

WYROK

z dnia 14 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2009 r. w Warszawie
odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej z dnia 6 października 2009 r. do łącznego rozpoznania,
wniesionych przez

A. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPF Planeg S.A.

Rua Laura Alves, 12, 8, 1050-138 Lizbona Portugalia oraz E & L

Architects Sp. z o.o. ul. Szyszkowa 34, 02 -285 Warszawa

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady

Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska

13, 03-338 Warszawa, SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76, 00-517

Warszawa, SENER Ingenieria y Sistemas S.A. Avenida de Zugazarte 56,

48930 Las Arenas, Vizcaya, Hiszpania, ECM Group Polska Sp. z o.o., Al.

Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa

odwołań, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 1 z 20

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad
reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad
Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa

protestu z dnia 31 lipca 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie**
zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z
o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa, SENER Sp. z o.o. ul.

Marszałkowska 76, 00-517 Warszawa, SENER Ingenieria y Sistemas S.A.

Avenida de Zugazarte 56, 48930 Las Arenas, Vizcaya, Hiszpania, ECM

Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn.**

akt: KIO/UZP 1226/09 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1226/09 i nakazuje**
powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1233/09,**
- 3. kosztami postępowania obciąża: w sprawie o sygn. akt KIO/UZP**
1226/09 Zamawiającego, w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1233/09
Odwołującego i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości**
4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa
złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołujących,
w tym:
 - A. 2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden
złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie**
ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPF Planeg S.A.

-
- Rua Laura Alves, 12, 8, 1050-138 Lizbona Portugalia oraz E & L Architects Sp. z o.o. ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa,**
- B. 2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa, SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76, 00-517 Warszawa, SENER Ingenieria y Sistemas S.A. Avenida de Zugazarte 56, 48930 Las Arenas, Vizcaya, Hiszpania, ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 831 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset trzydzieści jeden złotych zero groszy) przez **Skarb Państwa – i Autostrad Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa** na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPF Planege S.A. Rua Laura Alves, 12, 8, 1050-138 Lizbona Portugalia oraz E & L Architects Sp. z o.o. ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa, SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76, 00-517 Warszawa, SENER Ingenieria y Sistemas S.A. Avenida de Zugazarte 56, 48930 Las Arenas, Vizcaya, Hiszpania, ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa**

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 3 z 20

- stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **25 538 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołujących w tym:
- A. **12 769 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPF Planege S.A. Rua Laura Alves, 12, 8, 1050-138 Lizbona Portugalia oraz E & L Architects Sp. z o.o. ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa,**
- B. **12 769 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa, SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76, 00-517 Warszawa, SENER Ingenieria y Sistemas S.A. Avenida de Zugazarte 56, 48930 Las Arenas, Vizcaya, Hiszpania, ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zarządzanie kontraktem w zakresie „Budowa Drogi Ekspresowej S-2 – odcinek Konotopa – Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul. Marynarską (S-79) w Warszawie (etap II/1 i II/2) w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie w ramach projektu unijnego* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 kwietnia 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 4 z 20

2009/S 67-096861. Wartość zamówienia Zamawiający ustalił na kwotę 21.825.000 zł, tj. 5.629.207,40 euro.
23 lipca 2009 r. wykonawcy otrzymali informację o wyniku postępowania. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., SENER Sp. z o.o., SENER Ingenieria y Sistemas S.A. oraz ECM Group Polska Sp. z o.o. (zwanych dalej „konsorcjum ZBM”) z ceną 9.424.500,06 zł. Kolejne miejsca zajęły oferty wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WS Atkins – Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited (zwanych dalej „konsorcjum Atkins”) z ceną 24.067.489 zł oraz wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TPF Planege S.A. i E & L Architects Sp. z o.o. (zwanych dalej „konsorcjum Planege”) z ceną 27.937.210,68 zł. Ofertę złożyli też wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum Arcadis z ceną 37.748.963,30 zł.
Na tę czynność 31 lipca 2009 r. konsorcjum Planege wniosło protest. Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu 3 sierpnia 2009 r. przystąpiło konsorcjum ZBM po stronie Zamawiającego.
12 sierpnia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest częściowo go uwzględniając, a częściowo oddalając. Od tego rozstrzygnięcia 20 sierpnia 2009 r. konsorcjum Planege, a 21 sierpnia 2009 r. konsorcjum ZBM wniosły odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zarzuty podniesione przez konsorcjum Planege w odwołaniu o sygn. akt KIO/UZP 1226/09

Odwołujący – konsorcjum Planege zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. dokonanie wyboru oferty konsorcjum ZBM pomimo tego, że oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 5 z 20

3. art. 24 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne zaniechanie czynności wykluczenia konsorcjum ZBM oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Atkins,
5. art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa oraz zaniechanie odrzucenia drugiej z kwestionowanych ofert pomimo wystąpienia podstaw odrzucenia oferty
i wniósł o wydanie wyroku unieważniającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazującego powtórzenie czynności oceny oferty przy uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.
Swoje zarzuty Odwołujący – konsorcjum Planege uzasadnił następująco.

W odniesieniu do bezprawnego zaniechania wykluczenia konsorcjum ZBM:

1. Warunkiem udziału w postępowaniu było m.in. wykazanie się doświadczeniem w ramach którego wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat licząc wstecz od daty wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał jako wykonawca lub podwykonawca co najmniej 2 usługi polegające na nadzorze i zarządzaniu projektem realizowanym w oparciu o warunki FIDIC, obejmującym budowę drogi klasy S lub przebudowę drogi klasy min. GP do parametrów drogi klasy S; każda usługa o wartości nie mniejszej niż netto 10 mln PLN (pkt 6.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zamawiający nie dopuszczał doświadczenia w świadczeniu usług w oparciu o inne warunki kontraktowe niż FIDIC, co potwierdza odpowiedź na pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający uzna za spełniające wymagania SIWZ dla niniejszego postępowania przetargowego usługi, polegające na nadzorze i zarządzaniu projektem realizowanym w oparciu o Standardy Kontraktowe typu do której podał NEC/ECC...”, Zamawiający odpowiedź jednoznacznie

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 6 z 20

wskazującą, iż jedynymi warunkami kontraktowymi uznanymi za spełniające wymagania SIWZ są warunki kontraktowe FIDIC.

W ofercie konsorcjum ZBM wskazano 3 usługi, z których każda (według oświadczenia wykonawcy) była realizowana w oparciu o standardy kontraktowe NEC i FIDIC. Tak sformułowane oświadczenie budzi poważne wątpliwości co do prawdziwości twierdzeń, ponieważ w praktyce realizacji kontraktów na roboty budowlane nie spotyka się równoległego zastosowania warunków kontraktowych FIDIC oraz warunków kontraktowych NEC.

W konsekwencji oświadczenie to nie może być prawdziwe, a tym samym nie można uznać, iż wykonawca wylegitymował się wymaganym

więc obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie doświadczeniem, wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Niespełnienie wymogów dotyczących doświadczenia wynika także z dokumentów referencyjnych, jakie na potwierdzenie spełniania warunków dołączono do oferty, załączone do oferty tłumaczenia dokumentów referencyjnych odbiegają od uwierzytelnionych tłumaczeń przedstawionych przez konsorcjum Atkins. W przypadku pierwszej z wykazanych prac dokument wystawiony przez poprzedniego inwestora nie zawiera stwierdzenia wskazującego na należyłą realizację usług oraz nie zawiera zapisów wskazujących na świadczenie usługi polegające na nadzorze i zarządzaniu projektem obejmującym budowę drogi, a jedynie doradztwo i wsparcie przy opracowaniu projektu budowlanego oraz doradztwo i wsparcie przy nadzorze budowlanym dotyczącym instalacji i centrum kontroli autostrady.

Także zakres drugiej usługi obejmuje wsparcie techniczne dla nadzoru budowlanego robót z zakresu budownictwa cywilnego, wyposażenia elektromechanicznego i bezpieczeństwa w tunelu drogowym, włącznie z kontrolą jakości, bezpieczeństwa i środowiska, a więc nie są to usługi polegające na nadzorze i zarządzaniu projektem dotyczącym budowy drogi. Trzecia usługa obejmowała kontrolę, nadzór i prace koordynacyjne w zakresie bezpieczeństwa i zdrowia, a nie wymagany nadzór i zarządzanie projektem w zakresie budowy drogi.

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 7 z 20

Tak więc opisany zakres żadnej z usług nie odpowiada wymaganiom punktu 6.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Poza tym Zamawiający zignorował zasadę jednokrotnego wyjaśniania,

uzupełniania dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Kwestia doświadczenia konsorcjum ZBM była już wyjaśniana w oparciu o art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zażądał m.in. uzupełnienia dokumentów

ZBM o daty wykonania potwierdzających doświadczenie

konsorcjum
kontraktów.

W odniesieniu do bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum ZBM:

3. Konsorcjum ZBM zaoferowało realizację zamówienia za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający twierdzi, że wyjaśnienia złożone przez konsorcjum ZBM są wiarygodne, a także zawierają dowody potwierdzające kalkulację wynagrodzenia w taki sposób, iż nie można mówić o cenie rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednak Odwołujący nie zgadza się z taką oceną. Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację Zamówienia wynosiła 26.626.500,00 zł. W postępowaniu złożono 4 oferty, spośród których zdecydowana większość opiewa na kwoty powyżej 24.067.489,00 zł. Konsorcjum ZBM oferuje realizację zamówienia za kwotę 9.424.500,06 zł i jest 64,60% niższa niż planowany budżet przedsięwzięcia, a także 69,53% niższa niż kolejna, prawidłowo złożona, najtańsza oferta. Tak znaczące różnice w cenach wskazują na złożenie oferty, której kalkulacja najprawdopodobniej nie obejmuje wszystkich elementów cenotwórczych bądź została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia usługi. Wątpliwości co do wysokości

skłoniły do realizacji zaoferowanego wynagrodzenia Zamawiającego

obowiązku wskazanego w art. 90 ust. 1 ustawy. Wezwany wykonawca złożył wyjaśnienia, ale ich ogólnikowy charakter w żadnym przypadku nie pozwalał stwierdzić, iż cena wpisana w ofercie nie ma charakteru rażąco niskiego wynagrodzenia w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uzasadniając zaoferowaną cenę konsorcjum ZBM oświadczyło m.in., że posiada dobrze

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 8 z 20

zorganizowaną i funkcjonującą od wielu lat siatkę biur, dysponuje siecią z szerokopasmową teleinformatyczną wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych oraz dużym doświadczeniem zdobytym podczas zakończonych usług nadzoru, co umożliwia mu perfekcyjną organizację prac budowlanych w sposób w pełni wykorzystujący potencjał posiadany przez firmy, trafne oszacowanie proporcji ryzyk i ceny ofertowej, co daje możliwość prawidłowego wykonania umowy w atrakcyjnej cenie. Jednak konsorcjum ZBM nie odniosło się do elementów, które zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych winny być wytycznymi do złożenia wyjaśnień i nie dowiodło, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia są niewystarczające i stanowią zbiór ogólnych twierdzeń, a nie zawierają żadnych konkretnych argumentów, czy wskazań wyjaśniających, w jaki sposób i jakimi metodami się posługuje, by zagwarantować sobie stworzenie wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji zamówienia. Pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie zostało zdefiniowane, ale praktyka wskazuje, iż za taką cenę powszechnie uznaje cenę nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień i w ten sposób wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia, czy też poniżej ceny, za jaką możliwe jest realne wykonanie zamówienia.

W odniesieniu do bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Atkins.

Przekonanie Zamawiającego o prawidłowości kalkulacji kosztów oparte jest wyłącznie na oświadczeniu konsorcjum Atkins, które na poparcie tej tezy nie przedstawiło jednak żadnych dowodów. Natomiast zdaniem Odwołującego

kalkulacja wynagrodzenia dla Inżyniera Kontraktu oraz dla pozostałych Ekspertów Kluczowych została przeprowadzona z uchybieniem wymagań punktu 9.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia regulujących zasady kalkulacji ceny, zgodnie z którym wycena w ofercie w pozycji „usługi nadzoru” winna obejmować cały okres realizacji zamówienia i dla każdej ze wskazanych w ofercie osób musiała obejmować koszty związane z: wynagrodzeniem wraz z narzutami, urządzeniem stanowiska pracy, szkoleń

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 9 z 20

personelu nadzoru, zakwaterowaniem i delegacjami, wyposażeniem bhp, transportem i łącznością, wynagrodzeniem wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu, wykraczającego poza wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, urlopami i zwolnieniami oraz wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

Konsorcjum Atkins wskazało dzienną stawkę wynagrodzenia dla osoby pełniącej funkcję Inżyniera Kontraktu w wysokości 100,00 zł netto. Przy założeniu sześciodniowego tygodnia pracy wynagrodzenie dla osoby pełniącej ww. funkcję wyniesie 2.400,00 zł netto. Tak obliczona kwota wynagrodzenia nie może obejmować ww. obowiązkowych elementów, tym bardziej że wymagania stawiane Inżynierowi Kontraktu wskazują na potrzebę skierowania na to stanowisko osoby ze znacznym doświadczeniem zawodowym, a więc osoby, która z uwagi na nabyte doświadczenie nie świadczy usług za stawkę w wysokości 2.400,00 zł netto miesięcznie.

Zaniżenie pozycji określającej wynagrodzenie personelu skierowanego do realizacji zamówienia nie dotyczy tylko i wyłącznie Inżyniera Kontraktu, ale także pozostałego personelu w tym przede wszystkim Ekspertów Kluczowych.

Obowiązujące na rynku stawki wynagrodzenia dla osób posiadających wymagane przez Zamawiającego doświadczenie nie zbliżają się do kwoty w wysokości 100,00 zł netto za dzień pracy, co skłania do stwierdzenia, iż tak skalkulowana stawka nie obejmuje wszystkich elementów opisanych w pkt 9.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Średnie wynagrodzenie kadry inżynierskiej, zgodnie z danym

przez Bank o prezentowanym Danych Inżynierach (www.bdi.com.pl)

wynosiło w marcu 2009 r. 4.900,00 zł. Jednak według wiedzy Odwołującego wynikającej z obsługiwanych obecnie kontraktów miesięczne stawki wynagrodzenia kadry inżynierskiej kształtują się na poziomie: Inżynier Kontraktu ok. 15.000,00 zł, Inżynier Rezydent ok. 13.000,00 zł miesięcznie, Inspektor ds. rozliczeń ok. 9.000,00 – 10.000,00 zł, Inspektor ds. drogowych, mostowych, wod-kan ok. 8.000,00 – 9.000,00 zł.

Odwołujący przedstawił też własne kalkulacje, z których wywodzi, iż nawet przy założeniu płacy minimalnej, tj. 1.276,00 zł (wraz z obowiązkowymi obciążeniami – 1.511,81 zł), koszty pracy osoby pełniącej funkcję w grupie

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 10 z 20

Ekspertów Kluczowych nie może być mniejszy niż 3.654,67 zł miesięcznie. Zatem oferta konsorcjum Atkins powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W odwołaniu o sygn. akt KIO/UZP 1233/09 Odwołujący – konsorcjum ZBM zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 22. ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 183 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i wniósł o nakazanie Zamawiającemu oddalenia protestu oraz utrzymania w mocy oceny ofert wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanych w dniu 23 lipca 2009 r.

W uzasadnieniu Odwołujący – konsorcjum ZBM stwierdził, iż Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutów dotyczących niespełnienia przez konsorcjum ZBM warunków udziału w postępowaniu w obszarze

doświadczenia zawodowego.

Wymogiem punktu 6.2.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia było wykazanie, że wykonawca w okresie ostatnich 3 lat licząc wstecz od daty wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – tym okresie, wykonał jako wykonawca lub podwykonawca co najmniej 2 usługi polegające na nadzorze i zarządzaniu projektem realizowanym w oparciu o warunki FIDIC, obejmującym budowę drogi klasy S lub przebudowę drogi klasy min. GP do parametrów drogi klasy S; każda usługa o wartości nie mniejszej niż netto 10 mln PLN. W dokumencie „Doświadczenie wykonawcy” Odwołujący – konsorcjum ZBM wskazał 3 usługi odpowiadające swoim przedmiotem i wartością wymogom Zamawiającego, realizowane w oparciu o standardy kontraktowe typu NEC i FIDIC. W proteście konsorcjum Planegé zarzuciło niemożliwość równoległego stosowania warunków kontraktowych typu NEC i typu FIDIC, jednakże twierdzenia tego nie uzasadniło poza przedstawieniem własnej opinii, że nie spotkało się z taką praktyką i że w jego ocenie realizacja usług nadzoru kontraktu na roboty budowlane w oparciu o warunki kontraktowe NEC wyklucza możliwość równoległego świadczenia tych samych usług w oparciu o warunki FIDIC.

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 11 z 20

Zamawiający rozstrzygając protest naruszył art. 183 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej. Zarzut dotyczący doświadczenia konsorcjum ZBM dotyczył zaniechania czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i w rezultacie bezprawnego dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a żądanie dotyczyło unieważnienia wyboru oferty konsorcjum ZBM i jego wykluczenia, a nie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu. Natomiast bez tych czynności, w szczególności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, które jest obligatoryjne, Zamawiający nie ma prawa uznać zasadności zarzutu dotyczącego wykluczenia wykonawcy. W obecnej sytuacji wykluczenie konsorcjum ZBM byłoby przedwczesne, dlatego Zamawiający nie powinien był uwzględniać protestu, lecz oddalić go w całości.

Odwołujący – konsorcjum ZBM wyjaśnił też, iż wskazane w wykazie usługi zostały zrealizowane w oparciu o „La ley de contratos del Estado” (Prawo o umowach z Administracją Publiczną) – standardy, które mają zastosowanie w Hiszpanii oraz są referencjami międzynarodowymi uznawanymi poza granicami Hiszpanii. „La ley de contratos del Estado” opiera się zarówno na standardach FIDIC, jak i NEC.

Odwołujący stwierdził też, iż warunki kontraktowe FIDIC stanowią jedynie wzorzec umowy i brak jest uzasadnienia dla żądania przez Zamawiającego wykazywania się doświadczeniem w realizacji umów o warunki kontraktowe FIDIC.

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutów dotyczących niespełniania przez konsorcjum ZBM warunków udziału w postępowaniu w obszarze doświadczenia zawodowego, w pozostałym zakresie protest oddalił.

Zamawiający zgodził się z argumentacją konsorcjum Planegé, iż zapis zawarty w „Wykazie doświadczenia” załączonym do oferty konsorcjum ZBM

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 12 z 20

nie potwierdza jednoznacznie, że wykonawca ten posiada wymagane

doświadczenie w nadzorze i zarządzaniu projektem realizowanym w oparciu o warunki FIDIC, które to wymaganie jest integralną częścią warunku doświadczenia określonego w pkt. 6.2.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jako że oświadczenie, iż nadzór realizowany był w oparciu o warunki kontraktu NEC i FIDIC jest nieprecyzyjne i niezrozumiałe, Zamawiający zapowiedział wezwanie konsorcjum ZBM do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i, w zależności od ich wyniku, wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty konsorcjum ZBM Zamawiający stwierdził, iż sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, a o rażąco niskiej cenie nie można mówić w każdym przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest niższa od ofert pozostałych przedsiębiorców ubiegających się o realizację kontraktu. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wezwał konsorcjum ZBM do złożenia wyjaśnień, które konsorcjum złożyło odnosząc się do obiektywnych czynników mających wpływ na zaproponowaną cenę, wskazując na elementy stanowiące wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, takie jak: posiadanie dobrze zorganizowanej i funkcjonującej od wielu lat siatki biur, dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem narzędzi informatycznych oraz odpowiednim zapleczem techniczno – organizacyjno – logistycznym, kadrą wykwalifikowanych pracowników na stałe związaną z kontraktami realizowanymi przez wykonawcę, co pozwoliło obniżyć koszty oraz doświadczeniem związanym z bieżącym wykonywaniem nadzorów inwestorskich, które pozwoliło ryzyko związanego właściwie ocenić odnośnie spodziewanego zysku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Trudno zatem twierdzić, że złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, są niewiarygodne i nierzetelne oraz nie zawierają dowodów uzasadniających zaproponowaną cenę. Na podstawie

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 13 z 20

tych wyjaśnień Zamawiający stwierdził, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską, a tym samym nie może mlec zastosowania odrzucenie oferty na podstawie art. 84 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Co do zarzutu dotyczącego oferty konsorcjum Atkins Zamawiający stwierdził, konsorcjum Planegé wywodzi ten fakt z analizy stawek dziennych, wynagrodzeń ekspertów kluczowych na przykładzie Inżyniera Kontraktu, lecz zarzut ten nie został udowodniony, a konsorcjum Planegé nawet nie uprawdopodobniło, które z kosztów wskazanych przez Zamawiającego punkcie 9.3.2. nie zostały udowodnione, a z przystąpienia konsorcjum Atkins wynika, że wszystkie koszty zostały ujęte.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie złożone przez konsorcjum Planegé zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie złożone przez konsorcjum ZBM nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów obu Odwołujących dotyczących rozstrzygnięcia Zamawiającego w kwestii spełnienia przez konsorcjum ZBM wymogu zawartego w punkcie 6.2.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wykazania się doświadczeniem odnoszącym się do realizacji dwóch usług w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC Izba uznała, iż wskazane przez konsorcjum ZBM w załączniku nr 3.3. do oferty „Doświadczenie zawodowe” usługi nie potwierdzają spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku. Konsorcjum ZBM w opisie każdej z tych usług wskazało, iż „nadzór był realizowany w oparciu o standardy

kontraktowe typu NEC i FIDIC". Zdaniem Izby taki komentarz powinien być od początku wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, gdyż Zamawiający w warunku jednoznacznie wymagał, aby zawarte umowy oparte były na warunkach kontraktowych FIDIC, a nie NEC lub innych, a więc wątpliwe było spełnienie tej części warunku. Skoro jednak Zamawiający nie zażądał wyjaśnień na etapie badania ofert, prawidłowe było jego stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu protestu, iż przed podjęciem decyzji

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 14 z 20

o wykluczeniu lub niewykluczeniu konsorcjum ZBM, powinien dokonać tej czynności, aby uzyskać informacje niezbędne mu do podjęcia tej decyzji. Tym bardziej, iż na etapie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu konsorcjum ZBM samo żadnych wyjaśnień nie złożyło. Ponieważ jednak, jak zauważyło samo konsorcjum ZBM, żądanie Odwołującego – konsorcjum Planegé dotyczące wykluczenia konsorcjum ZBM nie zostało spełnione, pomimo formalnego rozstrzygnięcia uwzględniającego ten zarzut, konsorcjum Planegé posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w tym zakresie.

Zgodnie jednak z dyspozycją art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania – informacje uzyskane podczas postępowania odwoławczego, Izba uznała, iż na tym etapie postępowania sprawa została wyjaśniona w zakresie pozwalającym na rozstrzygnięcie tej kwestii, tj. stwierdzenie, jak na wstępie, iż żadna ze wskazanych w tabeli „Doświadczenie wykonawcy” usług nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w punkcie 6.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania dotyczącego FIDIC. Jak bowiem wyjaśniło konsorcjum ZBM w swoim odwołaniu, zamówienia te były realizowane nie przy zastosowaniu warunków kontraktowych FIDIC, lecz „La ley de contratos del Estado”, przy tworzeniu których wykorzystano warunki umowne FIDIC (oraz inne). Ponieważ zaś Zamawiający takiej opcji nie dopuszczał – w sposób wyraźny wymagał właśnie warunków FIDIC, nie może ona zostać przez Zamawiającego uznana. Niezależnie bowiem od zarzutu Odwołującego – konsorcjum ZBM o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez postawienie warunku o tej treści (który to zarzut powinien zostać podniesiony na etapie ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc, zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest spóźniony, poza tym nie został poprzedzony protestem – zatem nie może zostać przez Izbę rozpatrzony), rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania byłoby na obecnym etapie postępowania zignorowanie treści warunku przy ocenie jego spełniania przez konsorcjum ZBM.

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 15 z 20

Izba uznała, iż przedstawione przez konsorcjum ZBM oświadczenie TECNIBERIA (Hiszpańskiego Stowarzyszenia Firm Inżynierskich, Doradczych i Usług Technologicznych) nie odnosi się do umów wskazanych przez konsorcjum ZBM w wykazie „Doświadczenie wykonawcy”, lecz ogólnie do umów hiszpańskiej administracji publicznej i nie wnosi do sprawy nic, ponad to, co już oświadczone w odwołaniu konsorcjum ZBM, tj. iż umowy te nie są de facto i bezpośrednio ani umowami według warunków kontraktowych FIDIC, ani NEC.

Z powyższych względów Izba uwzględniła ten zarzut w odwołaniu konsorcjum Planegé i oddaliła w odwołaniu konsorcjum ZBM.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez konsorcjum ZBM warunku określonego w punkcie 6.2.3. specyfikacji istotnych warunków

zamówienia w stosunku do zakresu usług Izba stwierdziła, iż nie był on poprzedzony protestem konsorcjum Planege, lecz protestem konsorcjum Atkins, od rozstrzygnięcia którego nie wniesiono odwołania, a zatem, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzec co do tego zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum ZBM Izba uznała, iż zarzut ten nie został udowodniony. Odwołujący – konsorcjum Planege stwierdza w argumentacji uzasadniającej zarzut, iż o rażąco niskiej cenie świadczy fakt, iż „podana cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień” lub że „jest niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych”. Jednak obserwując w ostatnich miesiącach rynkowe” poprzez ceny ofert składanych owe „realia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, m.in. tych, co do których spory rozstrzygane były w Izbie, Izba stwierdziła, iż po trwającym w ostatnich latach okresie prosperity w zakresie m.in. usług na pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych, nastąpiła korekta rynku, ceny uległy obniżeniu, a przy tym żądane wynagrodzenia poszczególnych wykonawców są tak rozbieżne pomiędzy sobą, a także w stosunku do oszacowanej przez zamawiających wartości zamówienia, że obecnie trudno

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 16 z 20

ustalić, jaka cena jest właśnie tą ceną wiarygodną i prawidłową, a która nie pozwala na realizację zamówienia bez strat. Tym bardziej, że przedmiotowe usługi są usługami intelektualnymi, niematerialnymi, a ich koszt zależy w dużej mierze od subiektywnej wyceny wartości pracy poszczególnych osób. Natomiast w odniesieniu do wartości szacunkowej, sam Zamawiający przyznał, iż obecnie jest ona już nieaktualna. Ponieważ zaś Odwołujący – konsorcjum Planege nie przedstawiło żadnych dowodów na to, że za wskazaną przez konsorcjum ZBM cenę nie da się wykonać przedmiotowej usługi bez strat, Izba uznała, że zarzutu nie udowodniono.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Atkins pomimo tego, iż kalkulacje wynagrodzenia dla ekspertów są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

W punkcie 9.3.1. – 9.3.3. Zamawiający wskazał, jakie koszty mają być ujęte w poszczególnych pozycjach formularza cenowego. I tak dla działu

„usługi nadzoru” ceny formularza cenowego powinny obejmować: wynagrodzenie wraz z narzutami, urządzenie stanowiska pracy, szkolenie personelu nadzoru, zakwaterowanie i delegacje, wyposażenie bhp, transport i łączność, wynagrodzenie wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu, wykraczającego poza wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, urlopy i zwolnienia oraz wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

Konsorcjum Atkins pracę ekspertów wyceniło w sposób następujący (cena netto za 1 dzień): inżynier kontraktu 100 zł, inżynier rezydent ds. robót drogowych oraz ds. robót mostowych 85 zł, inspektor ds. rozliczeń 80 zł, inspektorzy nadzoru poszczególnych robót, geodeci oraz pozostali eksperci – 75 zł. W przeliczeniu na wynagrodzenie miesięczne brutto (nawet jeśli ująć 31 dni) daje to odpowiednio 3.100 zł, 2635 zł, 2480 zł, 2325 zł.

Niezależnie od zawartych w odwołaniu wyliczeń Odwołującego – konsorcjum Planege oraz przedstawionych przez niego podczas rozprawy oświadczeń inżynierów, za fakt powszechnie znany (art. 188 ust. 5 ustawy Prawo

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 17 z 20

zamówień publicznych) należy uznać to, iż wynagrodzenia inżynierów

kontraktu, inżynierów rezydentów, inspektorów nadzoru i innych kluczowych ekspertów na tego typu kontraktach w sposób drastyczny odbiegają od wskazanych powyżej i, nawet jeśli różnią się w poszczególnych firmach i zależą od skomplikowania robót, stanowią wielokrotność powyższych kwot.

Tak więc podane przez konsorcjum Atkins ceny nie obejmują nawet pierwszego punktu wykazu, a więc wynagrodzenia ekspertów, co powoduje, iż są one niezgodne z punktem 9.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nawet jeśli konsorcjum Atkins zrekompensowało te koszty w innych pozycjach – jak wskazał Odwołujący – w pozycji „koszt utrzymania biura w okresie realizacji robót”, nie zmienia to faktu, iż wycena jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (nie tylko z punktem 9.3.2., lecz także z punktem 9.3.1., które wskazuje koszty, które należało tam ująć). Przy tym niezgodności tej nie można potraktować jako niezgodności wyłącznie formalnej, a rozpatrywać wyłącznie globalnej ceny oferty. Zgodnie bowiem z § 4 ust. 1 i 2 istotnych postanowień umowy wynagrodzenie będzie wypłacane w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez personel oraz stwierdzenie wykonania pozostałych funkcji, a cena oferty jest tylko „wynagrodzeniem wstępnym”. Zatem obliczenie poszczególnych cen jednostkowych niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego powoduje, iż oferta konsorcjum Atkins staje się nieporównywalna z ofertami wykonawców, którzy ceny jednostkowe obliczyli zgodnie z wytycznymi Zamawiającego i, pomimo swojej niższej w stosunku do innych wykonawców ceny (2. miejsce w rankingu cenowym), może się okazać w trakcie realizacji umowy bardziej kosztowna dla Zamawiającego od oferty pozornie droższej.

Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, nie można wywieść, iż postanowienie punktu 9.3. jest wyłącznie niewiążącą instrukcją, lecz jest ono postanowieniem, do którego bezwzględnie należy się stosować. Skoro już Zamawiający zdecydował się zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia 9.3.1. – 9.3.3., to musi egzekwować ich przestrzeganie i sam się do nich stosować.

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 18 z 20

Przy tym Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż nie mógł on poprosić wykonawcy o wyjaśnienia. Zdaniem Izby nie było przeszkód, by skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie rzetelnego badania ofert.

Izba zatem przyznała rację Odwołującemu – konsorcjum Planego i uwzględniła zarzut.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając fakt, iż oba odwołania rozpatrywane były łącznie.

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 19 z 20

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

KIO/UZP 1226/09 i 1233/09 20 z 20