

WYROK
z dnia 09 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **09 lipca 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **01 lipca 2014 r.** przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Odkryta 36 A, skrytka pocztowa 115, 03-140 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Narodowe w Krakowie, al. 3-go Maja 1, 30-062 Kraków**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji jako skutek powyższego unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Muzeum Narodowe w Krakowie, al. 3-go Maja 1, 30-062 Kraków i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Odkryta 36 A, skrytka pocztowa 115, 03-140 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości 11 098 zł 98 gr (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) przez Muzeum Narodowe w Krakowie, al. 3-go Maja 1, 30-062 Kraków na rzecz BUD-INVENT**

1

Sp. z o.o., ul. Odkryta 36 A, skrytka pocztowa 115, 03-140 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na usługi - Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w Projekcie Budowa Pawilonu Józefa Czapskiego w Muzeum Narodowym w Krakowie; Nr referencyjny postępowania: EP-PJC-271-11/14, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień

Publicznych Nr 84751 – 2014, data zamieszczenia 17.04.2014 r., przez Muzeum Narodowe w Krakowie, al. 3-go Maja 1, 30-062 Kraków zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 27.06.2014 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „PRIMEX” mgr inż. M. Ł. , al. Jana Pawła II 132, 42-202 Częstochowa zwany dalej: „Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „PRIMEX” albo oraz wykluczeniu z udziału „Przystępującym” w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Odkryta 36 A, skrytka pocztowa 115, 03-140 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa zwanej dalej: „BUD-INVENT Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”, a oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp. Dodatkowo oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp może udzielić zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że przed udzieleniem zamówienia publicznego zamawiający zobowiązany jest dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ustawy i podjąć w każdym momencie postępowania takiej oceny podjętych decyzji aby zapewnić ich zgodność z przepisami ustawy. W związku z powyższym Zamawiający przeprowadził ponowną ocenę złożonych ofert oraz decyzji z dnia 10.06.2014 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty. W wyniku podjętych czynności, Zamawiający ustalił iż udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy BUD-INVENT Sp. z o.o. stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp na co wskazują następujące okoliczności. Zamawiający w związku z informacją jaką Wykonawca zamieścił w wykazie osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia (zwanym dalej wykazem) dotyczącą uprawnień dla osoby nadzorującej prace związane z systemem zabezpieczeń, tj. wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego z datą wydania decyzji 12.01.2010 r., zwrócił się do Wykonawcy w dniu 20.05.2014 r. o wyjaśnienie kwestii

3

związanej z datą nadania wymaganych prawem uprawnień, ponieważ przepisy zmieniające dotychczasowe wymagania w tym względzie zostały wprowadzone z 01.01.2014 r. Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienie, iż osoba wskazana w wykazie jako nadzorująca prace związane z systemem zabezpieczeń posiada licencję pracownika zabezpieczenia technicznego, a zgodnie z art. 39 ust.1 ustawy z dnia 13.06.2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz. U. z 2013 r. poz.829) dane osób które w dniu 31.12.2013 r. posiadały ważne licencje właściwy komendant wojewódzki Policji wpisuje na listy kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego. Skoro zatem zdaniem wykonawcy posiadanie w dniu 31.12.2013 r. ważnej licencji pracownika ochrony fizycznej lub zabezpieczenia technicznego drugiego stopnia skutkuje wpisem na listę, rozbieżność między datą uzyskania licencji, a datą wejścia w życie przepisów zmieniających dotychczasowe wymagania uznano jak stwierdził Wykonawca za nieistotną. Zamawiający biorąc pod uwagę art. 39 ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz. U. z 2013r. poz.829) „(...) Dane osób, które w dniu 31 grudnia 2013 r. posiadały ważne licencje pracownika ochrony fizycznej lub zabezpieczenia technicznego, właściwy komendant wojewódzki Policji wpisuje na listy, o których mowa w art. 28 ust. 1 ustawy zmienianej w art. 9, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, wydając w tym przedmiocie zaświadczenie. Do dnia 31 marca 2014 r. dokumentem potwierdzającym dokonanie wpisu na listy jest także ważna w dniu 31 grudnia 2013 r. licencja pracownika ochrony fizycznej lub zabezpieczenia technicznego” oraz treść złożonych wyjaśnień uznał, że Wykonawca nie złożył dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie osoby nadzorującej roboty związane z systemem zabezpieczeń (brak wskazania w wykazie wymaganych prawem uprawnień) i działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę do jego złożenia. W wyznaczonym terminie Wykonawca złożył wykaz osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia wskazując inną osobę na stanowisku nadzorującym prace związane z systemem zabezpieczeń niż w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia dołączonym do oferty. Analizując powyższą sytuację uznał, że Wykonawca składając wraz z ofertą wykaz osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia wskazał osobę nadzorującą prace związane

z systemem zabezpieczeń nie posiadającą wymaganych uprawnień, a dodatkowo zamieścił w dokumencie nieprawdziwe informacje, tj. wskazał iż osoba ta posiada wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, co w ramach złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień i dokumentów, jest nieprawdą. Bezsprzeczne jest, że na dzień składania ofert, tj. 30.04.2014 r. wskazana w wykazie osoba nie posiadała wymaganego zaświadczenia o wpisie na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego a wykonawca świadomie (o czym wskazują chociażby wyjaśnienia z dnia

4

23.05.2014r.) taką informację zawarł w dokumencie składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Licencja, jaką na dzień składania ofert posiadała wskazana przez Wykonawcę osoba, zgodnie z art. 39 ust. 1 ustawy z dnia 13.06.2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz. U. z 2013 r. poz.829) jest dokumentem potwierdzającym dokonanie wpisu na listę do dnia 31.03.2014 r. Po tym terminie dokumentem potwierdzającym posiadanie uprawnień jest wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego potwierdzone wydaniem zaświadczenia. Złożony na wezwanie nowy wykaz w którym Wykonawca wskazuje inną osobę nadzorującą prace związane z system zabezpieczeń potwierdza jedynie, powyższe ustalenia, że w dniu składania ofert Wykonawca nie dysponował osobą posiadającą stosowne uprawnienia oraz podał nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślił, że: „zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienie dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W praktyce oznacza to, że wykonawca, który dopuścił się złożenia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie zostanie wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia (wyrok KIO z 28.04.2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 801/11), w którym Izba orzekła, iż „Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (...) stanowi samoistną przesłankę wykluczenia wykonawcy” Informator UZP nr 7/2012 (str. 21). Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny, Zamawiający przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego podjął decyzję o powtórzeniu czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej-zgodnie z wyrokiem KIO z 12.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1569/13: „Zamawiający jest uprawniony w toku powtórzenia czynności badania i oceny ofert do czynności badawczych w każdym niezbędnym zakresie, w celu dokonania wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej, zgodnie z i postanowieniami SIWZ” - i ustalił (...): „1. wyklucza z udziału w postępowaniu Wykonawcę Bud-Invent Sp. z o.o. na podstawie: • art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, jako Wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez wskazanie w wykazie osób uczestniczących w realizacji zamówienia dla osoby nadzorującej prace związane z systemem zabezpieczeń posiadanie uprawnień, których jak wykazało postępowanie wyjaśniające prowadzone na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wskazana osoba nie posiadała; • art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, jako Wykonawcę który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie nadzoru nad pracami związanymi z systemem zabezpieczeń (brak wymaganych prawem

5

uprawnień na dzień składania ofert). Zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 ustawy, ofertę Wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu uznaje się za odrzuconą.

2. Odrzuca ofertę Wykonawcy Bud-Invent Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy jako ofertę złożoną przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

3. Uchyla decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.06.2014r. w zakresie uznania jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Bud-Invent Sp. z o.o. i dokonuje wyboru oferty zgodnie z przepisami prawa.

II. Ponadto, Zamawiający informuje, że w ramach czynności ponownej oceny ofert należy uznać iż oferta Wykonawcy Bud-Invent Sp. z o.o. zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z czym podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89. ust. 1 pkt. 4 ustawy.” W toku oceny ofert Zamawiający także powziął wątpliwość co do

wynoszącej 237.390,00 zł. ceny brutto zamówienia zaofertowanej przez Wykonawcę. Biorąc pod uwagę ceny pozostałych ofert i pomocniczo szacunkową wartość zamówienia, którą określono na 600.000,00 zł netto (738.000,00 zł brutto). Zamawiający w dnia 07.05.2014 r. wezwał do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny trzech Wykonawców, których oferty zawierały ceny znacząco odbiegające od cen w pozostałych ofertach. W pierwotnej ocenie wyjaśnień złożonych przez wezwanych Wykonawców ustalono wystąpienie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ofert Wykonawców Dekra Construction Management Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: PHIN Inwestycje Sp. z o.o. i PHIN Consulting Sp. z o.o. Z uwagi na doniosłość roli Inżyniera Kontraktu dla prawidłowej i terminowej realizacji Projektu, kompleksowość inwestycji i potrzebę zapewnienia ścisłego jej nadzoru, Zamawiający postanowił poddać ponownej analizie wyjaśnienia przedstawione w dniu 08.05.2014 r. przez BUD-INVENT Sp. z o.o., którego oferta została -znana decyzją z dnia 10.06.2014 r. za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca w przedłożonym piśmie przedstawił czynniki, które według niego miały wpływ na kalkulację ceny oferty, a w ocenie Zamawiającego nie znajdują one uzasadnienia dla uznania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, Zamawiający, oceniając wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, przy czym lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie stanowi katalogu zamkniętego i Zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazując czynniki mające wpływ na wysokość ceny powołał się na następujące okoliczności, które nie są jednak

poparte żadnymi dowodami ani też w opinii Zamawiającego nie mogą wpływać w żaden sposób na rzetelną kalkulację ceny:

- 1) Koszty wynagrodzenia personelu-wskazano m.in., że podlegały indywidualnym ustaleniom, również w oparciu o umowy cywilno-prawne;
- 2) Aktualne realia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia;
- 3) Zakres zasobów, jakimi dysponuje Wykonawca;
- 4) Wieloletnia obecność na rynku, stabilność finansowa;
- 5) Wykonywanie innych usług tego rodzaju w okolicy miejsca realizacji zamówienia dla MNK;
- 6) Znajomość uwarunkowań komunikacyjnych;
- 7) Ilość i wartość wykonywanych zamówień wpływająca na możliwość obniżania cen;
- 8) Ugruntowana pozycja na rynku - nie odczuwanie skutków kryzysu;
- 9) Wieloletnie doświadczenie, które pozwoliło na rzetelne oszacowanie kosztów z uniknięciem nadmiernych kosztów;
- 10) Posiadanie potrzebnego wyposażenia;
- 11) Wypracowany System logistyki odpowiedni dla zadania;
- 12) Liczna kadra o odpowiednich kwalifikacjach;
- 13) System zarządzania wiedzą;
- 14) Podobieństwo ceny przedmiotowego zamówienia do innych zamówień, które wykonawca nie mogą uznane przez wykonywał. Wskazane okoliczności zostać zamawiającego jako obiektywne przesłanki wpływające na kalkulację kosztów i tym samym wykazanie iż zaofertowana cena jest ceną za którą możliwe jest zrealizowanie zamówienia publicznego. Ich faktyczny wpływ na kalkulację ceny oferty stanowi przedmiot subiektywnej oceny samego wykonawcy i co wymaga podkreślenia jest jedynie jego oświadczeniem opartym na ogólnych sformułowaniach a zgodnie z utrwalonym orzecznictwem to po stronie wykonawcy leży w całości obowiązek wykazania (udowodnienia) Zamawiającemu, iż cena jaką oferuje nie jest ceną rażąco niską (np. wyrok KIO z 29.05.2013 r. KIO 1159/13: „(...) Wszczęcie przez zamawiającego procedury z art. 90 p.z.p. tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym, oferta wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu w przypadku potwierdzenia przypuszczeń zamawiającego. Złożenie przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny ma doprowadzić do obalenia tego

domniemania, a ciężar udowodnienia zamawiającemu okoliczności wskazujących na brak zaferowania ceny rażąco niskiej spoczywa w całości na wykonawcy, do którego skierowano wezwanie. Wyjaśnienia wykonawcy odnośnie zaferowanej ceny powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia nie

7

powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, ponieważ art. 90 p.z.p. stanowi o "dowodach" na ich potwierdzenie. Jeśli wykonawca złoży wyjaśnienia, które nie uzasadniają ceny w zaferowanej wysokości, skutki są takie same, jakby wyjaśnień nie złożył wcale, czyli oferta podlega odrzuceniu. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 p.z.p. prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w ogóle nie zostały udzielone).". Ogólnikowość użytych przez Wykonawcę stwierdzeń nie daje Zamawiającemu faktycznego obrazu tych czynników, które mogłyby być uzasadnieniem dla zaferowanej ceny i udowodnieniem że Wykonawca z pełną świadomością i starannością dokonał kalkulacji ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. W sposób szczególny okoliczność dysponowania odpowiednią kadrą pracowniczą nie zasługuje na uwzględnienie. Okoliczność wskazana w wyjaśnieniach jako atut i czynnik wpływający na obniżenie kosztów wykonania zamówienia, stanowi główną przesłankę dla zakwalifikowania oferty Wykonawcy jako złożonej z rażąco niską ceną. Chodzi mianowicie o realizowanie za pomocą tych samych członków personelu Wykonawcy zadań przy innych inwestycjach w okolicy realizowania inwestycji dla MNK. Biorąc pod uwagę złożoność projektu, bardzo krótki czas na zrealizowanie robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru ze strony Inżyniera Kontraktu, warunki lokalne inwestycji i związane z nią możliwe utrudnienia (opisane w treści SIWZ), w ocenie Zamawiającego posługiwanie się przez Wykonawcę tymi samymi osobami w celu realizacji inwestycji jednocześnie dla MNK i innych podmiotów nie daje szans na prawidłowe i efektywne sprawowanie przez Wykonawcę funkcji Inżyniera Kontraktu. Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazywał na konieczność wysokiej dyspozycyjności Wykonawcy dla celów realizacji Projektu (m.in. pkt. 3.2 zał. 1 SIWZ - opisu przedmiotu zamówienia). Deklarowanie zaś przez samego Wykonawcę posługiwanie się tym samym personelem w celu realizacji różnych inwestycji sugeruje brak takiej dyspozycyjności jakiej Zamawiający wymagał. Oferta Wykonawcy w tym sensie zawiera rażąco niską cenę, iż nie uwzględnia w pełni wszystkich okoliczności i uwarunkowań, jakie należy wziąć pod uwagę przy kalkulacji jej ceny, w tym przypadku jest to niedostosowanie dyspozycyjności Wykonawcy do potrzeb Zamawiającego poprzez zamierzony, już na etapie składania oferty, sposób dysponowania kadrą pracowniczą, który z wysokim prawdopodobieństwem przekładać się może na niską efektywność działań Inżyniera Kontraktu. Jak z resztą sam wykonawca podkreśla w wyjaśnieniach, wymiar wynagrodzenia poszczególnych członków personelu ma istotne przełożenie na kalkulację ceny oferty. Zgodnie z wyrokiem KIO z 14.10.2013 r., sygn. akt: KIO 1668/13: „(...) wyznacznik poprawności ceny stanowi, czy wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaferowaną cenę, m.in. czy jest w stanie uzyskać deklarowane ceny materiałów, robocizny, pracy sprzętu, wynagrodzenia pracowników itd. (...)”.

Skalkulowanie tak niskich stawek wynagrodzenia dla poszczególnych członków zespołu na

8

cały okres trwania umowy, jak ma to miejsce w ofercie Wykonawcy sugeruje, iż Wykonawca przy kalkulacji oferty zamierzył dla poszczególnych członków zespołu niewystarczające dla realizacji zamówienia nakłady pracy i w związku z tym nie będzie możliwe zrealizowanie zamówienia w zaferowanej cenie. Ponieważ pojęcie „rażąco niska cena” jest pojęciem ocennym, zgodnie z wyrokiem KIO z 19.03.2012 r., sygn. akt: KIO 460/12, Zamawiający odnosi je do aktualnych realiów rynkowych. Odzwierciedlenie tych realiów, oprócz informacji posiadanych przez Zamawiającego, stanowi przegląd cen zaferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Ogólny trend rynkowy wskazuje, iż ceny usług jak te będące przedmiotem niniejszego postępowania, są znacznie wyższe niż cena zaferowana przez Wykonawcę. Mianowicie, ceny zaferowane w przedmiotowym postępowaniu przez trzech Wykonawców (wezwaną do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny), w tym BUD-INVENT Sp. z o.o., znacząco odbiegają od następnej w kolejności pod względem wysokości ceny ofert. Jej cena, bowiem wynosi 292.248,00 zł, czyli jest o 55.248,00 zł wyższa niż oferta BUD-INVENT Sp. z o.o., nie

wspominając o ofertach plasujących się na kolejnych miejscach w kwalifikacji cenowej. Zamawiający uznał, iż za zaoferowaną cenę nie będzie możliwe wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ. W wyjaśnieniach wykonawcy, jak stwierdził Zamawiający nie znalazły się ponadto inne okoliczności o charakterze obiektywnym, które Zamawiający mógłby wziąć pod uwagę przy ocenie czy oferta w istocie zawiera rażąco niską cenę, czy też nie jak również nie stwierdzono okoliczności świadczących o wyjątkowości jego sytuacji, która mogłaby wpłynąć na zaoferowanie tak niskiej ceny.

W dniu 01.07.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) BUD-INVENT Sp. z o.o. wniósł odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.07.2014 r. (faxem). Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp od: a) czynności badania i oceny ofert, w tym oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; b) czynności wykluczenia nas z postępowania; c) czynności odrzucenia złożonej przez nas oferty; d) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 3, art. 89 ust. 5 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym: oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 2) odstąpienia od czynności wykluczenia nas z postępowania; 3) odstąpienia od czynności odrzucenia złożonej przez nas oferty; 4) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; 5) wyboru, jako najkorzystniejszej, złożonej przez nas oferty.

W pierwszej Kolejności wskazał, że uzasadniając wykluczenie nas z przedmiotowego postępowania, Zamawiający podniósł, iż /rzekomo/ na dzień upływu terminu do składania ofert, nie spełnialiśmy warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami

9

zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie nadzoru nad pracami związanymi z systemem zabezpieczeń. Zauważył, iż:

1) p. MG., wskazany w ofercie do pełnienia funkcji osoby nadzorującej prace związane z systemem zabezpieczeń, na dzień upływu terminu do składania ofert, spełniał wszystkie wymogi przewidziane dla wzmiankowanej funkcji, w tym posiadał wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, co w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdza Zaświadczenie z 04.02.2014 r., załączone do odwołania;

2) Treść udzielonych wyjaśnień, nie daje podstaw do twierdzenia, iż p. MG., na dzień upływu terminu do składania ofert, nie posiadał wpisu na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego; W wyjaśnieniach tych daliśmy bowiem jedynie wyraz przekonaniu, iż rozbieżność pomiędzy datą uzyskania licencji, a datą wejścia w życie przepisów zmieniających dotychczasowe wymagania posiadania licencji na wymóg wpisu na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu; Zatem, nawet gdyby nasze poglądy były błędne nie stanowiło to podstawy do przyjęcia, iż p. MG. nie posiada stosownego wpisu bądź, że jako Wykonawca, nie spełniamy postawionych wymogów.

3) p. TN., wskazany (w reakcji na wezwanie do uzupełniania dokumentów wystosowane po udzieleniu wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp) do pełnienia funkcji osoby nadzorującej prace związane z systemem zabezpieczeń, na dzień upływu terminu do składania ofert, również spełniał wszystkie wymogi przewidziane dla wzmiankowanej funkcji, w tym posiadał wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, co w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdza Zaświadczenie z 26.02.2014 r., załączone do odwołania.

Zatem, co prawda zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże, w przedmiotowym przypadku, nie zostały spełnione przesłanki do zastosowania powołanego przepisu.

Uzasadniając wykluczenie z przedmiotowego postępowania, Zamawiający podniósł również, iż /rzekomo/ złożono nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, poprzez wskazanie w Wykazie osób uczestniczących w realizacji zamówienia dla osoby nadzorującej prace związane z systemem zabezpieczeń posiadanie uprawnień, których jak /rzekomo/ wykazało postępowanie wyjaśniające prowadzone na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, wskazana osoba nie posiadała. Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem,

podanie informacji, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (porównaj: wyrok KIO z 06.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1550/10; wyrok KIO z 06.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1578/10; wyrok KIO z 12.10.2009 r., sygn. akt: KIO 1223); Podkreśla się też, iż

10

przedstawienie stanu odmiennego od rzeczywistości winno mieć charakter obiektywny (wyrok KIO z 20.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1687/12). Na gruncie reguł znaczeniowych języka polskiego „*obiektywizm*” to zaś przedstawianie i ocenianie czegoś w sposób zgodny ze stanem faktycznym, niezależnie od własnych opinii, uczuć i interesów (słownik j. polskiego dostępny na stronie internetowej www.pwn.pl). Jednakże, w przedmiotowym przypadku, nie miało miejsca podanie informacji przedstawiających stan odmienny od rzeczywistości, gdyż: 1) p. MG., na dzień upływu terminu do składania ofert, posiadał wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, co już było podniesione w niniejszym odwołaniu i stanowi fakt potwierdzony zaświadczeniem opatrzonym datą 04.02.2014 r., które to zaświadczenie korzysta z domniemania prawdziwości oraz zgodności z prawdą tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone; Wzmiankowane domniemanie wynika z art. 244 § 1 kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którym: „*Dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone.*”;

2) W wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, nie podano, czy p. MG. posiada wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, stąd za zupełnie nieuzasadnione należy uznać twierdzenie Zamawiającego, jakoby treść wzmiankowanych wyjaśnień wskazywała na brak wpisu na dzień upływu terminu do składania ofert, czy też, tym bardziej, że okoliczność braku wpisu na ów dzień jest bezsporna;

3) Wskazanie p. TN. na stanowisko osoby nadzorującej prace związane z systemem zabezpieczeń również nie daje podstaw do twierdzenia, iż p. MG. nie posiada wpisu na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, gdyż: po pierwsze: Zamawiający nie określił wymaganego sposobu uzupełnienia, wzywając jedynie do złożenia Wykazu osób (mogło zatem ono polegać zarówno na wskazaniu innej osoby, jak i na uzupełnieniu danych odnośnie p. MG.) - pismo Zamawiającego z 28.05.2014 r.; po drugie - w przypadku wezwań do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie ma podstaw prawnych, aby wskazywać bądź, w jakikolwiek inny sposób, wymagać, aby dokonywane odnośnie potencjału kadrowego, uzupełnienia były dokonywane poprzez wskazanie nowej osoby lub uzupełnienie danych dotyczących osoby uprzednio wskazanej. Jak wynika z poglądów prezentowanych w orzecznictwie: Wskazówką, co do interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest treść art. 45 ust. 2 lit. g) tzw. Dyrektywy Klasycznej zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy (wyrok KIO z 23.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2196/12). Skoro zatem, nie doszło do

11

żadnego wprowadzenia w błąd, zaś złożone, w załączeniu do oferty, informacje są obiektywnie zgodne z prawdą, nie sposób twierdzić, iż złożone informacje były nieprawdziwe. W przedmiotowym przypadku, należy uznać, że treść złożonego w załączeniu do naszej oferty Wykazu osób, odpowiada stanowi rzeczywistemu (faktycznemu), gdyż stan ów należy rozpatrywać w świetle literalnego rozumienia wymogów postawionych w treści ogłoszenia o zamówieniu (złożone przez nas dokumenty i wyjaśnienia miały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z, literalnie rozumianym, opisem sposobu oceny ich spełniania, zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, nie zaś zgodnie z subiektywnymi odczuciami i ocenami Zamawiającego). Zatem, co prawda zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawców, którzy nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jednakże, w przedmiotowym przypadku nie zostały spełnione przesłanki do zastosowania powołanego przepisu.

Nadmienił, iż jak trafnie zostało zauważone w doktrynie, w przesłance wykluczenia z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, chodzi o informacje

niezależne, a więc niezgodne ze stanem rzeczywistym, przedstawione umyślnie w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd, nie chodzi zaś o przedstawienie przypadkowo bądź nieumyślnie nieprawdziwych informacji (Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W-wa 2010, s. 192). Z kolei, wobec faktu, iż pojęcie winy nie jest zdefiniowane w przepisach Pzp, ani też w przepisach kodeksu cywilnego, zasadne jest odwołanie się do sposobu, w jaki pojęcie to jest rozumiane w polskim systemie prawnym, który znajduje wyraz w treści przepisów art. 9 kk; Zgodnie z powołanymi przepisami: Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi (§ 1); Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć (§ 2). W przedmiotowym przypadku, nie sposób zaś przypisać nam bezpośredniego, czy chociażby ewentualnego zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż po prostu podaliśmy informacje (dane) które są obiektywnie, zgodne z prawdą, a następnie udzieliliśmy wyjaśnień które nie wskazywały na ich niezgodność z prawdą. Dodatkowo trzeba podkreślić, iż nasze czynności podejmowane w ramach i w związku z przedmiotowym postępowaniem (w tym udzielenie wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp) nie dają żadnych podstaw do podejrzeń, że choćby rozważaliśmy powzięcie wzmiankowanego zamiaru. Uzasadniając odrzucenie złożonej oferty, Zamawiający podnosił, iż /rzekomo/, oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zauważył, iż

12

rzekoma ogólnikowość argumentów podniesionych przez nas w złożonych wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jest jedynie subiektywnym odczuciem Zamawiającego, gdyż przez „ogólnikowość” na gruncie reguł znaczeniowych języka polskiego należy rozumieć posiadanie charakteru ogólnika, zaś sam „ogólnik” to „*stwierdzenie wyrażające znaną wszystkim prawdę, banalną treść*” (słownik j. polskiego dostępny na stronie internetowej www.nwn.pl), zaś w przedmiotowym przypadku, nie miało miejsca wyrażanie powszechnie znanych banalnych treści, lecz powołanie się na konkretne ekonomiczne, finansowe i organizacyjne uwarunkowania związane z działalnością Odwołującego. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, iż na rzetelną kalkulację ceny nie mogły wpłynąć takie okoliczności jak:

- koszty wynagrodzenia personelu (które są w przedmiotowym przypadku najważniejszą - okolicznością determinującą możliwość zaoferowania takiej a nie innej ceny);
- aktualne realia prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przedmiotu zamówienia - (które, umożliwiają podejmowania określonych decyzji w ramach tej działalności, w tym także decyzji związanych z ubieganiem się i realizowaniem zamówień publicznych);
- zakres zasobów jakimi dysponuje Wykonawca, posiadanie potrzebnego wyposażenia, - liczna kadra o odpowiednich kwalifikacjach (które wpływają na zakres możliwości związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej);
- wieloletnie doświadczenie oraz obecność na rynku i stabilność finansowa, ugruntowana - pozycja na rynku, ilość i wartość wykonywanych zamówień (które umożliwiają obniżanie, zarówno kosztów wykonywania poszczególnych zamówień, jak i kosztów stałych prowadzenia firmy);
- wykonywanie innych usług w okolicy miejsca realizacji zamówienia (które ułatwia - funkcjonowanie firmy i jej personelu na określonym obszarze geograficznym);
- wypracowanie odpowiedniego systemu logistyki, system zarządzania wiedzą (które - zwiększają efektywność działania, a zatem umożliwiają uzyskanie lepszych wyników w ramach zaangażowanych środków, w tym również środków finansowych);
- podobieństwo zaoferowanej ceny do cen, za które zostały uprzednio wykonane inne - zamówienia (które potwierdza poprawność dokonanej kalkulacji).

Kwestia (ewentualnego) realizowania za pomocą tych samych członków personelu zadań przy innych inwestycjach w okolicy realizowania inwestycji dla Zamawiającego winna być oceniana w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wraz z załącznikami), a we wzmiankowanych postanowieniach brak zakazu takich praktyk. Wykonawca zaś nie może być i nie jest obciążany ryzykiem, że po otwarciu ofert Zamawiający uzna, iż opracowany przez niego samemu dokument nie jest dla niego

(zwłaszcza według czysto subiektywnej bieżącej oceny) wystarczająco korzystny. Jednocześnie, należy mieć na uwadze, iż nie ma podstaw do twierdzenia, że (ewentualne)

13

realizowanie za pomocą tych samych członków personelu zadań przy innych inwestycjach uniemożliwiłoby należyte wykonanie usługi, a nawet, że w istotny sposób negatywnie wpłynęłoby na jej realizację. Aktualnie w Polsce, wiele podobnych zamówień jest realizowanych przez wykonawców za pomocą członków personelu realizujących jednocześnie inne zadania.

Odnoszenie przez Zamawiającego pojęcia „*rażąco niskiej ceny*” do realiów rynkowych, których odzwierciedleniem (oprócz informacji posiadanych przez Zamawiającego pochodzących z bliżej nie sprecyzowanego źródła) miałby być przegląd cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu jest błędne. Jak bowiem wskazano w orzecznictwie kształtującym się w UE, sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne wyłączenie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawania za *rażąco niskie* cen poniżej pewnego poziomu albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego (orzeczenie ETS z 22.06.1989 r. w sprawie C-103/88, czy wyrok KIO z 11.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 765/08). Warto także zauważyć, iż przegląd cen zaoferowanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, winien być brany pod uwagę, głównie przy podejmowaniu decyzji o wzywaniu do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie zaś przy ocenie złożonych już, co do tego, wyjaśnień. Przetawione w złożonych wyjaśnieniach okoliczności nie mają charakteru obiektywnego, gdyż są to realnie istniejące uwarunkowania, rozwiązania organizacyjne, fakty znajdujące odzwierciedlenie w szeregu dokumentach (np. umowach w sprawie zamówienia publicznego czy innych umowach cywilnoprawnych), nie zaś okoliczności, co do których istnienia snute są jedynie domysły czy spekulacje.

Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie (wyrok ZA z 07.06.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1204/05), cena *rażąco niska* to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, przez co budzi wątpliwości, co do zgodności z zasadami konkurencji oraz, co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Jak, z kolei stwierdził SO w Katowicach w wyroku z 30.01.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07, o cenie *rażąco niskiej* można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. W przedmiotowym przypadku, w świetle udzielonych przez nas wyjaśnień, nie sposób jednak mówić o braku możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę czy też o nieopłacalności wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Zatem, co prawda zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera *rażąco niską* cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże w przedmiotowym przypadku, nie zostały spełnione przesłanki do zastosowania powołanego przepisu.

Niezależnie od zasadności, a zwłaszcza prawidłowości rozumienia przez Zamawiającego przywołanego w uzasadnieniu odrzucenia złożonej przez nas oferty

14

twierdzenia, zawartego w uzasadnieniu wyroku KIO z 29.05.2012 r., sygn. akt: KIO 1159/13, zgodnie z którym wyjaśnienia dotyczące *rażąco niskiej* ceny nie powinny opierać się ma samych oświadczeniach wykonawcy, nie sposób nie zauważyć, iż w przedmiotowym przypadku, jako załącznik do pisma zawierającego wyjaśnienia, została złożona opracowanie pn. „*Kalkulacja i wyliczenie zaoferowanej ceny*”. Ze wzmiankowanego opracowania wynika, że zostały skalkulowane koszty wynagrodzeń członków zespołu, który będzie realizował przedmiot zamówienia, a także pozostałe koszty, jak np. koszty utrzymania biura, jak również przewidziano rezerwę i zysk. Tym samym, w istocie został również złożony dowód na poparcie okoliczności przedstawionych w złożonych wyjaśnieniach i to dowód istotny, zawierający konkretne matematyczne wyliczenia leżące u podstaw takiej a nie innej kalkulacji ceny. Warto też nadmienić, że w systemie zamówień publicznych w Polsce rozróżnianie oświadczeń wykonawcy od dokumentów (z więc np. dowodów) złożonych przez wykonawcę nie jest do końca jednoznaczne, gdyż np. żąda się składania wykazów osób mających realizować dane zamówienie, które są sporządzane i podpisywane przez wykonawców, choć są następnie traktowane jako dokumenty, nie zaś jako oświadczenia. W przedmiotowym przypadku, biorąc pod uwagę złożoną kalkulację, nie sposób zatem

wykazać, iż zaoferowana przez nas cena sprowadza ryzyko niewykonania zamówienia. Po pierwsze bowiem - koszty wykonania zamówienia to w dużej mierze koszty wynagrodzenia personelu, zaangażowanego w realizację zamówienia, to zaś przy intelektualnym charakterze usług zależy od indywidualnych uzgodnień; po drugie - już sam fakt spełniania przez nas warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu jednoznacznie wskazuje, że posiadamy co najmniej znaczne doświadczenie na rynku usług polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, a co za tym idzie jesteśmy poważnym uczestnikiem wzmiankowanego rynku i nie podejmujemy decyzji nieopartych na doświadczeniu czy decyzji nieżyciowych (spekulacyjnych).

W przedmiotowym przypadku, nie sposób pominąć aspektów proceduralnych stanu faktycznego. Zamawiający najpierw w dniu 10.06.2014 r. dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, złożonej przez nas oferty, następnie zaś, pomimo nie wpłynięcia żadnego środka ochrony prawnej (odwołania), pismem z 27.06.2014 r., wybór ów uchylił i dokonał ponownego badania i oceny ofert, w wyniku którego, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Przystępującego. Zauważył, iż tego typu praktyki, mogą co najmniej budzić uzasadnione wątpliwości, co do istnienia dla nich podstaw prawnych, gdyż z przepisów Pzp nie wynika, aby Zamawiający miał prawo bądź obowiązek powtarzania czynności badania i oceny ofert z własnej inicjatywy. Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), polegało w szczególności, na nieuzasadnionym wykluczeniu nas z postępowania oraz

15

nieuzasadnionym odrzuceniu złożonej przez nas oferty. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich uczestników, a także dla Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 02.07.2014 r. wezwał (e-mailem) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust. 1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.07.2014 r. wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego

Ł. kwalifikowanego certyfikatu

za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) M.

prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „PRIMEX” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. Cena - 100%, w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, zważywszy że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, w tym zał. nr 1 opisu przedmiotu zamówienia, zał. nr 1.1 harmonogram Projektu, zał. nr 4 istotnych postanowień umowy, oferty Odwołującego – pierwotnego wykazu osób, wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 20.05.2014 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 23.05.2014 r., wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 28.05.2014 r., uzupełnienia w postaci

nowego wykazu osób (pismo z dnia 30.06.2014 r. – wpływ 02.06.2014 r.), wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp z dnia 07.05.2014 r., stosownej odpowiedzi Odwołującego z dnia 08.05.2014 r. wraz z załącznikiem, tzn. kalkulacją: „*Kalkulacja i wyliczenie zaoferowanej ceny*”, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.06.2014 r., informacji o ponownej ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27.06.2014 r., odwołania wraz z załącznikami, tzn. dwoma zaświadczeniami i przystąpienia. Izba dopuściła jako dowód złożone na rozprawie przez Odwołującego oświadczenia z dnia 29.04.2014 r. osób wykazanych w pierwotnym wykazie osób załączonym do oferty oraz osoby złożonej w ramach nowego wykazu osób przedłożonego na wezwanie z 28.05.2014 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron (Przystępujący nieobecny mimo prawidłowego wezwania) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający określił w części I, Rozdz. 3, pkt 3.1.2 dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

„(...) 5) *Osoba nadzorująca prace związane z systemem zabezpieczeń:*

- *wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, który uprawnia do wykonywania czynności, o których mowa w art. 3 pkt. 2. ustawy z dn. 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tj. Dz. U. z 2005 r. nr 145 poz. 1221 ze zm.) tj. zabezpieczenia technicznego, polegającego na: montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia, oraz eksploatacji, konserwacji i naprawach w miejscach ich zainstalowania, montażu urządzeń i środków mechanicznego zabezpieczenia oraz ich eksploatacji, konserwacji, naprawach i awaryjnym otwieraniu w miejscach zainstalowania.*

Wskazane powyżej wymagania wynikają z wymogów określonych w (...)

- *Ustawie z dn. 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tj. Dz. U. 2005 nr 145 poz. 1221 ze zm.). (...).*”

Zaś w pkt 3.2 Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust.1 Pzp oraz braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust.1 Pzp przedstawia następujące dokumenty i oświadczenia:

„(...)c) *wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia- zgodnie pkt. 3.1.2 specyfikacji), wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych*

przez nich czynności oraz podstawie dysponowania tymi osobami; załącznik 6 specyfikacji;(...).” Odwołujący złożył stosowny wykaz osób wraz z ofertą stanowiącą tajemnice przedsiębiorstwa.

W dniu 20.05.2014 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Odwołującego: „(...) do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający sprecyzował warunek dotyczący dysponowania przez Wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do Osoby nadzorującej prace związane z systemem zabezpieczeń w sposób następujący:

3.1. *Do postępowania przetargowego zostaną dopuszczeni Wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...)*

3.1.2. *dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. :*

1) *Osoba nadzorująca prace związane z systemem zabezpieczeń:*

- *wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, który uprawnia do wykonywania czynności, o których mowa w art. 3 pkt. 2. ustawy z dn. 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tj. Dz. U. z 2005 r. nr 145 poz. 1221 ze zm.) tj. zabezpieczenia technicznego, polegającego na: montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia, oraz eksploatacji, konserwacji i naprawach w miejscach ich zainstalowania, montażu urządzeń i środków mechanicznego*

zabezpieczenia oraz ich eksploatacji, konserwacji, naprawach i awaryjnym otwieraniu w miejscach zainstalowania. Tymczasem, w załączonym do oferty wykazie pojawia się wprowadzie informacja, że osoba wskazana przez Wykonawcę do wykonywania tej funkcji jest wpisana na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, jednak jako datę wydania decyzji o nadaniu właściwych uprawnień wskazano 12.01.2010 r., natomiast przepisy zmieniające dotychczasowe wymagania posiadania licencji na wymóg wpisu na listę, o której mowa powyżej, zostały wprowadzone dopiero z początkiem 2014 r. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wyjaśnienia wskazanej rozbieżności.”

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 23.05.2014 r. stwierdził: „Wskazana przez nas Osoba nadzorująca pracę związane z systemem zabezpieczeń, Decyzją (...) z dnia 12 stycznia 2010 r. (...), wydaną na podstawie art. 29 i art. 30 ust. 3, obowiązującej wówczas, ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005 r., Nr 145, poz. 1221 z późn. zm.), uzyskała licencję pracownika ochrony fizycznej lub zabezpieczenia technicznego drugiego stopnia.

Jak wynika z art. 39 ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz. U. z 2013 r., poz. 829), dane osób, które w dniu 31 grudnia 2013 r. posiadały ważne licencje pracownika zabezpieczenia technicznego, właściwy komendant wojewódzki Policji wpisuje na listy, a których mowa

18

w art. 28 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia, tj. listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego prowadzi Komendant Główny Policji w systemie teleinformatycznym. Tym samym, skoro posiadanie w dniu 31 grudnia 2013 r. ważnej licencji pracownika ochrony fizycznej lub zabezpieczenia technicznego drugiego stopnia skutkuje wpisem na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, zaś wskazana przez nas osoba taką licencję posiada, rozbieżność pomiędzy datą uzyskania licencji, a datą wejścia w życie przepisów zmieniających dotychczasowe wymagania posiadania licencji na wymóg wpisu na listę uznaliśmy za nieistotną, w przedmiotowym przypadku. Nadmieniamy, iż oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie przez nas warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu do składania ofert. (...)”.

W dniu 28.05.2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp „(...) do złożenia wykazu osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia składanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy. Zamawiający sprecyzował warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób następujący:

3.1. Do postępowania przetargowego zostaną dopuszczeni Wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...)

3.1.2. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. : (...)

5) Osoba nadzorująca prace związane z systemem zabezpieczeń:

- wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, który uprawnia do wykonywania czynności, o których mowa w art. 3 pkt. 2. ustawy z dn. 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tj. Dz. U. z 2005 r. nr 145 poz. 1221 ze zm.) tj. zabezpieczenia technicznego, polegającego na: montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia, oraz eksploatacji, konserwacji i naprawach w miejscach ich zainstalowania, montażu urządzeń i środków mechanicznego zabezpieczenia oraz ich eksploatacji, konserwacji, naprawach i awaryjnym otwieraniu w miejscach zainstalowania. W toku oceny ofert Zamawiający powziął wątpliwość co do uprawnień osoby wskazanej do wykonywania nadzoru nad pracami związanymi z systemem zabezpieczeń. Wątpliwość dotyczyła tego, czy osoba ta została wpisana na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, co zgodnie z obowiązującym stanem prawnym, potwierdzałoby posiadanie wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia uprawnień. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień, w piśmie złożonym w dn. 23.05.2014 r. powołuje się na aktualność uprawnień wynikającą z posiadania licencji pracownika zabezpieczenia technicznego drugiego stopnia na podstawie art. 39 ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz. U. z 2013 poz. 829). Zgodnie z tym przepisem

19

licencja stanowiła potwierdzenie posiadanych uprawnień do dn. 31.03.2014 r., a po tej dacie takie potwierdzenie stanowi już tylko wpis na liście. W terminie składania ofert, który przypadł na 30.04.2014 r. godz. 10.00, wspomniana licencja nie mogła już więc stanowić potwierdzenia wymaganych uprawnień. W związku ze stwierdzonym brakiem, dla celów wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wzywa się do złożenia wykazu osób, o którym mowa powyżej." Odwołujący złożył nowy wykaz osób (pismo z dnia 30.06.2014 r. – wpływ 02.06.2014 r.) z inną osobą nadzorującą prace związane z systemem zabezpieczeń stanowiący tajemnice przedsiębiorstwa.

W dniu 07.05.2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do: „(...) złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zamawiający podczas publicznego otwarcia ofert, które odbyło się w dn. 30.04.2014 r. o godz. 10.15 poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 738.000,00 zł brutto (600.000,00 zł netto). Tymczasem, oferta Wykonawcy opiewa na cenę 237.390,00 zł brutto (193.000,00 zł netto), co w ocenie Zamawiającego może nosić znamiona rażąco niskiej ceny. Do wyjaśnień należy załączyć kalkulacje i wyliczenia bądź inne dokumenty potwierdzające prawidłowość obliczeń zastosowanych w ofercie. Zamawiający oceniając wyjaśnienia Wykonawcy, działając na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowe sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Jednocześnie Zamawiający informuje, że na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy odrzuci ofertę Wykonawcy w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 08.05.2014 r. - stwierdził: „(...) Potwierdzamy, iż wykonamy zamówienie za cenę brutto zaproponowaną w ofercie, tj. 237 390,00 zł brutto słownie: dwieście trzydzieści siedem tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt zł. Cena ofertowa została określona z należytą starannością i gwarantuje wykonanie zamówienia w sposób rzetelny. Przy kalkulacji ceny uwzględniliśmy wszystkie elementy usługi stanowiącej przedmiot zamówienia (w tym wynagrodzenie osób, które mają być zaangażowane), a także zysk. Należy zaś wziąć pod uwagę, że koszty wykonania zamówienia to w dużej mierze koszty wynagrodzenia personelu, zaangażowanego w realizację zamówienia, to zaś, przy intelektualnym charakterze usług zależy od indywidualnych uzgodnień. Uwzględnione, zostały również aktualne realia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia. Przy kalkulacji ceny oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przed podjęciem decyzji co do jej wysokości, przeprowadziliśmy też gruntowną

20

analizę wszystkich istotnych okoliczności, w tym zwłaszcza zakresu przedmiotu zamówienia oraz zasobów jakimi dysponujemy. Nasza wieloletnia obecność na rynku oraz stabilność finansowa dodatkowo potwierdza prawidłowość dokonanej kalkulacji i gwarancje wykonania zamówienia w sposób rzetelny. W związku z kalkulacją ceny, poczyniliśmy następujące założenia:

- zawarta umowa będzie zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie przedmiotu zamówienia;
- zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca robót budowlanych będą przestrzegać przepisów prawa;

Pragniemy zauważyć, że obecnie na terenie całego kraju, w tym w okolicy miejsca, w którym ma być realizowana inwestycja wykonujemy inne usługi, tj. m.in.:

- Pełnienie obowiązków Zastępcstwa Inwestycyjnego podczas realizacji zadania inwestycyjnego pn: „Kompleksowa przebudowa budynku Urzędu Skarbowego Kraków- Stare Miasto”
- Inwestor Zastępczy „Budowa budynku Muzeum Tadeusza Kantora oraz siedziby Ośrodka Dokumentacji Sztuki Tadeusza Kantora „Cricoteka”
- „Pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego dla realizacji Inwestycji pn. „Modernizacja obiektu Pałac pod Krzysztoforą - głównej siedziby Muzeum Historycznego Miasta Krakowa”
- Zarządzanie i nadzór inwestorski dla zadania pn. „Budowa dworca kolejowego Kraków Główny zintegrowanego z miejskim transportem publicznym” (inwestycja zakończona w 2014 r.).

Powoduje to, iż dysponujemy kadrą odpowiednio wykwalifikowaną do wykonywania czynności z zakresu zarządzania i nadzoru zadań inwestycyjnych, której członkowie wykonują czynności służbowe niedaleko miejsca wykonywania przedmiotu zamówienia - nie mamy zatem potrzeby angażowania osób z odległych rejonów kraju i ponoszenia związanych z tym kosztów oraz ryzyka. /Wpływa to na obniżenie kosztów realizacji obowiązków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia/; Ponadto umożliwiło to nam poznanie szeregu uwarunkowań mających istotny wpływ na prawidłowe oszacowanie kosztów wykonania zamówienia, jak np. warunków komunikacyjnych (czas i koszty przemieszczania się na terenie stolicy oraz regionu), rynku robót budowlanych, rynku usług związanych z wykonywaniem robót budowlanych. Za szczególnie istotny uważamy również fakt, że z osobami jakie mają być zaangażowane została uzgodniona wysokość ewentualnego wynagrodzenia, która w ramach zaoferowanej ceny i przy uwzględnieniu wszystkich elementów jakie się na nią składają, pozwala na pokrycie kosztów realizacji usługi, a także wypracowanie zysku. Jednocześnie wskazujemy, że poziom ceny wynika też (m. in.) z następujących okoliczności:

a) Ilość i wartość wykonywanych zadań (świadczonych usług) pozwala nam na stopniowe

21

obniżanie kosztów stałych (np. kosztów utrzymania biura Spółki) związanych z funkcjonowaniem firmy przypadających na jedną usługę /systematycznie rośnie liczba obsługiwanych przez nas inwestycji, co ciągle obniża koszty stałe przypadające na daną inwestycję, w zakresie wszystkich elementów świadczonych usług/;

b) Ugruntowana pozycja na rynku jaką posiadamy powoduje, iż nie odczuwamy skutków kryzysu ekonomicznego, w stopniu, który by wymuszał czy chociażby uzasadniał podnoszenie cen za świadczone usługi /cena naszych usług w stosunku do lat poprzednich nie ulega podwyższeniu nawet kwotę uzasadnioną, z punktu widzenia poziomu wskaźnika inflacji/;

c) Wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług podobnych do przedmiotu zamówienia oraz stabilność finansowa pozwala nam w każdym przypadku rzetelnie oszacować koszty realizacji usługi (wszystkich elementów usługi, tj. czynności z zakresu zarządzania, nadzoru i rozliczania) oraz ryzyko wzrostu tych kosztów (wyeliminować niepewność skutkującą zawyżaniem cen „na wszelki wypadek”), co umożliwia kalkulację ceny na poziomie zapewniającym zarówno satysfakcję klienta, jak i godziwy zysk /eliminacja nadmiernego udziału nieprzewidzianych kosztów któregośkolwiek z elementów usługi w skalkulowanej cenie/;

d) Posiadamy wyposażenie potrzebne do realizacji przedmiotowego zamówienia, które jest obecnie przechowywane, w związku z zakończeniem realizacji jednej z obsługiwanych inwestycji; Wyłącza to potrzebę dokonywania nowych zakupów;

e) Opracowaliśmy i wdrożyliśmy perfekcyjny system logistyki, który umożliwia w pełni racjonalne zarządzanie zasobami kadrowymi niezbędnymi do zarządzania, nadzoru i rozliczania zadań inwestycyjnych oraz posiadany sprzętem, w szczególności w zakresie gospodarowania czasem i dokonywania przemieszczeń ludzi i ich wyposażenia

f) Dysponujemy bardzo liczną kadrą o kwalifikacjach umożliwiających udział w realizowaniu usług podobnych do przedmiotu zamówienia, którą ciągle i systematycznie staramy się poszerzać, co uniezależnia nas od nadmiernie wygórowanych oczekiwań w zakresie warunków zatrudnienia /wynagrodzenie w stosunku do lat poprzednich nie ulega podwyższeniu nawet kwotę uzasadnioną z punktu widzenia poziomu wskaźnika inflacji/;

g) Opracowaliśmy i wdrożyliśmy system zarządzania wiedzą, który, dzięki mechanizmowi konsultacji i odwoływania się do analogicznych przypadków znacznie usprawnia procesy decyzyjne i skraca czas niezbędny do rozwiązywania problemów pojawiających się w toku i z związku z procesem inwestycyjnym, co (z zastrzeżeniem obowiązków wobec Zamawiającego wynikających z danej umowy) skutkuje mniejszą ilością czasu potrzebnego na należyte przygotowanie i dokonywanie czynności z zakresu zarządzania, nadzoru i rozliczania zadań inwestycyjnych. Nadmieniamy również, że zaoferowana cena jest porównywalna do cen zawartych w, uznanych za najkorzystniejsze, ofertach składanych

22

przez nas w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiot, pod względem zakresu i charakteru, jest podobny do przedmiotu zamówienia, którego dotyczy

prorowadzone postępowanie; Należy również pamiętać, iż przedmiotem zamówienia publicznego jest usługa o charakterze, w znacznym stopniu niewymiernym, która w istocie polega na udostępnieniu Zamawiającemu ludzkiej wiedzy i doświadczenia w zakresie określonych dziedzin, czyli usługa o trudnej do oszacowania wartości, a zarazem taka, w przypadku której podstawy szacowania mogą ulegać szybkim i trudnym do przewidzenia zmianom; Przy takiej usłudze, jak już wzmiankowaliśmy, wyjątkowo istotnym czynnikiem cenotwórczym jest wynagrodzenie personelu, które z samej swej natury podlega negocjacjom prowadzonym pomiędzy zainteresowanymi Stronami i niekoniecznie musi osiągać poziom stosowny do szacunkowej wartości zamówienia. Trzeba również przypomnieć, iż wysokość kosztów wynagrodzenia zaangażowanych osób została skalkulowana nie w oparciu o domysły i szacunki, lecz o treść istniejących zobowiązań cywilnoprawnych. Istotne jest także, iż:

- 1) Zaoferowana przez nas cena nie jest ceną niewiarygodną tj. ceną wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia;
- 2) Jak już wzmiankowaliśmy, przedmiotem zamówienia są usługi i charakterze w przypadku których, na etapie intelektualnym, dokonanie oszacowania ceny przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwe z taką dokładnością, jak w przypadku dostaw, robót budowlanych, czy usług o innym charakterze.
- 3) Nie sposób wykazać, że oczywiście jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie przez nas umowy byłoby nieopłacalne.”

Zamawiający w ramach zał. nr 1 do SIWZ, tj. opisie przedmiotu zamawianie stwierdził: „(...) 2.15. Inżynier Kontraktu organizuje prace związane z nadzorem tak, aby z tego tytułu nie było zbędnych przerw w realizacji robót przez wykonawców.

3. W zakresie nadzoru inwestorskiego:

3.1.Sprawowanie funkcji nadzoru inwestorskiego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa polskiego (w tym prawa budowlanego) i unijnego, z zastosowaniem zasad, wszystkich procedur i wytycznych programu „Konservacja i rewitalizacja Dziedzictwa Narodowego” w ramach Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Europejskiego i Norweskiego Mechanizmu Finansowego na lata 2009-2014

3.2.Inżynier kontraktu zobowiązany jest do ustanowienia inspektorów posiadających stosowne kwalifikacje i uprawnienia we wszystkich przewidzianych w projekcie branżach tj. inspektor robót konstrukcyjno-budowlanych i konserwatorskich, inspektor instalacji sanitarnych oraz wentylacyjnych, inspektor instalacji elektrycznych, inspektor instalacji niskoprądowych, ze wskazaniem Inżyniera rezydenta koordynującego prace pozostałych

23

inżynierów. Inspektorzy w pełnym wymiarze godzin pracy wykonawcy robót budowlanych będą dyspozycyjni na placu budowy. (...)”.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty, Izba uznał przywołane zarzuty za zasadne i podlegające uwzględnieniu. W pierwszej kolejności Izba wskazuje za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z dnia 19.07.2012 r., sygn. akt: o sygn. akt. IV Ca 683/12 stwierdza, że wykluczenie w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji ma: „(...) zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i -zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. (...)”. Nadto: „(...) przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy

na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Nie ulega wątpliwości, że przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji". Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od Zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd(...). „(...) celem regulacji zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest

24

wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie świadcząc nieprawdę wprowadzają w błąd Zamawiającego co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania, nie jest natomiast takim celem eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo czy nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością - i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Nie można zrównywać pozycji wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje wskutek błędu lub popełnił omyłkę w złożonej ofercie (jak wykonawcy w sprawie niniejszej) z pozycją wykonawcy, który świadomie zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z całą pewnością nie było celem ustawodawcy wprowadzenie obowiązku automatycznego wykluczenia z postępowania każdego wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje - bez względu na przyczyny. (...). Nadto, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) podnosi, że: „(...) wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.”. Powyższe wynika także z wcześniejszego orzecznictwa sądów powszechnych (wyroki: Sądu Okręgowego wrocławiu z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt X Ga 296/08, Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 420/09 i z dnia 25 sierpnia 2011 r., sygn. akt XII Ga 232/11, czy Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11) i jest konsekwentnie prezentowana w późniejszych orzeczeniach (zob. wyroki: Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 24 września 2012 r., sygn. akt X Ga 128/12, Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, czy wreszcie Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12) (za wyrokiem KIO z dnia 14.05.2014 r., sygn. akt: KIO 859/14). Nadto za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11 stwierdzić należy, że zakładanie, iż „każda nieprawdziwa informacja podana w toku postępowania, niezależnie od jej wagi, ma wpływ na wynik postępowania jest bezpodstawne, gdyż «w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 P.z.p. przyjęcie domniemania faktycznego, iż wszelkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, jest wogóle niedopuszczalne»(...)”.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający w części I, Rozdz. 3, pkt 3.1.2 SIWZ wymagał wykazaniem się przez Wykonawcę m.in. osobą nadzorującą pracę związane z systemem zabezpieczeń – wpisaną na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego. Odwołujący w tym zakresie przedłożył stosowny wykazu osób do oferty

25

zawierający m.in. kwalifikacje zawodowe, rodzaj i zakres uprawnień, nr, datę i organ wydający (części I, Rozdz. 3, pkt 3.2. SIWZ). Wykonawca w ramach pierwotnego wykazu osób oświadczył, że określoną wykazana osoba posiada wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego. Jedynie na skutek niedbalstwa Odwołujący

wpisał, jako datę i nr uprawnień, datę i nr uzyskania pierwotnej licencji. Dowody załączone do odwołania w postaci Zaświadczenia z 04.02.2014 r. oraz Zaświadczenia z 26.02.2014 r. potwierdziły, że w terminie składnia ofert obie osoby („pierwotny” i „nowa”) były wpisane na wymagana listę. Przy czym, tego rodzaju zaświadczenia nie były wymagane wraz z wykazem osób, co także nie pozostaje bez wpływu na rozpatrywany stan faktyczny. Należy zauważyć, że nie ma zakazu wzywania więcej niż jeden raz do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jeśli pierwotne wyjaśnienia nadal budziły wątpliwości, na co wprost wskazywał na rozprawie Zamawiający. Powyższe wynika także z kontekstu orzeczenia Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt: VI Ga 134/12. W przedmiotowym stanie faktycznym, niewątpliwie taka potrzeba staniała, stąd wykluczenie w trybie art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp biorąc pod uwagę przywołane orzecznictwo sądów powszechnych było przedwczesne.

Nie można też stwierdzić, że Wykonawca nie spełnił wymaganego warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, gdyż albo miało miejsce wykluczenie z jednej lub drugiej podstawy prawnej. Podstawa prawna wykluczenia w trybie art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp ma charakter samodzielny względem wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zaś Wykonawca potwierdził, spełnianie wymaganego warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, abstrahując w tym miejscu od kwestii złożenia nieprawdziwych informacji, tak w pierwszym, jak i w drugim wykazie. Brak jest też podstaw odnośnie antydatowania drugiego wykazu. Dodatkowo Odwołujący złożył na rozprawie oprócz złożonych wykazów osób – oświadczenia tych osób z dnia 29.04.2014 r. potwierdzające, że dysponował wszystkimi wykazanymi osobami, w tym obiema spornymi osobami w terminie składnia ofert. Powyższe ostatecznie potwierdza zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W ocenie Izby, w ramach powtórzonej czynności badania i oceny złożonych ofert, istnieje konieczność ponownego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, której Izba nie nakazuje, z uwagi na istniejące ograniczenia w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych. Jednocześnie, ufając, że Zamawiający pomny swoich zapewnień z rozprawy względem przestrzegania zasad Pzp, dokona koniecznego wezwania. Izba uznaje okoliczność wpisu do wiadomego rejestru za udowodnioną, ale wymagającą potwierdzenia w toku postępowania przetargowego w trybie wyjaśnień wprost odnoszących się do przedłożenia, nie jako uzupełnienie, ale wyjaśnienie stosownego zaświadczenia dla osoby pierwotnie wykazanej w ofercie. Względem czynności

26

uzupełnienia, Izba uznaje, że wskutek przyjęcia, że pierwotne informacje nie miały charakteru nieprawdziwych informacji, samo wezwanie uznała, za zbędne i nie wywołujące skutków prawnych.

Nie można również stwierdzić, że Zamawiający zastosował prawidłowo art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, albowiem przepis ten dotyczy postępowań z prekwalifikacją (np. przetarg ograniczony), nie dotyczy natomiast procedury - jak przedmiotowe postępowanie - jednoetapowej. Z tych względów Zamawiający dokonał jego błędnego zastosowania.

Izba nie uznała co do zasady, abstrahując od wcześniej omawianych zarzutów, za niezgodną z prawem samodzielną zmianę przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszą dnia 10.06.2014 r., na informacje z dnia 27.06.2014 r. bez uprzedniego wniesienia środka ochrony prawnej, uznając, że Zamawiający jako gospodarz postępowania, ma prawo zmienić wynik, jeśli uzna zaistnienie ku temu podstaw prawnych i faktycznych.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny. W tym zakresie, Izba uznała stanowisko Zamawiającego za niczym nieoparte domniemania. Należy podkreślić, że już w wezwaniu z dnia 07.05.2014 r. Zamawiający dopuścił złożenie w ramach wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – kalkulacji. W konsekwencji, Zamawiający nie może negować wartości tego dokumentu i jego mocy dowodowej, skoro stwierdził, że: „ *Do wyjaśnień należy załączyć kalkulacje i wyliczenia bądź inne dokumenty potwierdzające prawidłowość obliczeń zastosowanych w ofercie*”. W ocenie Izby, udzielone wyjaśnienia, nie mają charakteru ogólnikowych i przedstawiają określone czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny. Izba także podnosi w kwestii wyłączności inspektorów nadzoru na potrzeby inwestycji

Zamawiającego – że Zamawiający nie może czynić kluczowego zarzutu w tym zakresie – skoro nie zakazał możliwości równoczesnej obsługi innych inwestycji w okolicy Krakowa. Przywołany przez Odwołującego na rozprawie fragment opisu przedmiotu zamówienia w ramach zał. nr 1 do SIWZ – pkt 2. 15: „Inżynier Kontraktu organizuje prace związane z nadzorem tak, aby z tego tytułu nie było zbędnych przerw w realizacji robót przez wykonawców.”, daje podstawę takiej organizacji pracy, aby wypełnić ciężące na wykazanych osobach obowiązki. W ocenie Izby, udzielone wyjaśnienia z dnia 08.05.2014 r., mające oparcie w kalkulacji, nie dają podstaw do zakwestionowania, w obecnym stanie prawnym oraz faktycznym, przy uwzględnieniu postanowień SIWZ, zaoferowanej ceny, jako rażąco niskiej.

Wobec uwzględnienia wskazanych wyżej zarzutów, Izba uznała także za potwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp.

27

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.598,98 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

28