Sygn. akt: KIO 2156/17
Sygn. akt: KIO 2176/17

WYROK
z dnia 3 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 października 2017r. i w dniu 3 listopada 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 16 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

1. L. S. K. R. P. sp. p., (...),
2. K. R. P. E. G., (...)
3. D. A. K. R. P., (...),

B. w dniu 16 października 2017 r. przez wykonawcę K. R. P. M. & P. Sp. p., (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego w S., (...)

przy udziale:

A. wykonawcy S. K. P. S. W. Sp. k., (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2156/17 oraz KIO 2176/17 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: D. D. S. K. R. P. i D. P. Spółka partnerska z siedzibą w P. – Lider Konsorcjum, L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w P. – Partner, (...) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2156/17 oraz KIO 2176/17 po stronie Zamawiającego,

C. wykonawcy K. R. P. Ć. i P. Sp. p., (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2176/17 i o sygn. akt: KIO 2156/17 po stronie Odwołującego

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

1. L. S. K. R. P. sp. p., (...),
2. K. R. P. E. G., (...)
3. D. A. K. R. P., (...) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego 1

---

o sygn. akt: KIO 2176/17 po stronie Zamawiającego,

E. wykonawcy K. R. P. M. & P. Sp. p., (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2156/17 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
   1) L. S. K. R. P. sp. p., (...),
   2) K. R. P. E. G., (...),
   3) D. A. K. R. P., (...)
   oraz wykonawcę K. R. P. M. & P. Sp. p., (...) i:
   2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
   1) L. S. K. R. P. sp. p., (...),
   2) K. R. P. E. G., (...),
   3) D. A. K. R. P., (...)
   oraz wykonawcę K. R. P. M. & P. Sp. p., (...) tytułem wpisów od odwołań,
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
   1) L. S. K. R. P. sp. p., (...),

2) K. R. P. E. G., (...),
3) D. A. K. R. P., (...)
i wykonawcy K. R. P. M. & P. Sp. p., (...) na rzecz Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w S., (...) kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę 3 600 zł 00 gr(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
1) L. S. K. R. P. sp. p., (...),
2) K. R. P. E. G., (...),
3) D. A. K. R. P., (...)
oraz kwotę 3 600 zł 00 gr(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy K. R. P. M. & P. Sp. p., (...).

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2156/17
KIO 2176/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego w S., (...) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Obsługę prawną Inwestycji pn. „Modernizacja toru wodnego Ś.-S. do głębokości 12,5 m", oznaczenie postępowania PO-H-370/ZZP- 3/14/17.

Przedmiotowe zamówienie zostało przesłane do publikacji w 24 kwietnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu pod numerem 2017/S -081-156371 i opublikowane w dniu 26 kwietnia 2017 r.

KIO 2156/17

W dniu 5 października 2017 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:
1. L. S. K. R. P. sp. p., (...),
2. K. R. P. E. G., (...),
3. D. A. K. R. P., (…),
powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. K. P. S. W. sp. k.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 16 października 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie obejmującym:
1. badanie i ocenę ofert,
2. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę S. K. P. S. W. sp. k.,
3. zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcę S. K. P. S. W. sp. k. z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4. niewłaściwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i oferty, a w jej efekcie

zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. K. P. S. W. sp. k. z powodu niezgodności treści 4

---

oferty z treścią SIWZ a także ewentualnie z powodu rażąco niskiej ceny,

5. zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Kancelaria D. z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu,

6. niewłaściwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a w jej efekcie zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kancelaria D. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ a także ewentualnie z powodu rażąco niskiej ceny,

7. niezgodne z postanowieniami SIWZ przyznanie punktów wykonawcy S. K. P. S. W. sp. k. i wykonawcy Kancelaria D. w kryterium doświadczenie,

8. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Działaniom i zaniechaniom Zamawiającego, zarzucił naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy S. K. P. S. W. sp. k., pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu, względnie oferta jego podlega odrzuceniu i jako taka nie powinna podlegać wyborowi.

W zakresie wykonawcy S. K. P. S. W. sp. k., zwanej dalej jako: Kancelaria S. zarzucił naruszenie:

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kancelaria S., która w swojej ofercie podał nieprawdziwe informacje polegające na wskazaniu, że nie będzie korzystała z podwykonawców oraz w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 5 lipca 2017r., wskazała, że Prawnik Wiodący i Zastępcy Prawnika Wiodącego są wspólnikami Kancelarii S. w związku z czym nie są to prawnicy specjalnie zatrudnieni na potrzeby realizacji zamówienia, a tym samym wykonawca nie ponosi kosztów w tym zakresie, podczas gdy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 02.10.2017r. wprost wynika, że Prawnik Wiodący i Zastępcy Prawnika Wiodącego są podwykonawcami Kancelarii S. i wykonawca ten ponosi koszty umów podwykonawczych w związku z realizowaniem czynności przez te osoby, a informacje te miały istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający winien odrzucić ofertę tego wykonawcy;

3. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kancelarii S., który w swojej ofercie podał nieprawdziwe informacje w zakresie kontraktów, które stanowiły podstawę przyjęcia, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia personelu i co wpłynęło na ilość przyznanych punktów w zakresie kryteriów Doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, i co miało istotnych wpływ na wynik postępowania;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kancelarii S. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, z uwagi na zaoferowanie świadczenia niezgodnego z SIWZ, w szczególności nie uwzględniając w swojej ofercie wystarczającego czasu świadczenia usługi i dyspozycyjności

Prawnika 5

Wiodącego, Zastępców Prawnika Wiodącego i Sekretarza biura, a także nie uwzględniając w swojej ofercie transportu Personelu do interesariuszy, opiniowania projektów decyzji i decyzji Inżyniera Kontraktu oraz nieuwzględnienie wykonywania szeregu innych obowiązków umownych przewidzianych na etapie realizacji inwestycji, w razie stwierdzenia, że oferta Kancelarii S. nie podlega odrzuceniu z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, zarzucił dalsze naruszenia przepisów:

5. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w z w. z art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kancelarii S., który dokonał zmiany oferty po upływie terminu jej składania w ten sposób, że posłużył się podwykonawcami do wykonania zamówienia w zakresie kluczowych prawników,

6. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Kancelarii S. do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów żądanych od podwykonawców w stosunku do Prawnika Wiodącego, Zastępców Prawnika Wiodącego, specjalisty ds. Technicznych i Sekretarza biura,

7. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust, 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwą ocenę złożonych w dniu 02.10.2017r. wyjaśnień w zakresie rażąco

niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kancelarii S. z powodu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem z wyjaśnień tych jednoznacznie wynika, że w cenie oferty nie są ujęte koszty Prawnika Wiodącego, Zastępców Prawnika Wiodącego i Sekretarza biura odpowiadające realnemu i wymaganemu czasowi pracy tych osób oraz koszty dojazdu do interesariuszy oraz bez założenia godziwego zysku, co powoduje jednocześnie, że zaoferowano cenę poniżej faktycznych kosztów uzyskania przychodów w celu wyeliminowania innych oferentów,

8. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z treścią SIWZ przyznanie punktów w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, bowiem jak wynika z wyjaśnień złożonych w dniu 02.10.2017 r., kontrakt wykazany dla A. M. w postaci usługi „Zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy płaszczyzn lotniskowych P. L. P. – Ł." nie spełniał kryterium przyznania punktów, kontrakt wykazany dla A. N. w postaci usługi „Zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy płaszczyzn lotniskowych P. L. P. – Ł." nie spełniał kryterium przyznania punktów w związku z czym Zamawiający powinien przyznać mniejszą liczbę punktów lub nie przyznać punktów w ogóle.

W zakresie wykonawcy konsorcjum w składzie D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p. L. P. sp. z o.o., zwanego dalej jako: Kancelaria D. zarzucił naruszenie:

9. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Kancelaria D. z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia Ł. S., J. D. oraz M. D., 6

---

10. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kancelaria D. z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania zastępcą Prawnika Wiodącego, ponieważ wskazany w ofercie Ł. S. nie spełnia wymagań Zamawiającego;

11. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kancelaria D. z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie Prawnika Wiodącego, bowiem wskazany w ofercie T. M. z uwagi na inne zobowiązania nie jest w stanie świadczyć usługi na rzecz Zamawiającego;

12. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie wykonawcy Kancelaria D. do złożenia nowego formularza JEDZ uwzględniającego dodatkowe doświadczenie Ł. S., na które powoływał się ten wykonawca w swoich Wyjaśnieniach, a następnie dokonanie badania oraz oceny zmienionej treści oferty i dokonanie oceny oferty w kryterium Doświadczenia dla zastępcy prawnika Ł. S. z uwzględnieniem nowych, niewskazanych w pierwotnej ofercie, kontraktów inwestycji budowalnej, co stanowiło naruszenie prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2017 r. w sprawie KIO 1602/17 (1614/17], a w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia tego wykonawcy tego wykonawcy z postępowania i również wypaczyło ocenę punktową tej oferty łamiąc zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

13. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kancelaria D. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, z uwagi na:

1) wskazanie na stanowisko Prawnika Wiodącego podwykonawcę, wbrew warunkom postępowania przetargowego, które w tym zakresie wprost zakazywały podwykonawstwa (por. rodź. XII ust. 16 SIWZ oraz § 11 ust. 2 wzoru umowy);

2) zaoferowanie przez Wykonawcę zakresu usług nieuwzględniających wymaganego przez Zamawiającego czasu świadczenia usług przez Prawnika Wiodącego, Zastępców Prawnika Wiodącego i ich dyspozycyjności,

3) nieuwzględnienie w swojej ofercie pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, a w szczególności dojazdów do interesariuszy oraz nieuwzględnienie wykonywania szeregu innych obowiązków umownych przewidzianych na etapie realizacji inwestycji, które nie zostały w ogóle wycenione i co do których nie jest wiadome jakie Wykonawca przyjął założenie w związku z odmową złożenia uzupełniających wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

W razie stwierdzenia, że Kancelarii D. nie podlega wykluczeniu, względnie oferta nie podlega odrzuceniu z

powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, zarzucił również naruszenie:

14. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie 7

---

odrzucenia oferty wykonawcy Kancelaria D. z powodu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem z wyjaśnień tych jednoznacznie wynika, że w cenie oferty nie są ujęte koszty Prawnika Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego odpowiadające realnemu i wymaganemu czasowi pracy, oraz z uwagi na fakt, że M. D. nie może pełnić funkcji Prawnika Wiodącego z uwagi na nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

a

T. M. jest podwykonawcą i jego udział nie jest możliwy w realizacji zamówienia oraz kosztów Zastępców Prawnika Wiodącego oraz szeregu innych kosztów w tym kosztów dojazdu do interesariuszy, a także w związku z odmową złożenia wyjaśnień w zakresie, jakim wymagał Zamawiający, co świadczy, o zaoferowaniu ceny poniżej faktycznych kosztów uzyskania przychodów w celu wyeliminowania innych oferentów,

15. art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Kancelaria D. z powodu niewłaściwej oceny wyjaśnień Kancelarii D. w zakresie, w jakim przewiduje świadczenie usług kluczowych prawników za kwotę 2.500,00 zł do 1.500,00 zł miesięcznie, podczas gdy wysokość ww. kosztów nie została w żaden sposób wykazana przez tego Wykonawcę,

16. art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kancelaria D. z powodu nie udzielenia (odmowy] uzupełniających wyjaśnień rażąco niskiej ceny i niewykazanie dowodami realności zaoferowanej ceny, mimo iż Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wyjaśnień

w zakresie poziomu zaoferowanej ceny,

17. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z treścią SIWZ przyznanie punktów w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, bowiem jak wynika z wyjaśnień kontrakty wykazane dla Ł.

S. nie spełniają wymagań Zamawiającego, a uzupełnione doświadczenie nie może być punktowane.

W związku z powyższym wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kancelarii S.,

2. wykluczenie, względnie odrzucenie ofert wykonawców: Kancelaria S. oraz Kancelaria D.,

3. dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący wnosił o dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów przedstawionych wraz z niniejszym odwołaniem oraz dowodów przedstawionych na rozprawie w zakresie okoliczności wskazanych w niniejszym odwołaniu i zarzutów w nim stawianych.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Oferta Odwołującego nie została wybrana, jako najkorzystniejsza, pomimo, iż były ku temu 8

---

faktyczne podstawy. W oparciu bowiem o przyznaną przez Zamawiającego punktację oferta Odwołującego była trzecią w kolejności, a pierwszy i drugi wykonawca powinien zostać wykluczony z uwagi na fakt złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania a także braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Nadto, obie oferty powinny być odrzucone z powodu ich niezgodności z treścią SIWZ, jak również [niezależnie] z powodu rażąco niskiej ceny.

Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem nie uzyskał on zamówienia, pomimo, iż spełnione są ku temu wszystkie przesłanki. Nieuzyskanie zamówienia przez odwołującego spowoduje, że poniesie on szkodę majątkową. Tym samym Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W swoim odwołaniu Odwołujący przedstawił on obszerne uzasadnienie jak niżej: „I. postępowanie/wymogi/przebieg postępowania/wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2017 r./dalsze czynności zamawiającego

1.1. [postępowanie] Zamawiający Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego w S. [dalej jako: „Zamawiający"] z siedzibą w S. (…), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pn. Obsługa prawna Inwestycji pn. „Modernizację toru wodnego Ś. – S. do głębokości 12, 5 m". [postępowanie nr PO-II- 370/ZZP-3/14/17].

1.2. [wniosek o udzielenie zamówienia/podstawa szacowania wartości zamówienia/ kontrakt referencyjny dla wyceny zamówienia/orientacyjnej zamówienia]

Wniosek o udzielenie zamówienia publicznego nr TI-220/8/137/2017 został sporządzony w dniu 28.03.2017 r. Notatka w sprawie szacowania wartości zamówienia stanowi załącznik nr 1 do wniosku. Według notatki „wartość zamówienia została oszacowana na podstawie wcześniejszych zlecanych usług dla dużych inwestycji infrastrukturalnych, podobnych do przedmiotu zamówienia. W szczególności dotyczy to dużej inwestycji pn. „Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Ś." (...). Koszty prowadzenia obsługi prawnej budowy falochronu wyniosły ok. 1.500.000 zł netto (czas jej trwania ok 4 lata). Przy szacowaniu wartości zamówienia obsługi prawnej projektu pn. , „Modernizacja toru wodnego Ś. – S. do głębokości 12, 5 m" uwzględnione zostały dodatkowe aspekty, stanowiące o większym stopniu złożoności. Według Zamawiającego, biorąc pod uwagę stopień złożoności Projektu i jego pełną skoordynowaną obsługę prawną do szacowania przyjęto następujące kwoty:

■ obsługa części lądowej (umocnienia brzegowe) i „na wodzie"-ze względu na 9

---

dużo większy obszar i stopień złożoności - przyjęto 3 mln zł, ■ ze względu na czas trwania zlecanych usług - ponad 5,5 roku, tj. znacznie dłuższy (w stosunku do obsługi prowadzonej w trakcie budowy falochronu) przyjęto 30% wartości tj. kwotę 1 min zł, oraz uwzględniona została dodatkowa kwota w wysokości 1 min zł na pokrycie ewentualnego wzrostu cen od czasu zakończenia inwestycji „falochron" Ostatecznie szacunkowa kwota została ustalona w wysokości 4.065.040,65 zł netto tj. 5 mln brutto.

Podstawą szacowania zamówienia była wartość i ilość świadczonych usług [roboczogodzin] w ramach obsługi prawnej związanej z kontraktem referencyjnym. Warto też wskazać, że pierwotne szacowanie wartości zamówienia z dnia 15.03.2017r. zostało oszacowane w wysokości 4.878.048,78 zł netto (tj. 6.000.000,00 zł brutto]. Następnie, zostało ograniczone do kwoty 4.065,04,65 zł (tj. 5.000.000,00 zł brutto]. Bezoporną okolicznością jest rozszerzenie w stosunku do kontraktu referencyjnego zakresu obowiązków wykonawcy w ramach świadczonej obsługi prawnej, jak również zwiększenie ilości osób zaangażowanego personelu i wymagań związanych ze sposobem realizacji zamówienia, o czym szerzej Odwołujący wyjaśnia poniżej.

1.3. [data ogłoszenia] Zamówienie zostało ogłoszone w dniu 24.04.2017 r.

1.4. [warunek udziału w postępowaniu - podstawy wykluczenia/zmiany SIWZ/zakaz podwykonawstwa]

Stosownie do rozdziału V ust. 3 pkt 3 SIWZ Warunkiem udziału w zamówieniu było spełnienie zdolności technicznej lub zawodowej m.in. na podstawie wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, oraz na podstawie wykazu osób skierowanych do świadczenia usług wraz z informacjami na temat kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zgodnie z rozdz. VI ust. 6 pkt 2 SIWZ ocena wstępna, której poddawani są wszyscy Wykonawcy, odbędzie się na podstawie informacji zawartych w formularzu ofertowym i oświadczeniu o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej stanowiącymi Załączniki nr 2 i 4 do SIWZ oraz pozostałych dokumentów i oświadczeń, które należy dołączyć do oferty.

Zgodnie z rozdz. VI ust. 6 pkt 4 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale V ust. 3 pkt 3 dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający żąda następujących dokumentów:

a) wykazu usług - Załącznik nr 5 do SIWZ wykonanych co najmniej 2 usług

podobnych do stanowiących przedmiot zamówienia polegających na świadczeniu obsługi prawnej z których każda usługa wykonywana była przez okres co najmniej 12 miesięcy i 10

---

każda o wartości obsługiwanego kontraktu (umowy) nie mniejszej niż 250 000 000,00 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt milionów złotych) brutto,

w tym:

- jedna usługa dotycząca inwestycji finansowanej z udziałem środków funduszy Unii Europejskiej,
- jedna usługa świadczona na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za prace podobne Zamawiający uzna prace polegające na obsłudze prawnej inwestycji infrastrukturalnych w zakresie wykonania robót budowlanych: hydrotechnicznych, drogowych lub innych liniowych.

b) wykaz osób - Załącznik nr 6 do SIWZ. Wykonawca musi dysponować co najmniej pięcioma osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca musi dysponować co najmniej trzema osobami (Prawnik Wiodący oraz dwóch Zastępców) posiadającymi uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego (...) lub zawodu adwokata (...) lub które są prawnikami zagranicznymi wykonującymi stałą praktykę (...) oraz posiadają wpis na listę radców prawnych lub listę adwokatów lub listę prawników zagranicznych, prowadzonych przez Okręgową Izbę Radców Prawnych lub Okręgową Izbę Adwokacką. W skład Zespołu powinni wchodzić:

• Prawnik Wiodący - powinien posiadać co najmniej 6 - letnie doświadczenie zawodowe liczone od dnia nadania tytułu zawodowego oraz musi posiadać doświadczenie w obsłudze prawnej co najmniej dwóch kontraktów inwestycji budowlanej o wartości minimum 100 mln PLN i 50 mln PLN świadczonej w sposób stały przez okres co najmniej 12 miesięcy, w tym:

- jedna usługa polegająca na świadczeniu obsługi prawnej inwestycji finansowanej z udziałem środków funduszy Unii Europejskiej,
- jedna usługa polegająca na świadczeniu obsługi prawnej inwestycji realizowana na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

• Dwóch prawników sprawujących funkcję Zastępców Prawnika Wiodącego posiadających specjalistyczną wiedzę w zakresie zamówień publicznych i realizacji dużych inwestycji infrastrukturalnych - powinni oni posiadać co najmniej 4 - letnie doświadczenie zawodowe liczone od dnia nadania tytułu zawodowego oraz muszą posiadać doświadczenie w obsłudze prawnej co najmniej jednego kontraktu inwestycji budowlanej współfinansowanej ze środków funduszy Unii Europejskiej lub świadczonej na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, o wartości minimum 50 min PLN, świadczonej w sposób stały przez okres co najmniej 12 miesięcy.

• Co najmniej jeden Specjalista Techniczny, zapewniający ocenę prawidłowości przygotowania Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz weryfikację dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych dla 11

---

kontraktów FIDIC (w tym również dokonania oceny części kosztowej ofert w kontrakcie na projektowanie i wykonawstwo, weryfikacji analizy wartości w przypadku wprowadzania Zmian itp.). Osoba ta powinna posiadać uprawnienia budowlane do projektowania i/lub kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej lub inżynieryjno-hydrotechnicznej. •

Co najmniej jeden Sekretarz biura Kancelarii w Szczecinie - powinien posiadać wyższe wykształcenie prawnicze. Zamawiający nie dopuszcza łączenia przez jedną osobę funkcji Prawnika Wiodącego z funkcją Zastępcy Prawnika Wiodącego lub funkcją Sekretarza biura Kancelarii. W rozdz. XII ust. 16 SIWZ zamawiający wprost wskazał, że „Zamawiający zastrzega osobiste wykonanie przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie usług przewidzianych dla Prawnika Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego".

W załączniku nr 7 do SIWZ - wzorze umowy, w § 11 ust. 2 wprost wskazano, że „Zamawiający nie dopuszcza powierzenia wykonywania obsługi prawnej przy pomocy podwykonawców w zakresie usług przewidzianych dla Prawnika Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego".

1.5. [otwarcie ofert/ zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty]

W dniu 22.06.2017 r. otwarto złożone oferty. Zamawiający w dniu 24.07.2017 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Kancelarii

S. jako najkorzystniejszej.

1.6. [odwołanie] Od powyższej czynności wyboru oraz innych czynności Zamawiającego Odwołujący, w dniu 2.08.2017 r. wniósł odwołanie. W dniu 3.08.2017 r. tożsame odwołanie wniósł wykonawca, który uzyskał V miejsce w rankingu ofert tj. kancelaria M. & P. sp. p. Odwołania były rozpoznawane przez Krajową Izbę Odwoławczą w połączonym postępowaniu pod sygn. KIO 1602/17, KIO 1614/17.

1.7. [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2017 r.] Wyrokiem z dnia24.08.2017r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt. I uwzględniła odwołania i nakazała Dyrektorowi Urzędu Morskiego w S. powtórzenie badania i oceny ofert w sposób wskazany w uzasadnieniu wyroku, w tym powtórzenie czynności wyjaśnień w zakresie poziomu ceny oferty złożonej przez S. K. P. S. W. Sp. k. oraz ujawnienia wyjaśnień w zakresie poziomu ceny oferty złożonej przez Kancelarię

D..

Izba uwzględniła zarzut dotyczące badania i oceny ofert, a następnie zaniechania wykluczenia Kancelarii D. w zakresie w jakim dotyczył on osób wyznaczonych do realizacji zamówienia w kontekście warunku udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert.

1.8 [istotne motywy rozstrzygnięcia krajowej izby odwoławczej w zakresie rażąco niskiej ceny] Uwzględniając odwołanie w uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wprost wskazała, że „Zamawiający nieprawidłowo przeprowadził czynność badania i oceny ofert w zakresie możliwości wystąpienia ceny rażąco niskiej, z którego to powodu nie był w stanie dokonać prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień - i jednocześnie z którego to powodu 12

---

w obecnym stanie (wobec braku kompletnych wyjaśnień), nie można jeszcze stwierdzić, czy zaoferowana cena jest, czy też nie jest ceną rażąco niską”

1 .

Dalej, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „jeśli wykonawca sam z siebie nie udzieli wyczerpujących wyjaśnień, to zapytanie należy ponowić podając już konkretne zagadnienia lub elementy kalkulacyjne, do których wykonawca ma się odnieść (...) Wyjaśnienia te stanowią też podstawę oceny tej oferty. Zamawiający dokonując tej oceny powinien kierować się własną wiedzą i doświadczeniem życiowym, aby stwierdzić, czy wyjaśnienia są poprawne i przekonujące, ale nie może swoją wiedzą i doświadczeniem zastępować tych wyjaśnień - jak, zdaniem Izby, miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby Zamawiający bowiem bardziej sam sobie poczynił pewne założenia kalkulacyjne, niż uzyskał je od wykonawcy 2 ”.

Izba w uzasadnieniu wyroku wprost wskazała, że zakres potencjalnych kosztów został wskazany m.in. w odwołaniu Odwołującego oraz podczas rozprawy.

Wreszcie, Izba zwróciła uwagę, że „niezależnie od porównania zaoferowanych cen z cenami innych postępowań, ocenie podlega oferta złożona w danym postępowaniu.

O ile więc inne kontrakty mogą być pewnym odnośnikiem do porównań, to jednak podstawą jest prawidłowe obliczenie ceny oferty w stosunku do warunków i wymogów istniejących w danym zamówieniu” 3 . Wobec powyższego, Izba nakazała powtórzenie czynności wyjaśnień w zakresie poziomu ceny oferty złożonej przez Kancelarię S., a dokładniej ich kontynuację poprzez skierowanie do tego wykonawcy wezwania do wyjaśnień ze wskazaniem konkretnych elementów kalkulacyjnych, do których ma się odnieść. Izba wskazała Zamawiającemu, że pomocny może być zakres potencjalnych kosztów wskazanych w odwołaniu, podczas rozprawy oraz w wyjaśnieniach innych wykonawców.

1.9 [istotne motywy rozstrzygnięcia krajowej izby odwoławczej w zakresie warunków udziału w postępowaniu/kryteriów oceny ofert oraz podwykonawstwa] Izba potwierdziła, że w ramach wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert wymogi co do kontraktu należy rozumieć jednakowo tj. słowo „kontrakt” należy rozumieć jako kontrakty inwestycji budo walnych zakończonych.

4

Okoliczność powyższa nie była sporna pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym i innymi wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie. Zapisy SIWZ były w pełni zrozumiałe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, z wyjątkiem Kancelarii D.. (zapewne z przyczyn wskazanych poniżej w pkt 1.13 oraz w części II odwołania, gdzie rozwinięto zarzuty względem oferty Kancelarii

D.

Wobec powyższego Izba nakazała, w ramach powtórzenia czynności badania i oceny

1 por. str. 35 uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2017 r. w sprawie KIO 1602/17,1614/17

[2] por. str. 36 i 37 ibidem

[3] por. str. 38 ibidem

[4] por. str. 43 uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2017 r. w sprawie KIO 1602/17,1614/17

ofert zweryfikowanie doświadczenia osób wskazanych do wykonania zamówienia (w ramach warunku udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert]. Izba zwróciła uwagę, że
„Zamawiający, powtarzając badanie i ocenę ofert, zobowiązany jest stosować zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a więc przyjąć takie same zasady
oceny w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, niezależnie od tego, czy zostali objęci niniejszym odwołaniem. Izba podkreśla również, że w przypadku kryteriów
oceny ofert Zamawiający w sposób szczególny zobowiązany jest do przestrzegania zakazu zmiany treści oferty, w tym co do zasady niedopuszczalne są wszelkie uzupełnienia w
tym
zakresie, nawet jeśli informacje poddawane ocenie zawarte są w JEDZ, który sam w sobie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu (choć nie dotyczy to wszystkich informacji w nim zawartych). W zakresie kryterium oceny ofert Zamawiający może brać pod uwagę tylko informacje zawarte w formularzu ofertowym, (nie może np. przenieść osoby wskazanej w JEDZ, ale nie wskazanej co do oceny w punkcie 2. formularza ofertowego) [5] .

Wreszcie Izba wprost wskazała, że „w przypadku oceny punktowej podać można tylko jedną osobę (...). Osoby tej nie można następnie wymienić ani podać
dla niej innych
realizacji niż wskazano w chwili składania ofert - naruszałoby to bowiem zasadę niezmienności ofert, która w opinii Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
uwidocznionej w jego licznych orzeczeniach jest podstawą zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania”
[6] .

Przede wszystkim Izba wskazała, że „O ile kancelaria prowadzona w formie spółki może być podwykonawcą, to w przypadku prawników wykonujących swoją działalność
jednoosobowo nie jest to jednoznaczne, ponieważ z jednej strony są oni przedsiębiorcami (przynajmniej mogą być, jeżeli prowadzą kancelarię) i mogą być podwykonawcami, to z drugiej - są osobami fizycznymi, które można zatrudnić czy to na podstawie umowy o pracę, czy też o współpracę (jest to forma często stosowana przez kancelarię). Zatem w zależności od przyjętej formy, mogą być zarówno podwykonawcami (..kancelaria").
jak i zasobem
własnym (pracownik/współpracownik) [7] ”. Izba wskazała również, że „w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert
Zamawiający powinien przede wszystkim ustalić prawidło stan faktyczny w zakresie wskazanego doświadczenia oraz potencjału osobowego, a następnie dokonać jego badania i
oceny zgodnie z wymaganiami SIWZ Izba zwróciła uwagę, że „pewne znaczenie przy dokonywaniu tej oceny mogą mieć poglądy Trybunału wyrażone w wyrokach Ć -324/14 Dariusz Apelski i C -387 Esaprojekt, które to poglądy powinien przy swoich czynnościach wziąć pod uwagę” [8] .

[5] por. str. 44 ibidem

[6] por. 44 ibidem

[7] por. str. 45 ibidem

[8] por. 46 ibidem

1.10 [czynności zamawiającego po doręczeniu wyroku KIO]

Po otrzymaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający:

1) informacją z dnia 25.09.2017 r. odtajnił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Kancelarii D.,

2) wezwaniem z dnia 25:09.2017 r. wezwał Kancelarię S. do złożenia wyjaśnień, które „powinny stanowić uzupełnienie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w dniu
5 lipca
2017 r. i powinny zawierać elementy kalkulacyjne i konkretne założenia z uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się w szczególności do kosztów wykonania zamówienia

takich jak: koszt pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, koszt zakwaterowania, koszty utrzymania biura kancelarii w S., koszty biurowe, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC, koszty związane ze świadczeniem usług przez specjalistów technicznych oraz koszty dodatkowe". Zamawiający zażądał przedłożenia wyjaśnień do dnia 29.09.2017 r. do godz. 12:00. W dniu 25.09.2017 r., wiadomością e-mail wysłaną o godz. 16:22 Kancelaria S. zwróciła się o wydłużenie terminu do złożenia uzupełniających wyjaśnień do dnia 2.10.2017r. do godz. 12:00.

3)wezwaniem z dnia 26.09.2017 r. wezwał Kancelarię D. do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w następujący sposób:

„(I. ust. 1] o wyjaśnienie charakteru uczestnictwa w niniejszym postępowaniu Pana T. M. wskazanego w ofercie jako osoba wyznaczona do pełnienia funkcji Prawnika Wiodącego. Czy w/w osoba będzie pełniła w rzeczywistości i osobiście zadeklarowaną funkcję Prawnika Wiodącego w pełnym zakresie określonym w SIWZ (zgodnie z oświadczeniem na str. 2 oferty) czy też jej rola będzie sprowadzała się wyłącznie do udzielenia porad w zakresie realizacji zadania na podstawie udostępnienia potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp poprzez świadczenie usług polegających na bieżącym konsultacjach i doradztwie jak to zostało określone na str. 73 oferty Wykonawcy. (...) o wyjaśnienie czy osoba T. M. stanowi zasoby własne Wykonawcy czy będzie jego podwykonawcą. W przypadku udzielenia odpowiedzi wskazującej, że Pan T. M. stanowi zasoby własne Wykonawcy proszę o wyjaśnienie przyczyny, dla której podstawę dysponowania tą osobą określono na str. 12 i str. 73 oferty jako art 22a ust 1 ustawy PZP - a więc przepis odnoszący się do dysponowania innymi osobami aniżeli Wykonawca. Nadto, Zamawiający wezwał Kancelarię D. do wyjaśnienia „w odniesieniu do wszystkich wskazanych w ofercie kontraktów budowlanych potwierdzających wiedzę i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - T. M., J. D., Ł. S. i M. D. - proszę o wskazanie - czy kontrakty te dotyczą robót budowalnych zakończonych do dnia otwarcia ofert"

Zamawiający wezwał również Kancelarię D. do uzupełnienia formularza JEDZ części 15

II Sekcja D - str. 13 oferty poprzez jego wypełnienie (tj. oświadczenie czy Kancelaria D. będzie posługiwała się podwykonawcą). Zamawiający wezwał również Kancelarię D. do uzupełnienia jej wyjaśnień z dnia 5.07.2017r. w zakresie poziomu oferowanej ceny poprzez „przedstawienie kalkulacji określającego wpływ elementu cenotwórczego w postaci wynagrodzeń członków zespołu realizującego zamówienie na wysokość zaoferowanej ceny (str. 7 i 8 wyjaśnień) z uwzględnieniem kosztów pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, w tym założenia co do roboczogodzin”.

4) wezwaniem z dnia 27.09.2017 r. wezwał odwołującego oraz pozostałych wykonawców tj. K. R. P. M. & P. sp. p. oraz K. R. P. Ć. i P. sp. p. do złożenia wyjaśnień w zakresie zakończonych kontraktów inwestycji budowalnych,

5) wezwaniem z dnia 03.10.2017r. Zamawiający wezwał Kancelarię D. do uzupełnienia formularza JEDZ poprzez wykazanie wskazanych wyjaśnieniach z dnia 2.10.2017 r. prac potwierdzających doświadczenie zastępcy prawnika wiodącego Ł. S.

Następnie, na skutek wniosku kancelarii S. z dnia 25.09.2017r. o wydłużenie terminu, Zamawiający faworyzując Kancelarię S. względem pozostałych wykonawców, wydłużył termin do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny do dnia 02.10.2017 r. do godz. 12:00. Kancelaria D. pismem z dnia 5.10.2017 r. przedłożyła uzupełniony formularz JEDZ.

Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty Kancelarii S. jako najkorzystniejszej w dniu 5.10.2017 r.

1.11. [pierwotna oferta kancelarii D.] Kancelaria D. w formularzu oferty pkt 2 oświadczyła, iż w zakresie kryterium: Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wskazuje, doświadczenie następujących osób:

1) Prawnik Wiodący T. M., który dysponuje doświadczeniem w zakresie obsługi prawnej 6 kontraktów inwestycji budowalnej o wartości minimum 100 mln zł, przez okres ostatnich 5 lat licząc od daty złożonej oferty, świadczonej w sposób stały przez okres co najmniej 12 miesięcy tj.

a) budowa drogi (…) G. - P., odcinek 1;

b) budowa drogi (…) G. - P., odcinek 2;

c) budowa zachodniej obwodnicy miasta P. w ciągu (…),

d) budowa drogi ekspresowej (…) R. – S.(2),

e) dokończenie budowy drogi ekspresowej (…) K. – K.(2),

f) budowa drogi ekspresowej (…) G. - M.

2) Zastępca Prawnika Wiodącego J. D., który dysponuje doświadczeniem w zakresie obsługi prawnej 9 kontraktów inwestycji budowalnej o wartości minimum 50 mln zł, przez okres ostatnich 5 lat licząc od daty złożonej oferty, świadczonej w sposób stały przez 16

---

okres co najmniej 12 miesięcy, tj.

a) budowa Obwodnicy O. w ciągu drogi ekspresowej (…) (II etap),

b) zaprojektowanie i wybudowanie drogi (…) L. (…)- L.(2), zadanie II,

c) zaprojektowanie i wybudowanie drogi (…) L. (…)- L.(2), zadanie I,

d) budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej (…) C. – J.,

e) budowa drogi ekspresowej (…) Ż. – G. Odcinek: węzeł „M." – G.,

f) zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy K.(3) w ciągu (…) wraz z łącznikiem (…),

g)budowa zachodniej obwodnicy P. w ciągu (…) na odc. Z. - Autostrada (…) [G.(2)) - etap I,

h)budowa zachodniej obwodnicy P. w ciągu (…) na odc. Z. - Autostrada (…) [G.(2)) i w ciągu drogi krajowej (…) w rejonie węzła „G.(2)" autostrada - etap II,

g) budowa zachodniej obwodnicy Miasta P. w ciągu drogi krajowej nr (…) na odcinku Zamawiający - autostrada (…) i w ciągu drogi krajowej (…) w rejonie węzła „G.(2)" autostrady (…) - etap II B - Sil od węzła „R." do węzła „S.(2)",

3) Zastępca Prawnika Wiodącego Ł. S., który dysponuje doświadczeniem w zakresie obsługi prawnej 6 kontraktów inwestycji budowalnej o wartości minimum 50 min zł, przez okres ostatnich 5 lat licząc .od daty złożonej oferty, świadczonej w sposób stały przez okres co najmniej 12 miesięcy tj.

a) budowa Obwodnicy O. w ciągu drogi ekspresowej (…) (II etap),

b) zaprojektowanie i wybudowanie drogi (…) L. (…)- L.(2), zadanie II,

c) zaprojektowanie i wybudowanie drogi (…) L. (…)- L.(2), zadanie I,

d) budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej (…) C. – J.,

e) budowa drogi ekspresowej (…) Ż. – G. Odcinek: węzeł „M." – G.,

f) zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy K.(3) w ciągu (…) wraz z łącznikiem (…), Powyższe kontrakty inwestycji budowalnych zostały również wskazane w formularzu JEDZ Kancelarii D. oraz w formularzu JEDZ Kancelarii Radcy Prawnego T. M.

W formularzu JEDZ w części III „Podstawy wykluczenia" sekcja C „zależności od innych podmiotów" Kancelaria D. oświadczyła, że polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji. Następnie w części IV „Kryteria Kwalifikacji" sekcji C „Zdolność Techniczna i Zawodowa" pkt 2 wskazała jako Prawnika Wiodącego nr 1 – M. D., która dysponuje doświadczeniem dotyczącym 7 inwestycji budowalnych o wartości ponad 100 min zł [9].

Kancelaria D. oświadczyła m.in., że M. D. w okresie 5 lat przed składaniem ofert świadczyła pomoc prawną przy obsłudze kontraktu pn. „Budowa falochronu osłonowego dla

[9] spośród których 6 dotyczy inwestycji przypisanych również radcy prawnemu Łukaszowi Szmit

---

portu zewnętrznego w Ś." realizowanej na rzecz Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w S., w okresie 12 miesięcy.

Jako Prawnika Wiodącego nr 2, Kancelaria D. wskazała radcę prawnego T. M.

T. M. w formularzu JEDZ Części II sekcji A „rodzaj uczestnictwa" oświadczył, że bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami, a jego rola (odpowiedź na lit. a) sprowadza się do „udzielania porad w zakresie realizacji zadania na podstawie udostępnia potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia z art 22 ust 1 ustawy Pzp poprzez świadczenie usług polegających na bieżących konsultacjach i doradztwie. Jako pozostałych wykonawców wskazał wykonawcę tj. Kancelarię D. oraz spółkę L. P. Sp. z o.o.

Nadto, do oferty Kancelarii D. załączono zobowiązanie T. M. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia (do korzystania z nich) na cały okres wykonywania zamówienia. Sposób korzystania przez Wykonawcę z oddanych do dyspozycji zasobów przy wykonywaniu zamówienia będzie polegał na bieżącym konsultowaniu i doradztwie w toku realizacji zamówienia na podstawie umowy cywilnoprawnej na świadczenie usług zawartej ze spółką D. D. S. K. R. P. i D. P. sp.p.

1.12. [wyjaśnienia uzupełniające kancelarii D./zmiana oferty kancelarii D.]

W dniu 2 października 2017 r. Kancelaria D., w wykonaniu wezwania Zamawiającego wskazała, że:

1. T. M. będzie osobą realizującą zamówienie na zasadach wskazanych w ofercie Wykonawcy, jako prawnik wiodący. T. M. będzie realizował ww. czynności osobiście, a nie jako osoba wspomagająca Wykonawcę poprzez udzielenia porad, czy konsultacji.
Wykonawca wskazał, że w ramach wykonywanej działalności gospodarczej zawarto z T. M. umowę cywilnoprawną i osobę T. M. należy oceniać jako zasób własny.

2. wykonawca dysponuje T. M. w sposób bezpośredni na podstawie zawartej z nim umowy cywilnoprawnej zawartej w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą (...). Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą etc.

[10] Jednocześnie Kancelaria D. wskazała, że jako podmiot profesjonalny, miała i ma świadomość, że treść SIWZ nie przewidywała zawarcia umowy podwykonawczej w zakresie obsługi zamówienia przez Prawnika Wiodącego.

3. Ł. S. oprócz zamówień wskazanych w wykazie usług na poprzednim etapie postępowania posiada także doświadczenie w realizacji zamówień wymaganych przez Zamawiającego, które zostały zakończone. Kancelaria D. wskazała dwie kolejne inwestycje

[10] w tym miejscu Kancelaria DSK powołała się na nieaktualne orzecznictwo KIO z 2009 r.

realizowana na rzecz Miasta P. - Zarządu Transportu Miejskiego tj.

1) przebudowę węzła komunikacyjnego Rondo K.,

2) Budowa trasy tramwajowej os. L. – F. w P.

W powyższym zakresie, Kancelaria D. wskazała, że nieprzedstawienie tych kontraktów w ofercie wynikało jedynie z odmiennej interpretacji zapisów specyfikacji.

4. w zakresie kontraktów zrealizowanych przez J. D. i T. M. kontrakty wskazane w ofercie są kontraktami zakończonymi, przy założeniu prawidłowości interpretacji zapisów SIWZ w tym zakresie przez Krajową Izbę Odwoławczą,

5. w zakresie rażąco niskiej ceny, że nie ma możliwości zadośćuczynienia wezwaniu Zamawiającego w przedmiocie wykazania wpływu ilości roboczogodzin na wysokość wynagrodzenia. Dodatkowo wskazała, że w jej ocenie nie jest możliwym w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, uzupełnienie wyjaśnień z dnia 5 lipca 2017 r. o zakres żądany przez Zamawiającego. Dodatkowo wskazać należy na wyjaśnienia Kancelarii D., która twierdzi, że Zamawiający nie kwestionował przyjętego przez Kancelarię D. sposobu interpretacji czy też stosowała się ona do uprzednio przyjętej interpretacji treści SIWZ. Wreszcie, Kancelaria D. kwestionuje prawidłowość wyroku KIO z dnia 24.08.2017 r. [11] Już w tym miejscu Odwołujący podnosi, iż nie było sporu co do interpretacji zapisów SIWZ zmodyfikowanych odpowiedziami Zamawiającego. Również Izba nie dokonywała wykładni zapisów SIWZ, a jedynie potwierdziła ich treść. Nie polega na prawdzie, że Zamawiający stosował uprzednio inną interpretację

zapisów SIWZ. Zamawiający dokonując pierwotnej oceny ofert przyjął, że Kancelaria D. nie wprowadziła umyślnie w błąd Zamawiającego.

Zupełnie niezrozumiałe jest również stanowisko Kancelarii D. podającej w wątpliwość prawidłowość wyroku KIO, w sytuacji gdy Kancelaria D. nie zaskarżyła przedmiotowego orzeczenia do Sądu Okręgowego. W ocenie Odwołującego Kancelaria D. świadomie oświadczyła, że kontrakty zrealizowane przez J. D. czy T. M. są zakończone podczas, gdy Odwołujący udowodnił, iż część z nich nie jest zakończona na dzień składania ofert. Odwołujący podnosi, że 6 spośród 9 kontraktów dotyczących J. D. na dzień składania ofert było niezakończonych.

Powyższe dowodzą wydruki ze stron internetowych prowadzonych przez GDDKiA z treści których wprost wynika, że są one niezakończone.

Dowód:

1. wydruk ze strony http://www.obwodnicaostrowa.drogasll.pl/
2. wydruk ze strony http://www.s3~poludnie-lb.pl/
3. wydruk ze strony http://www.checiny-jedrzejow.drogas7.pl/

[11] por. str. 5 - 7 wyjaśnień Kancelarii DSK z dnia 2 października 2017 r.

4. wydruk ze strony http://www.znin-gniezno.drogas5.pl/
5. wydruk ze strony http: //www.obwodnicaklodzka.pl/

Kancelaria D. nie odniosła się do kontraktów inwestycji budowalnych, których obsługę prowadziła M. D. oraz Ł. S.

M. D. nie jest wspólnikiem Kancelarii D. i nie świadczy w ramach tego podmiotu pracy. M. D. prowadzi własną kancelarię i jest odrębnym od Kancelarii D. przedsiębiorcą, co oznacza, że jest podwykonawcą Kancelarii D. w rozumieniu przepisów Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień - Kancelaria D. zaniechała udzielenia odpowiedzi co do kontraktów pierwotnie wskazanych w ofercie przy obsłudze prawnej których doświadczenie miała uzyskać M. D. i Ł. S., a które bezsprzecznie są kontraktami niezakończonymi. Dowód:

1. wydruk CEiDG M. D. (w załączeniu/załącznik nr 1)
2. wyjaśnienia Kancelarii D. z dnia 02.10.2017r. (w aktach postępowania)

1.13. [pierwotne wyjaśnienia kancelarii S. w zakresie rażąco niskiej ceny]

Pismem z dnia 5.07.2017 r. Zamawiający wezwał kancelarię S. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na powyższe Kancelaria S. wskazała, że ustawa Pzp nie posługuje się definicją „rażąco niskiej ceny", a ponadto wyjaśniła, że:

1. funkcjonowanie oddziału kancelarii w S., który jest czynny od poniedziałku do piątku w godzinach od 8:00 - 16:00, gdzie jest obecna U. U., osoba z wykształceniem prawniczym, która pełniła funkcję sekretarza biura przy obsłudze prawnej modernizacji toru wodnego etap II,
2. prawnicy wskazani w ofercie są wspólnikami kancelarii S., którzy nie są specjalnie zaangażowani przez Kancelarię S. na potrzeby przyszłej realizacji tego zamówienia, bowiem jako wspólnicy biorą udział w obsłudze innych klientów kancelarii,
3. doświadczenie w obsłudze prawnej podobnych inwestycji, w tym:
   1) „Budowie falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego"
   2) „Modernizacja toru wodnego Ś. – S. […] etap II, strona wschodnia i zachodnia", „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w D."
   3) „dostosowanie podejściowego toru wodnego do Ś. dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG",
4. niższe zaangażowanie czasowe z uwagi na dotychczasowe doświadczenie,
5. brak konieczności zapewnienia stałej obecności Prawnika Wiodącego (oraz jego Zastępców) w S., i możliwość dostosowania się do indywidualnych potrzeb Zamawiającego,
6. warunki obsługi prawnej opisane przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.08.2017 r. wprost wskazała, że „same wyjaśnienia wykonawcy S. K. P. S. W. sp. k. nie zawierają żądnych elementów 20

kalkulacyjnych - żadnych konkretnych danych liczbowych odnoszących się do kosztów wykonania niniejszego zamówienia, jak koszty pracy pracowników, w tym założenia co do roboczogodzin, koszty ich ewentualnego dojazdu, koszty utrzymania biura, koszty dodatkowe itd. [12]

1.14. [uzupełniające wyjaśnienia kancelarii S. w zakresie rażąco niskiej ceny/dokumenty przedłożone przez kancelarię S.] Uzupełniając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny Kancelaria S. wskazał, że:

1) wypracowała wzory dokumentów niezbędne dla sprawnego wykonywania powierzonych zadań,

2) na podstawie swoich doświadczeń ustaliła niezbędny nakład czasu pracy. W szczególności Kancelaria S. wskazała, że przewiduje dwa etapy realizacji inwestycji. I etap obejmujący postępowania przetargowe oraz etap II obejmujący obsługę prawną kontraktu na projektowanie i wykonanie robót hydrotechnicznych i budowalnych (i innych umów zawartych przez Zamawiającego w związku z realizacją inwestycji). Według Kancelarii S. na etapie I zaangażowanie zespołu będzie porównywalne, natomiast na II etapie zaangażowanie zastępców Prawnika Wiodącego będzie znacznie mniejsze,- ponieważ na tym etapie [tj. realizacji) problematyka związana z prawem zamówień publicznych pojawia się znacznie rzadziej, a za obsługę prawną Zamawiającego odpowiedzialny będzie przede wszystkim Prawnik Wiodący. Kancelaria S. wskazała, że w etapie II bieżącą obsługę kontraktu na projektowanie i wykonanie robót hydrotechnicznych i budowalnych zapewniać będzie Inżynier Kontraktu. Podmiot ten będzie odpowiedzialny m.in. za realizację kontraktu, rozpatrywanie roszczeń wykonawcy, wniosków o zmianę etc. W związku z tym Inżynier Kontraktu w swoim zespole powinien posiadać zarówno specjalistę ds. prawnych (radcę prawnego) oraz specjalistę ds. rozliczeń.

3) posiada stale funkcjonujący oddział w S.,

4) świadczy usługi na rzecz G. T. U. S.A. i G. Ż. T. U. S.A. na podstawie umowy o współpracę. Czynności obsługi w tym zakresie prowadzą dwie osoby tj. U. U. i N. B. W związku z czym, koszty utrzymania oddziału będą dzielone na dwóch klientów.

Kancelaria S. przedstawiła kalkulację, według której:

I. Na I etapie koszt personelu wykonawcy wynosi kwotę 10.976,40 zł miesięcznie na który składa się :

a) wynagrodzenie dla Prawnika wiodącego 4.000,00 zł - 1/2 etatu,

b) wynagrodzenia dla Zastępcy prawnika wiodącego - 2.000,00 zł - 1/4 etatu,

c) wynagrodzenie dla Zastępcy prawnika wiodącego - 2.000,00 zł - 1/4 etatu,

d) wynagrodzenie dla Sekretarza Biura - 2.000,00 zł - 1/2etatu,

e) wynagrodzenie dla specjalisty Technicznego - 976,40 zł - 1/8 etatu,

[12] por. str. 37 uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2017 r. w sprawie KIO 1602/17,1614/17

przy założeniu, że pełen etat wynosi 160h miesięcznie. Tym samym Kancelaria przyjęła, że do obsługi ww. kontraktu wystarczający będzie 1 pełny etat Prawnika.

II. Na II etapie, według Kancelarii S. koszt miesięczny personelu ulegnie zmniejszeniu (m.in. w związku z przejęciem obsługi prawnej kontraktu przez Inżyniera Kontraktu i jego obsługę3 i wyniesie kwotę 8.976,40 zł miesięcznie na który składa się :

a) wynagrodzenie dla Prawnika wiodącego 4.000,00 zł - 1/2 etatu,

b) wynagrodzenia dla Zastępcy prawnika wiodącego - 1.000,00 zł - 1/8 etatu,

c) wynagrodzenie dla Zastępcy prawnika wiodącego -1.000,00 zł - 1/8 etatu,

d) wynagrodzenie dla Sekretarza Biura - 2.000,00 zł - 1/2 etatu,

e) wynagrodzenie dla specjalisty Technicznego - 976,40 zł - 1/8 etatu,

przy założeniu, że pełen etat wynosi 160h miesięcznie. Tym samym kancelaria przyjęła, że do obsługi inwestycji na II etapie wystarczy 3/4 etatu tj. 120 h miesięcznie pracy Prawnika.

Według Kancelarii S. koszty dojazdu do S. i zakwaterowania wyniosą kwotę 801.89 zł miesięcznie. Obejmują one 7 przyjazdów pociągiem i 1 przyjazd samochodem do S.

Kancelaria S. wskazała, że koszt utrzymania oddziału w Szczecinie wynosi obecnie 857,00 zł. Następnie, należy go podzielić na 2 z uwagi na fakt, że oddział w S. prowadzi obsługi prawną G. T. U. S.A. i G. Ż. T. U. S.A.(dalej jako: „umowa z T.U. G.”). Do umowy z T.U. G. dołączono zestawienie spraw w województwie Z. i L.

Koszt materiałów biurowych to kwota 200,00 zł netto, a więc 100,00 zł przypadnie jako koszt związany z obsługą przedmiotowego zamówienia.

Według Kancelarii S. ww. koszt utrzymania oddziału wyniesie miesięcznie 528,50 zł przez cały okres realizacji zamówienia (tj. 66 miesięcy).

Kancelaria S. wskazała, że koszt jej polisy przez cały okres zamówienia wyniesie kwotę 2.580,60 zł miesięcznie.

Koszt wadium stanowi dla Kancelarii S. kwotę 1.300,00 zł, zaś koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy 194,17 zł miesięcznie.

Kancelaria S. oświadczyła, że zysk/koszty dodatkowe wyniosą 262.556,04 zł netto.

Kancelaria S. nie wskazała, która część z ww. kwoty to zysk, a która jest przeznaczona na koszty dodatkowe.

Kancelaria S. nie przedstawiła jakie koszty dodatkowe przewiduje.

Na potwierdzenie ww. okoliczności Kancelaria S. przedstawiła dokumenty, w szczególności:

1] umowy o świadczenie usług zawartych pomiędzy Kancelariami J. S., A. M. i A. N. oraz z U. U.,

2] umowę zlecenia z P. B.,

3] umowę o stałej współpracy z dnia 4 stycznia 2016 r. z T.U. G.

Umowy o świadczenie usług zostały zawarte pomiędzy Kancelarią S., a: 22

1] kancelarią radcy prawnego J. S.,

2] kancelarią radcy A. M.,

3] kancelarią radcy prawnego A. N.,

4] U. U. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Doradztwo Prawne U. U.”

Umowy o świadczenie usług pomiędzy Kancelarią S. a Prawnikiem Wiodącym i jego zastępcami zostały zawarte w tym samym dniu (tj. 02/03/2013r.) i są o identycznej treści.

Umowy zostały zawarte z radcami prawnymi prowadzącymi jednoosobową działalność gospodarczą. Z treści tych umów nie wynika, iż są oni wspólnikami Kancelarii S. Umowy przewidują jednakowe, ryczałtowe, wynagrodzenie w wysokości 8.000,00 zł netto. Zostały zawarte pomiędzy przedsiębiorcami, na piśmie i są odpłatne. Przewidują m.in. kompleksową obsługę klientów wskazanych przez Zleceniodawcę i możliwość samodzielnego określenia sposobu wykonywania zadań przez Zleceniobiorcę z uwzględnieniem specyfiki świadczonych usług. Dodatkowo przewidują one odpowiedzialność za szkody wyrządzone zleceniodawcy oraz wobec osób trzecich za wykonywanie i rezultat zleconych czynności.

Umowy mogą być wypowiedziane z jednomiesięcznym okresem wypowiedzenia na koniec miesiąca kalendarzowego.

W zakresie umowy zawartej z U. U., Odwołujący wskazuje, że U. U. ma świadczyć usługi w godzinach od 8 do 16 w oddziale Kancelarii w S., a także w każdym innym miejscu wskazanym przez Kancelarię, w którym wymagać będzie tego należyta realizacja jej obowiązków. Umowa jest odpłatna, na piśmie. W art. 3 umowy Kancelaria S. i U. U. przewidziały, że wspólnie ustalać będą przedmiot oraz terminy świadczenia pomocy prawnej, o której mowa w art. 1, przy założeniu, iż nie mogą to być terminy dłuższe niż obowiązują Kancelarię, a wynikające z zawartej przez nią Umowy z Klientem.

U. U. z tytułu umowy o świadczenie usług z zakresu pomocy prawnej lub innych czynności zleconych uzyskuje wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 4.000,00 zł.

J. S., A. N. i A. M., jako radcy prawni z wieloletnim doświadczeniem przy obsłudze kontraktów infrastrukturalnych uzyskują wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 8.000,00 zł.

J. S. jest komandytariuszem Kancelarii S. Nie wniósł do spółki komandytowej, jako wkładu świadczenia na rzecz spółki usług, polegających na wykonywaniu zawodu radcy prawnego.

A. N. jest komandytariuszem Kancelarii S.. Nie wniosła do spółki komandytowej jako wkładu świadczenia na rzecz spółki usług polegających na wykonywaniu zawodu radcy prawnego.

A. M. jest komandytariuszem Kancelarii S.. Nie wniosła do spółki komandytowej jako wkładu świadczenia na rzecz spółki usług, polegających na wykonywaniu zawodu radcy prawnego.

Umowa z T.U. G. wygasa w dniu 31.12.2017 r. Umowa nie przewiduje możliwości jej 23

---

wykonania przez osoby niebędące prawnikami lub osoby, które studiują (por. § 2 umowy z

T.U. G.]. Umowa z T.U. G. przewiduje stawiennictwo pełnomocnika na rozprawach. Zgodnie z wykazem spraw załączonym przez Kancelarię S. sprawy są rozpoznawane w sądach powszechnych na terenie całego województwa zachodniopomorskiego, w tym w miejscowościach odległych od S. nawet o 120 km.

Umowa najmu lokalu w budynku przy (…) w S. wygasa w dniu 31.12.2017r.

N. B. jest studentką prawa V roku.

Dowód:

1. umowa o świadczenie usług – J. S. (w aktach postępowania)
2. umowa o świadczenie usług – A. M. (w aktach postępowania)
3. umowa o świadczenie usług – A. N. (w aktach postępowania)
4. umowa o świadczenie usług – U. U. (w aktach postępowania)
5. umowa T.U. G. (w aktach postępowania)
6. fotokopia akt rejestrowych Kancelarii S. (w załączeniu/załącznik nr2)
7. zrzut ekranu - profil facebook N. B. (w załączeniu/załącznik nr 3)

1.15. [wyjaśnienia S. w zakresie obsługiwanych kontraktów inwestycji budowalnych] Kancelaria S. wyjaśniła, że kontrakt inwestycji budowalnej pn. „Budowa bloku energetycznego" nie został zakończony, a na koniec sierpnia 2017 r. zaawansowanie budowy bloku wyniosło 99%. W formularzu JEDZ oświadczyła, że ww. kontrakt obsługiwała do dnia 07.01.2014 r. do 31.05.2016 r.

Nadto, w zakresie inwestycji budowalnych, których obsługę wspólnie prowadziła A. M. i A. N. pozwolenie na użytkowanie rozbudowy płaszczyzn lotniskowych P. L. P. — Ł. zostało wydane w dniu 04.04.2012 r. tj. przed upływem 5 lat do terminu składania ofert, (termin 5 letni powinien być liczony od dnia 22.06.2012 r.).

Istnieje zarazem rozbieżność pomiędzy datami wskazanymi w formularzu oferty i JEDZ, a wyjaśnieniami Kancelarii S..

1.16. [zakres obsługi prawnej/treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia/opis przedmiotu zamówienia] Zakres przyszłej obsługi prawnej Zamawiający szczegółowo wskazał w opisie przedmiotu zamówienia [pkt VI OPZ] oraz projekcie umowy (§ 5) będącej załącznikiem do SIWZ następujący zakres obsługi prawnej.

Zamawiający w pkt VI opisu przedmiotu zamówienia ust 2. pkt g wskazał, że dla zapewnienia efektywnej realizacji obsługi prawnej „zapewnienia obecności - dyżuru we wszystkie dni robocze w godzinach 8:00 - 15:00 Sekretarza biura Kancelarii w S. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w zapisach wzoru umowy, który przewiduje w § 6 ust. 4 i ust. 5, że „Wykonawca zapewni dyżur Sekretarza biura Kancelarii o którym mowa w § 4 ust 2 lit d) w biurze Kancelarii w dni robocze, w godzinach 8 00 – 15 00 . Sekretarzem biura Kancelarii może być wyłącznie osoba posiadająca wykształcenie wyższe prawnicze 24

Zamawiający w pkt VIII opisu przedmiotu zamówienia, że Wykonawca zobowiązany będzie do:

c) obsługi innych umów i' postępowań przetargowych związanych z Projektem, rozpoczętych przez UMS przed podpisaniem niniejszej Umowy (o których mowa w części V pkt 3),

d) innych niezbędnych czynności, związanych z obsługą biurową i organizacją pracy Zespołu Kancelarii w związku z realizacją Przedmiotu Umowy,

e) zapewnienia transportu Zespołowi Kancelarii na miejsce spotkań w siedzibie Zamawiającego oraz poza jego siedzibą. Koszt ww. elementów obsługi prawnej, nie będzie stanowił odrębnego składnika wynagrodzenia Kancelarii, powinien więc zostać ujęty odpowiednio w ramach wynagrodzenia za realizację zadań wyszczególnionych w części VIII pkt 1 i 2, w sposób zapewniający płynną i niezakłóconą pracę Zespołu Kancelarii, zgodnie z zakresem objętym Przedmiotem Zamówienia.

W § 11 ust 1 i 2 oraz ust. 5 wzoru umowy Zamawiający wprost wskazał, że:

1. Kancelaria może powierzyć wykonanie części przedmiotu Umowy podwykonawcom jedynie w zakresie wskazanym w złożonej przez niego ofercie, na podstawie której dokonano wyboru oferty Kancelarii.

2. Zamawiający nie dopuszcza powierzenia wykonywania obsługi prawnej przy pomocy podwykonawców w zakresie usług przewidzianych dla Prawnika Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego. (...)

II. rozwinięcie zarzutów wobec czynności zamawiającego dotyczących oferty wykonawcy kancelarii S./pod wykonawstwo/złożenie nieprawdziwych informacji mających

wpływ na wynik postępowania/ niezgodność oferty z SIWZ i OPZ/rażąco niska cena]

2.1. [zarzut złożenia oferty niezgodnej z SIWZ - podwykonawstwo prawnika wiodącego i zastępców prawnika wiodącego/ podwykonawstwo sekretarza/ zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania]

Stosownie do treści art. 2 pkt 9a ustawy Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o umowie o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Stosownie do treści art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi.

Kancelaria S. w formularzu JEDZ cześć II sekcja C podwykonawstwo oświadczyła, że 25

---

nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiejkolwiek części zamówienia. W części IV kryteria kwalifikacji sekcja C zdolność techniczna i zawodowa Kancelaria S. wskazał na U. U. jako sekretarza biura, która miała być zasobem własnym wykonawcy.

Poza sporem jest, że Zamawiający wprost zastrzegł osobiste wykonanie przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie usług przewidzianych dla Prawnika Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego (por. rozdz. XII ust. 16 SIWZ oraz § 11 ust. 2 umowy).

W toku czynności uzupełniającego wyjaśniania rażąco niskiej ceny Kancelaria S.. ujawniła, że do wykonania przedmiotowego zamówienia w zakresie w jakim Zamawiający przewidział osobiste wykonanie zamówienia przez Wykonawcę tj. w zakresie Prawnika Wiodącego i jego zastępców, Kancelaria S. będzie posługiwała się podwykonawcami.

Odnosząc powyższe do wyjaśnień i umów przedłożonych przez Kancelarię S. należy wskazać, iż są to umowy o podwykonawstwo w rozumieniu art. 2 piet 9a w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Przedłożone przez Kancelarię S. w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny umowy zawarte z:

1) kancelarią radcy prawnego J. S.,
2) kancelarią radcy prawnego A. N.,
3) kancelarią radcy prawnego A. M.,
- są zawarte na piśmie, mają charakter odpłatny, a ich przedmiotem są usługi stanowiące część zamówienia. Podwykonawcy przyjmują na siebie odpowiedzialność za świadczone na rzecz Zamawiającego usługi oraz sami organizują sposób realizacji zamówienia.

Dla oceny ww. umów, istotne są również zapisy umowy spółki Kancelarii S., która jako spółka komandytowa jest spółką kapitałową, a J. S., A. N. i A. M., choć są jej komandytariuszami, to ich wkład nie obejmuje świadczenia na rzecz spółki usług polegających na wykonywaniu zawodu radcy prawnego w przeciwieństwie do radców prawnych K. S. i B. W.

Zarzut powyższy jest szczególnie uzasadnionych w świetle rozważań Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 24.08.2017 r., która wprost wskazała kiedy mamy do czynienia z umową podwykonawczą w wypadku usług prawniczych. Izba wprost odniosła możliwość kwalifikowania umowy zawartej z radcą prawnym jako umowy, o której mowa w art. 36a ustawy Pzp, w sytuacji gdy stroną umowy jest kancelaria (przedsiębiorca).

Z powyższą sytuacją mamy do czynienia w realiach przedmiotowej sprawy, gdyż Wykonawca Kancelaria S. tj. spółka komandytowa w zakresie przewidzianym dla prawnika wiodącego i jego zastępców posługuje się podwykonawcami - przedsiębiorcami tj. K. R. P. J. S., K. R. P. A. M. i K. R. P. A. N.

Dowód: 26

---

1. fotokopie akt rejestrowych Kancelarii S. (w załączeniu)
2. umowa o świadczenie usług z kancelarią radcy prawnego J. S. (w aktach postępowania)
3. umowa o świadczenie usług z kancelarią radcy prawnego A. M. (w aktach

postępowania)

4. umowa o świadczenie usług z kancelarią radcy prawnego A. N. (w aktach postępowania) Mając na uwadze powyższe, zamawiający dokonał wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona, albowiem jest ona niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania zamówienia przez Wykonawcę w części dotyczącej Prawnika Wiodącego i jego zastępców. Tym samym, niedopuszczalne jest, aby wybrał ofertę, które przewiduje posługiwanie się podwykonawcami. Zaniechanie odrzucenia oferty jest tym bardziej niedopuszczalne w sytuacji gdy Wykonawca wprost przedkłada dowód na to, że będzie posługiwał się podwykonawcami. Jeżeli Kancelaria S. zamierzała realizować przedmiotowe zamówienie wspólnie z J. S., A. N. i A. M., powinna złożyć ofertę wspólną. Odwołujący zwraca uwagę na rozbieżność udzielanych wyjaśnień Kancelarii S.. Kancelaria pierwotnie twierdziła, że radcy prawni, jako wspólnicy są zaangażowani w obsługę innych klientów (stąd oszczędność przy ich zaangażowaniu), by następnie przedstawić umowy o podwykonawstwo zawarte pomiędzy Kancelarią S. a indywidualnymi Kancelariami prawników wskazanych jako Prawnik Wiodący i jego zastępcy. Przy czym wszystkie umowy przewidują ryczałtowe wynagrodzenie. Podobnie jak w wypadku radców prawnych pełniących funkcję Prawnika Wiodącego i Zastępcy Prawnika Wiodącego, umowa pomiędzy Kancelarią S. a U. U. (przedsiębiorcą) jest umową o podwykonawstwo. Dzieje się tak ponieważ jest to umowa pisemna pomiędzy przedsiębiorcami o charakterze odpłatnym, której zakres obejmuje część zamówienia.

Tym samym, Kancelaria S. złożyła ofertę niezgodną z SIWZ oraz złożonym dokumentem JEDZ, w którym oświadczyła, że nie będzie się posługiwała podwykonawcami, mimo że faktycznie się nimi posługuje.

Przywołując stanowisko KIO, należy stwierdzić, że „Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art 89 ust 1 pkt 2 Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o 27

---

których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ" [13] . Mając na uwadze powyższe oferta Kancelarii S., w zakresie w jakim przewiduje posługiwanie się podwykonawcami jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona.

Ponadto w/w okoliczności przemawiają również za tym, aby wykonawca został wykluczony z przedmiotowego postępowania z uwagi na to, że w w/w zakresie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co wyczerpuje przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Bowiem tak jak wskazano powyżej, Kancelaria S. w swojej ofercie oświadczyła, że nie będzie korzystać z podwykonawców podobnie jak w złożonych pierwotnie wyjaśnieniach rażąco niskiej .ceny z dnia 5 lipca 2017r., wskazała, że Prawnik, Wiodący i Zastępcy Prawnika Wiodącego są wspólnikami Kancelarii S. w związku z czym nie są to prawnicy specjalnie zatrudnieni na potrzeby realizacji zamówienia, a tym samym wykonawca nie ponosi kosztów w tym zakresie. Tymczasem z dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 25.09.2017r. wprost wynika, że Prawnik Wiodący i Zastępcy Prawnika Wiodącego są podwykonawcami Kancelarii S. i wykonawca ten ponosi koszty umów podwykonawczych w związku z realizowaniem czynności przez te osoby, co bez wątpienia stanowi informacje sprzeczne z tymi wyrażonymi w ofercie i w pierwotnych wyjaśnieniach.

Informacje te miały istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem na ich podstawie Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ i dokonał błędnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

2.2. [zarzut zaniechania odrzucenia oferty kancelarii S. jako niezgodnej z SIWZ]

Odwołujący podnosi, że oferta Kancelarii S. jest niezgodna z treścią SIWZ w kilku niezależnych od siebie

aspektach.

A. Sekretarz biura

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że oferta Kancelarii S. jest niezgodna z SIWZ, w zakresie w jakim przewiduje [zatrudnienie] zaangażowanie sekretarza biura kancelarii w wymiarze 1/2 etatu.

Wyjaśniając rażąco niska cenę, Kancelaria S. wskazała, że sekretarz biura otrzyma wynagrodzenie w wysokości 2.000,00 zł, a jego nakład pracy będzie odpowiadał 1/2 etatu tj. 80 godz./miesięcznie [14].

Nadto, Kancelaria S. wskazała, iż Urszula Urban świadczy pomoc prawną dla T.U. G. Przy czym świadczona przez nią usługa pomoc prawna dotyczy umowy, która jest realizowana na terenie całego województwa zachodniopomorskiego [15].

Oferta Kancelarii S. w tym zakresie jest wprost sprzeczna z warunkami SIWZ i

[13] por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 grudnia 2014 r. KIO 2601/14

[14] por. str. 3 wyjaśnień Kancelarii SWS z dnia 2.10.2017 r.

[15] Urszula Urban na dzień składania ofert była aplikantem, a aktualnie jest radcą prawnym

opisem przedmiotu zamówienia, konsekwencją czego dyskwalifikuje ofertę Kancelarii S. z udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający bowiem wprost zastrzegł w opisie przedmiotu zamówienia, SIWZ i wzorze umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, że dla zapewnienia efektywnej realizacji obsługi prawnej Wykonawca „zapewnienia obecności dyżuru we wszystkie dni robocze w godzinach 8:00 - 15:00 Sekretarza biura Kancelarii w S.". Tym samym wymóg Zamawiającego był jednoznaczny: praktycznie pełen wymiar czasu pracy (świadczenia usługi] dla sekretarza biura 5 dni roboczych w godzinach od 8:00 do 15:00.

Skoro zamawiający zastrzegł, że sekretarz biura kancelarii ma pełnić dyżur w Szczecinie od godz. 8:00 do 15:00 we wszystkie dni robocze, to niedopuszczalnym było, przy składaniu oferty, przyjmowanie, że sekretarz biura w tych godzinach będzie świadczył pomoc prawną na rzecz innych klientów kancelarii. Tym bardziej niedopuszczalne jest, aby świadczył ją poza S., jak ma to miejsce w wypadku umowy na rzecz T.U. G. Świadczenie pomocy prawnej przed jakimkolwiek sądem oznaczałoby, że sekretarz nie będzie pełnił dyżuru w godzinach przewidzianych umową. W szczególności nie będzie mógł go pełnić, gdy będzie musiał udać się do K.,

B. czy S.(3), które są oddalone, średnio o 100 km, od S. i całodniowego wyjazdu na rozprawę.

Pomocy prawnej na rzecz T.U. G., w sposób zgodny z przedłożoną umową, nie może świadczyć również wskazana jako druga z osób N. B. Jest ona studentką V roku studiów prawniczych. Tym samym nie może ona występować przed Sądami Powszechnymi, skoro nie ma stosownych do tego uprawnień (nie jest choćby aplikantem, któregokolwiek z zawodów prawniczych]. Nie może ona również zastępować sekretarza biura, gdyż nie spełnia warunków określonych w SIWZ.

Tym samym, oferta Kancelarii S., która zakłada, że sekretarz biura będzie wykonywał swoje obowiązki jedynie w wymiarze 1/2 etatu (tj. będzie poświęcał na obsługę Zamawiającego w dni robocze mniej niż 7 h dziennie] jest wprost sprzeczna z treścią SIWZ.

W konsekwencji czego, już z powyższej przyczyny Zamawiający powinien odrzucić ofertę Kancelarii S.

B. Zapewnienie transportu zespołowi kancelarii

Oferta Kancelarii S. jest również niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim nie przewiduje kosztów zapewnienia transportu Zespołowi Kancelarii na miejsca spotkań w siedzibie Zamawiającego oraz poza jego siedzibą. Z uzupełniających wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika wprost, że konieczność wyjazdów do innych lokalizacji, niż siedziba Zamawiającego, w ogóle nie został wzięty pod uwagę przez Kancelarię S. przy konstruowaniu oferty, ponieważ w wyjaśnieniach tych Kancelaria S. w żaden sposób nie odniosła się do tych kosztów. Wskazać przy tym należy, że Kancelaria ta była dwukrotnie wzywana do wyjaśnień i już na kanwie pierwszych wyjaśnień i wniesionych odwołań winna wiedzieć, jeżeli wcześniej nie zdawała sobie z tego sprawy, że powinny być wyjaśnione

wszystkie elementy kosztotwórcze. Ergo, skoro z wyjaśnień nie wynikają te koszty przyjąć należy, że ten zakres świadczenia w ogóle nie został ujęty w ofercie.

Nadto jest ona niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim Kancelaria S. wyjaśniła, że dojazdy do S. będą zasadniczo odbywały się pociągiem i lx w miesiącu samochodem.

Kancelaria S. składając wyjaśnienia, a następnie je uzupełniając wprost pominęła koszt zapewnienia transportu Zespołowi Kancelarii (przez co należy rozumieć wszystkich jego członków tj. co najmniej 5 osób) na miejsce spotkań w siedzibie Zamawiającego oraz poza jego siedzibą. Transport ten jest przy tym determinowany np. koniecznością spotkania u interesariuszy, w ramach reprezentacji zamawiającego przed organami, sądami czy innymi podmiotami w toku realizacji inwestycji. Będzie on miał miejsce głównie na terenie województwa Zachodniopomorskiego wzdłuż trasy toru wodnego oraz do siedzib/miejsca zamieszkania interesariuszy. Możliwe są również wyjazdy do stolicy. Tym samym każdy z wykonawców winien założyć konieczność poniesienia kosztów zapewnienia transportu dla 5 osób. Skoro Zamawiający wprost wskazał na konieczność ujęcia kosztów transportu Zespołu Kancelarii jako elementu wynagrodzenia, to nie sposób przyjąć, że obsługę prawną będzie sprawowała wyłącznie jedna osoba, jak przyjęła to w swoich wyjaśnieniach Kancelaria S. W takim wypadku Zamawiający wskazałby wprost w opisie przedmiotu zamówienia na konieczność zapewnienia transportu poszczególnym członkom kancelarii. Uzupełniając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Kancelaria S. wprost wskazała na koszty biura oraz koszty dojazdu do S., jednakże pominęła koszt zapewnienia transportu zespołowi. Wyjaśnienia nie zawierają jakiekolwiek wzmianki o powyższym elemencie. Oznacza to, że oferta Kancelarii S. nie przewiduje zapewnienia transportu dla Zespołu Kancelarii, a tym samym jej oferta nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona.

C. Opiniowanie decyzji inżyniera kontraktu/inne obowiązki wynikające z umowy generujące koszt a nieprzewidziane przez kancelarię S. Składając uzupełniające wyjaśnienia Kancelaria S. wyjaśniła m.in. że na etapie I zaangażowanie zespołu będzie porównywalne, natomiast na II etapie zaangażowanie zastępców Prawnika Wiodącego będzie znacznie mniejsze, ponieważ na tym etapie, za obsługę prawną Zamawiającego odpowiedzialny będzie przede wszystkim Prawnik Wiodący. Kancelaria S. wyjaśniła, że w etapie II bieżącą obsługę kontraktu na projektowanie i wykonanie robót hydrotechnicznych i budowalnych zapewniać będzie Inżynier Kontraktu. Podmiot ten będzie odpowiedzialny m.in. za realizację kontraktu, rozpatrywanie roszczeń wykonawcy, wniosków o zmianę etc. W związku z tym Inżynier Kontraktu w swoim zespole powinien posiadać zarówno specjalistę ds. prawnych (radcę prawnego) oraz specjalistę ds. rozliczeń, (por. str. 2 wyjaśnień z dnia 2.10.2017 r.).

Kancelaria S. złożyła ofertę sprzeczną z treścią SIWZ w zakresie obowiązków umownych, których realizacji oczekuje Zamawiający na etapie realizacji inwestycji. Skoro Zamawiający wprost wskazał na zakres obsługi prawnej, która obejmuje:

b) reprezentowanie Zamawiającego w relacjach umownych z wykonawcą robót, Inżynierem Kontraktu oraz wykonawcami innych zamówień udzielanych przez Zamawiającego w ramach Inwestycji, ze szczególnym uwzględnieniem konieczności zapewnienia ochrony interesów Zamawiającego w aspekcie finansowym i terminowym realizacji Inwestycji,

c) opiniowanie wszystkich przekazanych Kancelarii decyzji Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego (lub projektów tych decyzji) w zakresie ich zgodności z przepisami prawa oraz zawartymi umowami związanymi z realizacją Inwestycji,

d) stałe monitorowanie przebiegu realizacji Inwestycji i udzielanie Zamawiającemu porad i prowadzenia konsultacji w tym zakresie w aspekcie zgodności z przepisami prawa, zawartym Kontraktem , umowami z Inżynierem kontraktu i innymi usługodawcami dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego. W zakresie opisanym powyżej istotnym aspektem obsługi prawnej pozostaje formalnoprawna i techniczna analiza oraz opiniowanie składanych przez wykonawcę roszczeń kontraktowych, wyprzedzające identyfikowanie konfliktów i ryzyk inwestycyjnych Zamawiającego związanych z planowanymi poleceniami Inżyniera lub wnioskami wykonawcy (np. dot. Zmian), monitorowanie zgodności realizacji

kontraktów z Harmonogramem Projektu i Programem Robót - celem oceny ryzyka terminowego,

e) czynną współpracę z Zamawiającym i Inżynierem Kontraktu przy dokonywaniu analizy wartości w przypadku wnioskowania o Zmiany,

f) konsultacje prawne na rzecz Zamawiającego jako inwestora w relacjach z organami administracji publicznej wydającymi zgody, opinie, decyzje, postanowienia administracyjne itp. w zakresie Inwestycji,

g) reprezentowanie Zamawiającego (na podstawie odrębnie udzielonych przed sądami powszechnymi, administracyjnymi, sądami pełnomocnictw) polubownymi, w ewentualnych sporach arbitrażowych, postępowaniach przed właściwymi organami w związku ze skargami, odwołaniami, pozwami oferentów lub wykonawców umów, o ile reprezentacja Zamawiającego w takich sprawach nie będzie zastrzeżona dla Prokuratorii Generalnej Rzeczpospolitej Polskiej,

h) sporządzanie projektów dokumentów i redagowanie pism kontraktowych w ramach korespondencji Zamawiającego z wykonawcami robót i usług związanych z Inwestycją, pism do właściwych dla Inwestycji organów administracji publicznej i pozostałych interesariuszy Projektu,

i) doradztwo i obsługę prawną Zamawiającego w zakresie czynności wymaganych dla pozyskania gruntów i uzyskiwania prawa do dysponowania terenem na cele budowlane w tym w relacjach z właścicielami nieruchomości zlokalizowanych na obszarze Inwestycji oraz w relacjach z innymi zewnętrznymi interesariuszami Projektu,

j) przygotowywanie projektów odpowiedzi na zapytania podmiotów zewnętrznych 31

---

występujących w trybie dostępu do informacji publicznej,

k) opiniowanie i monitorowanie w ramach Inwestycji zgodności podejmowanych działań z postanowieniami umowy o dofinansowanie, w zakresie formalnoprawnej zgodności z wytycznymi dotyczącymi dysponowania środkami unijnymi, w tym wytycznymi dotyczącymi kwalifikowalności wydatków w ramach perspektywy 2014 - 2020 oraz doradztwo w zakresie współpracy z Instytucją Wdrażającą oraz Zarządzającą,

l) wydawanie pisemnych opinii oraz udzielanie wyjaśnień i konsultacji w zakresie stosowania prawa,

m) udziału w radach budowy i innych spotkaniach z podmiotami zaangażowanymi w realizację i przygotowanie Inwestycji,

n) przygotowywanie projektów umów, aneksów, porozumień Zamawiającego w stosunkach umownych z podmiotami zaangażowanymi w realizację Inwestycji,

o) współpracy z Prokuratorią Generalną Rzeczpospolitej Polskiej w szczególności sporządzanie wniosków, pism, opinii, wyjaśnień, udzielanie odpowiedzi oraz wykonywanie innych czynności żądanych przez Prokuratorię Generalną w trakcie prowadzonych spraw sądowych oraz przed wszczęciem postępowania sądowego,

p) wszystkie inne czynności niewymienione w niniejszej Umowie mieszczące się w zakresie pojęcia obsługi prawnej niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia Inwestycji.

- to nie sposób przyjąć, jak twierdzi Kancelaria S., że na etapie realizacji inwestycji, zaangażowanie zespołu i jego poszczególnych członków będzie mniejsze, niż na pierwszym etapie tj. przygotowania postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Kancelaria S., w sposób całkowicie oderwany od warunków przyszłej umowy i zasad obsługi inwestycji infrastrukturalnych (a nawet doświadczenia życiowego], zaniechała uwzględnienia w swojej ofercie podstawowych obowiązków wynikających z obsługi prawnej, jak choćby obowiązku opiniowania każdej decyzji Inżyniera Kontraktu (a nawet ich projektów]. Bezsprzecznie Inżynier Kontraktu będzie posiadał własną obsługę prawną, jednak zgodnie z wymaganiami Zamawiającego nie spowoduje to zwolnienia z obowiązku kontraktowego podmiotu świadczącego obsługę prawną, który ma weryfikować czynności i opinie Inżyniera Kontraktu, (każdorazowo Zamawiający będzie dysponował dwiema opiniami - jedną Inżyniera, jedną Kancelarii)

Nieuprawnione jest zatem stanowisko, że zaangażowanie Kancelarii S. ulegnie zmniejszeniu z uwagi na fakt, że to Inżynier Kontraktu będzie prowadził obsługę kontraktu i będzie on musiał dysponować prawnikiem, skoro Kancelaria będzie musiała opiniować decyzję Inżyniera Kontraktu, a nawet ich projekty. W praktyce oznacza to, że praca Inżyniera Kontraktu i jego decyzje są kontrolowane i opiniowane przez obsługę prawną Zamawiającego. Dodatkowo, niejednokrotnie dochodzi do rozbieżności na linii Zamawiający - Inżynier Kontraktu, co nie powoduje zmniejszenia zaangażowania obsługi prawnej, a wręcz

przeciwnie, wymaga dodatkowego nakładu pracy. 32

Nieuprawniona, w świetle SIWZ, jest oferta Kancelarii S., która przewiduje, że zmniejszeniu ulegnie zaangażowanie prawników co do roszczeń kontraktowych z uwagi na rolę Inżyniera Kontraktu, podczas gdy projekt umowy wprost nakłada na Wykonawcę (tj. Kancelarię) obowiązek opiniowania składanych przez wykonawcę roszczeń kontraktowych, wyprzedzające identyfikowanie konfliktów i ryzyk inwestycyjnych Zamawiającego związanych z planowanymi poleceniami Inżyniera lub wnioskami wykonawcy. Kancelaria S. w świetle obowiązków umownych nie mogła przyjąć oszczędności polegających na obniżeniu ilości godzin pracy poświęconej na obsługę zamawiającego. Dodatkowo podnieść należy, że nie wiadomo z jakich przesłanek Kancelaria S. wywodzi, że tylko i wyłącznie Inżynier Kontraktu będzie się tym zajmował, skoro postępowanie na Inżyniera Kontraktu w ogóle jeszcze nie zostało ogłoszone. Odwołujący podnosi, że właściwym było przyjęcie wyliczenia kalkulacji godzin z uwzględnieniem wszelkich ryzyk wykonawczych, które nie tylko wynikają z zakresu literalnego brzmienia projektu umowy, ale również z uwzględnieniem praktyki i doświadczenia przy obsłudze inwestycji liniowych. Nakazują one przyjąć, że zarówno interesariusze jak i wykonawca generalny systematycznie generują roszczenia, co powoduje wzrost nakładu pracy obsługi prawnej. Dodatkowo należy mieć na względzie czasochłonność związaną z prowadzonymi postępowaniami administracyjnymi, cywilnymi czy też kontrolnymi, które nie zostały w ogóle ujęte w wyjaśnieniach Kancelarii S..

Kancelaria S. złożyła ofertę, która w żaden sposób nie przewiduje udziału w innych spotkaniach z podmiotami zaangażowanymi w realizację i przygotowanie Inwestycji (np. Lasami Państwowymi, Urzędem Miasta w S. czy Grupą Azoty lub Gminami położonymi wzdłuż toru wodnego]. Każde spotkanie z interesariuszami będzie wiązało się z wydatkiem po stronie Kancelarii, które obejmuje nie tylko przygotowanie do spotkania [tj. czas pracy], ale w wypadku Kancelarii S. również konieczność przyjazdu Prawnika Wiodącego i jego zastępców i/lub specjalisty technicznego do S.

Kancelaria S. złożyła zatem ofertę, która nie uwzględnia okoliczności związanych z doradztwem i obsługę prawną Zamawiającego w zakresie czynności wymaganych dla pozyskania gruntów i uzyskiwania prawa do dysponowania terenem na cele budowlane w tym w relacjach z właścicielami nieruchomości zlokalizowanych na obszarze Inwestycji oraz w relacjach z innymi zewnętrznymi interesariuszami inwestycji. Doradztwo w tym przedmiocie niejednokrotnie obejmuje skomplikowane postępowania administracyjne i konieczność osobistego stawiennictwa i udziału w spotkaniach z właścicielami gruntów i przedstawicielami lokalnych władz.

Podobnie, jak w wypadku ww. doradztwa, oferta Kancelarii S. nie uwzględnia konieczności reprezentowanie Zamawiającego (na podstawie odrębnie udzielonych pełnomocnictw] przed sądami powszechnymi, administracyjnymi, sądami polubownymi, w ewentualnych sporach arbitrażowych, postępowaniach przed właściwymi organami w 33

---

związku ze skargami, odwołaniami, pozwami oferentów lub wykonawców umów, o ile reprezentacja Zamawiającego w takich sprawach nie będzie zastrzeżona dla Prokuratorii Generalnej Rzeczpospolitej Polskiej.

Wreszcie składając ofertę niezgodną z SIWZ, Kancelaria S. nie przewidziała innych czynności niewymienione we wzorze Umowy mieszczące się w zakresie pojęcia obsługi prawnej niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia Inwestycji. Wobec powyższego, generalne założenie Kancelarii S. o mniejszym nakładzie pracy na II etapie realizacji inwestycji jest całkowicie bezpodstawne i sprzeczne z treścią SIWZ. Nadto, w świetle przywołanego zakresu obsługi oraz wymagań stawianych przez Zamawiającego nie sposób uwzględnić założeń Kancelarii S., że zaangażowanie Prawnika i jego zastępcy będzie wymagała:

1. na I etapie realizacji zaangażowania odpowiadającego wymiarowi pracy dla I etatu prawnika [tj. 160 h),
2. na II etapie realizacji zaangażowania odpowiadającego wymiarowi pracy dla 3/4 etatu prawnika [tj. 120 h]

Jest to wprost sprzeczne z zakresem wskazanym w SIWZ, OPZ i wzorze umowy.

Dodatkowo, wyjaśnienia Kancelarii S. zupełnie pomijają kierunek który Krajowa Izba Odwoławcza wskazała przy ocenie czynników wpływających na poziom ceny. To m.in.
odwołujący wskazał, że przewidywane zaangażowanie dla Prawnika Wiodącego i jego zastępców powinno odpowiadać ok. 250 roboczogodzin miesięcznie czyli nie mniej niż 1 i
1/2 etatu. Odwołujący stwierdza, na podstawie analizy szacunku wartości zamówienia, że zamawiający przyjął co najmniej ww. ilość godzin jako niezbędną do wykonania należytej
obsługi prawnej.

Reasumując Kancelaria S. zaoferowała inny, niż wymagany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia (o węższym zakresie, bez uwzględnienia części obowiązków
wynikających z SIWZ, OPZ oraz wzoru umowy), który nie spełnia wymagań określonych w
SIWZ. Nadto, Kancelaria S. określiła inny, nieadekwatny do wymagań Zamawiającego
sposób realizacji zamówienia, co stanowi podstawę do bezwzględnego i obligatoryjnego
odrzucenia oferty - jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej
treść nie odpowiada treści SIWZ (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3), gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w taki sposób, iż można mówić o pominięciu
pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z
oczekiwaniami zamawiającego.

2.3. [zarzut zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny i czynu
nieuczciwej konkurencji]

Stosownie do treści art 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, 34

---

jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie
zwiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Zaoferowana przez Kancelarię cena 1.194.945,00 zł brutto [tj. 17.17.835,00 zł brutto/miesięcznie] stanowi jedynie 23,90% wartości zamówienia oszacowanej przez
zamawiającego. Jest ona niższa o 76,10 % w stosunku do wartości zamówienia ustalonego przed wszczęciem postępowania i niższa o 59,21 % od średniej arytmetycznej wszystkich
złożonych cen. Uzupełnione wyjaśnienia Kancelarii

S. wprost wskazują, że zaoferowana cena jest
ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazują one również na źródła rażąco niskiej ceny, które Zamawiający pominął, mimo kierunku wskazanego
Zamawiającemu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

A. koszt sekretarza biura

Kancelaria S. przewidziała, że koszt wynagrodzenia sekretarza to kwota 2.000,00 zł
miesięcznie, co daje kwotę 132.000,00 zł przez okres 66 miesięcy. Odwołujący podnosi, że nieprawidłowa jest kalkulacja, która zakłada, że sekretarz
biura będzie pracował/świadczył swoje usługi w zakresie odpowiadającym wymiarowi czasu
pracy w 1/2 etatu, albowiem jest to wprost sprzeczne z treścią SIWZ.

Konsekwencją czego przy swojej kalkulacji Kancelaria S. powinna przyjąć cały etat dla sekretarza biura kancelarii [podobnie przyjęli inni wykonawcy kalkulując swoje oferty, w
tym Kancelaria D.).

Skoro Kancelaria S. przyjęła koszt sekretarza w wysokości 2.000,00 zł - miesięcznie,
odpowiadający 1/2 etatu, to prawidłowa kalkulacja powinna zakładać cały etat. Tym samym, w świetle przedstawionej przez Kancelarię

S. umowy z Urszulą Urban, wynagrodzenie dla
sekretarza biura kancelarii powinno wynosić 4.000,00 zł netto/miesięcznie. W konsekwencji czego realny i prawidłowy koszt sekretarza biura to kwota 4.000,00
zł netto miesięcznie i 264.000,00 zł przez okres 66 miesięcy. Powoduje to wzrost kosztów, w stosunku do zaoferowanych w wyjaśnieniach
kalkulacji, w wysokości 132.000,00 zł, przy czym Kancelaria S. nie jest w żaden sposób uprawniona, aby na obecnym etapie wskazywać, że kwota ta mieści się w kosztach
dodatkowych, bowiem w wyjaśnieniach wprost wskazała, jaki będzie koszt Sekretarza biura.

B. koszt utrzymania biura i materiałów biurowych/ dojazdów i noclegów

Kancelaria S. przewidziała, że koszt utrzymania biura oddziału w Szczecinie wynosi
miesięcznie kwotę 857,00 zł. Koszt materiałów biurowych wynosi kwotę 200,00 zł miesięcznie. Łącznie daje to kwotę 1057,00 zł/miesięcznie.

Powyższe koszty Kancelaria S. podzieliła na dwa podmioty, wskazując, iż w oddziale jest prowadzona obsługa

prawna w ramach umowy z T.U. G. Kancelaria S. w swoich wyjaśnieniach przyjęła, że ww. koszt utrzymania biura i materiałów biurowych będzie 35

---

dzielony na dwa podmioty przez cały okres realizacji zamówienia. Oznacza to, że koszt utrzymania biura dla potrzeb przedmiotowego zamówienia według kancelarii S. to kwota 528,00 zł netto miesięcznie. Daje to łącznie 34.881,00 zł przez 66 miesięcy.

Kalkulacja Kancelarii S. jest nieprawidłowa.

Umowa z T.U. G. ulega rozwiązaniu z dniem 31.12.2017 r.

Umowa najmu biura ulega rozwiązaniu z dniem 31.12.2017 r. Konsekwencją czego należy przyjąć, iż od 01.01.2018 r. koszty związane z utrzymaniem biura oddziału w Szczecinie nie będą rozkładane na dwóch klientów, a wyłącznie na jednego. Nadto, nie sposób przewidzieć stawki czynszu najmu, skoro umowa najmu lokalu ulega rozwiązaniu, a Wykonawca nie pokazał innych ofert dot. najmu lokali na terenie S.

Zakazane jest również skrośne finansowanie realizacji zamówienia.

Kancelaria S. dla swoich kalkulacji powinna przyjąć, że od 01.01.2018 r. koszt utrzymania biura będzie w całości pokrywany z przychodów pochodzących z zamówienia. Innymi słowy Zamawiający dokonując analizy wyjaśnień Kancelaria S. w świetle przedstawionych dowodów nie mógł dać wiary wyjaśnieniom Kancelarii S., że koszty utrzymania biura będzie pokrywany z wpływów pochodzących od dwóch klientów.

Tym samym Kancelaria S. wyjaśniając uzupełniająco rażąco niską cenę powinna przyjąć, że przez co najmniej 64 miesiące [16] koszt związany z utrzymaniem oddziału i materiałami biurowymi będzie utrzymywany z przedmiotowego zamówienia. Oznacza to, że po stronie Kancelarii S. powstanie koszt w wysokości co najmniej 1.057.00 zł przez okres 64 miesięcy. W konsekwencji czego nie wyniesie on, jak wyjaśniła Kancelaria S. 34.881,00 zł.

Wówczas koszt utrzymania biura i materiałów biurowych przez okres 66 miesięcy wzrośnie o kwotę 32.767,00 zł. do łącznej kwoty 67.648,00 zł.

Odwołujący podnosi, że zaniżone zostały również koszty dojazdów i noclegów. Kancelaria S. w swoich wyliczenia przedstawiła koszty dojazdu wyłącznie dla jednej osoby, podczas gdy Zamawiający wprost wskazał na konieczność udziału Zespołu. Kancelaria S. nie wyceniła również kosztów, kiedy każdy z poszczególnych członków zespołu podróżuje.

Powyższe wprost wskazuje, iż wyjaśnienia Kancelarii S. są niewiarygodne i nie powinny być uwzględnione przez Zamawiającego.

C. koszt wynagrodzenia prawników/stopień zaangażowania

Odwołujący, w ślad za zarzutem niezgodności oferty z SIWZ, podnosi, że Kancelaria S. nieprawidłowo przyjęła, iż na II etapie realizacji inwestycji, zaangażowanie prawników wchodzących w skład zespołu będzie wynosiło odpowiednio:

[16] tj. po odjęciu listopada i grudnia 2017r.

1/2 etatu (tj. 80 h) dla prawnika wiodącego (radcy prawnego J. S.) 1/8 etatu (tj. 20 h) dla zastępcy prawnika wiodącego (radcy prawnego A. M.)

1/8 etatu (tj. 20h) dla zastępcy prawnika wiodącego (radcy prawnego A. N.) Oznacza to, że Kancelaria S. przyjęła 3/4 etatu pracy prawnika, co ma odpowiadać 120 roboczogodzinom na etapie realizacji inwestycji (tj. przez okres 60 miesięcy). Jak już wykazano powyżej, powyższe założenia zupełnie odbiegają od zakresu obsługi prawnej, jaki został opisany przez Zamawiającego. Odbiegają one również od kalkulacji przedstawionych przez innych wykonawców w poprzednim odwołaniu i podczas rozprawy. Odwołujący m.in. wskazywał, że w świetle zakresu obowiązków, które ma realizować wykonawca, zasadne jest przyjęcie co najmniej 250 roboczogodzin miesięcznie, co odpowiada 1 i 1/2 etatu. Taką ilość szacował zamawiający, jeżeli przyjąć, że kwota 4.065.000,00 zł przy stawce 200 zł/roboczogodzina odpowiada 300 godzinom obsługi prawnej.

Przyjmując nawet, ostrożne założenie, że obsługa prawna na etapie realizacji będzie wymagała od zespołu

prawników zaangażowania odpowiadającego 1 etatowi tj. 160 h
miesięcznie, wówczas kalkulacja Kancelarii S. powinna ulec podrożeniu o kwotę 2000,00 zł miesięcznie i 120.000,00 zł globalnie.

Znamienne jest, że Kancelaria S. w swoich założeniach przyjęła, że zasadniczo obsługę na etapie realizacji inwestycji będzie sprawował prawnik wiodący, podczas gdy
Zamawiający oczekuje zespołu prawników. W świetle zapisów SIWZ zamówienie obejmuje pracę całego zespołu a nie jego poszczególnych członków. Nie można czynić założeń, że to
prawnik wiodący będzie prowadził obsługę inwestycji, a zastępcy będą go wyłącznie zastępowali w wypadku jego nieobecności, co jest to niemożliwie choćby z uwagi na zakres
obsługi prawnej (zakres obowiązków kancelarii). Innymi słowy mówiąc jedna osoba nie jest w
stanie wykonać ww. obsługi przy skali zamówienia. Argumentację powyższą wzmacnia fakt, iż Kancelaria
S. na kontrakcie referencyjnym
posługiwała się początkowo 14 radcami prawnymi i 19 prawnikami, aby na mocy aneksu z dnia 22.12.2011 r. oddelegować do obsługi prawnej kontraktu referencyjnego 11 radców
prawnych i 10 prawników. Uważna analiza w tym przedmiocie wskazuje, że obsługę prawną kontraktu referencyjnego sprawowało co najmniej 8 radców prawnych oraz 9 prawników, co
potwierdza wystąpienie pokontrolne NIK (str. 34 i 35). Dowód:

1. wyciąg z wystąpienia pokontrolnego NIK (w załączeniu/załącznik nr 4) Natomiast przyjmując, że dla zapewnienia prawidłowej obsługi prawnej wymagane
jest co najmniej 1 1/2 etatu na obu etapach realizacji, czyli 240 roboczogodzin, wówczas zaoferowana przez Kancelarię
S. stawka roboczogodziny prawnika współpracującego z
Kancelarią S. wynosi kwotę 30,77 zł. Nie sposób przyjąć, aby prawnik który obsługuje inwestycje budowalną i dysponuje

---

doświadczeniem umożliwiającym pełnienie mu funkcji prawnika wiodącego lub zastępcy prawnika wiodącego będzie świadczył swoją usługę za stawkę odpowiadającą stawce
godzinowej sekretarza biura czy pracownika fizycznego.

W konsekwencji, zamawiający dokonując oceny wyjaśnień i przedłożonych dowodów powinien dojść do przekonania, że cena zaoferowana przez Kancelarię
S. jest rażąco niska i
nie odpowiada stawkom rynkowym, i jest ceną poniżej tak naprawdę kosztów, które
funkcjonują dla prawników specjalistów z zakresu obsługi prawnej dużych projektów
infrastrukturalnych, a następnie powinien ofertę odrzucić.

D. nierealny charakter ceny oferty kancelarii S.

Odwołujący wskazuje, że Kancelaria S. wyjaśniła, iż przewiduje zysk/koszty dodatkowe w wysokości 262.556,04 zł netto.

Jak wskazano powyżej Kancelaria S. sztucznie zaniżyła koszty sekretarza biura, koszty utrzymania oddziału oraz zaangażowanie i koszt pracy prawników.

Dokonując prawidłowych i realnych wyliczeń, należy przyjąć, że Kancelaria S. zaniżyła ww. koszty o kwotę co najmniej 286.881,00 zł (tj. suma pozycji A-C). Oznacza to, że
już krótkiej i wstępnej analizie przedstawionych kosztów z realnymi kosztami, które powinien ponieść wykonawca, Kancelaria
S. zaoferowała cenę, która nie pozwala na pokrycie tychże
kosztów. Suma kosztów dla kancelarii
S. wynosi bowiem kwotę 995.824,96 zł netto podczas
gdy Kancelaria S. zaoferowała kwotę 971.500,00 zł netto.

Przy czym odwołujący zastrzega, że zaoferowana przez Kancelarię S. cena za roboczogodzinę pracy prawnika specjalisty jest ceną dumpingową, i nie odpowiada stawkom rynkowym czy wynikającym z przepisów dotyczących pracy prawnika przy obsłudze dużych inwestycji.

Tym samym zaoferowaną przez Kancelarię S. cenę należy uznać za rażąco niską, albowiem jest ceną nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych
podobnych zamówień i innych ofert. Przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Kancelarię
S. za podaną cenę byłoby nieopłacalne. Wreszcie cena w stosunku do
przedmiotu zamówienia jest ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica nie jest
uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie
wykonać.

Zaoferowanie usług poniżej kosztu ich nabycia, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o
zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, który przybiera postać utrudniania dostępu do

rynku, albowiem sprzedaży towarów lub usług poniżej
kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu

eliminacji innych przedsiębiorców (tzw. dumping)[17] .

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem
nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 zawiera
uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności
przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców fart. 15 ust. 1
pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji]. Dla wyczerpania dyspozycji tego
przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług] poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom
dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców.

E. brak kosztów transportu zespołu/brak zysku

Odwołujący podnosi, że „wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu
kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne
przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w
stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy - informacje jakie przedstawił
wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź
odrzucenia oferty” [18] . Wyjaśnienia Kancelarii
S. nie spełniają ww. wymogów, albowiem nie odnoszą się do
kosztu transportu zespołu kancelarii, mimo iż Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wprost wskazał, że ww. koszt winien być ujęty w wynagrodzeniu. Kancelaria
S. ww. kosztu
nie wskazała. Nie sposób domniemywać, że ww. koszt jest ujęty jako koszt dodatkowy,
skoro
Kancelaria S. wyjaśniła, że koszt dodatkowy/zysk to kwota 262.556,04 zł.

Kancelaria S. nie wskazała jaki zysk planuje osiągnąć. Skoro zrównała zysk z
kosztami dodatkowymi, to należy przyjąć, iż nie przewiduje godziwego zysku, skoro
zamierza go w całości przeznaczyć na koszty dodatkowe. A jak powyżej wykazano założone
przychody nie wystarczą na pokrycie kosztów.

[17] por. Różowicz, Konrad. Wykluczenie wykonawcy z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Publikacje Elektroniczne ABC. [18] por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 października 2016 r. KIO 1893/16

F. pozorne oszczędności/pozorna przewaga rynkowa względem pozostałych
wykonawców Odwołujący wskazuje, że nie sposób przyjąć, aby sam fakt
dysponowania wzorami
umów (czyli doświadczeniem w rozumieniu Kancelarii S.) czy rzekoma znajomość potrzeb Zamawiającego uzasadniała obniżenie ceny prawnika specjalisty do stawki do kwoty 32 zł za
1 roboczogodzinę. Wyjaśnienia Kancelarii
S. w tym zakresie nie uzasadniają obniżenia ceny, zwłaszcza
gdy Kancelaria S. nie wskazuje w jaki sposób ww. „handicap” (wzory i znajomość potrzeb Zamawiającego] wpłynie na obniżenie zaoferowanej ceny. Izba wielokrotnie podkreślała, że „sam fakt dysponowania doświadczeniem,
urządzeniami, czy też narzędziami nie jest bowiem niczym nowym i specyficznych, gdyż stanowi on w postaci warunków udziału w postępowaniu element sine qua non umożliwiający
ubieganie się wykonawcy o zamówienie. Bez jego spełnienia nie istniałaby możliwość udzielenia zamówienia jakiemukolwiek wykonawcy
- zatem nie może on stanowić
uzasadnienia dla zaoferowania wynagrodzenia na poziomie odbiegającym o ponad 30% od wartości szacunkowej

ustalonej przez Zamawiającego oraz średniej arytmetycznej złożonych
w postępowaniu ofert” [19]

Co więcej, Kancelaria S. wyjaśniając rażąco niską cenę wprost wskazała (udowodniła], iż ewentualne oszczędności wynikają z powierzenia zamówienia
podwykonawcom. Kancelaria S. nie wskazała również na żądne inne realne sposoby
oszczędności względem innych wykonawców. O wadliwiej ocenie złożonych wyjaśnień przez Zamawiającego świadczy również fakt,
że wskazana przez Kancelarię S. cena nie odpowiada cenom dla usług prawników - specjalistów, którzy mają osobiście wykonywać przedmiot zamówienia.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający oczekuje osobistego wykonania przedmiotu przez ds. realizacji inwestycji zamówienia prawników specjalistów
infrastrukturalnych, którzy obsługiwali kontrakty infrastrukturalne, o wartości od 50 mln zł do 100 mln zł (a nawet 250 mln zł, z uwagi na warunek udziału w zamówienia]. Zgodnym z
zasadami doświadczenia życiowego i logiki jest, że cena godziny pracy prawnika z kilkuletnim doświadczeniem w obsłudze dużych kontraktów infrastrukturalnych jest
zdecydowanie wyższa od cen obowiązujących w innych sektorach usług prawniczych czy wobec cen prawnika, który nie ma takiego doświadczenia.

W ocenie Odwołującego składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnienia Kancelarii S. Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie
podanych w nim kwot
(aczkolwiek nie zostały podane], ale i poprzez realność poczynionych założeń co do

[19] por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 kwietnia 2017 r. KIO 613/17

czasochłonności pracy, metod wpływających na obniżenie czasu pracy czynnika ludzkiego, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia, proponowanego
sposobu
wykonywania zamówienia oraz realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia. Co więcej „Samo zestawienie kosztów, w dodatku
fragmentaryczne, powoduje sytuację równoznaczną z tą, jak gdyby wykonawca wezwany w trybie art 90 ust. 1 p.z.p. w ogóle nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.”
[20]

Reasumując zaoferowana przez Kancelarię S. cena i złożone przez nią wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny, są niewiarygodne i nie wykazały braku rażącej ceny.
Przedstawione dowody nie potwierdzają wysokości ceny, a przyjęte przez Kancelarię S. założenia wprost wskazują, że nie wykona ona zamówienia, co powinno prowadzić do
odrzucenia oferty przez zamawiającego, czego zamawiający nie uczynił i czym naruszył
dyspozycję art. 89 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust .2 i 3 ustawy PZP. Złożenie
wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, co do tynkowego charakteru
ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie [21] .

Tym samym jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.07.2014 r.,
w sprawie KIO 1354/14 „Mało prawdopodobne jest, aby ktoś podjął się wykonywania
specjalistycznych usług prawniczych objętych przedmiotem zamówienia za wynagrodzenie odpowiadające płacy minimalnej, czy nawet jej dwukrotności. Również zamawiający przy
wszczęciu postępowania nie uważał płacy minimalnej za punkt odniesienia przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, opierając się w tym zakresie na swojej wieloletniej
praktyce w udzielaniu analogicznych zamówień” [22]

W tym stanie rzeczy Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust 4 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 oraz przepisy art. 90 ust. 1 oraz ust. 2 i 3 ustawy PZP nie odrzucając
oferty, której rażąco niska cena stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji.

2.4. [zarzut odrzucenia oferty z powodu zmiany oferty po upływie terminu do jej
złożenia] Odwołujący podnosi, że Zamawiający, wbrew treści art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp
zaniechał odrzucenia oferty, której treść została zmieniona po dacie składania ofert. Zmiana pierwotnej oferty nastąpiła w wyniku wyjaśnień uzupełniających złożonych przez Kancelarię
S. w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazuje, że „Oświadczenie o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców jest wiążące dla zamawiającego. Z tego też względu, co do zasady, nie jest

por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 grudnia 2016 r. KIO 272/16, [20] KIO 273/16

[21] por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 grudnia 2016 r. KIO 2288/16

por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 lipca 2014 r. KIO 1354/14 [22]

możliwe stosowanie trybu art 87 ust 1 p.z.p., przewidzianego do wyjaśniania treści oferty, do dokonywania zmiany, czy też uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogłyby być postrzegane, jako niedopuszczalne negocjacje, dotyczące oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści [23]. Tym samym „dopuszczenie do sformułowania, bądź skonkretyzowania przez wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert, jest sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art 7 ust 1 p.z.p.

[24]

Wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający z chwilą otrzymania wyjaśnień rażąco niskiej ceny i umów z kancelariami osób przewidzianych do realizacji zamówienia oraz umowy z U. U. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą D. P. U. U. powinien odrzucić ofertę, albowiem doszło do jej zmiany.

Kancelaria S. złożyła ofertę, która nie przewidywała posługiwania się podwykonawcami.

Tymczasem w toku uzupełniających wyjaśnień rażąco niskiej ceny zmieniła swoją ofertę i przedłożyła dowody wprost wskazujące na posługiwanie się podwykonawcami, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Kancelaria S. wskazała bowiem, że upatruje oszczędności m.in. w wyniku umów zawartych z radcami prawnymi, których w swoich pierwotnych wyjaśnieniach wskazywała jako wspólników prowadzących obsługę prawną klientów kancelarii. Natomiast, już w wyjaśnieniach uzupełniających Kancelaria S. wskazała, że będzie się nimi posługiwał na podstawie umów o podwykonawstwo z wynagrodzeniem ryczałtowym. Oznacza to, nie tylko zmianę wyjaśnień przez Kancelarię S., ale przede wszystkim zmianę oferty w stosunku do pierwotnie złożonej.

Nieuprawnione było zatem twierdzenie, że J. S., A. M. i A. N. jako wspólnicy prowadzą obsługę prawną klientów, skoro:

1. ich wkładem do Kancelarii S. nie jest świadczenie polegające na wykonywaniu zawodu radcy prawnego,
2. łączą ich odrębne od umowy spółki umowy o podwykonawstwo zawarte z Kancelarią S..

Zmiana oferty dotyczy również sytuacji związanej z sekretarzem biura kancelarii. Kancelaria S. wskazała pierwotnie, że nie będzie posługiwał się podwykonawcami w tym zakresie, by następnie w wyjaśnieniach uzupełniających powołać się na umowę o podwykonawstwo zawartą z U. U.

Konsekwencją czego, Kancelaria S., na etapie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny,

[23] por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 marca 2016 r. KIO 221/16

[24] por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 marca 2016 r. KIO 250/16

dokonała zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnej treści, która nie przewidywała podwykonawców w zakresie przewidzianym dla Prawnika wiodącego, jego zastępców, czy Sekretarza biura Kancelarii.

W tym stanie rzeczy, na podstawie złożonych wyjaśnień, Zamawiający winien odrzucić ofertę Kancelarii S., skoro doszło do zmiany oferty względem oferty złożonej w dniu 22.06.2017 r. oraz zmiany względem ofert pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Konieczność odrzucenia oferty w takiej sytuacji z powodu jej zmiany znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wprost wskazuje, że „Proces wyjaśnień oparty o art 90 ust 1 p.z.p. stanowi przykład oświadczeń wiedzy składanych przez wykonawcę w oparciu o konkretne sformalizowane zapytanie podmiotu zamawiającego. Nawet jeżeli wykonawca, starając się w sposób maksymalnie wiarygodny i przekonujący uzasadnić

zaoferowaną w postępowaniu cenę, posunie się do prób modyfikacji
złożonego pierwotnie w treści oferty oświadczenia woli, to rolą podmiotu zamawiającego jest jedynie ocena złożonych wyjaśnień w kontekście przedstawionych dowodów, realiów
rynkowych oraz w odniesieniu do pierwotnie zaoferowanego świadczenia - jednakże tylko w kontekście wiarygodności zaoferowanej w ofercie ceny. Przyjęcie takiego oświadczenia,
modyfikującego treść oświadczenia złożonego pierwotnie w ofercie, byłoby nie tylko sprzeczne z mechanizmem wyjaśniania nakierowanym na uzasadnienie ceny ofertowej, ale
kłóciłoby się z regulacjami odnoszącymi się do treści oferty (art 82 ust 3 p.z.p.), jej znaczenia (art. 140 ust 1 p.z.p.) oraz możliwości jej modyfikacji (art 87
ust 1-2 p.z.p.)" [25]

2.5.[złożenie nieprawdziwych informacji/ nieprawidłowa ocena doświadczenia osób]

W wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących obsługi prawnej ujawniono okoliczność, że wskazana przez Kancelarię
S. osoba zastępcy prawnika A. N. i A. M.
posługiwały się kontraktem, który był zakończy ponad 5 lat od terminu składania ofert. Jak wskazano w wyjaśnieniach
A. N. i A. M. prowadziły obsługę prawną inwestycji
zakończonej w dniu 04.04.2012 r. tj. na 5 lat i 80 dni przed upływem terminu składania ofert.

Nadto, Kancelaria S. składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny i
wyjaśnienia dotyczącego obsługi prawnej kontraktów oświadczyła, że „Budowa bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy
elektrycznej netto: minimum 90 OMWe, maksimum 1000 MWe w Enea Wytwarzanie S.A."
na koniec sierpnia br. zaawansowanie robót wynosiło 99%. Tym samym na dzień składania ofert nie był to kontrakt zakończony.

Wobec powyższego należy uznać, że Kancelaria S. złożyła nieprawdziwe informacje

[25] por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 kwietnia 2017 r. KIO 604/17

mogące mieć wpływ na wynik postępowania, co wyczerpuje przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, Wykonawca bowiem w swojej ofercie
podał nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia z obsługi kontraktów, które stanowiły podstawę przyjęcia, że osoby spełniają warunki udziału w postępowaniu i
przyznania punktów w kryterium Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Powyższe podanie nieprawdziwych informacji oraz posłużenie się nieaktualnym kontraktem skutkowało, tym że Zamawiający powinien przyznać mniejszą ilość punktów w
kryterium oceny doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

I tak A. M. powinna otrzymać 5 pkt, a A. N. 0.

Konsekwencją czego Kancelaria S. powinna otrzymać 25 pkt w kryterium
doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Powyższe potwierdza dodatkowo, że Kancelaria
S. nie ma wystarczającego doświadczenia, które umożliwia jej
oszczędność względem innych wykonawców, skoro doświadczenie dotyczy kontraktów realizowanych ponad 5 lat przed terminem składania ofert.

Dowód:

1. wyjaśnienia Kancelarii S. z dnia 2.10.2017 r. (w aktach postępowania)
2. oferta Kancelarii S. (w aktach postępowania).

2.6. [zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów]

Przyjmując z bardzo dalekiej ostrożności, że Kancelaria S. nie podlega wykluczeniu lub oferta nie podlega odrzuceniu, wskazać należy, że wobec podwykonawców,
Zamawiający winien wezwać Kancelarię S. do uzupełnienia dokumentów żądanych w SIWZ.

III. rozwinięcie zarzutów wobec czynności zamawiającego dotyczących oferty
wykonawcy kancelarii D./rażąco niska cena/nieprawdziwe informacje podane przez
wykonawcę/niespełnienie warunków udziału

3.1. [zaniechanie wykluczenia kancelarii D. z powodu podania nieprawdziwych
informacji, niespełnienia warunków udziału w postępowaniu] Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.08.2017 r. wprost wskazała, że
Zamawiający ma ustalić stan faktyczny w zakresie dotyczącym doświadczenia oraz potencjału osobowego Kancelarii
D., w tym roli T. M..

Nadto, Izba wprost wskazała, iż wyjaśnienia mogą dotyczyć wyłącznie osób i kontraktów wskazanych w ofercie.

Przede wszystkim Izba wprost wskazała, że „w przypadku kryteriów oceny ofert Zamawiający w sposób szczególny zobowiązany

jest do przestrzegania zakazu zmiany

treści oferty, w tym co do zasady niedopuszczalne są wszelkie uzupełnienia w tym zakresie, nawet jeśli informacje poddawane ocenie zawarte są w JEDZ, który sam w sobie jest

---

dokumentem podlegającym uzupełnieniu (choć nie dotyczy to wszystkich informacji w nim zawartych). W zakresie kryterium oceny ofert Zamawiający może brać pod uwagę tylko

informacje zawarte w formularzu ofertowym." Wreszcie Izba wprost wskazała, że „w przypadku oceny punktowej podać można

tylko jedną osobę Osoby tej nie można następnie wymienić ani podać dla niej innych

realizacji niż wskazano w chwili składania ofert - naruszałoby to bowiem zasadę niezmienności ofert, która w opinii Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

uwidocznionej w jego licznych orzeczeniach jest podstawą zachowania uczciwej konkurencji

pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania Odwołujący podnosi, że Kancelaria

D. została wezwana do złożenia wyjaśnienia czy

kontrakty budowalne wskazane w ofercie potwierdzające wiedzę i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia:

1) T. M.,
2) J. D.,
3) Ł. S.,
4) M. D.
- zostały zakończone do dnia otwarcia ofert.

Odwołujący podnosi że kontrakty budowalne, których obsługę prawną miał realizować Ł. S. (a tym samym M. D. i J. D.) nie zostały zakończone do dnia składania ofert.

Kancelaria D. świadomie oświadczyła, że kontrakty zrealizowane przez J. D. czy T. M. są zakończone, pomimo że część spośród nich nadal nie jest zakończona.

Dowód:

1. wydruk ze strony http://www.obwodnicaostrowa.drogasll.pl/
2. wydruk ze strony http://www.s3-poludnie-lb.pl/
3. wydruk ze strony http://www.checiny-jedrzejow.drogas7.pl/
4. wydruk ze strony http://www.znin-gniezno.drogas5.pl /
5.wydruk ze strony http://www.obwodnicaklodzka.pl /

/ w załączeniu - załącznik nr 5)

W związku z powyższym wyjaśnienia zawierają nieprawdziwe informacje mające istotne znaczenie dla postępowania.

Kancelaria D. nie wyjaśniła czy kontrakty dotyczące M. D. i Ł. S. są zakończone.

Odwołujący pragnie zauważyć, że Kancelaria D. oświadczyła, że Ł. S. dysponuje doświadczeniem dotyczącym obsługi prawnej dwóch, niewskazanych w ofercie, kontraktów

inwestycji budowalnych, które zostały zakończone.

Kontrakty wskazane w ofercie, które dotyczą osoby Ł. S. w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert były niezakończone.

Ł. S., na dzień składania ofert i według treści złożonej oferty nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie prowadził obsługi prawnej kontraktu

---

inwestycji budowalnej (zakończonej), o wartości powyżej 50 min zł. Nadto, Zamawiający, już po otrzymaniu wyjaśnień Kancelarii

D., dokonując

powtórnego badania ofert przyznał Kancelarii D. 5 pkt w kryterium doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia tj. co do osoby Ł.

S.

Tym samym Zamawiający wbrew jednoznacznemu zakazowi wynikającemu z wyroku Krajowej Izby uwzględnił przy ponownej ocenie Kancelarii

D. doświadczenie wynikające

innych kontraktów niż wskazane w ofercie. Wskazać również należy, na co zresztą wskazała Izba w swoim wyroku przy rozpoznawaniu poprzednich odwołań, że zgodnie z

orzecznictwem ETS nie jest możliwe uzupełnienie oferty o nowe usługi. Reasumując Zamawiający dopuścił się nie tylko naruszenia przepisów ustawy Pzp,
ale nie zastosował się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazuje również, iż Ł.
S. nie mógł pełnić obsługi prawnej kontraktów
wskazanych w wyjaśnieniach, albowiem świadczy on usługi windykacji należności na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego. Według wiedzy Odwołującego i publikacji dostępnych w
internecie, Inwestorem zastępczym dla Inwestycji wskazanych w wyjaśnieniach Kancelarii D. była spółka P.
I. sp. z o.o. Tym samym Kancelaria D., ponownie złożyła nieprawdziwe
informacje będące podstawą wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.
Dowód:

1. wydruki ze strony http://bip.poznan.pl/bip/reiestr-umow/ztm-ew-0716-I-2016.7102.0/ (w załączeniu/załącznik nr 6)

3.2. [zaniechanie wykluczenia kancelarii D. z powodu zmiany oferty]

Odwołujący podnosi, że zamawiający umożliwił Kancelarii D. zmianę oferty po upływie terminu jej składania w zakresie w jakim dotyczyła doświadczenia Ł.
S.

Następnie, po dokonanej zmianie, Zamawiający przyznał Kancelarii D. punktu z tytułu uzupełnionego doświadczenia dla Ł.
S.

Odwołujący podnosi, że obowiązujące przepisy Pzp, doktryna i orzecznictwo KIO oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2017r., niewątpliwie i bezpośrednio
wskazują, że zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert, nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert.

[26]

Jednakże, Zamawiający mimo obowiązującego zakazu uzupełniania oferty w zakresie służącym do jej oceny, uwzględnił zmianę oferty Kancelarii
D., a następnie:

1. zaniechał jej odrzucenia z powodu zmiany treści oferty,
2. przyznał Kancelarii D. 5 punktów w kryterium doświadczenia osób
wyznaczonych do realizacji zamówienia w zakresie w jakim oceniał doświadczenie Ł. S. Czynność Zamawiającego była tym samym wprost sprzeczna z treścią art. 89 ust. 1

[26] por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 maja 2017 r. KIO 763/17

pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Nadto, wyjaśnienia Kancelarii D. jako zmieniające pierwotną ofertę stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji względem pozostałych wykonawców (z wyjątkiem Kancelarii
S.],
którzy nie zmienili ofert po upływie terminu ich złożenia.

3.3. [zarzut złożenia oferty niezgodnej z SIWZ - podwykonawstwo prawnika
wiodącego, pełnienie funkcji prawnika wiodącego przez M. D. i braku realności udziału T. M. przy realizacji zamówienia, brak zaoferowania pełnego zakresu zamówienia]

Poza sporem jest, że Zamawiający wprost zastrzegł osobiste wykonanie przez
Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie usług przewidzianych dla Prawnika
Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego [por. rozdz. XII ust. 16 SIWZ oraz § 11 ust. 2
umowy].

Składając wyjaśnienia, Kancelaria D., w polemiczny sposób, wskazała, że łączy ją z
K. R. P. T. M. umowa cywilnoprawna, na mocy której będzie on świadczył na rzecz
Zamawiającego usługi przewidziane dla prawnika wiodącego. W świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2017 r. nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego, że
Kancelaria D. posługuje się podwykonawcą w zakresie przewidzianym dla Prawnika
Wiodącego.

Nadto, T. M. prowadzi obsługę prawną Oddziału GDDKiA w P. na podstawie umowy
NR O.PO.D-3.2413.27.2017 na obsługę prawną Oddziału GDDKiA w P. w zakresie realizacji
inwestycji.

Umowa została zawarta z radcą prawnym T. M. prowadzącym K. R. P. T. M. przy ul. (…).

Według udostępnionej na stronie Oddziału GDDKiA wzoru umowy K. R. P. T. M. jest zobowiązana przez okres 36 miesięcy od daty podpisania umowy, do tego aby świadczyć

obsługę prawną przez 5 dni w tygodniu, od poniedziałku do piątku, przez 8 godzin, przez co najmniej jednego Radcę Prawnego, spośród osób wskazanych w ofercie Wykonawcy, w Formularzu 3.1.4. „Potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia".

Obowiązek, o którym mowa powyżej nie dotyczy sytuacji, gdy Radca Prawny na polecenie GDDKiA brać będzie udział w radzie budowy, spotkaniu, szkoleniu, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt. 10], rozprawie sądowej lub wykonywania innych czynności związanych z przedmiotem umowy poza siedzibą Zamawiającego. Dowód:

1. wydruk ze strony http://www.gddkia.gov.pl/pl/2783/zamowienia-publiczne-rozstrzygniete.nr ref-.data postępowania od-.data postępowania do-.nazwa-.opis- .zakres-po-data postepowania.sortui iak-DESC (w 18.oddzial-521.typ progu-.sortuj załączeniu/załącznik nr 7) Mając na uwadze powyższe T. M. nie będzie mógł świadczyć na rzecz Zamawiającego osobiście usług jako Prawnik Wiodący, albowiem przez 5 dni w tygodniu 47

---

przez 8 godzin jest zobowiązany świadczyć pomoc prawną w siedzibie Oddziału GDDKiA w P.

Co więcej, w świetle orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2017r. należy przyjąć, że skoro T. M. zawarł z Kancelarią D. umowę w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa [„kancelarii"] to mamy do czynienia z umową o podwykonawstwo, czego wprost zakazuje SIWZ. Nadto, w realiach przedmiotowego postępowania podwykonawcą, który z uwagi na inną umowę, nie będzie mógł świadczyć na rzecz Zamawiającego ze wskazanych powyżej przyczyn.

Okoliczność powyższa wprost potwierdza celowy zabieg Kancelarii D., która wskazała jako prawnika wiodącego nr 1 M. D. (choć ta nie dysponuje doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego i nie może być prawnikiem wiodącym) oraz prawnika wiodącego nr 2 T. M. Dodatkowo Kancelaria D. wprost w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 5.07.2017r. wskazała, że rolę prawnika wiodącego będzie pełnić M. D., który będzie faktycznie odpowiedzialny za wykonanie tego obowiązku, chociaż nie może tego czynić, gdyż nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego. Oferta Kancelarii D. jest również niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim nie przewiduje kosztów zapewnienia transportu Zespołowi Kancelarii na miejsca spotkań w siedzibie Zamawiającego oraz poza jego siedzibą. Z powtórnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika wprost, że konieczność wyjazdów do innych lokalizacji, niż siedziba Zamawiającego, w ogóle nie został wzięty pod uwagę przez Kancelarię D. przy konstruowaniu oferty, ponieważ w wyjaśnieniach tych Kancelaria D. w żaden sposób nie odniosła się do tych kosztów. Wskazać przy tym należy, że Kancelaria ta była dwukrotnie wzywana do wyjaśnień i już na kanwie pierwszych wyjaśnień i wniesionych odwołań winna wiedzieć, jeżeli wcześniej nie zdawała sobie z tego sprawy, że powinny być wyjaśnione wszystkie elementy kosztotwórcze.

Ergo, skoro z wyjaśnień nie wynikają te koszty przyjąć należy, że ten zakres świadczenia w ogóle nie został ujęty w ofercie.

Kancelaria D. składając wyjaśnienia, a następnie je uzupełniając wprost pominęła koszt zapewnienia transportu Zespołowi Kancelarii [przez co należy rozumieć wszystkich jego członków tj. co najmniej 5 osób) na miejsce spotkań w siedzibie Zamawiającego oraz poza jego siedzibą. Transport ten jest przy tym determinowany np. koniecznością spotkania u interesariuszy, w ramach reprezentacji zamawiającego przed organami, sądami czy innymi podmiotami w toku realizacji inwestycji. Będzie on miał miejsce głównie na terenie województwa Zachodniopomorskiego wzdłuż trasy toru wodnego oraz do siedzib/miejsca zamieszkania interesariuszy. Możliwe są również wyjazdy do stolicy. Tym samym każdy z wykonawców winien założyć konieczność poniesienia kosztów zapewnienia transportu dla 5 osób. Skoro Zamawiający wprost wskazał na konieczność ujęcia kosztów transportu Zespołu Kancelarii jako elementu wynagrodzenia, to nie sposób przyjąć, że obsługę prawną będzie sprawowała wyłącznie jedna osoba, jak przyjęła to w swoich wyjaśnieniach Kancelaria S. W 48

---

takim wypadku Zamawiający wskazałby wprost w opisie przedmiotu zamówienia na konieczność zapewnienia transportu poszczególnym członkom kancelarii.

Ponadto oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie w jakim na stanowisko Prawnika Wiodącego wskazano M.

D., która nie spełnia wymagań Zamawiającego. Fakt ten oznacza, że przy konstruowaniu swojej oferty, Kancelaria D. nie uwzględniła w ogóle tego, że to ewentualnie T. M. samodzielnie będzie musiał pełnić funkcję Prawnika Wiodącego.

Z powyższych przyczyn oferta Kancelarii D. powinna zostać odrzucona, albowiem jest niezgodna z SIWZ, a polemiczne wyjaśnienia Kancelarii D. nie pozwoliły na ustalenie prawidłowego stanu faktycznego co do osoby T. M., mimo obowiązku jego ustalenia przez Zamawiającego i obowiązku udzielenia wyjaśnień przez Kancelarię D..

3.4. [ZARZUT ZANIECHANIA WYKLUCZENIA KANCELARII D./ ZŁOŻENIE NIEPRAWDZIWYCH INFORMACJI]

Kancelaria D. nie wyjaśniła czy kontrakty dotyczące M. D. i Ł. S. są zakończone. Kancelaria D. w żaden sposób nie wykonała wezwania Zamawiającego w tym przedmiocie.

Kancelaria D. wskazała w formularzu JEDZ jako Prawnika Wiodącego nr 1 M. D., która jest radcą prawnym od 2008 r. posiadającym doświadczenie przy obsłudze 7 inwestycji.

6 spośród 7 wskazanych przez Kancelarię D. inwestycji budowalnych, przy obsłudze których M. D. (i Ł. S.] miała zdobyć doświadczenie na dzień składania ofert jak i na dzień odwołania są inwestycjami niezakończonymi. Odwołujący, po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2017r., powziął wiedzę, że M. D. od co najmniej 11 grudnia 2011 r. nie świadczyła pomocy prawnej przy obsłudze „Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Ś.".

Jak wynika z udostępnionej Odwołującemu informacji publicznej na mocy aneksu nr 1 do umowy nr 1 do umowy z dnia 07.09.2009 r. nr I/TI-N/2009 dot. świadczenia usług kompleksowej obsługi prawnej Inwestycji pn. „Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Ś." zawartego w dniu 22.12.2011 r. doszło do wydłużenia jej trwania oraz zmiany osób wyznaczonych do jej realizacji. Na mocy ww. aneksu wśród osób przewidzianych do realizacji ww. obsługi prawnej nie było M. D. Zgodnie z umową nr DBM/ZIU-II/-3790/3/4/2011 z dnia 26.10.2011 r. zawartą pomiędzy Zamawiającym a kancelarią radcy prawnego P. S. [27] osobą wyznaczoną do koordynacji prac związanych z realizacją ww. umowy była M. D.

Powyższe oznacza, że M. D. na dzień składnia ofert nie dysponowała doświadczeniem umożliwiającym pełnienie funkcji Prawnika Wiodącego. Jej ewentualne uczestnictwo w obsłudze prawnej budowy falochronu zostało zakończone w grudniu 2011 r.

[27] byłego wspólnika Kancelarii S.

czyli 5 lat i niemal 7 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (tj. 22.06.2017 r.].

Kancelaria D. zatem świadomie wprowadziła w błąd Zamawiającego co do osoby M. D. i Wykonawca winien zostać wykluczony. Błąd, który Zamawiający powinien dostrzec samodzielnie, albowiem usługa na którą powołuje się M. D. miała być realizowana na rzecz Zamawiającego.

Dowód:

1. umowa wraz z aneksem nr Iz dnia 07.09.2009 r. nr I/TI-N/2009 wraz z aneksem nr 1 (w aktach postępowania)

2. umowa nr DBM/ZIU-II/-3790/3/4/2011 z dnia 26.10.2011 r. (w załączeniu/załącznik nr 8) Powyższe oznacza, że M. D. nie może realizować przedmiotu umowy nawet jako prawnik wiodący nr 2, albowiem nie spełnia warunków doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia.

złożył nieprawdziwe informacje mogące wpływać na wynik. Nie budzi wątpliwości wpływ na wynik postępowania spowodowany złożeniem nieprawdziwej informacji. Przejawia się on w tym, że zamawiający dając wiarę informacjom zawartym w ofercie wykonawcy, nie wykluczył go z postępowania oraz przyznał maksymalną liczę punktów w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Składając nieprawdziwe informacje wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co niewątpliwie miało wpływ na jego wynik przedmiotowego postępowania. Nadto, Zamawiający uznał za wiarygodne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przyjmując, że M. D. będzie realizowała zamówienie. Przy czym zgodnie z orzecznictwem KIO sam fakt złożenia informacji nieprawdziwych mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania uniemożliwia

konwalidacje działań wykonawcy poprzez uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp [28] . Konsekwencją czego zachodzą podstawy do wykluczenia Kancelarii D. w oparciu o dwie niezależne podstawy. Pierwszą wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP i drugą, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP.

Odwołujący podnosi, że „Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art 26 ust 3 ustawy Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art 26 ust 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który można sanować” [29] . W tym kontekście należy przytoczyć zachowujące aktualność orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, jak choćby wyrok z dnia z dnia 25 listopada 2010r., sygn. akt: KIO 2453/10, gdzie Izba zważyła, że norma prawna wyrażona w przepisie art 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że

[28] tak wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r. - KIO 706/11,

[29] por. Wyrok KIO z dnia 31 maja 2010r., sygn. akt KIO/UZP 886/10

zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości”.

Ponadto Kancelaria D. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia prawnika wiodącego wskazała doświadczenie radcy prawnego T. M., który w świetle wiedzy Odwołującego uzyskanej w drodze dostępu do informacji publicznej, z uwagi na zobowiązania względem GDDKiA nie mógłby świadczyć usług w przedmiotowym zamówieniu na rzecz Zamawiającego. To wskazuje na zaistnienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp i stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy Kancelaria D. z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie Prawnika Wiodącego bowiem osoba ta z uwagi na inne zobowiązania nie jest w stanie świadczyć usługi na rzecz Zamawiającego.

Reasumując Zamawiający zaniechał wykluczenia Kancelarii D. po dokonaniu czynności zweryfikowania doświadczenia osób wyznaczonych do udziału w postępowaniu przez Kancelarię D., czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12,16 lub 17 ustawy Pzp.

3.5. [zaniechanie odrzucenia z powodu zaniechania wyjaśnień rażąco niskiej cena kancelarii D./ rażąco niska cena kancelarii D., czyn nieuczciwej konkurencji]

W pierwszej kolejności należy wskazać, że odmowa udzielenia wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego, sama z siebie winna stanowić podstawę do odrzucenia, bowiem Zamawiający w sposób jasny sprecyzował swoje żądanie, które uważał za uzasadnione z punktu widzenia oceny w zakresie ceny.

Odwołujący wskazuje, iż uważna analiza polemicznych wyjaśnień Kancelarii D., która twierdzi że T. M. nie jest jej podwykonawcą oraz że w jej ocenie nie ma możliwości uzupełnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny uzasadnia wniosek, że Kancelaria D. zaniechała dalszego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji czego Zamawiający powinien odrzucić ofertę Kancelarii D. na podstawie art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. „Zamawiający nie ma podstawy do akceptacji wyjaśnień tylko na tej podstawie; że wykonawca złożył je w odpowiednim terminie. Znaczenie ma treść złożonych wyjaśnień; istotne jest, czy pozwalają one na rzeczywiste ustalenie, dlaczego właśnie ten wykonawca mógł zaoferować cenę na niższym poziomie, niż pozostali, przy czym nie tylko należy wskazać czynnik (czynniki) umożliwiające obniżenie ceny, ale konieczne jest wyliczenie realnego kosztu” [30] .

Niezależnie od okoliczności, że Kancelaria D. nie dysponuje osobami, które umożliwiają jej udział w postępowaniu, to odmówiła ona uzupełniających wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

[30] por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 kwietnia 2017 r. KIO 681/17

Odmowa wyjaśnień polegała bowiem . na polemice z Zamawiającym dotyczącej ryczałtowego wynagrodzenia personelu kluczowego i rozważaniach dotyczących przyjętego
w uprzednio złożonych wyjaśnienia sformułowania „wymiar etatu". Kancelaria D. wprost wskazała, że w jej ocenie nie jest możliwe uzupełnienie wyjaśnień w zakresie żądanym przez
Wykonawcę. Odwołujący pomija fakt, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.08.2017 r.
wskazała w jaki sposób należy pytać o rażąco niską cenę, w konsekwencji czego wskazała również w jaki sposób należy ją wyjaśniać.

Natomiast odnosząc się wprost do rażąco niskiej ceny, Odwołujący podnosi, iż Zamawiający poza oświadczeniem Kancelarii
D. o kosztach personelu kluczowego nie
dysponuje jakimkolwiek dowodem w tym przedmiocie.

Kancelaria D. wskazała jedynie, że wynagrodzenie personelu kluczowego będzie
ryczałtowe i odpowiada wskazanym uprzednio formie tabeli w wyjaśnieniach wymiarom „etatu".

Odwołujący podnosi, że „Zgodnie z art 90 ust. 3 p.z.p. brak wyjaśnień rażąco niskiej ceny skutkuje odrzuceniem oferty. Oświadczenie wykonawcy, że zaoferowana przez niego
cena jest ceną ryczałtową i uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia - nie stanowi żadnych wyjaśnień. Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności:
w przypadku wyjaśnień odnoście ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny - przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek
pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie; że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie
istotne czynniki, wreszcie - załączenie
dowodów. Samo oświadczenie wykonawcy, że cenę obliczono prawidłowo, nie można uznać za tożsame ze złożeniem wyjaśnień
[31].

Kancelaria D. dowodów w zakresie wydatków na personel kluczowy nie złożyła.

Przypomnieć należy, że Cena zaoferowana przez Kancelarię D. stanowi 41,25% wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego. Jest ona niższa o 58,75% w
stosunku do wartości zamówienia ustalonego przed wszczęciem postępowania i niższa o 29,68% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych cen. W wypadku nie uwzględnienia
ceny kancelarii S. jest niższa o 38,74 % od średniej arytmetycznej zaoferowanych cen.

Należy zauważyć, że wskutek odtajnienia wyjaśnień Kancelarii D. w wykonaniu wyroku KIO z dnia 24.08.2017 r., Odwołujący powziął wiedzę o kalkulacji kosztów personelu
kluczowego dla realizacji zamówienia. Odwołujący podnosi, że nie sposób przyjąć, aby T. M. realizował funkcję prawnika wiodącego, biorąc odpowiedzialność za kontrakt o wartości
ponad 1 mld złotych za kwotę 2.500,00 zł miesięcznie. Nieprawdopodobne jest również, aby świadczył ww. usługę w wymiarze 1/4 etatu. Zgodnie z wymaganiami SIWZ prawnik wiodący

[31] por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 grudnia 2016 r. KIO 2374/16

---

winien być pełni dyspozycyjny. Nadto jest on przedstawicielem wykonawcy w relacjach z
uczestnikami inwestycji. Powinien on posiadać pełną wiedzę we wszystkich aspektach
związanych z realizacją zamówienia i znać całą dokumentację. Konsekwencją czego nie jest możliwe świadczenie usług w tym zakresie w wymiarze 1/4 etatu. Nie jest możliwe zatem
wykonanie zamówienia w tym przedmiocie za kwotę 2.500,00 zł co w sposób ewidentny potwierdza zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, polegający na złożeniu oferty zawierającej
cenę dumpingową. Istotne jest, że Kancelaria
D. nie mogła w swojej kalkulacji ująć Marty Dziewulskiej,
albowiem ta nie spełnia wymogów niezbędnych do świadczenia usługi prawnej na rzecz Zamawiającego w zakresie przewidzianym dla prawnika wiodącego, a tym samym winny być
zapewniony większy udział T. M., a w związku z tym wyższe koszty. W związku z czym dokonując analizy rażąco niskiej ceny Kancelarii
D. Zamawiający
powinien na podstawie zaoferowanych przez nią wyjaśnień dojść do wniosku, że Kancelaria
D. zamierza świadczyć swoje usługi za kwotę 31,25 zł za roboczogodzinę pracy prawnika.

W swoich pierwotnych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Kancelaria D. wskazała, że
przewiduje świadczenie pomocy prawnej odpowiadające 1 całemu etatowi prawnika. Przyjmując, że 1 pełny etat to 160 h roboczogodzin, należy uznać, że cena za 1
roboczogodzinę w wypadku Kancelarii D. wynosi 31,25 zł. Natomiast przyjmując, że nakład pracy wyniesie 250

roboczogodzin, wówczas
zaoferowana stawka godzinowa wynosi kwotę 20,00 zł netto. Co stanowi stawkę mniejszą, niż w wypadku pracowników fizycznych wykonujących roboty budowalne.

Podobnie jak w wypadku Kancelarii S. wskazana kwota nie odpowiada stawkom
rynkowym, jak i urzędowym funkcjonującym na rynku obsługi prawnej kontraktów infrastrukturalnych. Jest ona ceną dumpingową.

Nadto, podobnie jak w wypadku kancelarii S. nie uwzględniła kosztu transportu
zespołu kancelarii. Złożone przez Kancelarię D. wyjaśnienia nie zawierają w tym przedmiocie jakiegokolwiek wzmianki, nie mówiąc już o dowodach.

W konsekwencji powyższego oferta Kancelarii D. powinna zostać odrzucona z kilku niezależnych od siebie względów tj. sprzeczności z SIWZ, rażąco niskiej ceny i podania
nieprawdziwych informacji.

W zakresie tego zarzutu, jak również zarzutu dot. zaniechania odrzucenia oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący podtrzymuje argumentację, jak przy
Kancelarii S..

3.6. [nieprawidłowe przyznanie punktów w kryterium doświadczenie]

Wobec faktu, że Zamawiający ocenił i przyznał punkty w stosunku Łuksza Szmit na podstawie uzupełnionego wykazu, co należy uznać za niedopuszczalne, zarzut należy uznać
za zasadny.

3.7. [bezpodstawne wezwanie do uzupełnienia dokumentów]

Jak wynika wprost z orzeczenia KIO w sprawie poprzedniego odwołania, ale także z ustawy Pzp i orzecznictwa ETS, Wykonawca nie może zostać wezwany do uzupełnienia
doświadczenia poprzez wykazanie nowych, nie ujętych w pierwotnej ofercie (wykazie) usługi. W przedmiotowym postępowaniu natomiast, pomimo wyraźnej instrukcji Izby w wyroku, na
podstawie złożonych wyjaśnień Kancelarii D., Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia JEDZ i oferty o nowe usługi.

3.8. [zastrzeżenie powołania dowodów]

Odwołujący zastrzega prawo przedłożenia podczas rozprawy przed KIO stosownych dowodów na potwierdzenie przywołanych zarzutów, czego nie może uczynić na tym etapie
odwołania z uwagi nieudostępnienia informacji publicznej przez zamawiającego oraz inne
podmioty.

IV. Podsumowanie

Oferta Kancelarii S. powinna zostać odrzucona, albowiem jej treść jest niezgodna z SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazuje również, że oferta Kancelarii S. została zmieniona po dacie jej złożenia. Wreszcie oferta Kancelarii S. została złożona z rażąco niską ceną. Wskazane powyżej przyczyny powinno skutkować odrzuceniem oferty Kancelarii S. Zamawiający zaniechał powyższej czynności, czym naruszył interes
odwołującego.

Oferta Kancelarii D. powinna zostać odrzucona, albowiem jej treść jest niezgodna z SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia. Oferta Kancelarii D. została zmieniona po upływie terminu jej składania, zaś sama Kancelaria
D. nie spełnia warunków udziału w
postępowaniu. Nadto Kancelaria D. wprowadziła Zamawiającego w błąd. Wykonawca bowiem ten nie dysponuje zastępcą prawnika wiodącego, a M.
D. nie może być prawnikiem
wiodącym. Mając na uwadze powyższe, odwołujący wskazuje, że przywołana argumentacja dowodzi, że zamawiający dopuścił się naruszenia przytoczonych w odwołania przepisów ustawy Pzp, wobec czego odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i
nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.”.

Pismem z dnia 19 października 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:
D. D. S. K. R. P. i D. P. Spółka partnerska z siedzibą w
P. – Lider Konsorcjum, L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w P. – Partner (...), a w dniu 20
października 2017r. wykonawca S. K. P. S. W. Sp. k., (…), zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 19 października 2017r. wykonawca K. R. P. Ć. i P. Sp. p., (...) i wykonawca K. R. P. M. & P. Sp. p., (...) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

KIO 2176/17

W dniu 5 października 2017 r. Odwołujący: K. R. P. M. & P. sp. p., (…) powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy

S. K. P. S. W. sp. k.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 16 października 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami prawa czynności podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, w zakresie obejmującym:

1. badanie i ocenę ofert;
2. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę S. K. P. S. W. sp. k.;
3. zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: S. K. P. S. W. sp. k. oraz konsorcjum D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p., L. P. sp. z o.o., jako ofert zawierających rażąco niską cenę,
4. zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p., L. P. sp. z o.o., z powodu podania nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania;
5. zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p., L. P. sp. z o.o., z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym wymogiem rozdziału VI pkt 7 ppkt 4 lit. b SIWZ w odniesieniu do wymaganego doświadczenia dla Prawnika Wiodącego;
6. zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p., L. P. sp. z o.o., z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Prawnika Wiodącego, ponieważ wykazany Prawnik Wiodący T. M. nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, a drugi z wykazanych Prawników Wiodących M.

D. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

7. zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę konsorcjum firm D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p., L. P. sp. z o.o.; a także z ostrożności proceduralnej
8. dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy konsorcjum D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p., L. P. sp. z o.o. w zakresie kryterium Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, poprzez niewłaściwe przyznanie punktów za doświadczenie wykazane w ofercie tego wykonawcy dla Prawnika wiodącego oraz Zastępcy Prawnika Wiodącego.

55

---

9. dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy konsorcjum z Liderem L., S. K. R. P. Sp. p. z/s w S. w zakresie kryterium - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, poprzez niewłaściwe przyznanie punktów za doświadczenie wykazane w ofercie tego wykonawcy dla Prawnika wiodącego.
10. dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy KRP Ć. i P. Sp. p. z/s w W. w zakresie kryterium Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, poprzez niewłaściwe przyznanie punktów za doświadczenie wykazane w ofercie tego wykonawcy dla Zastępcy Prawnika wiodącego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż wybierając ofertę, naruszył następujące przepisy prawa:

I. W stosunku do wykonawcy S. K. P. S. W. sp. k. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. art. 91 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. K. P. S. W. sp. k. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, która to w istotnym zakresie odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia. Jednocześnie, jak wynika z wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, finansowanie realizacji przedmiotowego zamówienia ma następować z przychodów z innych

zamówień. Powyższe stahowi naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako tzw. subsydiowanie skrośne stanowi niedozwoloną praktykę, stanowiąc tym samym podstawę do odrzucenia tej oferty. Także ze złożonych dodatkowych wyjaśnień wynika, iż cena zaoferowana jest ceną nierealną,

2) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę S. K. P. S. W. sp. k. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał, że cena nie jest rażąco niska przy jednoczesnym pominięciu obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, co doprowadziło do przyjęcia, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny
- wyliczenia wskazywane także w wyjaśnieniach dodatkowych pokazują, iż w istocie nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez ww. Wykonawcę,

3) art. 91 ustawy Pzp poprzez przyznanie punktów w kryterium pozacenowym - doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - w okolicznościach, które nie mają oparcia w literalnym brzmieniu kryteriów ujętych w SIWZ, a zostały przyznane w wyjaśnieniach Wykonawcy.

ll. W stosunku do oferty wykonawcy D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p. i L. P. sp. z o.o., zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. art. 91 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p. i L. P. sp. z o.o. zawierającej 56

---

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana przez tego wykonawcę, nie pokrywa realnych kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia, przy czym jednocześnie z dużym prawdopodobieństwem stanowi naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako tzw. subsydiowanie skrośne stanowi niedozwoloną praktykę, stanowiąc tym samym podstawę do odrzucenia tej oferty - powyższe wynika także z faktu, iż Wykonawca ten w istocie odmówił udzielenia wyjaśnień dodatkowych mimo wątpliwości Zamawiającego i skierowania żądania dalszych wyjaśnień w ramach badania rażąco niskiej ceny.

2) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny „wyjaśnień" złożonych przez wykonawcę D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p. i L. P. sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - mimo, iż w istocie wykonawca nie udzielił wyjaśnień w tym zakresie;

3) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p. i L. P. sp. z o.o., który w sposób zamierzony lub wynikający z rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie części oferty ocenianej w kryterium Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, poprzez wskazanie jako Prawnika Wiodącego nr 2 radcę prawnego T. M. (zarówno w ofercie jak i JEDZ) podczas gdy osoba to nie może i nie będzie świadczyć usługi na stanowisku Prawnika Wiodącego, a także w zakresie Zastępców Prawnika Wiodącego, wskazując na obsługę inwestycji, które nie zostały zakończone. W wyniku powyższego Zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty w kryterium Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co pozwoliło mu uzyskać drugie miejsce w rankingu ofert;

4) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p. i L. P. sp. z o.o. z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego dla Prawnika Wiodącego;

5) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p. i L. P. sp. z o.o., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, wskazując jako doświadczenie do kryterium oceny ofert w zakresie Zastępców Prawnika Wiodącego, obsługę inwestycji, które nie zostały zakończone. W wyniku powyższego Zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty w kryterium - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co pozwoliło mu uzyskać drugie miejsce w rankingu ofert wbrew obiektywnemu stanowi rzeczy;

6) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie do oceny kryteriów oceny ofert - mec. T. M. podczas gdy Prawnikiem wiodącym w ofercie jest mec. M. D. - SIWZ w przedmiotowym postępowaniu przewidywał wyłącznie trzy role Prawnika Wiodącego, 1 i 2 Zastępcę Prawnika Wiodącego

- brak jest roli Prawnik Wiodący nr 2 jak to ujęte zostało w 57

---

ofercie ww. Konsorcjum;

7) art. 22a ustawy Pzp przyjęcie za uprawnioną sytuację wynikającą z wyjaśnień Wykonawcy, sprowadzającą się do konstatacji, iż ten sam podmiot może być jednocześnie podmiotem trzecim użyczającym jak I równocześnie zasobem własnym;

8) art. 87 ust. 1 w związku z art. 91 ustawy Pzp poprzez zaaprobowanie sytuacji, w której Wykonawca dokonuje swoistej negocjacji i mimo literalnego wskazania w odniesieniu do mec. Michalaka, że jest osobą „wspierającą" i zobowiązującą się do udzielania konsultacji - a w efekcie wyjaśnień przyjęcie w ślad za zmianą przez Wykonawcę „roli" i zakresu zadań mec. Michalaka - że jest zasobem własnym i będzie Prawnikiem wiodącym i konsekwencji przyznanie w tym kryterium max liczby punktów;

9) przyjęcie za uprawnione wezwanie Wykonawcy, a następnie uzupełnianie dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 pzp - w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta nie została oceniona najwyżej.

III. W stosunku do oferty wykonawcy konsorcjum Wykonawców: L. S. K. R. P. sp. p., K. R. P. E. . oraz D. A. K. R. P. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: L. S. K. R. P. sp. p., K. R. P. E. G. oraz D. A. K. R. P., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, wskazując na doświadczenie jako Prawnika Wiodącego obsługę inwestycji, które zostały zakończone w okresie ponad 5 - letnim; mimo, iż sam wykonawca/konsorcjum wskazywało i zarzucało innym wykonawcom posługiwanie się doświadczeniem nie odpowiadającym wymogom SIWZ w tym zakresie

2) art. 91 ustawy Pzp poprzez przyznanie punktów w kryterium pozacenowym - doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - w okolicznościach, które nie mają oparcia w literalnym brzmieniu kryteriów ujętych w SIWZ.

IV. W stosunku do oferty wykonawcy: K. R. P. Ć. i P. Sp.p. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

art. 91 ustawy pzp poprzez przyznanie punktów w kryterium pozacenowym - doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - w okolicznościach, które nie mają oparcia w literalnym brzmieniu kryteriów ujętych w SIWZ, a zostały przyznane w wyjaśnieniach Wykonawcy.

W związku z powyższym wnosił o nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty S. K. P. S. W. sp. k.,

2. odrzucenia ofert wykonawców: S. K. P. S. W. sp. k. oraz konsorcjum firm D. D. 58

S. K. R. P. i D. P. sp. p. i L. P. sp. z o.o. jako ofert zawierających rażąco niską cenę,

3. odrzucenia oferty wykonawców D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p. i L. P. sp. z o.o., z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ i przepisami p.z.p.,

4. wykluczenia wykonawców D. D. S. K. R. P. i D. P. sp. p. i L. P. sp. z o.o., z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,

5. dokonania prawidłowej tj. z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz postanowieniami SIWZ oceny ofert poprzez przyznanie w kryterium doświadczenie odpowiednio mniejszej liczby punktów wynikającej z rzetelnej oceny złożonych ofert,

6. dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów przedstawionych na rozprawie w zakresie okoliczności wskazanych w niniejszym odwołaniu i zarzutów w nim stawianych.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo iż były ku temu

faktyczne podstawy. W oparciu bowiem o przyznaną przez Zamawiającego punktację oferta Odwołującego była piątą w kolejności, a pierwsza i druga z ofert powinny być odrzucone z
powodu rażąco niskiej ceny. Nadto druga oferta w zakresie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia nie spełnia warunków zamówienia, co stanowi podstawę do wykluczenia tego
wykonawcy, względnie jego oferta nie powinna otrzymać maksymalnej liczby punktów w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, konsekwencją czego
oferta tego wykonawcy otrzymałaby mniejsza liczbę punktów od oferty Odwołującego w
rankingu ofert. Zarzuty odnoszące się do przyznania niewłaściwej liczby punktów w kryterium
pozacenowym odnoszą się także do oferty trzeciej.

Oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego i nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym w wyniku
naruszenia przez
Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp. Wskazał, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego
bezpośrednio uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

W swoim odwołaniu Odwołujący przedstawił rozwinięcie zarzutów wobec czynności Zamawiającego dotyczących oferty wykonawcy kancelarii
S./rażąco niska
cena/nieprawdziwe informacje podane przez wykonawcę w następujący sposób:

„ I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 p.z.p. oraz art. 90 i 91 ustawy p.z.p./rażąco
niska cena oferty kancelarii S./ ogólnikowe wyjaśnienia kancelarii S..

Stosownie do treści art 90 ust. 3 ustawy p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że
oferta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. obowiązek wykazania, że oferta nie zwiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Zaoferowana przez S. cena jest rażąco niską. Do takiego podejrzenia doszedł także
Zamawiający dokonując wezwania w trybie i na zasadzie przepisów art. 90 ustawy pzp. Pierwotne wyjaśnienia zarówno przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne jak i
samego Składu Orzekającego w poprzednich sporach przed KIO - zostały uznane za niewystarczające i w wyniku takiej oceny Izba nakazała dokonanie dodatkowego
wyjaśnienia, dając de facto dodatkową szansę na zaprezentowanie argumentów, które mogłyby dać możliwość oceny przez Zamawiającego ceny z punktu widzenia rażąco niskiej.

W świetle wyjaśnień złożonych przez S. w piśmie z dnia 2 października 2017 roku, należy uznać, że potwierdza się zarzut tzw. finansowania skrośnego, czyli finansowania
jednego zadania z przychodów innych zamówień. Wykonawca ten wskazał, że zamówienie to będzie finansował w części z przychodów obsługi ubezpieczycieli-
G. T. U. S.A. i G. Ż. T.
U. S.A. Takie postępowanie jest naruszeniem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej
konkurencji, czyli art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczeniu nieuczciwej
konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.). Takie postępowanie doprowadza do wyparcia innych wykonawców z rynku poprzez zaniżanie wynagrodzenia do poziomu rażąco
niskiego oraz utrudnione porównanie złożonych ofert, a jednocześnie prowadzi do braku wiarygodności przedstawionej ceny oferty. Takie postępowanie należy uznać za niezgodne z
dobrymi obyczajami.

Powyższe potwierdza również, że S. zaproponował cenę oferty rażąco niską w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia. Odwołujący odniesie się do wyjaśnień
S.
zgodnie z punktacją użytą w jego piśmie (pismo z dnia 2 października 2017 roku):

Ad. 1 - Personel Wykonawcy - Etap I (6 miesięcy)

Należy zauważyć, że wymagania postawione w Opisie Przedmiotu Zamówienia wymagają dyspozycyjności przedstawionych specjalistów (cytat: „Osoba ta musi być
dyspozycyjna takie wymagane postawiono dla Prawnika Wiodącego oraz jego zastępców), a
więc wykonawca powinien wziąć pod uwagę ryzyko stałej pracy w pełnym wymiarze godzin.
Wobec tego wynagrodzenie nie powinno być wykazywane jako cząstkowe (część etatu), ale
jako pełne. W związku z tym wynagrodzenie powinno przedstawiać się następująco: Prawnik Wiodący

-1/1 etatu - 8.000,00 zł netto/m-c,
I Zastępca Prawnika Wiodącego -1/1 etatu - 8.000,00 zł netto/m-c, II Zastępca Prawnika Wiodącego —1/1 etatu - 8.000,00 zł netto/m-c,
Sekretarz Biura Kancelarii -1/1 etatu - 4.000,00 zł netto/m-c, 60

Specjalista Techniczny - 1/2 etatu - 4.000,00 zł netto/m-c (Odwołujący przyjmuje takie wyliczenie, gdyż w okresie intensywnych prac nad dokumentacją przetargową nie można się zgodzić, że specjalista techniczny zdoła ją wykonać w ramach % etatu; ponadto w obecnej chwili przy zmniejszonej liczbie osób pozostających bez pracy, specjaliści w zakresie nauk technicznych są intensywnie poszukiwani, w szczególności w zakresie tak rzadkich specjalności jakich dotyczy inwestycja. Zatem należy przyjąć wynagrodzenie w wysokości 8.000,00 jako podstawowe).

Suma powyższego pomnożona przez 6 miesięcy daje łącznie: 192.000,00 zł netto (zamiast 65.858,40 zł netto).

Ad. 2 Personel Wykonawcy - II etap (60 miesięcy).

Doświadczenie Odwołującego, uzyskane przy obsłudze prawnej znaczącego zamawiającego publicznego prowadzącego inwestycje w branży kolejowej wskazuje, że określenie zaangażowania prawników podane przez S. nie jest realne. Mnogość problemów prawnych, jakie pojawiają się w trakcie realizacji znaczącej ilości skomplikowanych prac budowlanych, wbrew pozorom jest znaczna. Zatem należy przyjmować co najmniej następujące zaangażowanie (idąc kluczem kancelarii S.):

Prawnik Wiodący - 1/1 etatu - 8.000,00 zł netto/m-c, 1 Zastępca Prawnika Wiodącego -1/2 etatu - 4.000,00 zł netto/m-c,
II Zastępca Prawnika Wiodącego -1/2 etatu - 4.000,00 zł netto/m-c,
Sekretarz Biura Kancelarii -1/1 etatu - 4.000,00 zł netto/m-c,
Specjalista Techniczny -1/2 etatu - 4.000,00 zł netto/m-c (uwaga jak w ad. 1).

Suma powyższego pomnożona przez 60 miesięcy daje łącznie: 1.440.000,00 zł netto (zamiast 538.584,00 zł netto).

Ad. 3 Koszty utrzymania oddziału S. W ocenie Odwołującego koszt oddziału w S. powinien wynosić kwotę podstawową wyliczoną przez S., nie obniżaną do kwoty 428,50 zł netto. Wynika to z faktu niedozwolonego finansowania skrośnego, opisanego już wyżej. Zatem powinno się podawać kwotę 857,00 zł netto plus 100,00 zł netto kosztów zakupów materiałów biurowych. Wobec tego suma powyższego, pomnożona przez 66 miesięcy daje 63.162,00 zł netto.

Podsumowanie:

Powyższe doprowadza do sumy: (ad. 1) 192.000,00 zł + (ad. 2) 1.440.000,00 zł + (ad. 3) 52.924,74 zł + (ad. 4) 63.162,00 zł + (ad. 5) 2.580,60 zł + (ad. 6) 1.300,00 zł + (ad. 7) 12.815,22 = 1.764.782,56 plus zysk w wysokości (27% zgodnie z wyjaśnieniami S. (stosunek kwot 971.500,00 zł do kwoty 262.556,04 zł)) = 2.241.273,85 zł netto.

Wobec powyższego wyliczenia należy uznać, że cena zawarta w ofercie S., czyli kwota 971.500,00 zł netto jest rażąco niska, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy, a mimo to Zamawiający zaniechał tej czynności. 61

Dodatkowo należy dostrzec, iż wykonawca nie ujął mimo, iż niektóre z nich wprost były wymagane/oczekiwane w wezwaniu Zamawiającego do wyjaśnień:

1) założeń odnośnie roboczogodzin,

2) kosztów dojazdów do miejsca wykonywania zamówienia - poza siedzibą Zamawiającego czyli miastem Szczecin,

3) kosztów dodatkowych,

4) kosztów innego personelu, który będzie zaangażowany w realizację przedmiotu zamówienia - Personel kluczowy to tylko część personelu - żadne z postanowień siwz nie ograniczyło zaangażowania wyłącznie do tych osób,

5) kosztów osobowych w sytuacjach nieobecności Personelu kluczowego, w tym choćby sekretarza Kancelarii w S. - co przy długotrwałości usługi jest naturalnym - absencje chorobowe czy też urlopowe - podczas kiedy organizowanie zastępstwa zawsze jest

działaniem bardziej kosztownym niż model „stały",

6) brak ujęcia kosztów dojazdów w razie sporów przed Krajową Izbą Odwoławczą do siedziby KIO - a jak pokazuje choćby to jedno postępowanie są to sytuacje konieczne do przewidzenia.

Same dodatkowe wyjaśnienia znów nawiązują w istotnej swej części do pokazania dotychczasowego doświadczenia Kancelarii i jako takie pozostają bez wpływu na konkretne koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Na marginesie należy zauważyć, iż założenia Kancelarii odnośnie do kwestii zaangażowania jak np. w przypadku sekretarza Biura Kancelarii wprost wskazują na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ gdyż oczekiwania Zamawiającego sprowadzają się do 7 godzin w skali dnia roboczego, mając na uwadze higienę pracy bez względu na jej podstawę świadczenia sprowadza się do co najmniej 7,5

- 8 godzin płatnego zaangażowania

- czyli w zasadzie 1 pełny „etat".

W SIWZ Zamawiający nie pozostawił jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie. Dodatkowo Zamawiający przyznał większą liczbę punktów w kryterium doświadczenie osób niż winien co wynika z treści złożonej oferty i udzielonych wyjaśnień. Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 2 października 2017 r, na stronie 7 wykonawca wskazał, iż: Prawnik wiodący- poz. 5 na koniec sierpnia 2017 r. zaawansowanie robót było na poziomie 99% a wiec nie zakończone roboty na dzień składania ofert; Zastępcy Prawnika wiodącego:

A. M. w pozycji 2 wskazano, iż pozwolenie na użytkowanie zostało wydane w dniu 4 kwietnia 2012 r. - a więc ponad wszelką wątpliwość roboty budowlane zostały zakończone wcześniej - tj. w okresie jeszcze poprzedzającym 5 lat przed terminem składania ofert - 22 czerwca 2017 r.

Analogiczna sytuacja jest w odniesieniu do p. A. N. gdzie w poz. 2 powtórzono to 62

---

samo zamówienie. W tym stanie rzeczy Zamawiający przyznał co najmniej o 10 pkt za dużo względem wykazywanego w ofercie doświadczenia. Rozwinięcie zarzutów wobec czynności zamawiającego dotyczących oferty wykonawcy kancelarii D./rażąco niska cena/nieprawdziwe informacje podane przez wykonawcę/niespełnienie warunków udziału Odwołujący wskazuje, iż przywołana powyżej argumentacja dotycząca rażąco niskiej ceny, w szczególności co do kosztu minimalnego z uwzględnieniem lokalizacji siedziby Kancelarii i dojazdów do S. pozostaje aktualną.

Dodatkowo należy podkreślić, iż mając na uwadze, że w toku uprzedniego sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą treść wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny była utajniona

-

szczegółowość polemiki naturalnie była ograniczoną, jednakże po uzyskaniu wyroku KIO - Zamawiający doszedł do wniosku, iż nadal ma wątpliwości odnośnie do rażąco niskiej ceny i w tych okolicznościach dokonał ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. Mimo to wykonawca w istocie uchylił się od ich udzielenia

- poprzestając na ogólnikowych

stwierdzeniach, mimo iż wezwanie dotyczyło konkretnych okoliczności, w tym m.in. założeń co do roboczogodzin.

Wobec braku wyjaśnień, a wyłącznie polemiki w zakresie dopuszczalności dalszych wyjaśnień należy uznać, iż brak wyjaśnień skutkuje odrzuceniem oferty tego Konsorcjum. Jednocześnie, należy zwrócić uwagę na zastrzeżenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień. Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1479/15) niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez Wykonawcę „na pierwsze wezwanie". Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwiał jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust.

2 ustawy Pzp, ciężaru

dowodu.

63

II. Zarzut zaniechania wykluczenia kancelarii D. z postępowania / zarzut zaniechania odrzucenia oferty kancelarii D.

Kancelaria D. wskazała w formularzu JEDZ jako Prawnika Wiodącego nr 1 Martę Dziewulską, która jest radcą prawnym od 2008 r. posiadającym doświadczenie przy obsłudze 7 inwestycji.

6 spośród 7 wskazanych przez Kancelarię D. inwestycji budowlanych, przy obsłudze których M. D. miała zdobyć doświadczenie na dzień składania ofert jak i na dzień odwołania jest w toku (tzn. inwestycje są niezakończone). Skoro w odpowiedzi na pytanie nr 7g z dnia 08.05.2017 r zamawiający wprost wskazał, iż przez słowo „kontrakty" rozumie kontrakty na roboty budowlane zakończone, to nie ulega wątpliwości, że doszło do zmiany SIWZ. „Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Na dzień składania ofert M. D. dysponowała doświadczeniem w zakresie obsługi prawnej jednego kontraktu inwestycji budowlanej o wartości minimum 100 min zł, który był zakończony. Nie spełniała zatem wymogu, o którym mowa w rozdziale VI ust.7 pkt 4 lit. b, tj. doświadczeniem przy dwóch kontraktach zakończonych, z czego co najmniej jeden na 100 min, a drugi na 50 min.

Tym samym prawnik wiodący nr 1 wyznaczony przez Kancelarię D. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co dyskwalifikowało tego wykonawcę postępowania.

Dla oceny kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, w tym dla prawnika wiodącego nie może być brane doświadczenie radcy prawnego T. M.. Wspomniany radca prawny udostępnił zasoby jedynie w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jak wynika ze złożonego przez Kancelarię D. formularza JEDZ i formularza JEDZ radcy prawnego T. M., nie jest on podwykonawcą kancelarii D. Nie jest również członkiem konsorcjum wykonawcy.

Względnie, w wypadku uznania przez Krajową izbę Odwoławczą, że oferta Kancelarii D. nie powinna zostać wykluczona z powyższych przyczyn, to powinna uzyskać o 30pkt mniej w zakresie kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Jak wskazano powyżej, w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, zamawiający nie powinien brać doświadczenia radcy prawnego T. M.. Prawnik Wiodący nr 1 i Zastępcy Prawnika wiodącego Ł. S., których Kancelaria D. wyznaczyła do realizacji zamówienia, nie dysponują wymaganym doświadczeniem, albowiem obsługują kontrakty inwestycji budowlanych, które na dzień składania ofert nie był zakończone. Także doświadczenie Zastępców prawnika wiodącego nie pozwalają na uzyskanie tak licznych punktów jak to przyznał Zamawiający. Otóż odpowiednio doświadczenie mec. D.:

Tylko zamówienia 1 do 3 były przedmiotem usługi pomocy prawnej na rzecz 64

Zamawiającego - natomiast także nie były obsługą kontraktu w rozumieniu siwz gdyż pomoc prawna była świadczona na rzecz inwestora zastępczego - a nie strony kontraktu. Natomiast same kontrakty 1 do 3 nie dotyczą kontraktów, w których roboty zostały zakończone zgodnie z poniższymi informacjami.

1. Budowa obwodnicy O. etap II - 31.08.2017 r. zostało

Wydane ostatnie. Świadectwo Przejęcia fhttp://www.obwodnicaostrowa.drogasII.pl/);

2. Zaprojektowanie i wybudowanie drogi (…) L. (…) – L.(2), zadanie II od węzła J.(2) II (bez węzła) do węzła B. (z węzłem) o długości ok. 16,105 km tj. od km 22+150,00 do km 38+255,00 - 30 miesięcy z wyłączeniem okresów zimowych od 15 grudnia do 15 marca (zakończenie IV kwartał 2018) (http://www.s3-poludnie-lb.pl/);

3. Zaprojektowanie i wybudowanie drogi (…) L. (…) – L.(2), zadanie I od węzła L. II (bez węzła) do węzła J.(2) II (z węzłem) o długości ok. 19,730 km tj. od km 2+420,47 do km 22+150,00 - 30 miesięcy z wyłączeniem okresów zimowych od 15 grudnia do 15 marca (zakończenie IV kwartał 2018) (http://www.s3-poludnie-lb.pl/);

4. Dwujezdniowa droga ekspresowa (…) na odcinku od węzła C. do węzła J. -

Umowa GDDKiA nr ref. 90/RJ/164/13/2015 z dnia 15.06.2015 r.; Termin realizacji: IV kwartał 2017 roku (http://www.checiny- jedrzejow.drogas7.pl/aktualnosci/);

5. Odcinek węzeł „M." – G. - planowaną data do 3 lipca 2017, ale wcześniej się udało - https://www.gddkia.gov,pl/pl/a/25448/S5-od-wezla- Mieleszyn-do-wezla-Gniezno-Poludnie-otwarta -(http://www.znin-gniezno.drogas5.pl/);

6. Obwodnica K.(3) - zakończenie planowane na koniec 2017 - http://www.obwodnicaklodzka.pl/

7. BUDOWA ZACHODNIEJ OBWODNICY MIASTA P. W CIĄGU (…) NA ODC. Z. - AUTOSTRADA (…) (G.(2)) - ETAP I DŁ. 14,2 KM -

Data podpisania umowy: 17.07.2009 r.

Numer umowy: GDDKiA/O-PO/R-2/24/2009

Wykonawca: Konsorcjum firm: S. S.A. (Lider), P. U. T. I. Sp. z o.o. (Partner)

Wartość kontraktu: 458 710 740,19 PLN

Trasę oddano do ruchu w dniu 28 listopada 2011 r. (odcinek P. T. - P. S.) oraz 03 czerwca 2012 r. (odcinek P. S. - P. Z.).

Natomiast mając na uwadze powszechnie dostępną wiedzę w tym zakresie - pkt h) oraz i) (oznaczenie zgodne z treścią oferty) były w ramach jednego postępowania: https://www.gddkia.gov.pl/aiax/zamowieniePubliczneSzczegol y.php?id=17181&lang=pl

Mając na uwadze, iż spośród powyższych kontraktów wykazywane jest doświadczenie także mec. S., w tym stanie rzeczy także za doświadczenie Zastępców prawnika wiodącego zamawiający dokonując prawidłowej oceny ofert nie miał możliwości przyznania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert doświadczenie.

Uwzględniając powyższe, w istocie oferta Konsorcjum winna być sumarycznie 65

---

oceniona na ostatniej pozycji.

Odnosząc się do „przedwczesnego" uzupełniania przez wykonawcę dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp - wskazujemy, iż także w ślad za stanowiskiem UZP nie jest zasadna interpretacja, która skutkuje rozszerzeniem podstaw prawnych regulujących zagadnienie uzupełniania dokumentów, w szczególności w zakresie zasady jednokrotnego uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykładnia systemowa nie pozwala bowiem na przyjęcie, że na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób inny niż przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czemu w tym postępowaniu Zamawiający uchybił, gdyż nie ziściła się żadna z przesłanek tej normy.

Odnosząc się do nieuprawnionych działań wykonawcy, ale także zamawiającego a związanych z rolą i zakresem udziału mec M. w realizacji przedmiotu zamówienia podkreślić należy, iż przepis art. 22a ustawy Pzp dotyczy udziału podmiotów trzecich w postępowaniu. Regulacja z art. 22a ustawy Pzp odnosi się kolejno do: dopuszczalności powołania się na zasoby podmiotów trzecich przez wykonawcę (ust. 1 i 2), procedury badania potencjałów podmiotów trzecich (ust. 3), szczególnych wymogów związanych z realizacją zamówienia przez podmioty trzecie w przypadku udostępniania przez nie niektórych zasobów (ust. 4), zasady solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego z wykonawcą (ust. 5) oraz możliwości zmiany podmiotu trzeciego w trakcie trwania postępowania jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzą spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania (ust. 6).

Mając na względzie regulację dotyczącą możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego i szerzej możliwości uzupełniania dokumentów, koniecznym jest także uwzględnienie nowego kierunku wykładni wynikającej z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 ws. Esaprojekt [2].

Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepis art. 2 dyrektywy 2004/18/WE [3] nie stoi na przeszkodzie poprawianiu lub uzupełnianiu szczegółów oferty, zwłaszcza jeśli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki, o ile zmiany wprowadzone w wyniku tego poprawiania lub uzupełniania nie prowadzą do rezultatu porównywalnego z przedstawieniem w istocie nowej oferty (por. wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Órad pre verejne obstaravanie, ECLI:EU:C:2012:191, pkt 40; wyrok z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser przeciwko Manova A/S,

ECLI:EU:C:2013:647, pkt 32 i 36 oraz wyrok wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/16 PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta, 66

ECU:EU:C:2016:214, pkt 63 i nast.).

W naszej ocenie takie wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum nie są zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki, a stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty

- poprzez na nowo zdefiniowanie udziału mec. M. w realizacji przedmiotu zamówienia.

Co więcej nie może mieć sytuacji, w której podmiot trzeci (tak jak chciałoby Konsorcjum) jest jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby i zasobem własnym.

Świadczy o tym pośrednio także konstrukcja przepisu art. 22a ust. 6 ustawy pzp rozstrzygając co się dzieje / jakie ma możliwości Zamawiający w sytuacji braku spełniania warunków przez taki podmiot. Zgodnie z ww. Przepisem - jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia,

jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Tym samym ustawodawca nie przewidział możliwości wezwania tego samego podmiotu do wykazania spełniania warunku przez niego.

Co więcej zgodnie z postanowieniami SIWZ rozdział VI pkt 2 Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów:

1) w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów

- JEDZ;

2) Zamawiający w celu oceny czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów które określają w szczególności:

a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,

b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,

c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego,

d) czy podmiot, na zdolnościach, którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub 67

---

doświadczenia, realizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

3) Zamawiający żąda od Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 7 pkt. 1a.

4) Jeżeli Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom, w celu wykazania wobec nich braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty - JEDZ dotyczące Podwykonawców. Z powyższego wynika, iż każdorazowo

w sytuacjach opisanych w SIWZ mamy do czynienia z podmiotem trzecim - a nie zasobem własnym. W przeciwnym razie takie praktyki - wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego - należałoby uznać za mające na celu obejście przepisów ustawy ze skutkiem normy art. 58 Kc. W konsekwencji powyższego mając na uwadze, że zamawiający oczekiwał wskazania Prawnika wiodącego - a nie prawników wiodących - nie jest nim mec. M., a suma punktów w kryterium doświadczenie winna wynosić 0.

III. Zarzuty wobec czynności zamawiającego dotyczących konsorcjum firm:
Lubliniecki S. K. R. P. sp. p., K. R. P. E. G., D. A. K. R. P.

Tytułem przypomnienia wskazujemy, iż zgodnie z SIWZ - Ocena punktowa w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”

dokonana zostanie

na podstawie wskazanej przez Wykonawcę w ofercie ilości usług, jak niżej:

1) prowadzonej przez Prawnika Wiodącego obsługi prawnej kontraktu inwestycji budowlanej współfinansowanej ze środków funduszy Unii Europejskiej lub świadczonej na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, o wartości minimum 100 min PLN, przez okres ostatnich 5 lat licząc do daty złożenia oferty, świadczonej w sposób stały przez okres co najmniej 12 miesięcy;

2) prowadzonej przez Zastępców Prawnika Wiodącego obsługi prawnej kontraktu inwestycji budowlanej współfinansowanej ze środków funduszy Unii Europejskiej lub świadczonej na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, o wartości minimum 50 min PLN, przez okres ostatnich 5 lat licząc do daty złożenia oferty, świadczonej w sposób stały przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Doświadczenie Prawnika wiodącego wykazane w ofercie jest doświadczeniem, które nie powinno zgodnie z powyższymi zasadami być punktowanym, a więc wykonawca

winien

otrzymać o 20 pkt mniej niż w informacji o wyborze najkorzystniejszej Zamawiający wskazał. Mając na uwadze zaprezentowane kontrakty, wskazujemy, iż:

1) Kontrakt dotyczący (…) Obwodnicy N. - zakończono roboty i uruchomiono ruch drogowy już w dniu 22 grudnia 2011 r.

2) Tytuł kontraktu: Budowa drogi ekspresowej (…) S. – G.(3), Odcinek I, węzeł 68

"K.(4)" - węzeł "P.(2)" od km 0+000 do km 28+200

• Data podpisania umowy: 22.01.2008 r. •
Numer umowy: FS-2004/PL/16/C/PT/008-1

• Wykonawca: Konsorcjum firm: H. K. B. GmbH Sp. z o.o., H. K. P. Sp, z o.o., M. B. GmbH & CO.KG, E. S. Sp. Akcyjna, J. M. B.- A.

• Wartość: 666 986 515,50 PLN • Planowany czas realizacji zgodnie z umową: 17.02.2010 r.
Uruchomienie drogi - 26 maja 2010 r

Tytuł kontraktu: Budowa drogi ekspresowej (…) S. – G.(3), Odcinek II, węzeł "P.(2)" (bez węzła)
- węzeł "M.", od km 28+200 do km 54+900

• Data podpisania umowy: 03.10.2007 r. •
Numer umowy: FS-2004/PL/16/C/PT/008-2

• Wykonawca: B. D. S.A. • Wartość: 676 780 537,53 PLN

• zakończenie budowy: 18.09.2010 •
otwarcie drogi: 22.10.2010 r.

Tytuł kontraktu: Budowa drogi ekspresowej (…) S. – G.(3), Odcinek III, węzeł "M." (bez węzła)
- węzeł "G.(3) Północ" (bez węzła), od km 54+900 do km 81+613

• Data podpisania umowy: 13.12.2007 r. •
Numer umowy: FS-2004/PL/16/C/PT/008-3

• Wykonawca: B. B. GmbH • Wartość: 593 426 066,57 PLN

• Planowany czas realizacji zgodnie z umową: 15.07.2010 r. • Kontrakt zakończony uruchomienie drogi 30 grudnia 2010 r.

Skoro kontrakt - to umowa na roboty zakończone - jak możliwe byłoby 12 miesięczne realizowanie obsługi kontraktu wobec zakończenia robót? W tym stanie rzeczy Konsorcjum w sposób celowy wskazywało inwestycje, które miałyby dawać szansę uzyskania dodatkowych punktów w kryterium doświadczenie czyniąc to w pełnej wiedzy o braku ku temu podstaw.

Tym samym ziszczając przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp - uzyskując nieuprawnioną liczbę punktów - gdyż nie jest możliwe kontynuowanie kontraktu przez ponad niejednokrotnie dwa lata po dopuszczeniu do użytkowania danego przedmiotu zamówienia

-

jak wykazywano w wyjaśnieniach z dnia 2 października br. Znamiennym jest, że wykonawca dokonując wyjaśnień w odniesieniu do każdej z Osób wskazuje inny punkt widzenia poprzez użycie „dla zamawiającego”, „dla wykonawcy”, „dla Inżyniera Kontraktu" co mogłoby sugerować inne okoliczności faktyczne tego samego zdarzenia.

Ć. i P. Sp. p. Wykonawca wskazał; iż w odniesieniu do Zastępcy Prawnika wiodącego – A. L. - poz. 2 - Budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej (…) - planowane zakończenie kontraktu IV kwartał 2017 r. - a mimo to przyznał zamawiający max liczbę punktów w zakresie tego kryterium.

W związku z powyższym wnoszę jak na wstępie."

Pismem z dnia 19 października 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: D. D. S. K. R. P. i D. P. Spółka partnerska z siedzibą w P. – Lider Konsorcjum, L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w P. – Partner (...), a w dniu 20 października 2017r. wykonawca S. K. P. S. W. Sp. k., (...)i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: L. S. K. R. P. Sp. p., - K. R. P. E. G., - D. A. K. R. P., (...), zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 19 października 2017r. wykonawca K. R. P. Ć. i P. Sp. p., (...) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

KIO 2156/17
KIO 2176/17

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofert Przystępujących, odwołania, wezwania Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2017r. i z dnia 25 września 2017r. skierowanego do wykonawcy S. K. P. S. W. Sp. k., (...) do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi na te wezwania z wyjaśnieniami z dnia 5 lipca 2017r. i z dnia 2 października 2017r. wraz z dowodami, wezwania Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2017r. i z dnia 26 września 2017r. skierowanego do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: D. D. S. K. R. P. i D. P. Spółka partnerska, L. P. Sp. z o.o., odpowiedzi na te wezwania z wyjaśnieniami z dnia 5 lipca 2017r. i z dnia 2 października 2017r. wraz z dowodami, wezwania z dnia 3 października 2017r. do uzupełnienia formularza JEDZ i uzupełnionego formularza, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 października 2017 r., pism procesowych Przystępujących, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpis został przez Odwołujących uiszczony, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

KIO 2156/17

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.22d ust.2, art.24 ust.1 pkt 16 i 17, art.87 ust.1, art.89 ust.1 pkt 1, pkt 2, pkt 3, pkt 4, art.90 ust.3, art.91 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia ofert Przystępujących: wykonawcy S. K. P. S. W. Sp. k. i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

D. D. S. K. R.
P. i D. P. Spółka partnerska, L. P. Sp. z o.o. z powodu sprzeczności ich treści z treścią SIWZ i z powodu rażąco niskiej ceny, a także ich wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji.

W pierwszej kolejności Izba uznała zarzut 2.1. złożenia oferty niezgodnej z SIWZ - podwykonawstwo prawnika wiodącego i zastępców prawnika wiodącego/ podwykonawstwo sekretarza/ zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania odwołania za bezzasadny.

Izba ustaliła, że w rozdziale XII ust.16 SIWZ Zamawiający zastrzegł osobiste wykonanie przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie usług przewidzianych dla Prawnika Wiodącego i Zastępców Prawnika Wiodącego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wykonawca S. K. P. S. W. Sp. k. w formularzu JEDZ złożył oświadczenie, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa w jakiejkolwiek części zamówienia.

Z powyższej deklaracji wynika w sposób jednoznaczny zamiar wykonawcy wykonania przedmiotu zamówienia w ramach zasobu własnego, co pozostaje w zgodzie z treścią rozdziału XII ust.16 SIWZ.

Według zapatrywania Izby wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie stanowią oświadczenia woli inicjującego nawiązanie stosunku prawnego, lecz są jedynie oświadczeniem wiedzy mającym na celu wyjaśnienie rażąco niskiej ceny.

Izba zauważyła, że wezwania Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2017r. i z dnia 25 września 2017r. były skierowane do wykonawcy S. K. P. S. W. Sp. k. w oparciu o przepis art.90 ustawy Pzp, który reguluje instytucję rażąco niskiej ceny, a nie na podstawie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp przewidującego możliwość wyjaśnienia treści oferty.

Oświadczenia takiego nie stanowią również umowy cywilnoprawne, na które powołuje się Odwołujący, potwierdzające zasady współpracy pomiędzy kancelariami radców prawnych.

Wymaga również wskazania, że powyższe oświadczenie woli odnosi się do zamiaru wykonania w przyszłości zamówienia w określony sposób na podstawie zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, a nie sposobu realizacji innych umów nie związanych z tym przetargiem.

Z tego powodu nie mógł znaleźć uznania Izby wywód Odwołującego świadczący o tym, że wspólnicy spółki komandytowej, których wkład nie obejmuje świadczenia na rzecz spółki usług polegających na wykonywaniu zawodu radcy prawnego, nie stanowią zasobu własnego wykonawcy S. K. P. S. W. Sp. k.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstawy do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odwołujący również w tym zakresie nie wykazał istnienia przesłanek z art.24 ust.1 pkt 16) ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Nie udowodnił on również okoliczności, o których mowa w przepisie art.24 ust.1 pkt 17) ustawy Pzp, w myśl, którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się

wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie potwierdził się również zarzut 2.2. zaniechania odrzucenia oferty kancelarii S. jako niezgodnej z SIWZ.

Podobnie jak w przypadku zarzutu oznaczonego 2.1. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego w zakresie w jakim byłoby dopuszczalne przyjęcie poglądu, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny stanowią oświadczenie woli w przedmiocie sposobu wykonania zamówienia.

Należy wskazać, że takie wyjaśnienia dotyczące treści oferty są przewidziane w procedurze opisanej w przepisie art.87 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, podczas, gdy przepis art.90 ust.1 ustawy Pzp jest dedykowany do wykonawców jedynie w warunkach wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby – dowolne przypisywanie wykonawcy takiego czy innego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia poprzez wyjaśnienia, co do kosztów związanych z realizacją zamówienia stanowiłoby naruszenie przepisu art.7 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odnośnie zarzutu 2.3. zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji Izba uznała zarzut ten za chybiony.

Przechodząc do rozpoznania tego zarzutu Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia Przystępującego wykonawcy S. K. P. S. W. Sp. k. odnoszące się do rażąco niskiej ceny nie dawały Zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

W przekonaniu Izby działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego wykonawcy S. K. P. S. W. Sp. k. mieści się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a.W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich

złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie
wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług,
zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie
wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec powyższego stanu rzeczy, Zamawiający miał obowiązek skorzystania z cyt. wyżej przepisu prawa w stosunku do zaoferowanej przez wykonawcę

S. K. P. S. W. Sp. k..

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa

na

wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana

---

ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Przystępującego

S. K. P. S. W. Sp. k. dowodami nie potwierdziła,
że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby Przystępujący S. K. P. S. W. Sp. k. przedłożył wyjaśnienia wraz z dowodami(wyjaśnienia z dnia 5 lipca 2017r. i z dnia 2 października 2017r.), z których
wynikało, że przewidział on wszystkie koszty na kontrakcie.

Co, istotne Odwołujący w swoim odwołaniu nie podważył w jakikolwiek sposób przedstawionych przy wyjaśnieniach dowodów, co wskazuje na bezsporność tych
okoliczności.

Natomiast, Izba nie podzieliła twierdzeń Odwołującego odnośnie nieprawidłowości kalkulacji Przystępującego
S. K. P. S. W. Sp. k.

Jako bardzo istotną Izba wzięła pod uwagę bezsporną okoliczność, że wynagrodzenie Przystępującego
S. K. P. S. W. Sp. k. przeznaczone dla personelu nie jest
niższe niż minimalne wynagrodzenie.

Przedstawione przez Odwołującego dowody zawarte w załączniku nr 5 w postaci zestawień czynności wykonywanych przez Przystępującego

S. K. P. S. W. Sp. k. w ramach
kontraktu referencyjnego w okresie od 23 listopada 2010r. do 27 maja 2013r. na okoliczność
stopnia zaangażowania obsługi prawnej w trakcie realizacji inwestycji, czasu dojazdu, ilości nakładu pracy ilustrują jedynie sposób i wysokość rozliczeń z Zamawiającym, nie
potwierdzają jednak zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby z zestawień tych czynności w powiązaniu z przedstawionymi fakturami można wnioskować, że Zamawiający rozliczał się ryczałtowo za wykonanie częściowe
czynności z zakresu obsługi prawnej, a w niektórych przypadkach rozliczenie to następowało według stawki godzinowej 220 zł netto.

Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie kwestionował zasadności stawki za usługi prawnicze w wysokości stawki godzinowej 220 zł netto.

Rozważając koszty w przedmiotowym zamówieniu, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że czynności określone w załączniku nr 1 do SIWZ w opisie przedmiotu
zamówienia, do których wykonania będzie zobowiązany wykonawca są przewidywane, ale zakres zaangażowania czasowego w wymiarze godzinowym nie został przez
opisany, co przy charakterze daje Zamawiającego ryczałtowym wynagrodzenia wykonawcom dużą swobodę w kształtowaniu ceny.

Z tego względu duże różnice cenowe pomiędzy złożonymi ofertami stanowią
normalne konsekwencje szacowania ryzyka kontraktowego.

W przekonaniu Izby, ryzyko to może być kształtowane i miarkowane przez pryzmat doświadczenia wykonawców usług prawniczych, którzy zrealizowali już usługi podobne,
znając specyfikę wykonywanej obsługi prawnej.

Badając rażąco niską cenę, Zamawiający był zobowiązany do rozważenia między innymi zaproponowanej oszczędności metody wykonania zamówienia, czy wyjątkowo
sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy.

Za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępnego dla wykonawcy, należało uznać –
w ocenie Izby – okoliczność dotychczasowej realizacji
przedmiotu zamówienia w prawie podobnym zakresie u Zamawiającego, w tym znajomość wszelkiej dokumentacji wykorzystywanej na kontrakcie, a także wykonywanie obsługi
prawnej w pomieszczeniu wynajmowanym u Zamawiającego, co sprzyjało szybkości
wymiany informacji prawnej pomiędzy stronami.

Nie budzi wątpliwości Izby, że na obniżenie kosztów obsługi prawnej u Zamawiającego wpłynie również obsługa prawna realizowana przez inżyniera
kontraktu, a
także właściwa współpraca wszystkich tych podmiotów, których celem jest zgodne z prawem, terminowe i poprawne wykonanie przedmiotu zamówienia.

Według zapatrywania Izby celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w
art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez
wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia
zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów. 76

W ocenie Izby wszystkie zasadnicze koszty na kontrakcie zostały przez wykonawcę
przewidziane i oszacowane.

Jedynie przedłożenie przez wykonawcę ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów mogłoby prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego, bez
prowadzenia dodatkowych wyjaśnień.

Wprawdzie zgodnie z art.190 ust. 1a pkt. 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie
zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, jednak złożone w postępowaniu odwoławczym
wyjaśnienia i dowody wymagają przeprowadzenia przeciwdowodu, jeżeli Odwołujący ma wiedzę, że podana przez Przystępującego cena jest rażąco niska i zawiera rażąco
niskie
koszty, które nie zapewniają należytego wykonania zadania.

Izba potraktowała podane przez Odwołującego w jego odwołaniu kalkulacje odnoszące się do wyjaśnień Przystępującego
S. K. P. S. W. Sp. k., jako jego oświadczenie
nie poparte żadnymi dowodami.

Innymi słowy propozycje kalkulacyjnych wyliczeń dokonanych przez Odwołującego nie przesądzają o możliwościach ofertowych Przystępującego
S. K. P. S. W. Sp. k.

Jeżeli chodzi o koszt sekretarza biura w warunkach realizacji umowy Przystępujący S. K. P. S. W. Sp. k. mógł przyjąć założenie, że świadcząc usługę w biurze w godzinach od 8 do 15, pięć dni w tygodniu, osoba ta będzie mogła wykonywać inne czynności na rzecz Przystępującego w zakresie niekolidującym z zakresem obowiązków kontraktowych, powodując obniżenie kosztów obsługi.

Zdaniem Izby nie można oczekiwać od wykonawcy braku zaangażowania personelu w pełnym wymiarze czasu pracy do wykonania różnych zadań.

Niewykorzystanie kadry w maksymalnym zakresie musi wpływać na zwiększenie kosztów obsługi we wszystkich realizowanych zadaniach, jest nieracjonalne i nieefektywne.

Podobnie w zakresie zarzutu odnoszącego się do kosztów utrzymania biura i materiałów biurowych, a także dojazdów i noclegów.

77

W opinii Izby nie znajduje żadnego logicznego i racjonalnego uzasadnienia generowanie zwiększonych kosztów wykonania usługi poprzez brak możliwości połączenia kosztów zadania z kosztami innego zadania w warunkach, gdy biuro będzie wykorzystywane dla potrzeb obsługi różnych podmiotów. W takim przypadku uzasadnione jest współdzielenie tych kosztów.

W zakresie kosztów wynagrodzenia prawników wedle stopnia ich zaangażowania, Izba doszła do przekonania, że przedstawione przez Przystępującego S. K. P. S. W. Sp. k. w wyjaśnieniach założenia kosztowe nie budzą wątpliwości i są w granicach ryzyka cenowego wykonawcy.

Według Izby - przedłożone przez Odwołującego załączniki nr 6 – projekt ustawy i nr 7 – wyciąg z wystąpienia pokontrolnego nie przesądzają o wysokości kosztów, które będą ponoszone podczas realizacji zamówienia.

Przede wszystkim Zamawiający w SIWZ nie określił precyzyjnie jaka ilość kontaktów z interesariuszami jest przewidziana, a także nie ustalił miejsc dojazdów personelu, co czyni rozważania co do kosztów w tym zakresie jedynie jako hipotetyczne.

Z tych powodów dowody wskazane przez Odwołującego w załącznikach od nr 1 do nr 3 są nieprzydatne do wykazania istnienia rażąco niskiej ceny.

Poza tym ustalenia pokontrolne, w warunkach, gdy Przystępujący S. K. P. S. W. Sp. k. zdobywał doświadczenie na podobnym kontrakcie mogłoby tłumaczyć obsługę uzasadniającą zwiększone zatrudnienie w tamtym okresie, jednak w chwili obecnej warunki świadczenia obsługi prawnej nie są porównywalne z racji nabytego przez wykonawcę doświadczenia.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, które mogłoby nastąpić jedynie, gdyby dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzała, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zatem nie mogła uznać takiego działania Zamawiającego za nie mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

78

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła wystąpienia w ofercie Przystępującego S. K. P. S. W. Sp. k. zjawiska dumpingu przejawiającego się utrudnianiu dostępu do rynku poprzez zaniżenie kosztów świadczenia poniżej jego kosztów w celu eliminacji innych wykonawców, a przez to brak przesłanki z art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, skutkującej

obowiązkiem odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Z powyższych względów, Izba również nie dostrzegła zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert przez Przystępującego S. K. P. S. W. Sp. k., jako, że złożył on ofertę z jednoznacznym oświadczeniem woli, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa w jakiejkolwiek części zamówienia(zarzut nr 2.4.).

Powyższa sytuacja, zatem nie uzasadniała zastosowania przez Zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, umożliwiającego mu odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Jeżeli chodzi o zarzut nr 2.5. dotyczący podania nieprawdziwych informacji i nieprawdziwej oceny doświadczenia osób Przystępujący S. K. P. S. W. Sp. k. wykazał – zdaniem Izby - okoliczności przeciwne tym wskazywanym przez Odwołującego.

Przystępujący S. K. P. S. W. Sp. k. udowodnił, że okres zgłaszania wad kończy się z dniem 2 marca 2017r. dla robót obejmujących prace nawierzchniowe i drogowe oraz z dniem 2 września 2014r.dla innych prac, co wynika z pisma E. G. P. z dnia 12 marca 2012r. i ze świadectwa przejęcia.

Powyższe potwierdza – w ocenie Izby – fakt możliwości świadczenia pomocy prawnej również po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie. Sam fakt wydania takiego pozwolenia w dniu 4 kwietnia 2012r. nie jest równoznaczny z faktem braku świadczenia pomocy prawnej po tym terminie.

W zakresie inwestycji „Budowa bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy elektrycznej netto: minimum 90 OMWe, maksimum 1000 MWe w Enea Wytwarzanie S.A." Odwołujący przyznał tą okoliczność, jednak Izba doszła do przekonania, że nie miało to istotnego wpływu na wynik postępowania, bowiem nawet obniżenie punktacji do 25 pkt w kryterium doświadczenie skutkowałoby otrzymaniem przez wykonawcę 85 pkt, co nie zmieniłoby jego pozycji w rankingu w stosunku do kolejnego wykonawcy D. D. S. K. R. P. i D. P. Spółka partnerska z siedzibą w P. – Lider Konsorcjum, L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w P., który otrzymał 69,80 pkt.

Izba uznała również, że bez tej inwestycji Przystępujący S. K. P. S. W. Sp. k. spełnił wymagania Zamawiającego, co wynika ze złożonych przez niego dokumentów przy ofercie.

Ostatecznie Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 2.6 zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, jako, że Przystępujący S. K. P. S. W. Sp. k. będzie korzystał z zasobu własnego, a nie z podwykonawców.

Przechodząc do omówienia zarzutów odwołania odnoszących się do Przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: D. D. S. K. R. P. i D. P. Spółka partnerska z siedzibą w P. – Lider Konsorcjum, L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w P. – Partner (...), Izba stwierdziła, że Zamawiający nie był zobowiązany do wykluczenia wykonawców na tym etapie postępowania.

Odnosząc się do zarzutu 3.1. Izba stwierdziła, że w sprawie tej miała zastosowanie procedura odwrócona, która zmierza przede wszystkim do oceny merytorycznej uczestników przetargu i wyłonienia wykonawcy z najkorzystniejsza ofertą.

Stosownie do przepisu art. 24aa ust.1 ustawy Pzp Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w

ogłoszeniu o zamówieniu.

Z istoty tej procedury odwróconej wynika w oczywisty sposób, że Zamawiający przede wszystkim jest zobowiązany do oceny ofert, a w dalszej kolejności do zbadania
podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia
publicznego wykonawcy sklasyfikowanego na pierwszym miejscu.

W tym stanie rzeczy trudno jest wyprowadzić wniosek, że Zamawiający był zobowiązany do zbadania podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu o
udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, których oferty zostały sklasyfikowane na
dalszych pozycjach i żadna z nich nie została uznana za najkorzystniejszą na tym etapie
postępowania przetargowego.

Należy podkreślić, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, jeżeli nie upłynął termin do wniesienia odwołania nie ma charakteru ostatecznego i w tym aspekcie
postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma decydujące znaczenie czy postępowanie 80

---

o udzielenie zamówienia publicznego będzie zakończone czy też będzie ono nadal
prowadzone(kolejny etap).

W myśl przepisu art.24 ust.12 ustawy Pzp Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, zatem w przypadku, gdyby w
stosunku do oferty nowo wybranego wykonawcy orzeczono nakazanie unieważnienia
czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazano dokonanie ponownego badania i oceny ofert Zamawiający mógłby skorzystać w dalszej kolejności z instytucji wykluczenia
wykonawcy wobec, którego zaistniałyby podstawy prawne, o których mowa w art.24 ustawy
Pzp.

Niezależnie od powyższego zapatrywania, jeżeli chodzi o podane przez Przystępującego informacje dotyczące doświadczenia prawników, wpływającego na ocenę
oferty w kryterium to – zdaniem Izby – fakt nie udzielenia przez Przystępującego wyjaśnień w
trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp nie przesądza o tym, że są one nieprawdziwe (zarzut 3.4.).

Powyższe może, co najwyżej prowadzić do wniosku, że taki wykonawca nie powinien otrzymać odpowiedniej punktacji w kryterium oceny ofert.

W zakresie zarzutu 3.2., 3.6., 3.7 Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że
Zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy do zmiany formularza JEDZ w zakresie doświadczenia Ł.
S. w jakim miałoby to wpływ na ocenę oferty Przystępującego w kryterium,
jednak naruszenie w związku z tym przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania, bowiem nie miało ono wpływu i nie mogło mieć istotnego wpływu
na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tylko w takim przypadku możliwe byłoby takie rozstrzygnięcie odwołania.

Odnośnie zarzutu 3.3. Izba uznała, że Przystępujący posłużył się osobą T. M., jako zasobem własnym, co wynika z jego wyjaśnień z dnia 2 października 2017r., że tamten
będzie wykonywał pomoc prawna osobiście, a Przystępujący będzie dysponował nim na
zasadzie umowy cywilnoprawnej.

Jeżeli chodzi o zarzut rażąco niskiej ceny określony jako 3.5. w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

D. D. S. K. R.
P. i D. P. Spółka partnerska z siedzibą w P. – Lider Konsorcjum, L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w
P. – Partner (...), Izba uznała go za niepotwierdzony w świetle zebranego materiału
dowodowego.

81

Wymaga wskazania, że jeżeli Izba orzekła brak rażąco niskiej ceny wobec oferty z najniższą cena, to tym bardziej nie mogła orzec o wystąpieniu takiej ceny

w stosunku do

wykonawcy z drugą wyższą ceną.

W związku z tym rozważania na temat kompletności czy jej braku w części dotyczącej postępowania o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny

nie ma znaczenia prawnego.

KIO 2176/17

Jeżeli chodzi o motywację, co do rozstrzygnięcia powyższego odwołania Izba oparła się o treść uzasadnienia opisanego powyżej. Motywy rozstrzygnięcia zarzutów są takie same
jak w sprawie KIO 2156/17.

Po analizie rozpoznawanej sprawy i przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie dostrzegła w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7, art.22a, art.24 ust.1 pkt 16 i 17, art.87 ust.1, art.89 ust.1 pkt 3, pkt 4, art.90 ust.2 i ust.3, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia ofert Przystępującego: wykonawcy S. K. P. S. W. Sp. k. i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: D. D. S. K. R. P. i D. P. Spółka partnerska, L. P. Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny, a także wykluczenia pozostałych Przystępujących z powodu podania nieprawdziwych informacji, a także przyznania punktów K. R. P. Ć. i P. Sp. p., (...).

W odniesieniu do dwóch wykonawców sklasyfikowanych na 1 i 2 miejscu zarzuty odwołania nie potwierdziły się z przyczyn opisanych na wstępie, z uwzględnieniem
stwierdzonych przez Zamawiającego naruszeń prawa w zakresie wyżej wskazanym, które nie miało wpływu i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie
zamówienia.

Jeżeli chodzi o zarzut wymierzony przeciwko wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego:

L. S. K. R. P. Sp. p., - K. R. P. E. G., - D. A. K. R. P.,

(...), Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że osoba wskazana przez Przystępującego wyznaczona do realizacji zamówienia nie spełnia wymagania w zakresie uzasadniającym przyznanie punktacji.

W powyższym zakresie Izba oparła się o referencję z dnia 9 czerwca 2017r. GDDKiA Oddział w S. wraz z załącznikiem wymieniającym wykonane inwestycje wraz z latami ich
realizacji.

Ostatecznie, zarzut przeciwko K. R. P. Ć. i P. Sp. p., (...) okazał się również bezzasadny, bowiem Izba miała wątpliwości do wydruków ze stron internetowych, a Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie dokumentów urzędowych.

KIO 2156/17
KIO 2176/17

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z
uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w
postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……..