiast Odwołujący nie podołał obowiązkowi chociażby uprawdopodobnienia, że oferty Wykonawców są niezgodne z treścią SIWZ, zawierają cenę rażąco niską, a wykonawcy podlegają wykluczeniu lub nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący konsorcjum Ayesa złożył pisemne stanowisko, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba na podstawie przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji oraz złożonych pism procesowych i pozostałego materiału dowodowego ustaliła, że przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zapisy SIWZ, treść ofert i składanych wyjaśnień oraz treść innych złożonych przez poszczególnych wykonawców dokumentów zostały wiernie odzwierciedlone i nie ma potrzeby ponownego ich przywoływania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy w związku art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia ofert AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP

Z uwag natury ogólnej do tej grupy wniesionych zarzutów, dostrzeżenia wymaga, iż wszystkie przytoczone przez Odwołującego w odwołaniu zapisy odnoszące się do konstrukcji formularza cenowego mają charakter postanowień porządkowych, nie tworzą one odrębnych postanowień dla poszczególnych grup specjalistów, zawierają raczej wskazówki jak należy dokonać wyceny pracy specjalistów dla wszystkich pozycji formularza niż określają konkretne obowiązki dla wykonawcy.

Także w ramach rozważań natury ogólnej, skład orzekający Izby wyraża utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje

po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mieści się sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ (tak wyrok Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

Zespół geodetów

Twierdzenia odwołania są wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony bowiem Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie określił bezpośrednio ilości geodetów należących do zespołu. Następnie Odwołujący wywodzi, że zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego PWN zespół geodezyjny ze swej istoty musi składać się z co najmniej 3 osób, nie przedstawiając jakichkolwiek regulacji, z których taki stan rzeczy ma wynikać.

Zamawiający opisał natomiast w SIWZ wymagania dla zespołu osób przez określenie ilości dniówek, nie przez określenie ilości osób. To do wykonawców należało obliczenie i wycena jak liczny musi być zespół geodezyjny by wykonać określony zakres prac. W zasadzie tylko Odwołujący uznał, że zespół ten musi liczyć 3 osoby i taką ilość osób najprawdopodobniej ujął w cenie pozycji. Natomiast Zamawiający i Przystępujący Ayesa zgodnie twierdzili, że możliwa jest realizacja zamówienia przez zespoły 2 osobowe. Odwołujący nie przedstawił dowodów, że nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia w takim ujęciu. Za dowód z pewnością nie można uznać wymagań ustalonych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia - realizacja odcinka autostrady A2 - tam bowiem Zamawiający w SIWZ wprost określił minimalną liczebność zespołu na 3 osoby. Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ, w przedmiotowym postępowaniu nie było błędem wycenienie pracy zespołu geodetów dla każdego z odcinków dla 2 osób. W wycenie takiej nie można upatrywać niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ SIWZ wymogów minimalnych dla liczebności zespołu geodetów nie zawierała.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego wyliczeń kosztów minimalnych wynagrodzenia i danych GUS, dostrzeżenia wymaga, iż przywołane w odwołaniu dane dotyczą zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, natomiast zatrudnienie na podstawie umowy o pracę nie było wymogiem SIWZ w przypadku zespołu geodetów. Wymogu takiego nie należy wywodzić z definicji „dniówki" zawartej w warunkach umowy. Konieczność przepracowania w danej dobie 8 godzin przez jedną osobę nie oznacza, że podstawą wykonywania określonych czynności musi być umowa o pracę. To zaś oznacza, że nie będą adekwatne poczynione przez Odwołującego wyliczenia kosztów pracowniczych, bowiem te w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej, czy też innej formy współpracy z danym wykonawcą (zlecenie, b2b) mogą kształtować się odmiennie. Wysokość stawek zastosowanych przez konsorcjum Ayesa potwierdziła oferta złożona przez Przystępującego pochodząca od partnera biznesowego dla przedmiotowego zadania inwestycyjnego.

Stal zbrojeniowa

W tym elemencie Odwołujący upatrywał niezgodności treści ofert z treścią SIWZ w koszcie badań kontrolnych stali. Uzasadnienie zarzutu sprowadza się w zasadzie do twierdzeń Odwołującego, iż w jego ocenie nie jest możliwa realizacja badań w stawkach przedstawionych w ofertach pozostałych wykonawców, sam bowiem Odwołujący ponosi koszty około 2000,00 zł za badanie. Innych dowodów na zasadność zarzutu Odwołujący nie przedstawił. W opozycji do powyższego Przystępujący Ayesa złożył w poczet materiału dowodowego ofertę firmy Sieć Badawcza Łukasiewicz, z której wynika, że w przypadku przeprowadzania większej ilości badań dla próbek stali na zadaniu możliwa jest stawka 440

zł za badanie. Nie była sporna między stronami okoliczność, że przeprowadzanych badań będzie więcej niż jedno. Odwołujący nie wykazał więc, że oferta Przystępującego Ayesa i innych wykonawców jest zakresowo niezgodna z SIWZ.

Personel konsultanta.

W tej części Odwołujący ograniczył się do przywołania w treści odwołania szeregu cen jednostkowych określonych w formularzach cenowych przez poszczególnych wykonawców wskazując, że są one zaniżone. Brak jest jakiejkolwiek argumentacji, czy materiału dowodowego, który miałby świadczyć za zasadnością zarzutu o niezgodności treści ofert z treścią SIWZ. Nie przywołano takiej treści SIWZ, z którą treść ofert miałaby być niezgodna. Zwrócić natomiast należy uwagę, iż stawki dla poszczególnych grup specjalistów we wszystkich kwestionowanych ofertach określone zostały na zbliżonym, stosunkowo równym poziomie. Dlatego też zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 90 ust 1 i 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania AYESA, DTŚ, ECM, Multiconsult, MGGP, ZBM do złożenia wyjaśnień

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp zamawiający podejmuje odpowiednie czynności w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe ofert, 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.

Izba zważyła, iż Zamawiający słusznie zauważył w procesie badania ofert oraz odpowiedzi na odwołanie, że ceny wszystkich złożonych ofert (w tym ceny jednostkowe w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie), w tym oferta Odwołującego, kształtują się na podobnym poziomie i nie odbiegają od siebie w znaczący sposób. Nie sposób w ocenie składu orzekającego Izby uznać, że większość wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - profesjonalistów, dokonało błędnej i niezgodnej z przedmiotem zamówienia wyceny ofert, czy też postąpiło wbrew zasadom doświadczenia życiowego i zawodowego. Dodatkowo Zamawiający na rozprawie podkreślał, że są to wartości zbliżone do oferowanych w innych prowadzonych przez niego równolegle postępowaniach.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że przywołane przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego", czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska". Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Wnosząc odwołanie to jednak Odwołujący winien był wykazać, że takie wątpliwości powinny u Zamawiającego wystąpić. Odwołujący nie tylko powyższego nie wykazał, ale nie wykazał również, że elementy wyceny, które kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej wynikające z formularzy cenowych ofert poszczególnych wykonawców odnoszą się do istotnych części składowych ofert. W odwołaniu opisano trzy obszary (zespół geodetów, stal zbrojeniowa, personel konsultanta), których ceny jednostkowe budzą wątpliwości Odwołującego. Nie przeprowadzono jednak żadnej analizy istotności cen tych obszarów dla ceny globalnej oferty.

Badanie rażąco niskiej ceny danej oferty jest także konieczne w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Odwołujący sam przyznał, iż w stosunku do kwestionowanych przez niego w odwołaniu ofert nie zachodzi arytmetyczna przesłanka badania ceny ofert, bowiem cena żadnej z ofert nie jest niższa od wyznaczonego przepisem progu 30% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W ocenie Izby oznacza to, iż Zamawiającemu nie można czynić zarzutu, że tej regulacji nie zastosował. Jak wyliczył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ceny ofert mieszczą się w przedziale 80-90% tak w stosunku do wartości zamówienia, jak też w stosunku do średniej arytmetycznej ofert. W ocenie Zamawiającego nie wystąpiły także inne okoliczności, które wymagałyby wyjaśnienia. Sama zaś okoliczność badania konstrukcji ceny jednego z wykonawców

biorących udział w postępowaniu (Safage) nie oznacza, że Zamawiający powinien mieć lub ma takie wątpliwości wobec pozostałych ofert.

Przede wszystkim jednak twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie z powodu konstrukcji samych zarzutów odwołania dotyczących wystąpienia zjawiska rażąco niskiej ceny i jej badania przez Zamawiającego.

Zarzuty te zostały postawione przez Odwołującego z ostrożności procesowej. Powyższe nie zwalnia jednak strony twierdzącej, formułującej zastrzeżenia wobec działań i zaniechań Zamawiającego, z obowiązku dowiedzenia przedstawionych racji. Tymczasem Odwołujący ograniczył się do przywołania kilku przepisów prawa i uzasadnienia ujętego w jednym akapicie, że w jego ocenie ceny jednostkowe w określonych kategoriach świadczonych usług są zaniżone, mają charakter nierynkowy. Na okoliczność tę nie przedstawiono w odwołaniu nie tylko jakiejkolwiek argumentacji merytorycznej, ale nie przedstawiono również jakichkolwiek dowodów. W ocenie składu orzekającego Izby merytorycznie ten zarzut pozbawiony jest treści. Odwołuje się on do treści wcześniejszych zarzutów dotyczących zgodności treści ofert innych wykonawców z treścią SIWZ. Jednakże zauważyć należy, iż nawet stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie znaczy, że cena takiej oferty z założenia ma rażąco niski charakter. W odmienny sposób dowodzi się zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ, inaczej natomiast prowadzi się dowód co do prawidłowości sporządzonej kalkulacji ceny oferty, w tym jej rynkowego charakteru.

Na rozprawie Odwołujący złożył plik dokumentów, na który składały się oferty na świadczenie usług geodezyjnych, faktury i cenniki internetowe. Po pierwsze oferty datowane były na sierpień 2020 roku, a nie czas ofertowania dla Zamawiającego na zadaniu. Wiedzą notoryjną jest, iż w ostatnim czasie z uwagi na panującą sytuację epidemiologiczną wycena świadczenia usług może różnić się od wyceny sprzed kilku miesięcy. Po drugie są to oferty wystawione dla Odwołującego. Dokumenty te dowodzą więc stawek, które proponowane są Odwołującemu, nie oznacza to, że inni wykonawcy nie mogą na rynku uzyskać innych stawek. Także złożone przez Odwołującego faktury świadczą o tym, że wykonawca ponosi koszty w określonej wysokości za pewien typ usług. Nie jest to dowód na rynkowość stawek. Poza tym mnogość złożonych ofert świadczy, iż na rynku funkcjonuje wiele firm, możliwe jest więc zapewne uzyskanie zróżnicowanych stawek, także w wysokości niższej niż przedstawione przez Odwołującego. Cenniki natomiast charakteryzują się dużą zmiennością ceny, w zależności od wielu różnych czynników.

Reasumując, zarzuty koncentrujące się na wystąpieniu rażąco niskiej ceny w ofertach wymienionych w odwołaniu wykonawców nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

Izba w pełni podziela i przyjmuje za własną argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający słusznie zauważył, że postępowanie prowadzone jest w tzw. „procedurze odwróconej".

W procedurze odwróconej Zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert w zakresie przedmiotowym, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w rankingu ofert, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Czynność oceny ofert w rozumieniu procedury odwróconej oznacza, że bada się je pod kątem kryteriów oceny ofert, warstwy przedmiotowej oferty, zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, rażąco niskiej ceny, czyli przesłanek odrzucenia oferty. Dopiero po ustaleniu rankingu Zamawiający bada ofertę ocenioną najwyżej, czy składający ją wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, podlega wykluczeniu. Zamawiający co do tych elementów co do zasady nie bada ofert pozostałych wykonawców, nie weryfikuje złożonych przez nich oświadczeń.
Od procedury standardowej różni
się tylko tym, że pod kątem przesłanek wykluczenia bada się wyłącznie wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, a nie wszystkich oferentów.

Istotę oceny ofert w procedurze zasadniczej i odwróconej trafnie uchwycił Sąd Okręgowy w Koninie w wyroku z dnia 4 kwietnia 2017 roku (sygn. ak:
„(...) W trybie przetargu nieograniczonego zamawiający może skorzystać z dwóch rodzajów procedury badania i oceny ofert prowadzących do wyboru oferty najkorzystniejszej, procedury zasadniczej albo procedury odwróconej, uregulowanej w art. 24aa ustawy Pzp, której możliwość zastosowania wprowadziła do ustawy Pzp ustawa nowelizująca. Zarówno w ramach procedury zasadniczej, jak i odwróconej, w związku z etapem badania i oceny ofert zamawiający najpierw bada oferty od strony formalnej, ustalając m.in. terminowość złożenia oferty, prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, jeśli żądał jego

wniesienia. Następnie, jeśli zamawiający stosuje procedurę zasadniczą, przechodzi do oceny podmiotowej warstwy oferty, w ramach której ustala czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wreszcie dokonuje oceny zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przyznając im odpowiednią punktację w świetle ustanowionych przez siebie kryteriów oceny ofert. Procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością przeprowadzonych czynności w ramach etapu badania i oceny oferty, a także zakresem podmiotowym zastosowanych przez zamawiającego czynności."

Jeżeli więc Zamawiający nie był zobowiązany treścią przepisu do badania warstwy podmiotowej oferty wykonawcy ECM pod kątem potwierdzenia przesłanek niepodlegania wykluczeniu, to nie można w takiej sytuacji postawić mu zarzutu zaniechania danej czynności, do wykonania której wykonania nie był zobowiązany.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Jak wynika bowiem z orzeczenia Esaprojet „gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego". Jest to także podejście spójne z treścią art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, a więc związania ustalonego warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż, a także celu dla jakiego w ogóle został tymi przepisami wyznaczony - weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia. Generalnie zatem Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający zobligowany jest do zbadania, jaka część prac w ramach umowy konsorcjum została wykonana przez Wykonawcę powołującego się na takie doświadczenie.

Osią sporu w przedmiotowym zarzucie była okoliczność, czy Zamawiający na podstawie przedstawionych przez Przystępującego dokumentów mógł dokonać takiej oceny. Izba uznała, że Odwołujący obowiązkowi dowodowemu wykazania zasadności zarzutu odwołania nie sprostał.

Z przedstawionych Zamawiającemu referencji dołączonych do wykazu wprost wynika jak kształtował się skład podmiotowy konsorcjum realizującego zadanie referencyjne. Określono wartość realizowanych prac, określono jakiego rodzaju obiekty wykonano, podano wartość globalną inwestycji oraz czas realizacji zadania. Przede wszystkim zaś podano jak określony został procentowy podział zadań i odpowiedzialności dla poszczególnych członków konsorcjum (Udział spółki joint venture w usługach konsultacyjnych: AYESA-53%, AARVEE-47%). Dodatkowo Przystępujący złożył Zamawiającemu końcowe protokoły

odbioru robót dla poszczególnych odcinków zadania, podpisane przez przedstawicieli obu konsorcjantów. W ocenie składu orzekającego Izby już tylko te dokumenty pozwoliły Zamawiającemu ocenić jaki był rzeczywisty udział i zakres prac wykonany przez członka konsorcjum, który obecnie powołuje się na dane zamówienie. Brak było zatem podstaw do zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który nakazuje wyjaśniać wątpliwości odnośnie do poziomu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Złożone dokumenty nie pozostawiały wątpliwości, czy warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego został przez Przystępującego wypełniony. Zdaniem składu orzekającego Izby wobec przedstawionych referencji i protokołów odbioru zbędne było sięganie i analiza postanowień umowy konsorcjalnej, do treści której dodatkowo sięgnął Zamawiający.

Poddając natomiast analizie argumentację Odwołującego przedstawioną na rozprawie przed Izbą, że rozprawa ujawniła nową okoliczność, mianowicie zwrócić uwagę należało na odmienny skład osobowy konsorcjum dla zadania referencyjnego i podmiot obecnie powołujący się na dane doświadczenie, to dostrzeżenia wymaga, iż takiego zarzutu odwołanie nie zawierało. Jest to zupełnie nowy zarzut i nowa argumentacja strony odwołującej. Co więcej, informacje, które Odwołujący traktuje jako nowe, dotychczas nieujawnione, jasno wynikały już z przedstawionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów. Tak referencje, jak też protokoły odbioru jako członka konsorcjum na zadaniu referencyjnym wskazują podmiot Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U. Jeżeli więc Odwołujący dysponując pewnym zakresem informacji uważał, że między podmiotem tym a Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. nie zachodzi tożsamość, winien powyższe wątpliwości wyrazić w odwołaniu, czego nie uczynił. Nie jest to w żadnym wypadku okoliczność, która ujawniła się z momentem złożenia w postępowaniu odwoławczym wyciągu z umowy konsorcjalnej dla zadania referencyjnego. W takiej sytuacji, z uwagi na brzmienie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dywagacje te pozostają poza rozstrzygnięciem Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

Członkowie: