Sygn. akt: KIO 1588/20
KIO 1596/20

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 18 sierpnia 2020 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 lipca 2020 roku przez wykonawcę TPF spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1588/20),

B. w dniu 13 lipca 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFEGE S.A.S., Francja (pełnomocnik) oraz Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1596/20),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: (1) PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji oraz (2) Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - jednostką prowadzącą postępowanie jest PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji

przy udziale:

A) wykonawcy MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1588/20 po stronie Zamawiającego,

B) wykonawcy ECM Group Polska spółka akcyjna zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1588/20 po stronie Zamawiającego,

C) wykonawcy SAFEGE S.A.S Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz Biuro Rewitalizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1588/20 po stronie Zamawiającego,

D) wykonawcy TPF spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1596/20 po stronie Zamawiającego,

E) wykonawcy MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1596/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1588/20 wywołane w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego: Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POliŚ 5,1-13 pn. "Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia" oraz projektu POUŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą":

- w zakresie zarzutu nr 1 tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego - z uwagi na jego uwzględnienie,

- w zakresie zarzutu 2 tj. naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechania zwrócenia się do Odwołującego o złożenie stosowanych wyjaśnień - z uwagi na jego wycofanie,

- w zakresie zarzutu 5 tj. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów wyjaśnień w zakresie procedury samooczyszczenia oraz części uzasadnienia wykluczenia wykonawcy ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - z uwagi na jego wycofanie,

- w zakresie zarzutu 7 tj. naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócenia się ponownie do MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie o złożenie wyjaśnień - z uwagi na jego wycofanie.

2. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1596/20 wywołane w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego: Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POliŚ 5,1-13 pn. "Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia" oraz projektu POUŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą" w zakresie zarzutu 1 tj. naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wadliwej oceny oferty Odwołującego w zakresie Podkryterium 2

i Podkryterium 3 - z uwagi na jego wycofanie.

3.

A) Oddala odwołanie wykonawcy TPF spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1588/20),

B) Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFEGE

S.A.S., Francja (pełnomocnik) oraz Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1596/20).

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TPF spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1588/20) i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFEGE S.A.S., Francja (pełnomocnik) oraz Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1596/20) i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę TPF spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1588/20) i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFEGE

S.A.S., Francja (pełnomocnik) oraz Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1596/20) tytułem wpisów od odwołań,

4.2 zasądza od wykonawcy TPF spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1588/20) na rzecz Zamawiającego: (1) PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w imieniu której działa PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji oraz (2) Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - jednostką prowadzącą postępowanie jest PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Sygn. akt: KIO 1588/20
KIO 1596/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Zamawiającego: (1) PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji oraz (2) Tramwaje Warszawskie

spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - jednostką prowadzącą postępowanie jest PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego: Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5,1-13 pn. "Prace na Unii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia" oraz projektu POUŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą"

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 13 grudnia 2019 roku pod numerem 2019/S 241-593376.

A. Sygn. akt KIO 1588/20

Odwołującym, działając na podstawie art. 180 ust.1 i oraz art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od:

1. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, a informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

2. Z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zwrócenia się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie stanu faktycznego wskazanego w piśmie z dnia 3.07.2020r.

3. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez MGGP S.A. (dalej „MGGP"), pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu.

4. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie

ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy MGGP, pomimo że Wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

5. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu:

- zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ECM Group Polska Sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie procedury samooczyszczenia,

- części uzasadnienia wykluczenia wykonawcy ECM Group Polska Sp. z o.o. zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 3.07.2020r. na stronie 23,

mimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nie zostały skutecznie zastrzeżone w terminie wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy PZP.

6. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia ofert MGGP pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie złoży odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

7. Niezgodnej z przepisami ustawy oceny wyjaśnień złożonych przez MGGP w trybie art. 90 Ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 Ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd a informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

2. Naruszenie art. 26 ust 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o złożenie stosownych wyjaśnień.

3. Naruszenie art. 91 Ustawy w. zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty MGGP, pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.

4. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MGGP, 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.

5. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu:

- zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ECM Group Polska Sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie procedury samooczyszczenia,

- części uzasadnienia wykluczenia wykonawcy ECM Group Polska Sp. z o.o. zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 3.07.2020r. na stronie 23,

mimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nie zostały skutecznie zastrzeżone w terminie wynikającym z art. 8 ust. 3 Ustawy PZP.

6. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert MGGP, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca MGGP nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Ustawy;

7. Naruszenie art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 Ustawy przez ponowne zwrócenie się do MGGP o złożenie wyjaśnień, podczas gdy pierwsze złożone wyjaśnienia nie zawierały odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania oraz były ogólnikowe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienie czynności wyboru oferty Skoda,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji wykluczenia z Postępowania wykonawców Skoda oraz Hyundai oraz odrzucenia ofert tych wykonawców, oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zwrócenie się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień, odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, ponowną ocenę ofert, wykluczenia MGGP z postępowania, odrzucenia oferty MGGP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniki bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Formalne przesłanki wniesienia odwołania - Odwołujący został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego w dniu 3 lipca 2020 roku, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Ustawie. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania - dowód w załączeniu.

Odwołujący następująco uzasadniał:

I. W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust 5 pkt 5 Ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania; pomimo iż Odwołujący nie przedstawił w wyniku zamierzonego działania; rażącego niedbalstwa lub w wyniki lekkomyślności informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd a informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Naruszenie art. 26 ust 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o złożenie stosownych wyjaśnień.

1.1 Brak przesłanek wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy PZP

Zamawiający wskazał, że podstawą wykluczenia są przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 Ustawy. Zdaniem Odwołującego we wskazywanym przez Zamawiającego stanie faktycznym w pierwszej kolejności należy ustalić, czy Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP. Dopiero bowiem w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej w tym zakresie Zamawiający może oczekiwać, aby wykonawca w JEDZ wskazał, że zachodzą przesłanki do wykluczenia go z postępowania i ewentualnie złożył samooczyszczenie. Tym samym wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy PZP jest możliwe dopiero po uprzednim ustaleniu, że wobec Odwołującego w ogóle zachodzą przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP. Tymczasem Zamawiający w piśmie z 3.07.2020r. w ogóle nie wykazał ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP - nie dokonał analizy faktycznej ani prawnej.

Podkreślić należy, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP wskazuje, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, który: „z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania;”

Z powyższego wynika, że do wykluczenia wykonawcy niezbędne jest łączne spełnienie się następujących przesłanek: (a) wina wykonawcy („z przyczyn leżących po jego stronie"); (b) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego w istotnym stopniu: (c) rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania.

Z powyższych przesłanek Zamawiający wskazał jedynie na fakt rozwiązania umowy, nie odnosząc się w ogóle do pozostałych przesłanek i nie przedstawiając żadnych dowodów na ich zaistnienie. Zgodnie z ciężarem dowodu to na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że zachodzą przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania - a zatem był zobowiązany wykazać, że przyczyną rozwiązania umowy była wina Odwołującego oraz że ewentualne nienależyte wykonanie umowy zaistniało w stopniu istotnym. Tymczasem Zamawiający ciężarowi dowodu nie sprostał - ograniczył się jedynie do: wskazania na „informacje będące w posiadaniu Zamawiającego", wskazania, iż rzekomo Konsorcjum odmówiło przestawienia dokumentów - bez jakichkolwiek dowodów czy argumentów w tym zakresie; wskazania na „bezprawne rozwiązanie umowy przez Konsorcjum" - bez jakichkolwiek dowodów czy argumentów w tym zakresie; wskazania na odstąpienie od umowy z Konsorcjum przez GDDKiA - bez analizy, jakiego zakresu dotyczyło odstąpienie i czy dotyczyło to rozwiązania umowy w istotnym stopniu; wskazania na naliczenie kary umownej - bez analizy wysokości kary, co wskazuje na zakres ewentualne niewykonania umowy (istotny stopień niewykonania).

Brak też jest wykazania przez Zamawiającego związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy rozwiązaniem umowy a ewentualną winą Odwołującego. Cała argumentacja Zamawiającego ogranicza się do stwierdzenia, że GDDKiA odstąpiła od umowy - bez jakiejkolwiek analizy samej umowy, oświadczeń o rozwiązaniu, stanowisk przedkładanych przez Strony, wykonanego zakresu umowy oraz zakresu, w którym umowa została rozwiązana, itp. Z powyższego wynika, że Zamawiający uznał za wystarczający sam fakt złożenia przez GDDKiA oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Czyli przyjął jako własne stanowisko podmiotu, który złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy. Zdaniem Odwołującego nie jest to wystarczające do weryfikacji, czy takie rozwiązanie umowy było uprawnione. Tak też wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 roku, sygn. akt KIO 1435/18, KIO 1440/18.

Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień jakby w ogóle nie był zainteresowany poznaniem stanowiska drugiej strony. Odwołujący w Załączniku nr 1 do odwołania szczegółowo wyjaśnia okoliczności rozwiązania umowy (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA).

Odwołujący wskazał, że z powyższego oraz szczegółowej argumentacji wskazanej w Załączniku nr 1 wynika, że nie ziściły się przesłanki wskazane w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP. Ocena zasadności przesłanek wykluczenia nie może opierać się wyłącznie na subiektywnej ocenie sytuacji dokonanej przez Zamawiającego, zwłaszcza gdy ocena ta opiera się wyłącznie na stanowisku strony umowy, która uprzednio złożyła oświadczenie o rozwiązaniu umowy, a tylko do tego ograniczył się Zamawiający.

Podkreślić należy, że w każdym zobowiązaniu kontraktowym pojawić się mogą spory co do interpretacji zapisów umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych czy prawnych - jak to ma miejsce w niniejszej sprawie. Z kolei wykluczenie może mieć miejsce wyłącznie w przypadku obiektywnego stwierdzenia, że wszystkie przesłanki wykluczenia miały miejsce. Mogłoby to mieć miejsce po dogłębnej analizie stanowisk obu stron sporu (zarówno GDDKiA jak i TPF Sp. z o.o.), analizie materiału dowodowego, ocenie mocy dowodowej poszczególnych dowodów, w tym dokumentów, jak i stanowisk stron. Tymczasem Zamawiający takiego materiału dowodowego w ogóle nie przedstawił.

Powyższe stanowisko Odwołującego potwierdza też stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie przesłanek zastosowania instytucji wykluczenia określonej w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP. Przykładowo można tutaj wskazać Wyrok z dnia 14 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 988/19; Wyrok z dnia 26 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 454/18; Wyrok z dnia 23 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 434/18; Wyrok z dnia 21 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 422/18:

Z kolei sądy powszechne w zakresie, w jakim sprawują kontrolą instancyjną, potwierdzają konieczność wykazania przestanki „istotnego stopnia niewykonania umowy'". Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 8 marca 2019 roku, sygn. akt II Ca 147/19, wskazał na konieczność wykazania istotnego stopnia niewykonania umowy - któremu to obowiązkowi Odwołujący nie sprostał.

Odwołujący wskazuje, że konieczność ustalenia w pierwszej kolejności zaistnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP w stosunku do Odwołującego była już przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą - w wyroku z dnia 4 listopada

2019 r., sygn. akt: KIO 2105/19 wskazano: „W ocenie Izby skoro nie zostało wykazane, że przystępujący TPF podlega wykluczeniu z postępowania i czyn stanowiący podstawę tego wykluczenia jest sporny pomiędzy zamawiającym i przystępującym TPF, to w konsekwencji nie można było uznać, że informacja podana przez przystępującego TPF w JEDZ jest niezgodna z rzeczywistym stanem faktycznym."

Jak wynika z powyższego - wobec Przystępującego nie zaistniała przesłanka wykluczenia z postępowania określona w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy.

1.1 Brak przesłanek wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Ustawy PZP

Wobec powyższego wskazał Odwołujący nie zaistniały też przesłanki wskazane w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy PZP. A to ze względu na okoliczność, iż Odwołujący słusznie zaznaczył odpowiedź „NIE" w formularzu JEDZ w odpowiedzi na pytanie o rozwiązanie umowy - wymóg zaznaczenia opcji "TAK" w przedmiotowym punkcie JEDZ powstaje jedynie w sytuacji zmaterializowania się przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy, tj. w sytuacji, kiedy wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Brzmienie JEDZ nie kreuje bowiem żadnych nowych przesłanek wykluczenia, w oderwaniu od brzmienia Ustawy Prawo zamówień publicznych. JEDZ - jako dokument uniwersalny dla wszystkich państw Unii Europejskiej - należy odczytywać w każdym przypadku w kontekście brzmienia przesłanek wykluczenia ukonstytuowanych w danym Państwie Członkowskim, zarówno obligatoryjnych jak i fakultatywnych.

W przypadku Polski przedmiotowy punkt JEDZ jest zaznaczany przez wykonawców wyłącznie w przypadku, gdy Zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się wprowadzić fakultatywną przesłankę wykluczenia określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy. Zatem odpowiedź na pytanie powinna być udzielana w kontekście brzmienia tego przepisu. Skoro zaś wobec Odwołującego nie zaistniały przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy, to Odwołujący był uprawniony do zaznaczenia odpowiedzi „NIE" w przedmiotowym punkcie. Nie jest to bowiem pytanie o jakiekolwiek rozwiązanie umowy ale jest to pytanie o zaistnienie przesłanek wykluczenia. Gdyby przyjąć, że przedmiotowy punkt JEDZ należy odczytywać samodzielnie, to wynika, że należałoby zaznaczać odpowiedź „TAK" w sytuacji, w której strony rozwiązały urnowe za porozumieniem stron lub gdy Zamawiający odstąpił od umowy na mocy przepisu art. 145 ust. 1 Ustawy. Bowiem także w takich przypadkach miałaby miejsce sytuacja, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem. Taka interpretacja postanowień JEDZ byłaby wręcz absurdalna.

Odwołujący był uprawniony do zaznaczenia odpowiedzi „NIE", gdyż jego zdaniem nie zachodzą przesłanki wykluczenia wskazane w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP. Ewentualne uznanie, że zaznaczenie odpowiedzi „NIE" jest nieprawidłowe, musi być poprzedzone wcześniejszym ustaleniem ziszczenia się przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP. Odwołujący konsekwentnie zaznacza „NIE" w przedmiotowym punkcie JEDZ, gdyż nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP, a to wobec faktu, że nie ziściły się wobec Odwołującego przestanki wykluczenia wskazane w tym przepisie.

1.2 Brak obowiązku złożenia samooczyszczenia

Wobec powyższego Odwołujący nie był także zobowiązany do skorzystania z instytucji samooczyszczenia. Instytucję samooczyszczenia stosuje się bowiem wyłącznie w przypadku, gdyby w stosunku do Odwołującego zachodziła podstawa wykluczenia. Instytucja samooczyszczenia i jej oceny natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec Odwołującego w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. Tak też wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 grudnia 2018 roku, sygn. akt KIO 2400/18.

II. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum MGGP, 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.

Wykonawca MGGP wskazał w załączniku numer 8 do IDW tj. Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z zapisami IDW, pkt. 19.8 w ramach podkryterium 3 (PK3) Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, w celu uzyskania dodatkowej punktacji Wykonawcy winni wykazać się następującym doświadczeniem:

Podkryterium 3

- W ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 5 (pięcio) letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy, Kierownika robót lub Inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 (jednej) inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe. - liczba punktów 8 ,

- Przez minimum 12 (dwunastu) miesięcy pełnił funkcję Inspektora nadzoru w danej branży na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową obejmującą budowę lub przebudowę co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnego scentralizowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (SRK) na stacji kolejowej liczącej co najmniej 25 (dwadzieścia pięć) zwrotnic.

- Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach/zadaniach w tym samym okresie, Zamawiający w ocenie uwzględni tylko jeden z nich - 2 pkt za każdą inwestycję spełniającą wskazane parametry, max. 12 pkt.

W ramach w/w kryterium MGGP przedstawiło doświadczenie Pana Z. K., wskazując mu następującą usługę: okres trwania - 02.2012 - 04.2017; kontynuacja nadzoru nad modernizacją linii E65 Warszawa - Gdynia na odcinku LCS Działdowo (w km 131,100 do km 184,800) w ramach projektu POIIŚ 7.1-41 „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo". Zadanie realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC Zadanie obejmowało nadzór nad budową systemu stacyjnego scentralizowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na stacji Działdowo liczącej co najmniej 25 zwrotnic.

Zamawiający w toku oceny w ramach przedmiotowego kryterium nie przyznał MGGP punktów, podając następujące uzasadnienie: „Z informacji będących w dyspozycji Zamawiającego wynika, że obowiązek Inspektora nadzoru pełnił w okresie od 24.01.2012 do 22.01.2015r” Jak wynika z treści dokumentacji sam Zamawiający w wyniku dokonanej weryfikacji ustalił, że informacje wskazane w ramach Kryterium 2 oceny ofert, podkryterium 3 - Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym nie są zgodne ze stanem faktycznym. Jest to okoliczność bezsporna.

Tak więc sam Zamawiający stwierdził podanie w ofercie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym. Takie działanie MGGP niewątpliwie należało uznać co najmniej za lekkomyślność lub niedbalstwo (a nawet można wskazać o rażące niedbalstwo). MGGP - jako podmiot w pełni profesjonalny - niewątpliwie przed złożeniem oferty powinien dokonać weryfikacji informacji zamieszczanych w ofercie, w szczególności informacji kluczowych z punktu oceny oferty przez Zamawiającego jak: informacje składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też kryteriów selekcji. Co więcej, usługa, na doświadczenie której się powołuje się MGGP, jest usługą realizowaną przez MGGP, jest to również usługa wykazana w ramach potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ramach zdolności technicznej i zawodowej. Co więcej - w ramach przedłożonego Wykazu usług (na spełnianie warunków udziału) i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umowy, MGGP załączyło referencję potwierdzające koniec usługi wyznaczony na dzień 31 lipca 2015r.

Jednocześnie w przedmiotowym wykazie wpisano inną datę, tj. 04.2017r. Wpisanie tej daty było celowe - gdyż tylko w tym przypadku MGGP mogło uzyskać punkty za 5-letnie doświadczenie.

Odwołujący wskazał ponadto, że doświadczenie Pana K. również we wskazanych przez Zamawiającego datach w powyżej cytowanych uzasadnieniu jest niekompletne.

Pan Z. K. w okresie 24.07.2013r. 03.03.2014r. pełnił funkcję Inżyniera Rezydenta nr 2 na kontrakcie realizowanym przez PKP PLK SA: „NADZÓR NAD MODERNIZACJĄ LINII E

20/CE 20, NA ODCINKU SIEDLCE (91,489km) - BIAŁA PODLASKA (170,300 km) W RAMACH PROJEKTU POIiŚ 7.1-9.1 „MODERNIZACJA UNII KOLEJOWEJ E 20/CE 20 NA ODCINKU SIEDLCE - TERESPOL, ETAP II". Zgłoszenie przedmiotowego specjalisty do

Zamawiającego nastąpiło 10 lipca 2013r., a w ramach zgłoszenia Pan Z. K. zobowiązał się pisemnie do pozostanie w pełnej dyspozycji celem wykonywania przedmiotowej funkcji. Dowód: pismo Getinsa z 10.07.2013r., pismo Getinso z 17.02.2014r.

Jak wynika z powyższego - MGGP podało w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, będące sprzeczne ze stanem faktycznym. Co więcej - Zamawiający miał świadomość tych okoliczności, a pomimo tego nie zastosował przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy. Jest to całkowicie niezrozumiałe. Co ważne - Zamawiający nie wystąpił do MGGP o żadne wyjaśnienia. A zatem z dokumentacji postępowania nie wynika na jakiej podstawie przyjął, że podanie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym nie wynikło z lekkomyślności lub niedbalstwa.

Przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy ziszczają się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziściła się przesłanka wykluczenia z postępowania. Tak też uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 444/18. Odwołujący wskazał, że kwestia wykluczania wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy w przypadku wskazania dla specjalistów informacji nie mających potwierdzenia w rzeczywistości była już badana przez Krajową Izbę Odwoławczą. KIO uznawała za prawidłową czynność wykluczenia wykonawców, co znalazło swoje potwierdzenie w następujących wyrokach: Wyrok z dnia 13 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 185/18; Wyrok z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 380/18; Wyrok z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 531/18. Odwołujący podał, że stany faktyczne w w/w sprawach i w przedmiotowym postępowaniu są analogiczne - tj. Wykonawca podał dane dotyczące personelu, które to dane nie znajdują odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Zamawiający na etapie oceny ofert posiadał wiedzę o wprowadzeniu go w błąd, a mimo tego nie wykluczył wykonawcy MGGP z postępowania. I to nie wykluczył MGGP, pomimo iż na tej samej podstawie prawnej wykluczył 3 innych wykonawców. Mamy tutaj do czynienia z oczywistym naruszeniem art. 7 ust. 1 Ustawy PZP - Zamawiający z niewyjaśnionych przyczyn w sposób preferencyjny traktuje MGGP, naruszając tym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto Odwołującemu znane są przypadki, w których PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wykluczało wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 w przypadku zaistnienia tożsamych sytuacji.

Dowód: Pismo PKP Polskie Linie Kolejowe z dnia 18 kwietnia 2019 r. w zakresie wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o.

Biorą pod uwagę powyższe zdaniem Odwołującego tym bardziej dziwi bierność Zamawiającego przejawiająca się brakiem wykluczenia MGGP z przedmiotowego postępowania. Zgodnie z powyższym Odwołujący wskazał, że MGGP podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy. MGGP podało nieprawdziwe informacje w zakresie kryteriów selekcji, czym starał się wprowadzić Zamawiającego w błąd w tym zakresie. Do ustalenia jest poziom winy, jaki można przypisać MGGP. Zdaniem Odwołującego MGGP dopuściło się rażącego niedbalstwa przez wpisanie tych konkretnych nieprawdziwych informacji do Wykazu personelu na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert. Jak już wskazano w niniejszym odwołaniu każdy profesjonalny podmiot składając oferty w zamówieniach publicznych powinien dokładnie weryfikować podawane informacje.

III. Zaniechanie udostępnienia wyjaśnień składanych w ramach samooczyszczenia oraz części uzasadnienia wykluczenia ECM Group Polska Sp. z o.o.

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu całości dokumentów złożonych przez ECM w trybie art. 26 ust. 8 Ustawy. Co więcej - Zamawiający nie udostępnił nawet całości uzasadnienia wykluczenia tego wykonawcy.

Odwołującemu nie udostępniono też uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jedyna udostępniona treść w tym zakresie to fragment znajdujący się w JEDZ pod częścią zastrzeżoną przez ECM, a odtajnioną przez

Zamawiającego: „Jednocześnie zastrzegamy; że wszelkie informacje zawarte na stronach niniejszego pisma oraz załączone do niego dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, p02.1503 z późn. zm.}.

Z przepisu art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Wykonawcy zastrzeżone w niniejszym piśmie informację odnoszą się bezpośrednio do założeń przyjętych przez Wykonawcę jako podstawa złożenia oferty, kalkulacji ceny i stanowią dla Wykonawcy szczególna wartość gospodarcza, organizacyjna i handlowa. Wykonawca oświadcza. że przedmiotowe informacje nie były publikowane lub udostępniane osobom trzecim, nieuprawnionym do powzięcia tych informacji. Wykonawca zapewnił ochronę przedmiotowych danych także poprzez stosowanie systemu obiegu dokumentów, który zapewnia zindywidualizowany dostęp do dedykowanych dokumentów. System zabezpieczenia informacji niejawnych opisany w uzasadnieniu objęcia tajemnica przedsiębiorstwa informacji złożonych wraz z oferta, ma także zastosowanie do niniejszego dokumentu".

Truizmem jest stwierdzenie, że powyższy tekst nie spełnia minimalnych wymogów uzasadnienia wymaganego przez ustawodawcę w przepisie art. 8 ust. 3 Ustawy. Jeśli zatem ECM nie złożył innego uzasadnienia, to oczywistym jest, że zastrzeżenie jest nieskuteczne i wszystkie dokumenty składane w trybie art. 26 ust. 8 Ustawy przez ECM powinny zostać udostępnione wykonawcom.

Z ostrożności, gdyby ECM zamieścił w ofercie jakieś inne uzasadnienie, które nie zostało Odwołującemu udostępnione, Odwołujący zwraca uwagę, że niewystarczające, tj. nie spełniające wymagań określonych w Ustawie w art. 8 ust. 3 są uzasadnienia lakoniczne, nie zawierające wykazania ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności - uzasadnienia takie na ogół nie zawierają wykazania wartości gospodarczej informacji, nie dołączono do nich żadnych dowodów, które wykazywałyby ziszczenie się przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej informacje podawane przez ECM w samym zakresie były odtajnione przez Zamawiającego - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad. Pisma w zakresie odtajnienia w załączeniu. Tym samym żądanie odwołania w tym zakresie jest zasadne - te same dokumenty są już jawne, a ECM nie dołączył do oferty odpowiedniego uzasadnienia. Co więcej - zupełnie niezrozumiałe jest zachowanie się Zamawiającego, który te same dokumenty w jednym postępowaniu odtajnia, zaś w drugim postępowaniu uznaje je za skutecznie zastrzeżone. Takie zachowanie nie może się ostać i nie zasługuje na ochronę prawną.

IV. Zaniechanie odrzucenia oferty MGGP - rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia; brak złożenia wyjaśnień potwierdzających^ że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny; nieprawidłowa ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

W pierwszej kolejności Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie MGGP - wynika to wprost z porównania cen ofert z szacunkową wartością zamówienia. Na prawidłowość takiego punktu odniesienia przy badaniu rażąco niskiej ceny wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 25 sierpnia 2015 roku, sygn. akt XXIII1072/15.

W informacji z otwarcia ofert Zamawiający podał kwotę 26 627 659,61 złotych brutto, jako kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, ceny ofert:

- Konsorcjum: Firma Menedżersko- Konsultingowa KOLMEN Sp. z o. o. Ul. Macieja Rataja 15b; 20-270 Lublin; SGS Polska Sp. z o.o., Ul. Jana Kazimierza 3,01-248 Warszawa - 15 688 643,30 zł brutto (58,92 budżetu),

- MGGP SA Ul. Kaczkowskiego 6,33-100 Tarnów - 17 146 573,33 zł brutto (73,5 % budżetu),

- ECM Group Polska S.A. Ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa - 17 608 483,20 zł brutto (66,13% budżetu),

- TPF Sp. Z o.o Ul. Annopol 22 - 19 905 131,61 zł brutto (74,75 % budżetu),

- Konsorcjum: SAFEGE SAS, 15-27 tue port, Parc de 1'Ile, 92022 Naterre CEDEX, Francja Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor Sp. z o.o Ul. Targowa 69,03-729 Warszawa - 20 451 698,32 zł brutto (76,81 % budżetu),

- Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o., Ul. Bonifraterska 17,00-203 Warszawa EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o, Ul. Budziszyńska 35/1,54-434 Wrocław - 21255 414,75 zł brutto (79, 82 % budżetu),

- Konsorcjum: IDOM - 26 626 163, 33 zł brutto (99,99% budżetu).

Powstanie domniemania rażąco niskiej cena w ofercie MGGP wynika z brzmienia art. 90 ust. 1 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy. Przepis art. 90 ust. 1 konstytuuje obowiązek Zamawiającego zwrócenia się o złożenie odpowiednich wyjaśnień, zaś przepis art. 90 ust. 3 wskazuje, że Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, jeśli wykonawca złożył wyjaśnienia, których ocena przez Zamawiającego (ocena ma obejmować też złożone dowody) nie obala domniemania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Na powstawanie takiego domniemania w wyniku wystosowania wezwania do złożenia wyjaśnień wskazują Sądy Okręgowe w wyrokach rozpatrując skargi na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 12 lutego 2016 roku, sygn. akt II Ca 2717/15 oraz Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 13 marca 2015 roku, sygn. akt IX Ca 39/15.

Powstałe domniemanie - zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 Ustawy PZP - wykonawcy wezwani do złożenia wyjaśnień zobowiązani byli obalić. Pogląd taki wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 roku, sygn. akt XXIII967/17.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia złożone przez MGGP nie pokazały, na czym miałaby polegać specyfika ofert tych wykonawców, dająca przewagę konkurencyjną i możliwość zaoferowania niższej ceny niż inne podmioty występujące na rynku. I to ceny znacząco niższej od kolejnych ofert.

> Brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta MGGP nie zawierają rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny; nieprawidłowa ocena przez Zamawiającego złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień.

Odwołujący podkreśla, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Zdaniem Odwołującego wykonawca MGGP nie wskazał w swoich wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferował.

Z kolei Zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy złożonych wyjaśnień, analizy treści i ewentualnych dołączonych dowodów. Jest to zaniechanie Zamawiającego, które narusza przepisy Ustawy. Wskazywał na to Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 roku, sygn. akt V Ca 2214/06.

MGGP składał wyjaśnienia aż 2-krotnie, co samo w sobie stanowi naruszenie przepisów Ustawy. Zamawiający oceniając, czy dany wykonawca obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, powinien oceniać przede wszystkim pierwsze złożone wyjaśnienia i pomijać wszelkie nowe okoliczności, które pojawiają się w dalszych wyjaśnieniach. O ile bowiem dopuszczalne jest ponowne wzywanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, to jedynie w przypadku, gdy wezwanie to obejmuje okoliczności nowe, o które Zamawiający uprzednio nie pytał, a konieczność wyjaśnienia których pojawiła się dopiero po zapoznaniu się z treścią pierwszych wyjaśnień. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 października 20X6 roku, KIO 1887/16. Zamawiający był uprawniony do wzywania do kolejnych wyjaśnień wyłącznie w zakresie doszczegółowienia treści, która już znalazła się w pierwszych wyjaśnieniach. Jednak nie mógł wzywać ponownie o złożenie wyjaśnień w zakresie, który już uprzednio był przedmiotem wyjaśnień. Powyższe skutkuje tym, że tylko pierwsze wyjaśnienia powinny być oceniane, gdyż każdy wykonawca zobowiązany jest wskazać wszystkie czynniki wpływające na zaoferowanie danej ceny ofertowej już w pierwszych wyjaśnieniach.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w celu ustalenia, że cena przez niego zaoferowana nie jest rażąco niska muszą wynikać z konkretnej, jasnej i wystarczającej analizy kosztów realizacji zamówienia. Treść wyjaśnień musi zawierać analizę przyjętych założeń kosztorysowania, wiarygodne uzasadnienie różnicy ceny oraz nie może opierać się wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy, które nie mogą być w jakikolwiek sposób zweryfikowane odpowiednimi dokumentami (por. np. wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1664/15). W celu wykazania zastosowanych metod, aby udowodnić Zamawiającemu swoje racje, wykonawca nie może powoływać się wyłącznie na swojego doświadczenie, gdyż Zamawiający pozbawiony byłby wtedy możliwości weryfikacji realności

zaoferowanej ceny. (między innymi KIO 2325/18)
"Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać okoliczności uzasadniające zaoferowaną cenę niższą w stosunku do przedmiotu zamówienia, do których odnosi się wezwanie zamawiającego. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ciężar dowodu braku w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia spoczywa na wykonawcy, który jest obowiązany wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny oferty (np. rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, posiadanie własnego wyposażenia, szczególnie korzystne warunki w realizowanych umowach z kontrahentami). W przypadku kosztów pracy ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być jednak niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wyjaśnienia powinny być szczegółowe i zawierać wszystkie wyliczenia dotyczące ceny, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy lub zdarzeniach przyszłych i niepewnych. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie ograniczają wykonawców co do środków dowodowych, które mają oni składać w celu wykazania prawidłowości i rzetelności kalkulacji ceny oferty czy też kosztu. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że cena lub koszt są realne i nie zawierają znamion rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca może zadośćuczynić temu obowiązkowi za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych." (patrz Józef Edmund Nowicki. Art. 90. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV. Wolters Kluwer Polska, 2019., a także wyroki KIO 2197/19, KIO 2057/19 - w zakresie konkretności i kompletności składanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny).

Przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcą niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z dnia 13 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2197/19 oraz wyrok KIO z dnia 29 października 2019 r., sygn. akt KIO 2057/19).

Takie wyjaśnienia przedłożył właśnie Wykonawca MGGP, co potwierdził sam Zamawiający w ponownym wezwaniu z dnia 20 kwietnia 2020r. „W wyniku przeprowadzonej oceny udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień złożonych w piśmie z dnia 17 marca 2020r. Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny złożonej w ofercie nie wykazał, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona.

Konsekwencją takich twierdzeń winno być odrzucenie oferty Wykonawcy MGGP a nie ponowne wzywanie do wyjaśnień. Co więcej kolejne wyjaśnienia również nie mogą rozwiać wątpliwości co do prawidłowej kalkulacji ceny.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 20 kwietnia 2020 wystosował do MGGP, aż 9 dodatkowych pytań wzywając miedzy innymi do „wzywam do uzupełnienia wyjaśnień i ewentualnego wskazania które pozycje wyjaśnienia z dnia 17 marca 2020r zawierają koszty, z podaniem konkretnej zakładanej wartości wykonania, niżej przedstawionego obligatoryjnego zakresu rzeczowego:

(...)

g) Złożenie wyjaśnień dotyczących możliwości zapewniania realizacji zakresu świadczenia usługi zgodnie z SIWZ dla Zespołu zmiennego personelu biura Inżyniera, a w szczególności radcy prawnego i eksperta ds. roszczeń przy założonym czasie pracy wskazanym w wyjaśnieniach RNC;

h) Złożenia wyjaśnień dotyczących możliwości zapewnienia realizacji zakresu świadczenia usługi zgodnie z SIWZ dla Zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji w odniesieniu do zakresów projektowanych przez Wykonawcę robót;

i) Wskazanie, czy przy sporządzaniu oferty brali Państwo pod uwagę zapisy Subklauzuli 6.5 zawarte SIWZ dla postępowania na „Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POliŚ 5.1-13 pn. „Prace a linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia" oraz projektu POliŚ 6.1- 22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą" określające czas pracy Wykonawcy oraz niezbędne zaangażowanie w czasie nocnej zmiany,,

Na przedmiotowe szczegółowe pytania Zamawiającego, MGGP odpowiedziało jedynie składając oświadczenie o uwzględnieniu przedmiotowego kosztu, jak np. w odpowiedzi na pytanie z pkt. I, MGGP odpowiedziało:

„Niniejszym potwierdzamy, iż przy sporządzaniu oferty wzięliśmy pod uwagę zapisy Subklauzuli 6.5 zawarte w SIWZ dla postępowania na „Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POliŚ 5.1-13 pn. „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia" oraz projektu POliŚ 6.1 -22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastruktura towarzyszącą" określające czas pracy Wykonawcy oraz niezbędne zaangażowanie w czasie nocnej zmiany".

Trudno w tym przypadku stwierdzić, iż przedłożone wyjaśnienia zgodnie z żądaniem Zamawiającego są „merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał niezbędny do oceny zaoferowanych cen jednostkowych. Tym samym to na wykonawcy ciąży obowiązek przekazania właściwych merytorycznie informacji i dowodów"

Co więcej kwestia niedopuszczalności wielokrotnego wzywania do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie została potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą, przykładowo w wyrokach: wyrok z dnia 16 stycznia 2017 roku, KIO 2465/16; Wyrok z dnia 29 grudnia 2016 roku, KIO 2374/16.

B. Sygn. akt KIO 1596/20

Na podstawie art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący (dalej: Odwołujący lub „Konsorcjum SAFEGE") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postepowaniu o udzielnie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wadliwej oceny oferty

Odwołującego w zakresie Podkryterium 2 - Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz w zakresie Podkryterium 3 Doświadczenie inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, a w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami prawa;

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „MGGP") mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 i 3 ustawy, wyjaśnienia budzą wątpliwości, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP, mimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ (co zostało opisane w uzasadnieniu odwołania),

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, przyznania ofercie Konsorcjum SAFEGE dodatkowych 6 pkt w ramach Podkryterium 2 i 3, odrzucenia oferty MGGP, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia gdyż jest Wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a zgodnie z informacjami zawartymi w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty złożona przez niego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż prawidłowe działanie Zamawiającego spowodowałoby przyznanie ofercie Konsorcjum SAFEGE wyższej liczby punktów oraz odrzucenie oferty MGGP. W związku z powyższym, nie może budzić wątpliwości fakt, że w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań Zamawiającego

Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący podał, że Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane Odwołującemu via e-mail w dniu 3 lipca 2020 r. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 13 lipca 2020 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu ustawowego. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący następująco uzasadniał:

I. Zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny oferty Konsorcjum SAFEGE.

W pkt 19.8 ppkt 2) SIWZ sformułowane zostało następujące kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia Inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych (Podkryterium 2):

1. W ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 5 (pięcio) letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy, Kierownika robót lub Inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 (jednej) inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe - 8 pkt

2. Przez minimum 12 (dwanaście) miesięcy pełnił funkcję Inspektora nadzoru w danej branży na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową obejmującą budowę lub przebudowę 2 (dwóch) stacji kolejowych wraz z 4 (czterema) peronami, w tym każda ze stacji musiała mieć wybudowane lub przebudowywane co najmniej 20 rozjazdów.

Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach/zadaniach w tym samym okresie, Zamawiający w ocenie uwzględni tylko jeden z nich - 2 pkt za każdą inwestycję spełniającą wskazane parametry, max. 12 pkt.

W dniu 17 stycznia 2020 Zamawiający opublikował modyfikację SIWZ, zgodnie z którą ww. kryterium uległo zmianie w zakresie pkt 2 (str. 8 pisma z dnia 17 stycznia 2020 r.). Zgodnie ze zmienionym brzmieniem pkt 19.8 SIWZ:

Przez minimum 12 (dwunastu) miesięcy pełnił funkcję inspektora nadzoru w danej branży na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową obejmującą budowę lub przebudowę 2 (dwóch) stacji kolejowych każda z 5 (pięcioma) krawędziami peronowymi oraz każda ze stacji musiała mieć wybudowane lub przebudowywane co najmniej 20 rozjazdów.

Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach/zadaniach w tym samym okresie, Zamawiający w ocenie uwzględni tylko jeden z nich.

Konsorcjum SAFEGE wskazało w załączniku nr 8 stanowiącym wykaz osób Pana J. G. na stanowisko Inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. W odniesieniu do projektów o nazwach:

a) "Nadzór nad robotami budowlanymi na linii nr 7 w ramach projektu "Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin w zakresie odcinka Otwock - Lublin " - wskazano, że Pan J. G. pełnił „przez ponad 12 miesięcy pełnił funkcję inspektora nadzoru w danej branży na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową obejmującą budowę lub przebudowę 2 (dwóch) stacji kolejowych każda z 5 (pięcioma) krawędziami peronowymi oraz każda ze stacji musiała mieć wybudowane lub przebudowywane co najmniej 20 rozjazdów (stacje Dęblin i Lublin);

b) „Nadzór nad modernizacją linii nr 18 na odcinku Toruń - Bydgoszcz" - wskazano, że Pan J. G. pełnił „przez ponad 12 miesięcy pełnił funkcję Inspektora nadzoru w danej branży na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową obejmującą budowę lub przebudowę 2 (dwóch) stacji kolejowych każda z 5 (pięcioma) krawędziami peronowymi oraz każda ze stacji musiała mieć wybudowane lub przebudowywane co najmniej 20 rozjazdów, (stacje Toruń i Bydgoszcz).

Z karty oceny Konsorcjum SAFEGE wynika, że Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego w oparciu o nieaktualne brzmienie Podkryterium nr 2. Zgodnie z kolumną 7 tabeli dla Podkryterium 2 "Uwagi" Zamawiający wskazał, że podstawą dla przyznania 0 pkt jest:

a) „Nadzór nad robotami budowlanymi na linii nr 7 w ramach projektu "Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin w zakresie odcinka Otwock - Lublin" - "brak 12 miesięcy inwestycji, brak informacji, że każda ze stacji miała 4 perony i co najmniej 20 rozjazdów Info od Zespołu: brak przebudowy na dwóch stacjach 4 peronów. brak na przebudowywanych stacjach co najmniej 20 rozjazdów",

b) „Nadzór nad modernizacją linii nr 18 na odcinku Toruń - Bydgoszcz" - „w wykazie brak informacji, że każda ze stacji miała przebudowane 4 perony".

Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający dokonał modyfikacji treści Podkryterium 2, Odwołujący nie musiał wskazywać dla Inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych doświadczenia obejmującego przebudowę na dwóch stacjach 4 peronów. Dokonane w toku postępowania modyfikacje treści SIWZ stanowią jej integralną część (wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2018 r. KIO 1615/18). Skoro Zamawiający zmienił brzmienie Podkryterium nr 2 w dniu 17 stycznia 2020 r., to bezzasadne jest oceniane złożonych w postępowaniu ofert w oparciu o nieobowiązującą treść kryterium.

Prawidłowe działanie Zamawiającego powinno polegać na przyznaniu ofercie Konsorcjum SAFEGE dodatkowych 4 pkt. gdyż doświadczenie Pana J. G. spełnia wymagania postawione w SIWZ, tak w zakresie wskazanej w dniu 17 stycznia 2020 r. modyfikacji SIWZ ilości krawędzi, jak i w zakresie ilości rozjazdów.

Posłużenie się w toku badania i oceny ofert nieaktualną treścią SIWZ stawia w wątpliwość prawidłowość całokształtu założeń, na jakich Zamawiający dokonywał badania i oceny ofert wykonawców, w tym w szczególności może prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający na etapie badania ofert wzywał wykonawców do wyjaśnień bądź uznawał podawane przez wykonawców informacje za prawdziwe lub nieprawdziwe w kontekście nieaktualnego brzmienia kryterium oceny ofert. Powyższe okoliczności w sposób oczywisty podważają prawidłowość przeprowadzonego badania i dokonanej oceny ofert (świadcząc o tym, że również inne, poszczególne czynności Zamawiającego mogły być podejmowane na podstawie błędnego założenia), mogąc wpływać na wynik postępowania (tj. na decyzje w przedmiocie wzywania do wyjaśnień, wykluczeń z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, decyzje dotyczące weryfikacji podawanych przez wykonawców informacji u podmiotów trzecich), a tym samym świadczą o konieczności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności badania i oceny ofert, a następnie ponowienia badania i oceny ofert z uwzględnieniem obowiązujących w prowadzonym postępowaniu kryteriów oceny ofert, tj. zgodnie z art. 87 ust. 1 oraz 91 ust. 1 ustawy. Zamawiający naruszył również art. 91 ust. 1 ustawy w odniesieniu do oceny oferty Konsorcjum SAFEGE w zakresie doświadczenia Pana K. B. wskazanego na stanowisko Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

Zgodnie z pkt 19.8 SIWZ doświadczenie było oceniane w następujący sposób:

1. W ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 5 (pięcio) letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy, Kierownika robót lub Inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 (jednej) inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe - 8 pkt

2. Przez minimum 12 (dwunastu) miesięcy pełnił funkcję Inspektora nadzoru w danej branży na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową obejmującą budowę lub przebudowę co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnego scentralizowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (SRK) na stacji kolejowej liczącej co najmniej 25 (dwadzieścia pięć) zwrotnic.

Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach/zadaniach w tym samym okresie, Zamawiający w ocenie uwzględni tylko jeden z nich - 2 pkt za każdą inwestycję spełniającą wskazane parametry, max. 12 pkt.

W celu spełnienia wymagań w zakresie pkt 2 Podkryterium 3 Odwołujący wskazał następujące projekty zrealizowane przez Pana K. B., które zostały zakwestionowane przez Zamawiającego:

a) „Przebudowa stacji Kraków Główny wraz z robotami dotyczącymi organizacji węzła przesiadkowego w ramach projektu POIiŚ 7.3.7 "Zintegrowany System Transportu Zbiorowego w aglomeracji krakowskiej" - Zamawiający w kolumnie 7 tabeli karty oceny stwierdził, że "przebudowywana stacja nie obejmowała 25 zwrotnic

b) Modernizacja Unii E65IC-E65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS

Ciechanów" - Zamawiający w kolumnie 7 tabeli karty oceny stwierdził, że "brak 12 miesięcy realizacji usługi - jednoczesna realizacja z usługa opisana w pkt 2“.

Zamawiający powinien przyjąć, iż w sytuacji, gdy wykonawca wskazuje dwie inwestycje, które realizowane były równolegle (w tym samym okresie), z których to inwestycji jedna spełnia wymogi na kryterium (w zakresie merytorycznym projekt Modernizacja linii E65/C-E65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Ciechanów nie został zakwestionowany), a druga nie ("Przebudowa stacji Kraków Główny (...)), winien przyznać punkty za tę inwestycję realizowaną równolegle, która wymóg spełnia.

Skoro bowiem Zamawiający odrzucił możliwość przyznania punktów w zakresie zamówienia pn. "Przebudowa stacji Kraków Główny (...)", to nie ulega wątpliwości, że powinien był przyznać punktację za projekt pn. "Modernizacja linii E65IC-E65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Ciechanów". Jeżeli w ocenie Zamawiającego inwestycja z lit. a powyżej nie spełniała wymogów Podkryterium 3 punkt 2, zaś inwestycja z lit. b powyżej w pełni spełniała wymogi ww. Podkryterium, ale pod względem czasu jej realizacja nakładała się częściowo na inwestycję nr 2, wówczas Zamawiający nie powinien działać w na niekorzyść wykonawcy i powinien był przyznać pełne punkty za inwestycję ”Modernizacja linii E65/C-E65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Ciechanów, zaś inwestycję "Przebudowa stacji Kraków Główny (...)" pominąć w ocenie (nie przyznawać punktów).

W konsekwencji, oferta Konsorcjum SAFEGE powinna otrzymać w Podkryterium nr 3 dodatkowe 2 pkt.

II. W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty MGGP.

Pismami z dnia 5 marca 2020 r. oraz z dnia 20 kwietnia 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał MGGP do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał, że zaoferowana przez ww. wykonawcę cena budzi wątpliwości i wymaga wyjaśnienia.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na charakter samych wyjaśnień i ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy, który został wezwany do ich złożenia. W świetle dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy, wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 90 ust. 2 ustawy, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16).

Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma zatem obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciążące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak stanowi bowiem art. 90 ust. 3 ustawy, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień potwierdzających złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez MGGP.

Zamawiający powinien szczególnie skrupulatnie zbadać wyjaśnienia wykonawców, ocenić na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty, czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Nie chodzi bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską ceną. Warto zwrócić uwagę na wytyczne formułowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 8 września 2015 r., sygn. akt: KIO 1826/15).

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez MGGP nie ma charakteru rynkowego, a wykonawca mimo dwukrotnego wezwania do udzielenia wyjaśnień nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Zwracamy uwagę w szczególności na potrzebę uwzględnienia w złożonej ofercie całości kosztów - w szczególności:

a. kosztów wynagrodzenia pracowników/ personelu wykonawcy, w tym w szczególności z uwzględnieniem obowiązujących przepisów dotyczących wynagrodzenia minimalnego oraz minimalnej stawki godzinowej

b. kosztów związanych z dojazdami (w tym na narady koordynacyjne, odbiory),

c. kosztów delegacji,

d. kosztów materiałów i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia;

e. koszty funkcjonowania biura;

f. koszty przeprowadzenia badań laboratoryjnych;

g. kosztów ubezpieczenia spełniającego wszystkie wymogi postawione przez Zamawiającego;

h. koszt przekazania autorskich praw majątkowych do dokumentacji;

i. kosztów ryzyka nadzorowania 25% robót dodatkowych zgodnie z wymaganiem Zamawiającego wskazanym w SIWZ.

Treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez MGGP potwierdza, że oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską. Odpowiedzi udzielone przez MGGP mimo, iż rozbudowane są na dużym poziomie ogólności, a tym samym w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, że aktualne brzmienie art. 90 ustawy, wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. KIO 2256/17. Wskazany powyżej wykonawca zobowiązany był zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po jego stronie obiektywne czynniki, które uzasadniają zaniżenie ceny oferty.

W treści wezwania z dnia 5 marca 2020 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Zamawiający w wezwaniu podkreślił, że: „wyjaśnienie winno wskazywać, czy zaoferowania cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Ponadto wyjaśnienie powinno wskazywać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia , które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny".

W wezwaniu z dnia 20 kwietnia 2020 r. Zamawiający wskazał, że pierwsze złożone wyjaśnienia były niewystarczające i zbyt ogólne, jak również ponownie zwrócił się do MGGP o przedstawienie szczegółowej i wyczerpującej odpowiedzi oraz poparcia wyjaśnień dowodami.

Złożone w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie wyjaśnienia powinny być zatem odpowiednio szczegółowe i poparte dowodami oraz uwzględniać cały okres realizacji zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności ofert z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez wykonawców okoliczności, które są tylko dla nich indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13).

Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami potwierdzającymi realność wyliczeń w zakresie najistotniejszych z nich (np. oferta handlowa). Ponadto, wykonawcy wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, muszą wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące ich okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

Udostępniona przez Zamawiającego treść wyjaśnień ceny złożonych przez MGGP pozwala na stwierdzenie, że podmiot ten nie sprostał obowiązkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty. Złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 marca 2020 r. wyjaśnienia byty nieprzekonujące i niewystarczające. Gdyby wyjaśnienia były rzetelne to nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie wystosowywałby kolejnego wezwania.

Wykonawca nie wskazał w swoich wyjaśnieniach czynników obiektywnych, które uzasadniałyby obniżenie ceny oferty.

W szczególności MGGP ani w pierwszych ani również w drugich wyjaśnieniach ceny nie przedstawił szczegółowej kalkulacji kosztów osobowych, w tym dowodów w tym obszarze dla wszystkich członków wchodzących w skład personelu. Wykonawca przedstawił kilka wybranych oświadczeń osób ze wskazaniem wynagrodzeń, natomiast brak jest kosztów w zakresie wszystkich członków zespołu.

Biorąc pod uwagę fakt, że MGGP nie przedstawiło w wyjaśnieniach całościowej kalkulacji kosztów i ceny ofertowej, nie sposób zweryfikować czy rzeczywiście wszystkie koszty w tym zakresie zostały prawidłowo uwzględnione, natomiast wysokość przyjętych stawek świadczy o ich nierynkowości. Należy wskazać, że z wyjaśnień wynika, że zupełnie nierealne i niedoszacowane zostały koszty w odniesieniu w szczególności do zaangażowania radcy prawnego, eksperta ds. roszczeń, geologa, geotechnika, projektanta SRK, projektanta w zakresie sieci instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych oraz geodety.

MGGP nie wskazało czy wykonawca uwzględnił w kalkulacji również przeniesienie na Zamawiającego kosztów w zakresie autorskich praw majątkowych.

Nie wszystkie osoby wchodzące w skład personelu będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w związku z czym, MGGP powinien wykazać, że koszty w ww. zakresie również zostały uwzględnione w kalkulacjach.

Wykonawca znacząco zaniżył koszty ubezpieczenia. Zgodnie z §18 ust. 1 wzoru umowy „Wykonawca zawrze oraz będzie utrzymywał w ważności przez okres realizacji Umowy dedykowaną umowę ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej z tytuły prowadzenia działalności, w tym zawodowej i posiadania oraz użytkowania mienia (wraz z OC za produkt/ wykonawcą usługę) obejmującą wszelkie szkody/ roszczenia, które mogą powstać w czasie i Hub w związku z realizacją Umowy.” Szczegółowy zakres umowy ubezpieczenia został opisany w §18 ust. 6 pkt 1-17 wzoru umowy.

Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego koszty ubezpieczenia wskazane w treści wyjaśnień ceny przez MGPP są zdecydowanie zaniżone. Do wyjaśnień ceny z dnia 16 marca 2020 r. MGGP przedstawił ogólną ofertę towarzystwa ubezpieczeniowego, z której wynika, że koszt ubezpieczenia to ok. 250-350 tys. zł.

Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego biorąc pod uwagę szczegółowy zakres wymagań sformułowany w dokumentacji przetargowej nie jest możliwe uzyskanie ubezpieczenia po koszcie niższym niż 460 000 zł. Skalkulowanie kosztów poniżej tej kwoty potwierdza zaniżenie ceny ofertowej oraz rodzi ryzyko, że warunki polisy zostały określone w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego.

W wezwaniu z dnia 5 marca 2020 r. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia powinny dotyczyć m.in. wykazania zysku. MGGP w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2020 r. przedstawiło ogólne zestawienie kosztów jednak nie wskazało, jaki zysk osiągnie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Dopiero w odpowiedzi na drugie wezwanie, w którym Zamawiający ponownie wezwał MGGP do wykazania osiągnięcia zysku, wykonawca przedstawił jakiekolwiek wyjaśnienia w tym zakresie. Powyższe potwierdza, że MGGP nie udzielił odpowiedzi na pierwsze wezwanie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w związku z czym, już ta okoliczność uzasadnia odrzucenie oferty.

W wezwaniu z dnia 20 kwietnia 2020 r. Zamawiający podniósł, że MGGP powinien przedstawić szczegółową kalkulację ryzyka. W odpowiedzi na ww. wezwanie MGGP przedstawił informację, że ryzyko zostało wycenione na 370.000 zł. Powyższa kwota jest niewystarczająca. Dla porównania, w ofercie Odwołującego ryzyko zostało wycenione na kwotę aż 1.200.000 zł. Dodać należy, że ryzyko było obligatoryjnym elementem wyceny przedmiotu zamówienia - por. Załącznik nr 1b do SIWZ.

Zupełnie niewystarczające są czynniki mające wpływ na obniżenie ceny powołane przez MGGP w wyjaśnieniach ceny z dnia 4 maja 2020 r. MGGP wskazało w tym zakresie na dysponowanie własnym biurem projektowym, posiadanie odpowiedniego zaplecza technicznego, wypracowanych warunków współpracy z podwykonawcami i podmiotami trzecimi oraz bogaty, wykwalifikowany potencjał kadrowy. Wskazane powyżej czynniki nie są właściwe tylko wykonawcy MGGP, a tym samym nie mogą zostać uznane za czynniki dające ww. podmiotowi przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku.

Należy stwierdzić, że każdy z wykonawców działających na rynku usług, których dotyczy niniejsze postępowanie posiada bogate doświadczenie i odpowiednie zaplecze techniczne do realizacji prac objętych zamówieniem. Nie są to szczególne okoliczności właściwe wyłącznie wykonawcy MGGP. Dla przykładu, oferty wynajmu biura dołączone do wyjaśnień ceny MGGP (złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie) zostały pozyskane z Internetu,

a zatem są dostępne każdemu wykonawcy. Każdy z wykonawców dysponuje również odpowiednim, doświadczonym potencjałem kadrowym - potencjał w tym zakresie był przedmiotem warunku udziału w postępowaniu, który został określony jako minimalny poziom zdolności (zdolność techniczna i zawodowa) oraz jako kryterium oceny ofert, tj. dodatkowe doświadczenie personelu wykonawcy. Na marginesie - w przypadku doświadczenia kadry badanego w ramach kryteriów oceny ofert MGGP otrzymało mniejszą ilość punktów niż Odwołujący w związku z czym argumentacja powołana w wyjaśnieniach w tym zakresie pozostaje jedynie formalna i nie jest wystarczająca dla uzasadnienia występującej różnicy cenowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, oferta MGGP powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy bez ponownego wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny. Skoro bowiem MGGP miało dwukrotną szansę na rzetelne wykazanie kalkulacji ceny to brak jest podstaw do kierowania do w. wykonawcy kolejnego wezwania.

Zgodnie z pkt 4.2.4 ppkt 23) OPZ „Inżynier jest zobowiązany uzyskać dostęp do akredytowanego Laboratorium, w którym muszą zostać wykonane na jego zlecenie i na jego koszt w ramach wynagrodzenia Umownego badania kontrolne w ilościach przedstawionych w umowie w ramach realizacji każdego Zadania w zakresie wskazanym w tabeli poniżej Zgodnie z ww. postanowieniem dokumentacji przetargowej oraz stosownie do wymagań jakie stawiane są przez Zamawiającego przy wszystkich tego typu postępowaniach na etapie realizacji zamówienia laboratorium powinno posiadać akredytację na wszystkie badania wyszczególnione w SIWZ.

MGGP dołączyło do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (zarówno z dnia 16 marca 2020 r. jak i 5 maja 2020 r.) ofertę laboratorium - Laboratorium Budowlane sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że ww. laboratorium nie posiada akredytacji na wszystkie wymagane przez Zamawiającego w pkt 4.2.4 ppkt 23 OPZ (w zakresie uwzględniającym modyfikacje SIWZ) badania.

Przykładowo wedle wiedzy Odwołującego ww. podmiot nie posiada akredytacji na badania w zakresie kruszywa łamane - ilość ziaren o powierzchni przekruszonej i łamanej, zawartość pyłków, grunty nasypy - uziarnienie, kapilarność bierna, wilgotność, podłoże gruntowe - cylinder, na warstwie ochronnej - cylinder, podłoże pod konstrukcję torowiska - cylinder, mieszanki bitumiczne - wskaźnik zagęszczenia warstwy asfaltowej, zawartość wolnych przestrzeni w warstwie, zawartość wolnych przestrzeni w mieszance, gęstość, uziarnienie mieszanki, powłoki malarskie I - grubość powłoki, powłoki malarskie II - pull-off, kruszywo 31,5-50 - uziarnienie, mrozoodporność, ilość ziaren o powierzchni przekruszonej i łamanej, zawartość pyłów, kruszywo grube do betonów - uziarnienie, zawartość pyłów, mrozoodporność, zgorzel słoneczna.

Powyższe potwierdza, że MGGP zamierza zrealizować zamówienie w sposób niezgodny z wymaganiami, a zatem oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodna z treścią SIWZ.

W przypadku, gdyby MGGP zamierzało zlecić część badań innemu laboratorium (co jest jednak niewiarygodne, gdyż w obu wyjaśnieniach brak jest informacji o takim zamiarze wykonawcy) należy wskazać, że poniesie w tym zakresie dodatkowy koszt, który nie został przewidziany w kalkulacji, co stanowi o zaniżeniu ceny ofertowej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

<u>W zakresie każdego z odwołań o sygnaturach akt KIO 1588/20 i KIO 1596/20:</u>

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane

w ustawowym terminie Zamawiającemu kopie odwołań, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego oraz co na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził Zamawiający.

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi

Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11). Zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar

dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowan ia odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

III.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w pismach z dnia 17 sierpnia 2020 roku złożonych do sprawy KIO 1588/20 oraz do sprawy KIO 1596/20.

Izba uwzględniła stanowisko MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie (dalej: MGGP) zaprezentowane w pismach z dnia 17 sierpnia 2020 roku złożonych do sprawy KIO 1588/20 oraz do sprawy KIO 1596/20. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez MGGP i załączone do wyżej wymienionych pism.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (dalej: TPF) i załączone do odwołania.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez MGGP w trakcie rozprawy do sprawy o sygn. akt KIO 1588/20:

- dowód nr 5 - faktury wystawione przez Zbigniewa Kalinowskiego,

- dowód nr 6 - wyciąg z OPZ na zarządzenia i sprawowanie nadzoru nad realizacją inwestycji „Rewitalizacja linii kolejowej nr 221 na odcinku Gutkowo-Dobre Miasto" w ramach projektu „Prace na liniach kolejowych nr 220 i 221 na odcinku Olsztyn-Gutkowo-Dobre Miasto".

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFEGE S.A.S., Francja (pełnomocnik) oraz Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum Safege) w trakcie rozprawy do sprawy o sygn. akt KIO 1596/20:

- dowód nr 1 - zestawienie wybranych pozycji kosztorysowych MGGP z porównaniem do oferty Konsorcjum Safege oraz porównanie wyceny ofert MGGP do analogicznych postępowań wraz z załącznikami,

- dowód nr 2 - oferta współpracy radcy prawnego P. S., radcy prawnego A. W., radcy prawnego A. J.,

- dowód nr 3 - oferta handlowa od Aurus Asper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

- dowód nr 4 - wydruk z korespondencji email z dnia 10 lipca 2020 roku oraz 17 lipca 2020 roku prowadzonej przez Konsorcjum Safege z Mentor spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

IV.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie,

jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach i skierowanych do rozpoznania na rozprawie, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody uznała, że każde z odwołań podlega oddaleniu.

Sygn. akt KIO 1588/20

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, w skutek oświadczeń złożonych w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy nie skierowała do rozpoznania na rozprawie i umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1588/20:

- w zakresie zarzutu nr 1 tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego - z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego,

- w zakresie zarzutu 2 tj. naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechania zwrócenia się do Odwołującego o złożenie stosowanych wyjaśnień - z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego,

- w zakresie zarzutu 5 tj. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów wyjaśnień w zakresie procedury samooczyszczenia oraz części uzasadnienia wykluczenia wykonawcy ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego

- w zakresie zarzutu 7 tj. naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócenia się ponownie do MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie o złożenie wyjaśnień - z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego.

W zakresie zarzutu 4 i powiązanego zarzutu 3 tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MGGP, pomimo że 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 oraz naruszenie art. 91 ustawy w. zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty MGGP, pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu - Izba zarzuty uznała za niezasadne.

W zakresie powyższych zarzutów Izba ustaliła, że w IDW, w ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający w Kryterium 2 - Doświadczenie personelu Wykonawcy w Podkryterium 3 (PK3) Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym podał:

W ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 5 (pięcio) letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy, Kierownika robót lub Inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 (jednej) inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe. Liczba punktów - 8 punkty

Przez minimum 12 (dwunastu) miesięcy pełnił funkcję Inspektora nadzoru w danej branży na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową obejmującą budowę lub przebudowę co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnego scentralizowanych urządzeń

sterowania ruchem kolejowym (SRK) na stacji kolejowej liczącej co najmniej 25 (dwadzieścia pięć) zwrotnic. Liczba punktów 2 pkt za każdą inwestycję spełniającą wskazane parametry, max. 12 pkt.

Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach/zadaniach w tym samym okresie, Zamawiający w ocenie uwzględni tylko jeden z nich.

Izba ustaliła, że za pismem z dnia 31 marca 2020 roku Zamawiający odtajnił część oferty złożonej przez MGGP zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty: - Załącznik nr 8 - do IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert.

MGGP w ofercie, w ramach Podkryterium 3, w dokumencie na wzorze Załącznika nr 8 do IDW - wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert wskazało doświadczenie Pana Z. K.:

W kolumnie Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków zgodnie z wymaganiami kryterium nr 2 (poszczególnych wykonanych usług) oraz w kolumnie Inwestycje nadzorowane zgodnie z wymaganiami kryterium nr 2 podano- Kontynuacja nadzoru nad modernizacją linii E65 Warszawa -Gdynia na odcinku LCS Działdowo (w km 131,100 do km 184,800) w ramach projektu POIIŚ 7.1-41 „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo". Zadanie realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC Zadanie obejmowało nadzór nad budową systemu stacyjnego scentralizowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na stacji Działdowo liczącej co najmniej 25 zwrotnic. W kolumnie Okres trwania od data (m-c, rok) - do data (m-c, rok) (wykonanej usługi) wykonawca podał: 02.2012 - 04.2017

Zamawiający w dokumencie Ocena ofert pod względem kryterium 19.8 - Kryterium 2 - doświadczenie personelu Wykonawcy - waga 20% dokonując oceny doświadczenia Pana K. zawarł informację: „Z informacji będących w dyspozycji Zamawiającego wynika, że obowiązek Inspektora nadzoru pełnił w okresie od 24.01.2012 do 22.01.2015r". oraz przyznał wykonawcy 2 punkty.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo nie wykluczył wykonawcy MGGP z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o wskazywaną przez Odwołującego podstawę prawną art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Na wstępie Izba podaje, że regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja te wprowadzają w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie naruszył tej ustawy.

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek podstawy wykluczenia wykonawcy w oparciu o punkt 17 ww. artykułu ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17). W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11).

Dla oceny czy mamy do czynienie z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa" (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda"

rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ wymagania Zamawiającego, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania (tak Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02).

Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku Odwołujący powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji.

Mając na uwadze powyższe wywody Izba dokonując oceny podniesionego zarzutu w zakresie informacji jakie kwestionuje Odwołujący poddaje ocenie w kontekście przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przy uwzględnieniu argumentacji podniesionej w odwołaniu oraz przedstawionej przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy.

Dostrzec należy, że Odwołujący wskazał w oparciu o ustalenia dokonane przez Zamawiającego, że ten ostatni stwierdził podanie w ofercie informacji niezgodnej ze stanem faktycznym. Izba stwierdziła, że stanowisko to jest niezasadne. W ocenie Izby informacje przedstawione przez MGGP nie są informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym czego w ocenie Izby dowiódł MGGP w trakcie rozprawy, jak również wykazał Zamawiający. W oparciu o przedstawione za pismem MGGP dowody tj. wyciągi z umów jakie MGGP zawierało z Panem K., kopie faktur wystawionych przez Pana K. w latach 2015 - 2017, a także świadectwa Wykonania oraz Protokoły przeglądu pogwarancyjnego i odbioru usterek zawierające podpisy Pana K. (inspektor nadzoru) należy stwierdzić, że w ww. okresie, który ujęty został w wykazie osób złożonym na potrzeby oceny w kryteriach oceny ofert Pan K. pełnił wskazaną w wykazie funkcję. Odwołujący nie wykazał, że Pan K. nie pełnił funkcji inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym w zadeklarowanym okresie przez MGGP w wykazie osób, w ramach wskazanego zadania. Odwołujący wskazując na konieczność wykazania się dowodem w postaci „zgłoszenia do PKP" Pana K. do pełnienia wymienionej wyżej funkcji w żaden sposób nie wykazał, że dla pełnienia tej funkcji w zadeklarowanym przez MGGP okresie takie zgłoszenie musiało zostać złożone i że to zgłoszenie stanowi miernik faktycznie wykonywanej w ramach określonego zadania funkcji. Skoro Odwołujący odnosił się do obowiązujących u Zamawiającego regulacji wewnętrznych winien był tą okoliczność wykazać.

W odniesieniu do podnoszonego przez Odwołującego realizowanego równolegle ze wskazaną w Wykazie osób funkcją w podanym tam zdaniu, funkcją Inżyniera Rezydenta nr 2 wykonywanej w latach 2013-2014 w ramach zadania Nadzór nad modernizacją linii E20/CE 20 na odcinku Siedlce - Biała Podlaska z ramienia Odwołującego. Izba dostrzegła,

że Odwołujący nie wykazał w żadnej mirze, że niemożliwym było pełnienie ww. funkcji równocześnie w jednym czasie w realizacji dwóch różnych zadań. Argumentacja Odwołującego z rozprawy odnosząca się do zakazu łączenia funkcji nie została w żaden sposób wykazana przez Odwołującego. Na podstawie dowodów przedstawionych przez

Odwołującego przy odwołaniu jak również przez MGGP na rozprawie (dowód nr 5) wynika, że Pan K. w kwestionowanym okresie od 07.2013 - 02.2014 równolegle wykonywał funkcję Inspektora Nadzoru oraz funkcję Inżyniera Rezydenta nr 2. W ocenie Izby brak kwestionowania złożonego dowodu tj. faktur za okres od 08.2013 - 03. 2014, czyli potwierdzenia faktycznie realizowanej funkcji Inspektora Nadzoru potwierdza w zasadzie brak wykazania przez Odwołującego przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, bowiem informacje wskazane w Wykazie osób przez MGGP również w tym zakresie są prawdziwe. W trakcie rozprawy Odwołujący podał, że w zakresie dowodu nr 5 brak jest jednej z faktur, jednakże po pierwsze nie wskazał za jaki miesiąc brak jest faktury. Po drugie Izba dokonawszy oceny złożonego dokumentu (dowodu) stwierdziła, ze złożone faktury dotyczą okresu od 08.2013 - 03. 2014, co w ocenie Izby koreluje z dowodami przedstawionymi przez Odwołującego przy odwołaniu, bowiem z dokumentu z dnia 10 lipca 2013 roku wynika w sposób jednoznaczny, że pismo to zawierało wniosek o akceptację przedstawionych zmian na określonych w piśmie funkcjach, jednakże w żaden sposób Odwołujący nie wskazał kiedy owa akceptacja nastąpiła i czy tym samym konieczne było wykazywanie po stronie MGGP realizacji w tym czasie funkcji Inspektora Nadzoru. Brak jednakże po stronie Odwołującego wykazania zakazu realizacji w jednym czasie dwóch funkcji powoduje, że ewentualny brak jednej z faktur nie zmienia okoliczności faktycznych, bowiem sam zarzut dotyczył jedynie równoległego wykonania funkcji Inspektora Nadzoru i Inżyniera Rezydenta nr 2 co wykluczało możliwość pełnienia tej pierwszej, a nie niewykonywania funkcji Inspektora Nadzoru w ogóle.

Izba dostrzegła również wskazaną przez MGGP w piśmie procesowym różnicę pomiędzy stawianym wykonawcom w zakresie Inspektora Nadzoru warunkiem udziału w postępowaniu a wymaganiami określonymi w Podkryterium 3. W wymaganiach odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu w SIWZ Zamawiający w odniesieniu do wszystkich wymagań wskazał w punkcie 8.6.2 IDW Uwaga: Zamawiający będzie uznawał doświadczenie w wykonywaniu czynności nadzoru nad okresem realizacji robót budowlanych. Zamawiający nie będzie uwzględniał doświadczenia pełnienia nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi. Natomiast w wymaganiach określonych w 19.8 IDW takie zastrzeżenie nie zostało zawarte, a Zamawiający zastrzegł jedynie, że na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert należy wskazać bezwzględnie tę samą osobę co na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu o których mowa w pkt.8.5.2. W przypadku zmiany osoby wskazanej na spełnienie warunku udziału w postepowaniu Zamawiający w ramach kryterium Doświadczenie personelu przyzna Wykonawcy 0 pkt.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba stwierdził, że wykonawca MGGP nie przedstawił w Wykazie osób dla Pana K. informacji nieprawdziwej, informacji mogącej wprowadzić Zamawiającego w błąd, tym samym nie ziściły się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Nadmienić należy, że Odwołujący oparł zarzut na ocenie dokonanej przez Zamawiającego i w odniesieniu do przyznanych przez Zamawiającego w tym Podkryterium 3 wykonawcy MGGP punktów. Zamawiający dokonał oceny i przyznania punktów MGGP w Podkryterium 3 za okres pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru w okresie realizacji robót budowlanych nie uwzględniając podanego przez MGGP, a zgodnego ze stanem rzeczywistym, okresu gwarancji i rękojmi. Fakt dokonania oceny oferty w kryterium oraz przyznana przez Zamawiającego punktacja stanowi jedynie o tym, że takiej czynności dokonał Zamawiający. Odniesienie do treści wymagań określonych w Podkryterium 3 pozwala Izbie na jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca MGGP nie podał informacji nieprawdziwej w Wykazie osób. Ocena w Podkryterium 3, jaka stała się niewątpliwie przyczynkiem do postawienia przedmiotowego zarzutu, wynika z rozumienia treści postawionego wymagania w zakresie oceny doświadczenia personelu wykonawcy.

W konsekwencji za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Izba zaznacza również w tym miejscu, że nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w IDW kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu 6 i zarzutu 3 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert MGGP, pomimo że oferta

ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wykonawca MGGP nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy oraz naruszenie art. 91 ustawy w. zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty MGGP, pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut ten (nr 6) został uwzględniony przez Zamawiającego oraz częściowo w zakresie odpowiadającym temu zarzutowi Zamawiający uwzględnił zarzut 3, natomiast MGGP wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutu 6 przez Zamawiającego oraz w tym zakresie uwzględnionego zarzutu nr 3.

W zakresie powyższego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, za pismem z dnia 5 marca 2020 roku, wezwał MGGP do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (np.: zysk, wysokość wynagrodzenia projektantów w poszczególnych branżach, koszty administracyjne oraz koszty związane z uzyskaniem gwarancji należytego wykonania zamówienia itp.).

W odpowiedzi MGGP złożył za pismem z dnia 16 marca 2020 roku (do Zamawiającego 17 marca 2020) wyjaśnienia, pismo zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismo wraz z załącznikami zawiera 75 kart.

Zamawiający, za pismem z dnia 20 kwietnia 2020 roku, nawiązując do ww. pisma zwrócił się do Zamawiającego o uzupełnienie i uszczegółowienie wyjaśnień w zakresie wymaganych do realizacji zagadnień rzeczowych wymienionych w Opisie przedmiotu zamówienia co do których wykonawca nie ustosunkował się w ww. wyjaśnieniach. Zamawiający wskazał obligatoryjny zakres rzeczowy podlegający wyjaśnieniu.

W odpowiedzi MGGP złożył za pismem z dnia 4 maja 2020 roku wyjaśnienia, pismo zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismo wraz z załącznikami zawiera 53 kart.

Izba ustaliła, że Zamawiający za pismem z dnia 29 maja 2020 roku odtajnił dokumenty złożone przez MGGP w następującym zakresie: zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia składane na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy, Pismo z dnia 17 marca 2020 r. - wyjaśnienia do oferty wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wszystkimi załącznikami; Pismo z dnia 4 maja 2020 r. - dodatkowe wyjaśnienia do oferty wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wszystkimi załącznikami.

W ocenie Izby Odwołujący wskazując naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert MGGP, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wykonawca MGGP nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy w żaden sposób tego naruszenia nie wykazał.

Należy mieć na uwadze, że Zamawiający dokonał odtajnienia wyjaśnień z marca i maja br. złożonych przez MGGP i Odwołującemu znana była wskazana tam argumentacja.

W ocenie Izby w zakresie rozpoznania tego zarzutu niezbędne jest odniesienie się do kwestii konstrukcji zarzutów odwołania oraz kwestii domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny w postępowaniu i ciężaru dowodu w przypadku zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty złożonej w postępowaniu.

W ocenie Izby, mając na uwadze treść art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy 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 powołanego wyżej przepisu, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Treść przywołanego przepisu wskazuje w sposób oczywisty i jednoznaczny, że zasadą, czyli nałożonym na Zamawiającego obowiązkiem, jest każdorazowe wzywanie wykonawcy

do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, w przypadkach, gdy cena tej oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Taka regulacja przepisu, nakładająca na Zamawiającego skonkretyzowany obowiązek wynikający jedynie z arytmetyki i nie tworzy domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny.

Gdyby uznać, że powstaje takie domniemanie to za niezasadne należałoby przyjąć stanowisko prawodawcy wyrażone w dalszej części art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pozwalające na odstąpienie Zamawiającemu do wyzwania wykonawcy do złożenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, w przypadku gdy ta rozbieżność wynika z niewymagających wyjaśnienia oczywistych okoliczności. W orzecznictwie podkreśla się również, że procedura wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy stanowi obowiązek Zamawiającego, z jednym wskazanym przez ustawodawcę wyjątkiem.

Nadmienić należy również, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający zawsze, gdy uzna, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, może zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Regulacja ta jest zasadna, bowiem należyte i poprawne prowadzenie postepowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego jest jego obowiązkiem, a znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie Izby, gdzie pogląd ten wydaje się być ugruntowany. Niemniej skorzystanie przez Zamawiającego z jego uprawnienia nie tworzy domniemania istnienia rażąco niskiej ceny. Istotnym również dla tego problemu jest fakt, że nie istnieją sztywne kryteria, jakie winny zostać spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na wezwanie Zamawiającego uznane zostały za wystarczające, a ocena w każdym konkretnym przypadku dokonywana jest przez Zamawiającego, natomiast treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat zapytania.

Wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, winien to uczynić z uwagi na konsekwencje jakie w przypadku niewykazania będzie musiał ponieść tj. odrzucenia oferty z postępowania. Ukształtowanie w tym przepisie obowiązku po stronie wykonawca również nie tworzy żadnego domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, co potwierdza np. fakt niezłożenia wyjaśnień w terminie, które w sposób obiektywny wykazują realność zaoferowanej ceny, jednakże nie mogą zostać uwzględnione przez Zamawiającego z uwagi na uchybienie terminu na ich przedstawienie. Sankcją jest odrzucenie oferty, tylko tyle i aż tyle - nie ma jednakże żadnego odniesienia do „domniemania".

Należy podkreślić, że odrzucenie oferty z postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy również wymaga uzasadnienia, w obowiązującym stanie prawnym aktualnym pozostaje bowiem ciężar wskazania przez Zamawiającego przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia za niedostateczne, w tym również nie poparte dowodami (jeżeli takowe mogą być pozyskane).

Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy.
Zakres rozstrzygnięcia - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim faktycznej argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób,

który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację oraz treść art. 190 ust. 1 ustawy i art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy, w ocenie Izby, Odwołujący podnoszący zarzuty w zakresie czynności oceny oferty przez Zamawiającego w kontekście rażąco niskiej ceny obowiązany jest do zbudowania zarzutów przez wskazanie uzasadnienia faktycznego oraz przedstawienia dowodów na okoliczności przez siebie podnoszone (art. 190 ust. 1 ustawy w zw. z art. 1 KC w zw. z art. 6 KC). Na etapie składania odwołania niezbędne jest sprostanie powyższym unormowaniom, fakt, że zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy który ją złożył jeżeli jest strona lub uczestnikiem postępowania odwoławczego albo Zamawiającym, jeżeli wykonawca który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego nie powoduje przeniesienia ciężaru dowodu z Odwołującego na te podmioty. Podkreślenia wymaga, że ww. przepis konstruuje obowiązki dowodowe w etapie prowadzenia rozprawy, a nie na etapie wnoszenia odwołania. Regulacja ta nie służy do uzasadniania bierności w wykazywaniu podstaw faktycznych wskazanego naruszenia przepisów ustawy w czynności Odwołującego.

Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, dla których twierdzi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę.

W ocenie Izby poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie, a odnoszącej się do rozpoznawanego zarzutu argumentacja faktyczna jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów. Odwołujący przedstawiając okoliczności faktyczne dotyczące złożonej oferty nie wskazał żadnych sprecyzowanych informacji jakie uzasadniałby jego twierdzenia. Odwołujący miał możliwość zapoznania się ze złożonymi wyjaśnieniami w zakresie zaoferowanej ceny w ofercie oraz odniesienia się do wskazanych elementów ceny oferty MGGP, nie uczynił tego. Poprzestała na ogólnych sformułowania i argumentacji opartej na cytowaniu orzeczeń Izby.

Wymaga również podkreślenia, że Odwołujący wycofał na posiedzeniu zarzut nr 7 - naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócenia się ponownie do MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie o złożenie wyjaśnień. Tym samym argumentacja faktyczna z punktu IV uzasadnienia odwołania, a odnosząca się do tego zarzutu została przez Izbę pominięta przy rozpatrywaniu zarzutu nr 6.

Mając na uwadze całe przedstawione powyżej stanowisko Izby, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert MGGP, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenia art. 90 ust. 1-3 w zakresie oceny wyjaśnień wykonawcy MGGP.

W konsekwencji, za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Izba zaznacza również w tym miejscu, że nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w IDW kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Sygn. akt KIO 1596/20

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba w zakresie zarzutów podniesieniowych w odwołaniu, w skutek oświadczeń

złożonych w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy nie skierowała do rozpoznania na rozprawie i umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1596/20 w zakresie zarzutu 1 tj. naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wadliwej oceny oferty Odwołującego w zakresie Podkryterium 2 i Podkryterium 3 z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego.

W zakresie zarzutu 3 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP, mimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ - Izba zarzuty uznała za niezasadne.

Zarzut ten (3) został uwzględniony przez Zamawiającego natomiast MGGP wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia tego zarzutu przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w OPZ w punkcie 4.2.4 w podpunkcie 23 zawarł postanowienie: Inżynier jest zobowiązany uzyskać dostęp do akredytowanego Laboratorium, w którym muszą zostać wykonane na jego zlecenie i na jego koszt w ramach Wynagrodzenia Umownego, badania kontrolne w ilościach przedstawionych w Umowie w ramach realizacji każdego Zadania w zakresie wskazanym w tabeli poniżej. Badania kontrolne będą wykonane najwcześniej jak to możliwe, bez zbędnej zwłoki: (poniżej treści tabela)

W tym przedmiocie Zamawiający dokonał modyfikacji z dnia 10 lutego 2020 roku (pytanie nr 35 i 36 oraz modyfikacja nr 4 - tabela w punkcie 4.2.4 OPZ).

W wyjaśnienia złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy MGGP załączyło ofertę Laboratorium Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze z dnia 19 lutego 2020 roku (wyjaśnienia z 16 marca 2020 roku) oraz oświadczenie Laboratorium Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze (wyjaśnienia z dnia 4 maja 2020 roku).

W złożonej ofercie Laboratorium Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: Laboratorium) przedstawiło ofertę w zakresie „Obsługa laboratoryjna w ramach badań kontrolnych z ramienia Inżyniera Kontraktu przy robotach kolejowych i mostowych w zakresie i ilości oszacowanych wg dokumentu OPZ p. 4.2.4 pp. 23." dla zadania pn. „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad Realizacją zadania inwestycyjnego: Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach Projektu POIIŚ 5.1-13 pn. „Prace na Linii Średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia" oraz Projektu POIIŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz w zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą.

W oświadczeniu Laboratorium złożonym przez MGGP przy wyjaśnieniach z dnia 4 maja 2020 roku podane zostało, że przedstawiona oferta z dnia 19 lutego 2020 roku uwzględnia modyfikację Zamawiającego z dnia 10 lutego 2020 roku.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie jest zasadny. Wskazać należy na wstępie, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez MGGP Zamawiający nie dopatrzył się niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ, Tom III - Opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, które sam Zamawiający w SIWZ określił. Następnie w wyniku wniesionego odwołania Zamawiający zarzut uwzględnił, a MGGP wniósł sprzeciw co do jego uwzględnienia przez Zamawiającego.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem

przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez MGGP wskazując na to, że postanowienie OPZ nie może być interpretowane w sposób rozszerzający na jaki wskazał Odwołujący, a mianowicie przez przyjęcie, że podane Laboratorium musi posiadać akredytację na wszystkie badania podane w tabeli zamieszczonej w punkcie 4.2.4 podpunkt 23 OPZ. Wymagania jakie ukształtował Zamawiający nie można interpretować w ten sposób, że dostęp do akredytowanego Laboratorium ma być utożsamiany z obowiązkiem posiadania akredytacji na wszystkie zamieszczone w tabeli rodzaje badań. Niemniej, należy mieć na uwadze, co wskazywał Odwołujący, a nie było kwestionowane przez pozostałych, że akredytacja wydawana jest, po przeprowadzeniu odpowiednich czynności, na poszczególne badania, natomiast nie ma akredytacji na samo laboratorium. Potwierdzają to również dokumenty przedstawione przez MGGP przy wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2020 roku, które określają zakres akredytowanej działalności w Zakresie Akredytacji Nr AB 1605. Pozwala to również za niezasadne uznać stanowisko MGGP wskazujące, że posiadanie przez laboratorium akredytacji chociażby na część procedur badawczych skutkuje objęcie kontrolą całego systemu jakości pracy laboratorium. To prowadzi do wniosku, że badania jakie określił w OPZ Zamawiający muszą zostać wykonane przez laboratorium posiadające akredytację na konkretne badanie, ale jednocześnie nie oznacza to, że dane laboratorium musi posiadać akredytację na wszystkie badania ponieważ Zamawiający w tym zakresie nie ograniczył możliwości np. korzystania z usług innych laboratoriów (podwykonawcy Laboratorium), co również w trakcie rozprawy sam potwierdził.

W rozpoznawanej sprawie oferta Laboratorium w sposób jednoznaczny referuje do wszystkich badań określonych w OPZ przez Zamawiającego oraz potwierdzona została w złożonym oświadczeniu Laboratorium. Mając powyższe na uwadze w ocenie Izby zarzut odwołania sprowadzający się do twierdzenia zawartego w uzasadnieniu odwołania, że laboratorium powinno posiadać akredytację na wszystkie badania wyszczególnione w SIWZ jest niezasadny.

Odwołujący odniósł się w argumentacji do ewentualnego powierzenia wykonania określonych badań przez MGGP innemu laboratorium posiadającemu akredytację na poszczególne badania, czym w zasadzie potwierdził, że możliwe jest wykonanie części badań przez inne, a nie tylko jedno laboratorium. Przy czym założył, że to MGGP będzie zlecać realizację badań innemu laboratorium a nie podmiot, którego ofertę MGGP przedstawiło. Co do ewentualnie poniesionego dodatkowego kosztu za zlecenie badań innemu laboratorium, na który wskazał w uzasadnieniu odwołania Odwołujący Izba dostrzegła, że nawet nie podał Odwołujący ewentualnie takiego kosztu znając zakres badań akredytowanych Laboratorium. Przy czym również nie zakwestionował Odwołujący, że w ramach zaoferowanej ceny przez Laboratorium wykonanie badań określonych przez Zamawiającego w OPZ nie jest możliwe.

W ocenie Izby przedstawiony przez MGGP dowód nr 6 wyciąg z OPZ na zarządzenie i sprawowanie nadzoru nad realizacją inwestycji „Rewitalizacja linii kolejowej nr 221 na odcinku Gutkowo-Dobre Miasto" w ramach projektu „Prace na liniach kolejowych nr 220 i 221 na odcinku Olsztyn-Gutkowo-Dobre Miasto" w odniesieniu do treści w punkcie 24 dowodzi jedynie tylko tego co zostało tam podane, nie ma również znaczenia i wpływu na rozumienie postanowień OPZ w przedmiotowym postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Nie mają również dla oceny postawionego zarzutu znaczenia argumenty podnoszone w piśmie procesowym MGGP, a odnoszące się do zaakceptowania przez Zamawiającego Laboratorium przy realizacji innego kontraktu (linia kolejowa 94) na podstawie zawartej umowy, a załączone dowody wskazują na inne wymagania Zamawiającego opisane w OPZ (dostęp do certyfikowanego laboratorium). Izba dostrzegła jednakże podobieństwo w odniesieniu do zarzutu oraz wskazanej realizacji inwestycji na linii E75 i wykonywanych badań przez Laboratorium, które nie posiada akredytacji na wszystkie wskazane w OPZ dla tej inwestycji badania. Jednakże dostrzega również, że nie wynika z tego, że badania realizowane dla tak poważnego Zamawiającego nie są realizowane przez laboratorium posiadające zakres akredytacji dla konkretnych badań. Tym samym, dowód ten dowodzi jedynie tyle, że Zamawiający określił wymagania w OPZ co do zakresu badań, a dane laboratorium posiada określony zakres akredytacji

W konsekwencji za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W zakresie zarzutu nr 2 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MGGP mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 i 3 ustawy, wyjaśnienia budzą wątpliwości, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut ten (2) został uwzględniony przez Zamawiającego natomiast MGGP wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia tego zarzutu przez Zamawiającego.

W tym miejscu Izba przyjmuje za właściwą w zakresie rozpoznania tego zarzutu argumentację prawną poczynioną przez Izbę powyżej, w zakresie rozstrzygnięcia zarzutu nr 6 w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 1588/20.

W ocenie Izby uzasadnienie zarzutu odwołania poczynione przez Odwołującego jest zbyt ogólnikowe i nieuargumentowane oraz nie dowodzi w żaden sposób, że wyjaśnienia poczynione przez MGGP za pismem z dnia 16 marca 2020 roku oraz za pismem z dnia 4 maja 2020 roku zostały nieprawidłowo ocenione przez Zamawiającego.

Izba dostrzegła w argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu, że odnosi się on do złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień, w tym wyjaśnień złożonych za pismem z dnia 4 maja 2020 roku podnosząc w odniesieniu do wezwania Zamawiającego, że „powinny być zatem odpowiednio szczegółowe". Spostrzeżenie Odwołującego zasługuje na uwagę także w kontekście podnoszonej przez samego Odwołującego argumentacji, która powinna faktyczna, szczegółowa oraz uzasadniona w odwołaniu zgodnie z obowiązującym rozkładem ciężaru dowodów w przypadku składania odwołania i podnoszenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy (o tym szerzej w powołanym rozpoznaniu zarzutu nr z odwołania sygn. akt KIO 1588/20).

W ocenie Izby Odwołujący błędnie założył, że wykonawca MGGP „nie sprostał obowiązkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty". Jak zostało to już wcześniej wykazane przez Izbę wezwanie poczynione przez Zamawiającego nie tworzy żadnego domniemania złożenia oferty z rażąco niska ceną. Wykonawca składający wyjaśnienia odpowiada na zapytanie Zamawiającego, a poziom precyzyjności tego pytania zazwyczaj determinuje poziom precyzyjności poczynionych przez wykonawcę wyjaśnień. Istotne jest również to, że Zamawiający ujawnił treść wyjaśnień MGGP z dnia 16 marca 2020 oraz wyjaśnień z dnia 4 maja 2020 roku, co powoduje, że Odwołującemu były dostępne wszystkie przedstawione przez MGGP informacje. W konsekwencji prowadzi do wniosku, że budowanie faktycznej argumentacji zarzutu mogło być precyzyjne i wyczerpujące - takie też powinno być.

W odniesieniu do zaznaczonych w uzasadnieniu odwołania argumentów Izba wskazuje, że w przypadku wskazywanego przez Odwołującego braku przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów osobowych z uwzględnieniem również osób niezatrudnionych na umowę o pracę, w tym dowodów dla wszystkich członków wchodzących w skład personelu Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zawarł w odwołaniu żadnego faktycznego uzasadnienia w tym zakresie. Podanie jedynie, że koszty zaangażowania niektórych osób są nierealne i niedoszacowane nie może zostać potraktowane przez Izbę jako uzasadnienie zarzutu dające podstawę jego uwzględnienia. Odwołujący ograniczając się jedynie do argumentacji zawartej w odwołaniu podaje własną ocenę danej sytuacji ale nie buduje faktycznej argumentacji dlaczego też tak jest w jego ocenie. W zasadzie uzasadnienie odwołania poza ogólnikami nie zawiera faktycznej argumentacji, natomiast to co zostało wskazane nie uzasadnia stanowiska Odwołującego. Należy mieć na względzie, że korzystanie ze środki ochrony prawnej nie może sprowadzać się do tego, że to Zamawiający czy też uczestnik postępowania będzie poszukiwał argumentacji przeciwnej w zasadzie na niewykazany przez Odwołującego zarzut. W tym miejscu można byłoby poprzestać już na uzasadnieniu niezasadności podniesionego zarzutu jednakże Izba postanowiła wskazać również, że słusznie w ocenie Izby również wskazał MGGP, że Zamawiający nie ukształtował wymagania przedstawienia za wyjaśnieniami szczegółowej kalkulacji kosztów osobowych, Odwołujący również takiego wymagania w wezwaniach Zmawiającego nie wskazał. Natomiast w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2020 roku MGGP przedstawia dość szeroko wyjaśnienia, wyliczenia i oferty deklarowanych kosztów zaangażowania personelu wymaganego przez Zmawiającego. Ten element nie został objęty przez Zamawiającego wezwaniem z dnia 20 kwietnia 2020 roku, co również pominął Odwołujący. Jednocześnie

koszty osobowe nie stanowiły podstawy uwzględnienia zarzutu przez Zmawiającego, co jednoznacznie wyartykułowanym w piśmie i stanowisku reprezentowanym na rozprawi. W ocenie Izby dowody przedstawione na rozprawie (dowód nr 2, 3) dowodzą w ocenie Izby jedynie tego, co zostało w nich oświadczone, czyli że zgodnie z tymi ofertami w zakresie poszczególnych stanowisk zaoferowano określone kwoty współpracy. Wartym odnotowania jest również fakt, że oferty te kierowane są do Odwołującego. Natomiast w zakresie zestawienia z dowodu nr 1 w ocenie Izby pokazuje on jedynie różne skalkulowanie wynagrodzenia w ramach różnych kontraktów. Izba dostrzegła, że do których referuje Odwołujący, wbrew jego twierdzeniu jakie wskazał w karcie przewodniej dowodu nr 1 - „do analaogicznych postępowań" - nie są postępowaniami analogicznymi na co wskazuje chociażby wartość kontraktu na roboty, a co za tym idzie zapewne i jego złożoność wielkość w przypadku w przypadku LK 7 Wawer natomiast w przypadku Linii E-E65 inna była struktura organizacyjna w której ubiegano się o zamówienia (MGGP w konsorcjum, a nie samodzielnie), co również mogło mieć wpływ na wycenę, a na co wskazał MGGP w trakcie rozprawy. Jednocześnie podnoszone dowody i argumentacja w odniesieniu do nich stanowiła rozgrzeszenie bardzo lakonicznie podanego w odwołaniu stanowiska.

W odniesieniu do kosztów przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych, Izba wskazuje, że ponownie poza odniesieniem się jednym zdaniem w odwołaniu do tego elementu brak jest jakiejkolwiek argumentacji faktycznej. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie ten element musiałby zostać uwzględniony w złożonych wyjaśnieniach, nie odniósł się do wezwań Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, nie wykazał, że MGGP nie sprostało obowiązkowi wyjaśnienia elementów ceny oferty.

W odniesieniu do zaniżenia kosztów ubezpieczenia, do których odnosił się Odwołujący Izba wskazuje, że oparł swoje stanowisko na własnych ustaleniach poczynionych na etapie składania odwołania czego dowodzą daty korespondencji zawarte w dowodzie nr 4. Słusznie w ocenie Izby wskazało MGGP, że w treści odwołania brak jest jakiejkolwiek argumentacji uprawdopodabniającej stanowisko Odwołującego. Autorytatywne stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu nie jest w żaden sposób wykazane. Podanie, że nie jest możliwe uzyskanie ubezpieczenia po koszcie niższym niż 460 000 zł również nie zostało w żaden sposób uzasadnione. Stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego nie zostało w żaden sposób uargumentowane, w szczególności nie odniósł się Odwołujący do tego dlaczego uważa, że zawarta w indykacji załączonej do wyjaśnień z dnia 16 marca 2020 roku kwota składki ubezpieczenia jest zdecydowanie zaniżona. Przedstawienie natomiast w trakcie rozprawy korespondencji z brokerem (dowód nr 4) jak prowadzona była również z ubezpieczycielem będącym wystawcą indykacji dla MGGP potwierdza, że indykacja dla MGGP została wystawiona. Z dowodu tego również wynika, że indykacja była przygotowana dla innego brokera, który się o nią zwrócił oraz dla innego podmiotu. Nie wynika natomiast jakie były podstawy przygotowania takiej indykacji. W przekazanej korespondencji mowa jest o sprawdzeniu czy „do wyceny zostały uwzględnione aktualne dane dot. wartości nadzorowanych robót", jednakże nie wynika z tej korespondencji jak była wartość robót uwzględniona przy sporządzeniu oferty dla MGGP jak również nie wynika, że wskazana w korespondencji mailowej wartość składki ubezpieczenia to wartość składki przygotowana i podana dla MGGP. W ocenie Izby dowód ten również nie potwierdza, że uwzględnienie zaktualizowanych danych dotyczących wzrostu wartości nadzorowanych robót dotyczyło zmiany stawki ubezpieczenia zawartej w złożonej indykacji. Warto również odnotować, że podana w korespondencji mailowej składka stanowi wstępną propozycję i nie wiadomo dlaczego akurat taka wartość miałaby być właściwa oraz dlaczego została skalkulowana na takim poziomie. Odwołujący nie wykazał natomiast, że MGGP nie przekazało wymaganych informacji do pozyskania oferty ubezpieczenia jak również, że składka ubezpieczenia która została przez MGGP uwzględniona w cenie oferty nie zapewnia ubezpieczenia w wymaganym zakresie.

W odniesieniu do zakładanego zysku MGGP Odwołujący pominął podanie przez MGGP w formularzu oferty zakładanego zysku. Jednocześnie twierdzi Odwołujący, że w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2020 MGGP nie zawarł informacji w tym zakresie co powinno był już stanowić podstawę odrzucenia oferty MGGP. W ocenie Izby te twierdzenia są niezasadne, bowiem w wyjaśnienia z 16 marca 2020 roku MGGP odnosił się do potencjalnego zysku przy odmawianiu poszczególnych pozycji kosztowych. Tak jak już wcześniej Izba zaznaczyła, szczegółowość wezwania determinuje szczegółowość wyjaśnień składanych przez wykonawców, tym samym w przedmiotowej sprawie wyjaśnienia poczynione na wezwanie z dnia 5 marca 2020 roku odpowiadały wartością zawartych informacji wezwaniu jakie skierowane zostało do MGGP. Podanie informacji w sposób jaki przyjął wykonawca nie może być oceniane z perspektywy innej niż wezwania i w ocenie Izby wykonawca MGGP w tym zakresie wypełnił swój obowiązek złożenia wyjaśnień. Izba dostrzegła również, że Odwołujący nie kwestionował w tym zakresie informacji zwartych

w wyjaśnieniach z dnia 4 maja 2020 roku złożonych na wezwanie z dnia 20 kwietnia 2020 roku, gdzie Zamawiający dopiero wskazał zakres składanych wyjaśnień, w tym w odniesieniu do zakładanego zysku.

Kalkulacja ryzyka dokonana przez MGGP kwestionowana była w odwołaniu jedynie co do kwoty wycenionego przez MGGP ryzyka na 370 000 zł. Stwierdzenie jedynie przez Odwołującego, że „powyższa kwota jest niewystarczająca" w ocenie Izby nie stanowi żadnego uzasadnienia dla postawionego zarzutu w tym zakresie. Odwołujący nawet nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie ta kwota nie jest wystarczająca. Nie stanowi również uzasadnienia twego stwierdzenia fakt, że ryzyko w ofercie Odwołującego zostało wycenione inaczej.

W odniesieniu do powołanego argumentu dotyczącego laboratorium Izba w całości uwzględnia w tym miejscu argumentację poczyniona powyżej w zakresie rozpoznania zarzutu nr 3 przedmiotowej sprawy odwoławczej. Izba nie stwierdziła niezgodności oferty MGGP z wymaganiami poczynionymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Odwołujący nie kwestionowała natomiast określonej w ofercie Laboratorium Budowlanego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 19 lutego 2020 roku kwoty za realizację wszystkich wymaganych przez Zamawiającego w punkcie 4.2.4 podpunkt 23 POZ badań.

Skoro Izba uznała, że zarzut 89 ust. 1 pkt 2 (zarzut nr 3) nie potwierdził się, a tym samym nie będzie zlecał MGGO innemu laboratorium wykonania badań i mając na uwadze, że kwota za wykonanie wszystkich badań nie była kwestionowana w kontekście rozpoznawanego zarzutu, to argumentacja Odwołującego w tej części w ocenie Izby jest bezzasadna.

W odniesieniu do elementów wyjaśnień które, jak wskazała Odwołujący „nie są właściwe tylko wykonawcy MGGP" Izba stwierdziła, że faktycznie te elementy nie muszą być jedynie właściwe jednemu wykonawcy i mogą być one właściwe wielu innym. Jednakże sam fakt, że dane elementy wyjaśnień nie są właściwe tylko temu wykonawcy nie powoduje, że tracą one swoją wartość. Wszystkie elementy wyjaśnień składają się bowiem na określoną całość. Przedstawienie przez MGGP ofert wynajmu biura pozyskanych z internetu dowodzi przedstawienia informacji realnych, takich jakie są możliwe do uzyskania, przy czym należy pamiętać, że jest to jeden z wielu elementów jakie wskazywał wykonawca w złożonych wyjaśnieniach i w tym zakresie posłużył się dostępnymi wszystkim ofertami. Natomiast np. Odwołujący nie wykazał nierealności oferty ubezpieczyciela w którym MGGP pozostaje w stałej współpracy, jak również nie kwestionował kwoty oferty Laboratorium za wymagane przedmiotem zamówienia badania

Mając na uwadze całe przedstawione powyżej stanowisko Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MGGP. Izba nie stwierdziła, że MGGP nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 i 3 ustawy, wyjaśnienia budzą wątpliwości, a tym samym, ze oferta MGGP zawiera rażąco niską cenę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1

72).

Przewodniczący: .....