Sygn. akt: KIO 860/11
KIO 865/11

WYROK
z dnia 5 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **EKOCENTRUM Sp. z o.o., ul. Budziszyńska 35/1, 54-434 Wrocław,**

B. w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), Ukrastalkonstrukcja O.S.A. z siedzibą lidera ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Bohaterów Getta 9-11, 68-200 śary,**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), Ukrastalkonstrukcja O.S.A. z siedzibą lidera ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 860/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. A. oddala odwołanie,

B. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej po uprzednim wezwaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AECOM Sp. z o.o. i AECOM Ltd. z siedzibą lidera w Warszawie do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełniania

warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 9.1.2)c specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EKOCENTRUM Sp. z o.o., ul. Budziszyńska 35/1, 54-434 Wrocław** i zamawiającego **Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Bohaterów Getta 9-11, 68-200 śary** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EKOCENTRUM Sp. z o.o., ul. Budziszyńska 35/1, 54-434 Wrocław** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), Ukrastalkonstrukcja O.S.A. z siedzibą lidera ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od zamawiającego **Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Bohaterów Getta 9-11, 68-200 śary** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), Ukrastalkonstrukcja O.S.A. z siedzibą lidera ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 860/11
Sygn. akt: KIO 865/11

Uzasadnienie

Zamawiający: Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w śarach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pn. „Inżynier Kontraktu dla Projektu „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po nr 2010/S 226-345695 w dniu 20 listopada 2010 r.

W dniu 13 kwietnia 2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm: AECOM Sp. z o.o., AECOM Limited z siedzibą lidera w Warszawie oraz o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty złożonej przez EKOCENTRUM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp.

A. Sygn. akt KIO 860/11

Wykonawca EKOCENTRUM Sp. z o.o. złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odstąpienia od czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wyboru oferty, złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2, art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Podniósł ponadto, że zamawiający nie poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 92 ust 1 pkt 1 Pzp.

Naruszenie ww. przepisów odwołujący uzasadnił wskazując, że w związku z określonym w siwz przedmiotem zamówienia, jako usługi - Inżyniera Kontraktu związanej z organizacją, koordynacją, nadzorowaniem, zarządzaniem, sprawozdawczością oraz rozliczaniem procesu inwestycyjnego Projektu „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego", zarządzanie procesem inwestycyjnym będzie obejmowało czynności, wykonywane przez następujących ekspertów:

- Specjalista Kluczowy nr I - Menadżer kontraktu - Rezydent, o wykształceniu wyższym technicznym i posiadający ogólne doświadczenie zawodowe - co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe w tym, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowiskach kierowniczych,
- Specjalista Kluczowy nr II - Menadżer finansowy, o wykształceniu wyższym ekonomicznym, posiadający ogólne doświadczenie zawodowe - co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe, w tym co najmniej 5-letnie doświadczenie w zarządzaniu

finansami na stanowisku ekonomista i/lub księgowy i/lub analityk finansowy i/lub specjalista ds. rozliczeń,
- Specjalista Kluczowy nr III - Inspektor nadzoru inwestorskiego - w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- Specjalista Kluczowy nr IV - Inspektor nadzoru inwestorskiego - w specjalności konstrukcyjno budowlanej,
- Specjalista Kluczowy nr V - Inspektor nadzoru inwestorskiego - w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- Specjalista Kluczowy nr VI - Inspektor nadzoru inwestorskiego - w specjalności drogowej,
- Specjalista Kluczowy nr VII - Inspektor nadzoru inwestorskiego - w specjalności telekomunikacyjnej, wszyscy o wykształceniu wyższym i 10-letnim stażu pracy,
- .Specjalista Kluczowy nr VIII - Technolog - specjalista ochrony środowiska i/lub gospodarki odpadami, Specjalista Kluczowy nr IX - Geotechnik, obaj o wykształceniu wyższym i 5-letnim stażu pracy.

Zamawiający nie podał w siwz wymiaru czasu pracy ww. eksperów, ani nie wskazał jaki czas pracy ma być poświęcony na wykonywanie poszczególnych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto, wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia oferty zawierającej cenę ryczałtową za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Po otwarciu ofert zamawiający, w celu ustalenia czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę wezwał go, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień i przedłożenia szczegółowej kalkulacji, w tym wyceny pracy poszczególnych specjalistów, utrzymania biura i zaplecza, przygotowania raportów kwartalnych i końcowych. Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach kalkulację ceny w rozbiciu na koszty stałe, koszty bezpośrednie, rezerwę i marżę zysku. Zamawiający uznał jednak, że zaoferowana cena, a w szczególności koszty zatrudnienia personelu są niewiarygodnie niskie i znacząco odbiegają od cen rynkowych, co przyjął na podstawie: a/porównania ceny ofertowej z szacunkową wartością zamówienia, b/ porównania cen z innymi cenami w przetargach na usługę inżyniera projektu, c/ arytmetycznego porównania z cenami innych ofert złożonych w przetargu.

Odwołujący zakwestionował powyższe kryteria. Wskazał, że wycena przedstawiona przez zamawiającego budzi wątpliwości co do wiarygodności, gdyż zamawiający powołał się na oszacowanie wartości zamówienia w ramach Studium Wykonalności dla Projektu Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego w nieokreślonej przeszłości, które było kilkukrotnie zmieniane i aktualizowane. Stwierdził, że na podstawie informacji wskazanych przez zamawiającego, nie jest możliwe ustalenie, czy oszacowanie wartości zamówienia dokonane zostało rzetelnie, a także czy aktualizacje wartości szacunkowej sprowadziło tę wartość do realnego poziomu cen rynkowych. Odwołujący

wskazał, że oszacowanie wartości zamówienia nie nastąpiło w odniesieniu do poszczególnych kontraktów, ani w odniesieniu do celów szczegółowych kontraktu, a w związku z tym, nie jest możliwe ustalenie, czy oszacowana przez zamawiającego wartość zamówienia odnosi się do ostatecznego zakresu usług będących przedmiotem zamówienia.

Zamawiający, w zestawieniu pt. Szacowany koszt ekspertów, dokonał wyliczeń na podstawie określonych założeń dotyczących poziomów zaangażowania poszczególnych osób, tj. zaangażowanie Eksperta nr 1, 2, 4 - 20 dni roboczych w miesiącu, Eksperta 3, 5, 8 - 10 dni roboczych w miesiącu oraz pozostałych Ekspertów - 5 dni w miesiącu. Odwołujący podkreślił, że założenia te nie mają odzwierciedlenia w treści siwz, w związku z tym nie stanowiło ono podstaw do obliczenia ceny i nie może być podstawą do porównania i oceny wysokości ceny oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał także, że żądanie zamawiającego przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny w sytuacji, gdy ma ona charakter ryczałtowy, jest bezpodstawne.

Ponadto, założone przez zamawiającego stawki dzienne za pracę poszczególnych ekspertów (między 600 a 900 zł) są zawyżone i nieodpowiadające warunkom rynkowym w województwie lubuskim. W przypadku ekspertów, którzy zostali przewidziani w siwz wynagrodzenia inżynierów i ekonomistów na rynku województwa lubuskiego kształtują się na poziomie 4 000 - 6 000 zł brutto/ za miesiąc.

O braku wiarygodności wartości zamówienia świadczy też fakt, że wszystkie złożone oferty zawierały ceny znacznie poniżej (średnio 50%) tej wartości, a zatem przyjmowały wynagrodzenie personelu na znacznie niższym poziomie.

Powołując się na orzeczenia KIO odwołujący wskazał, że wartość szacunkowa ustalona przez zamawiającego nie może być podstawą oceny rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego, ustalenie rażąco niskiej ceny musi być odnoszone do przedmiotu danego zamówienia, a nie do przedmiotu zamówienia innych przetargów. W celu wskazania aktualnych trendów rynkowych oraz udowodnienia, że szacunkowa wartość zamówienia określana przez zamawiającego niejednokrotnie stanowi nieadekwatny poziom odniesienia do wartości rynkowej usług, odwołujący przytoczył wyniki wybranych innych postępowań przetargowych o podobnym zakresie. Wskazał, że w postępowaniu przetargowym na Inżyniera Kontraktu dla Projektu „Budowa kanalizacji sanitarnej i oczyszczalni ścieków etap II oraz separatorów na wlotach do Jeziora Rogozińskiego i rzeki Wełny aglomeracji Rogoźno" wybrano ofertę z ceną brutto 479.700,00 zł, co stanowiło ok. 32% kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, ok. 48% kwoty, jaką oferował wykonawca składający ofertę z drugą najniższą ceną, ok. 24% kwoty, jaką oferował wykonawca składający ofertę z najniższą ceną. W postępowaniu tym wybrana

została oferta odwołującego - umowa jest w trakcie realizacji.

W postępowaniu na usługę Inżyniera Kontraktu i Pomoc Techniczna dla Projektu pn.:" Modernizacja Miejskiej Oczyszczalni Ścieków wraz z budową kanalizacji sanitarnej w Gnieźnie", wybrana została oferta za kwotę 646.600,00 zł, co stanowiło ok. 21% kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, ok. 69% kwoty, jaką oferował wykonawca składający ofertę z drugą najniższą ceną, ok. 22 % kwoty, jaką oferował wykonawca składający ofertę z najwyższą ceną.

Przykłady te potwierdzają, że powszechnym obecnie zjawiskiem na rynku usług inżynierskich jest realizacja zamówień za kwoty znacznie niższe, niż przewidywane przez zamawiającego. Przyczynami takiego stanu rzeczy są w szczególności:

- dynamicznie spadające ceny usług, w związku z znacznym wydatkowaniem środków UE na realizację inwestycji w obecnej perspektywie finansowej,
- duża podaż specjalistów i ekspertów, posiadających wymagane uprawnienia, wiedzę i doświadczenie,
- przeszacowanie wartości zamówień, jako efekt świadomego zawyżania budżetów inwestycji bądź nieaktualnych analiz i wycen rynkowych.

Odwołujący wskazał, że obecnie jest on w trakcie realizacji wielu kontraktów, polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera, pomimo że zaoferowane ceny nie przekraczały 30% wartości zamówienia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonał lakonicznej oceny poziomu ceny oferty odwołującego, odnosząc ją do wyliczonych średnich cen i wartości zamówienia. Różnice cenowe ofert były znaczne i nie mogą być one punktem odniesienia dla przyjęcia, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę. W ocenie odwołującego, zamawiający nie oparł decyzji o odrzuceniu jego oferty o obiektywne kryteria oceny poziomu cen.

B. Sygn. akt KIO 865/11

Odwołujący: Konsorcjum firm: ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), Ukrastalkonstrukcja O.S. A. wniósł odwołanie od czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum AECOM Sp. z o.o., AECOM Ltd. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum AECOM z postępowania i przyjęcie, że Konsorcjum AECOM potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum AECOM z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
3. art. 7 Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania Konsorcjum AECOM i odrzucenia oferty Konsorcjum AECOM oraz powtórzenia oceny ofert.

W uzasadnieniu wskazał, iż w pkt 9.1.2).C specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał wykazania wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia na usługę, której przedmiotem było sporządzenie raportu końcowego z realizacji projektu. Do oferty należało załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący podniósł, że raport końcowy jest dokumentem o określonym charakterze, zdefiniowanym w Wytycznych do Przygotowania Raportu Końcowego Projektu Funduszu Spójności. AECOM Sp. z o.o. wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wyżej opisanym wskazała, iż wykonała w 2010 r. na rzecz PKP PLK S.A. Analizę post-realizacyjną w zakresie weryfikacji pierwotnego oszacowania kosztów i korzyści dla projektu ISPA/FS Nr 2001/PL/16/P/PT/014 - Modernizacja Poznańskiego Węzła Kolejowego (linia kolejowa E20) zlokalizowanego w Polsce" finansowaną w ramach projektu FS Nr 2004/PL/16/C/PA/002 Pomoc w zakresie przygotowania i wdrażania projektów kolejowych

współfinansowanych z Funduszu Spójności. Po wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca przedłożył referencję wykonania tej usługi. Zdaniem odwołującego analiza post-realizacyjna nie jest dokumentem tożsamym z raportem końcowym, a jedynie jego fragmentem, odnoszącym się do ekonomicznych aspektów zrealizowanej inwestycji - obejmuje weryfikację pierwotnego oszacowania kosztów i korzyści sporządzonego na etapie składania wniosku o dofinansowanie. Weryfikacja na etapie analizy post-realizacyjnej dotyczy analizy i opisu ewentualnych różnic, pomiędzy założeniami przyjętymi na etapie przygotowania projektu oraz rzeczywistą sytuacją występującą po zrealizowaniu projektu, w odniesieniu do danych zawartych we Wniosku do Komisji Europejskiej o dofinansowanie projektu w ramach ISPA (Instrumentu Przedakcesyjnej Polityki Strukturalnej).

Zdaniem odwołującego dokumentów tych nie można utożsamiać. Zakres analizy post-realizacyjnej nie odpowiada wszystkim wymogom przewidzianym dla raportu końcowego, określonym w Wytycznych do Przygotowania Raportu Końcowego Projektu Funduszu Spójności.

Odwołujący wskazał, że wątpliwości w tym zakresie powziął również zamawiający, który wezwał Konsorcjum AECOM do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, czy analiza post-realizacyjna jest odpowiednikiem sporządzenia raportu końcowego z realizowanego projektu. Zdaniem odwołującego posłużenie się instytucją określoną w art. 87 ust. 1 Pzp jest nieuzasadnione, gdyż art. 87 ust. 1 Pzp daje możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, nie zaś w zakresie oceny dokumentów potwierdzających spełnianie warunków

udziału w postępowaniu. W tym zakresie wątpliwości powinny być rozstrzygane w oparciu o art. 26 ust 3 i 4 Pzp. Jednak skoro zamawiający z takiej możliwości skorzystał wzywając Konsorcjum AECOM do uzupełnienia referencji, to ponowne wezwanie do wyjaśnień bądź uzupełnień w tym zakresie nie jest możliwe.

W wyjaśnieniach Konsorcjum AECOM stwierdziło, że wskazywana analiza post - realizacyjna jest odpowiednikiem sporządzenia raportu końcowego z realizacji projektu, co nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym. Oświadczenie powyższe wprowadza zamawiającego w błąd. Jest to złożenie nieprawdziwej informacji, mającej wpływ na wynik postępowania, skutkujące wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Konsorcjum AECOM zgłosiło do Prezesa KIO w dniu 26 kwietnia 2011 r. faksem, a w dniu 28 kwietnia 2011 r. pisemnie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 860/11 i KIO 865/11, wnosząc o oddalenie obu odwołań.

W dniu 26 kwietnia 2011 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 860/11 w formie pisemnej zostało wniesione do Prezesa KIO przez Konsorcjum ECM. Przystępujący złożył w przystąpieniu wniosek o oddalenie odwołania.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedzi na odwołania. Wniósł o oddalenie obu odwołań, jako niezasadnych.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie o sygn. akt KIO 860/11 nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że odwołanie o sygn. akt KIO 865/11 podlega uwzględnieniu.

Izba stwierdziła, iż obaj odwołujący EKOCENTRUM Sp. z o.o. i Konsorcjum firm: ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), Ukrastalkonstrukcja O.S. A. wypełniają przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Konsorcjum ECM złożyło ofertę z najniższą ceną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Złożona przez odwołującego oferta podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą w przypadku potwierdzenia się, że Konsorcjum AECOM podlega wykluczeniu z postępowania. Oferta wykonawcy EKOCENTRUM Sp. z o.o. (z najniższą ceną) została odrzucona. Obaj odwołujący posiadają zatem legitymację do wniesienia odwołania, gdyż utrzymanie w mocy niezgodnego

z przepisami prawa rozstrzygnięcia zamawiającego mogłoby prowadzić do powstania szkody po stronie odwołujących się wykonawców.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie Konsorcjum ECM do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w świetle art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zgłoszone w dniu 28 kwietnia 2011 r. przez Konsorcjum AECOM przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, należało uznać za spóźnione. Zamawiający przekazał wykonawcom wezwanie do zgłoszenia przystąpienia w dniu 22 kwietnia 2011 r., zatem trzydniowy termin, określony w art. 185 ust. 2 Pzp do zgłoszenia przystąpienia, upłynął w dniu 26 kwietnia 2011 r. Konsorcjum AECOM przesłało faksem w tym dniu do Prezesa KIO swoje przystąpienia, co nie wypełnia wymogu wynikającego z art. 185 ust. 2 Pzp w zakresie formy zgłoszenia przystąpienia (forma pisemna lub elektroniczna),.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

A. sygn. akt KIO 860/11

Przedmiotem zamówienia są usługi - Inżyniera Kontraktu związane z organizacją, koordynacją, nadzorowaniem, zarządzaniem, sprawozdawczością, rozliczaniem procesu inwestycyjnego Projektu „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego", obejmującego osiem zadań, będących przedmiotem odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Do wykonywania powyższych czynności zamawiający przewidział konieczność udziału dziewięciu ekspertów: Menadżera kontraktu - Rezydenta, Menadżera finansowego, Inspektora nadzoru inwestorskiego - w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, Inspektora nadzoru inwestorskiego - w specjalności konstrukcyjno budowlanej, Inspektora nadzoru inwestorskiego - w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, Inspektora nadzoru inwestorskiego - w specjalności drogowej, Inspektora nadzoru inwestorskiego - w specjalności telekomunikacyjnej, Technologa - specjalistę ochrony środowiska i/lub gospodarki odpadami oraz Geotechnika.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców. Rozpiętość cen złożonych ofert wynosi od 848 700,00 zł (najniższa) do 2 767 500,00 zł (najwyższa), przy czym kolejna oferta w stosunku do oferty najtańszej opiewa na kwotę 1 805 718,47 zł. Średnia cena ofert najbardziej zbliżonych do oferty odwołującego wynosi 1 930 060,16 zł. Średnia cena wszystkich ofert wynosi 1 881 276,09 zł. Wartość zamówienia została

oszacowana przez zamawiającego na kwotę 3 381 300 zł (netto), która po uwzględnieniu podatku VAT daje kwotę 4 158 999,20 zł (brutto).

Pismem z dnia 23 lutego 2011 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnienia w przedmiocie szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny, opracowanej w oparciu o wycenę poszczególnych elementów usługi Inżyniera Kontraktu, tj. zatrudnienia poszczególnych specjalistów, utrzymania biura i zaplecza technicznego, przygotowania raportów miesięcznych, kwartalnych i końcowych w całym okresie świadczenia usługi.

Odwołujący pismem z dnia 25 lutego 2011 r. złożył wyjaśnienie, wskazując, że stosuje procedury kalkulacji oraz wyceny i zatwierdzania cen ofertowych, oparte na procedurach wdrożonego Systemu Jakości BS EN 9001:2000. Wykonawca stwierdził także, że złożony charakter kontraktu sprawia, że wskazanie żądanych wartości obarczone może być dużym marginesem błędu i prowadzić do niewłaściwych wniosków. Podał, iż cele szczegółowe realizacji kontraktu są wzajemnie powiązane i nie jest możliwe ich osiągnięcie w sposób rozłączny. Jednocześnie zwrócił się o wyrażenie zgody na przedstawienie kalkulacji ceny w odniesieniu do stosowanej w firmie odwołującego procedury kalkulacji czynników cenotwórczych oraz o przesuniecie terminu złożenia wyjaśnień do dnia 1 marca 2011 r. do godz. 12.00. Zamawiający wyraził zgodę na wnioski odwołującego (pismo z dnia 24 lutego 2011r.).

Pismem z dnia 28 lutego 2011 r. odwołujący przedstawił kalkulację ceny ofertowej, podając następujące wartości:

- koszty stałe realizacji usługi w tym zakresie i administracja – 45 000 zł,
- koszty niezbędne do wykonania usługi (koszty personelu wymaganego i wspierającego) – 585 000 zł,

- rezerwa na koszty możliwe i nieprzewidziane – 20 000 zł,
- marża zysku – 40 000 zł.

Odwołujący wyjaśnił w treści pisma, że cena została skalkulowana w oparciu o realne możliwości finansowe wykonawcy, a sposób jej kalkulacji powoduje, że nie istnieje ryzyko wystąpienia straty z tytułu realizacji zamówienia. Wskazał, ze firma jest w 100% o polskim kapitale i dlatego jest w stanie stosować niższe narzuty, marże i rezerwy na ryzyka, gdyż kalkuluje oferty, stosując wyłącznie własne wewnętrzne procedury wyceny i, w odróżnieniu od wielu firm konkurencyjnych, nie uwzględnia znacznych niejednokrotnie kosztów funkcjonowania kapitałowo powiązanych podmiotów zagranicznych. Stwierdził, iż powszechnym obecnie zjawiskiem jest osiąganie znaczących oszczędności przez podmioty udzielające zamówień o podobnym charakterze.

Oceniając złożone przez EKOCENTRUM Sp. z o.o. wyjaśnienia zamawiający uznał, że zaoferowana cena nie jest adekwatna do kosztów zatrudnienia poszczególnych specjalistów oraz do utrzymania biura i zaplecza technicznego. Wskazał, że do realizacji

---

Kontraktu konieczne jest zaangażowanie pełnoetatowe Menadżera Kontraktu – Rezydenta oraz Menadżera finansowego oraz pozostałych 7 ekspertów kluczowych, a także personelu wspomagającego. Na pokrycie kosztów tych osób wykonawca przeznaczył jedynie 16 250 zł miesięcznie (przez 45 miesięcy). Zamawiający szacując wartość zamówienia przyjął stawkę 900 zł za dzień dla Menadżera Kontraktu i 800 zł dziennie dla Menadżera finansowego w ciągu 20 dni w miesiącu, a dla pozostałych ekspertów po 600 zł dziennie. Zamawiający wyjaśnił, że wartość zamówienia została oszacowana i przedstawiona w Studium Wykonalności dla projektu „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego". Przed przystąpieniem do postępowania przetargowego wartość zamówienia została zaktualizowana (aktualizacja 28 lipca 2010 r.). Wartość zamówienia została oszacowana na dzień 10 listopada 2010 r. na podstawie zapisów Studium Wykonalności oraz rozeznania rynku, co potwierdziło kwotę oszacowaną w Studium Wykonalności. Zamawiający oszacował koszty ekspertów na kwotę 2 997 000 zł netto, koszty biura na kwotę 318 000 zł netto, 2% dla zamówień uzupełniających na kwotę 66 300 zł netto, co daje razem kwotę 3 381 300 zł netto, tj. 4 158 999,20 zł brutto.

W związku z powyższym, zamawiający stwierdził, że cena oferty EKOCENTRUM Sp. z o.o., a w szczególności koszty zatrudnienia personelu są niewiarygodnie niskie i znacząco odbiegają od cen rynkowych. Powyższe stanowisko zamawiający przyjął na podstawie porównania ceny ofertowej z szacunkową wartością zamówienia, z innymi cenami w przetargach na usługę inżyniera projektu, z cenami innych ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, że w przypadku powzięcia przez zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności skalkulowania ceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zauważyć należy, że procedura powyższa powinna mieć zastosowanie w przypadku wątpliwości uzasadnionych, tj. wynikających z obiektywnych okoliczności. Za wystarczające uzasadnienie do wezwania należy uznać wątpliwości powstałe w wyniku porównania ceny danej oferty do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub średnich cen rynkowych dla danego przedmiotu zamówienia lub też do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego.

Izba uznała, że skierowane przez zamawiającego do EKOCENTRUM Sp. z o.o. wezwanie do złożenia wyjaśnień było uzasadnione i spełnia wymogi art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie ograniczył zakresu wyjaśnień wykonawcy, a wręcz przeciwnie - wyraził zgodę na wniosek odwołującego o umożliwienie przedstawienia kalkulacji, według schematu zaproponowanego przez wykonawcę.

Ponadto, żądanie przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny w sytuacji, gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy nie jest bezpodstawne, wbrew twierdzeniu odwołującego. ądanie to ma podstawę w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do wyjaśnienia rzetelności kalkulacji ceny oferty, w przypadku gdy jej niski

poziom budzi jakiekolwiek wątpliwości zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu cena oferty odwołującego stanowi 20,40% w stosunku do wartości zamówienia oraz 45,11% w stosunku do średniej ceny wszystkich ofert. Porównując cenę tej oferty do średniej ceny ofert najbardziej zbliżonych do siebie (oferta nr 1, 3, 5) stanowi ona 43,97%. Znaczna zatem różnica ceny oferty w stosunku do cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz wartości przedmiotu zamówienia w pełni uzasadnia, w ocenie Izby, zastosowanie przez zamawiającego procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny tej oferty, wynikającej z art. 90 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 90 ust. 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego do dokonania oceny wyjaśnień i wzięcia przy tym pod uwagę czynników obiektywnych, takich jak, 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. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przypadku otrzymania przez wykonawcę wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska, przesuwa się na wykonawcę - po stronie wykonawcy powstaje obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że zachodzą właściwe dla tego wykonawcy obiektywne okoliczności uzasadniające wysokość ceny oferty. Choć przepisy wprost nie nakładają na wykonawcę obowiązku przedłożenia dowodów w postaci dokumentów, to jednak w jego interesie jest, by dołożyć wszelkich starań w celu udowodnienia okoliczności, które potwierdzają, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i dający gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Podstawowym, lecz nie jedynym, punktem odniesienia dla oceny czy cena oferty jest rażąco niska, jest wartość zamówienia oszacowana przez zamawiającego z należytą starannością. W ocenie Izby, zamawiający dokonał wyceny wartości zamówienia w sposób rzetelny w oparciu o Studium Wykonalności dla Projektu Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego w nieokreślonej przeszłości. Wycena ta, jak wyjaśnił zamawiający, została zaktualizowana na dzień 10 listopada 2010 r. Choć odwołujący

kwestionował rzetelność oszacowania wartości zamówienia, to jednak nie wskazał żadnych faktów na poparcie swoich twierdzeń. Twierdził przy tym, że na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego nie jest możliwe ustalenie, czy oszacowanie wartości zamówienia dokonane zostało rzetelnie, a także czy aktualizacje wartości szacunkowej sprowadziło tę wartość do realnego poziomu cen rynkowych.

W ocenie Izby, nie dowodzi braku wiarygodności wartości zamówienia okoliczność, że oferty złożone w przetargu zawierają ceny poniżej tej wartości. Istotą przetargu nieograniczonego, przy założeniu kryterium najniższej ceny, jest konkurowanie ceną. Naturalną konsekwencją tej konkurencji jest oferowanie cen możliwie jak najniższych, co ma odzwierciedlenie również w stosunku ceny ofert do wartości przedmiotu zamówienia. Ponadto, wartość szacunkowa ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie może stanowić wiernego odzwierciedlenia cen rynkowych, aktualnych na moment składania ofert, ponieważ jest ustalana przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Z pewnością jednak stanowi punkt odniesienia dla oceny wysokości ceny ofert, w szczególności w połączeniu z innymi kryteriami, którą są brane także pod uwagę przy dokonywaniu tej oceny. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, iż wartość zamówienia nie może stanowić głównego kryterium oceny, czy cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest ceną rażąco niską. Ocena powyższa musi się opierać na kryteriach obiektywnych, przy czym arytmetyczne kryteria, takie jak porównanie do średniej ceny pozostałych ofert i wartości zamówienia, nie może stanowić jedynej podstawy negatywnej oceny.

Odnosząc się do treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, że posiada warunki umożliwiające obniżenie ceny do poziomu określonego w ofercie. Odwołujący podał jedynie w sposób ogólny, że zastosowana kalkulacja gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie wskazując

konkretnych czynników. Nie przedstawił w szczególności metody wykonania, która uzasadniałaby znaczne oszczędności kosztów osobowych, zaplecza technicznego i biura, które stanowią najważniejsze czynniki kosztowe przy tego rodzaju usłudze. W wyjaśnieniach odwołujący nie podał żadnych szczegółów, które pozwoliłyby zamawiającemu na dokonanie rzeczowej analizy i przekonania, że wykonawca zorganizuje biuro i zaplecze techniczne, zgodnie z wymaganiom określonymi w siwz.

Odwołujący twierdził, że założone przez zamawiającego stawki dzienne za pracę ekspertów między 600 a 900 zł są zawyżone i nieodpowiadające warunkom rynkowym w województwie lubuskim. Nie przedstawił jednak dowodów wskazujących, jakie stawki są obowiązujące na tym rynku. Ponadto, Izba nie zgodziła się z odwołującym, że stawki te są zawyżone z punktu widzenia raczej przeciętnych wymagań merytorycznych postawionych ekspertom przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

13

Wyjaśnienia odwołującego wskazują ponadto, że wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji ceny wszystkich wymagań zawartych w siwz. W szczególności stwierdzenie „Wykonawca aktualnie obsługuje inne kontrakty umiejscowione w Zachodniej Polsce oraz planuje pozyskać kolejne zamówienia na tym terenie" prowadzi do wniosku, że odwołujący założył oszczędności kosztów w zakresie organizacji biura na terenie budowy oraz czasu zaangażowania personelu przy realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący przyjął, że personel, który w tej chwili realizuje inne kontrakty na tym terenie może być zaangażowany równolegle do wykonywania niniejszego zadania.

Jak wyjaśnił zamawiający, powołując się na postanowienia siwz, wymaga on pełnego zaangażowania ekspertów w realizacji zamówienia i nie dopuszcza wykonywania przez nich innych równoległych zadań - w treści siwz w miejscu „Uwaga" na str. 14 zawarł wymóg, aby personel realizujący zamówienie nie był związany z realizacją innych kontraktów w czasie pełnienia przypisanych funkcji. Ponadto, w pkt 3 OPZ, str. 125 siwz zawarł opis biura i zaplecza technicznego. W pkt 6 na str. 109 siwz zamawiający wskazał, że w ofercie należy uwzględnić także ryzyko przekroczenia terminów realizacji. W świetle zatem postanowień specyfikacji wyjaśnienia odwołującego wskazują, że przy kalkulacji ceny oferty odwołujący nie uwzględnił pełnych kosztów wykonania usługi.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że wyjaśnienie złożone przez odwołującego nie przedstawia konkretnych okoliczności potwierdzających, że niski poziom ceny oferty nie wynika z kalkulacji ceny poniżej kosztów wykonania usługi. Wartość pozycji kosztowych podanych w wyjaśnieniach nie została uzasadniona. Odwołujący nie załączył również do ww. pisma żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny, umożliwiający należyte wykonanie zamówienia.

Złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie mogą stanowić zatem podstawy oceny zamawiającego, że cena oferty, skalkulowana w oparciu o tak niskie koszty istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, nie jest ceną rażąco niską, co uzasadnia decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

Pokreślić należy, że w toku rozprawy odwołujący również nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że uwzględnia wszystkie niezbędne elementy i warunki realizacji zamówienia.

Izba przede wszystkim nie podzieliła stanowiska odwołującego, że w siwz zamawiający nie podał poziomu czasu zaangażowania ekspertów. Zamawiający wymagał zaangażowania wymaganych osób na pełny etat, co wynika z treści specyfikacji. Odwołujący natomiast twierdząc, że założenia przyjęte przez zamawiającego w tym zakresie nie stanowiły podstaw wyliczenia ceny oferty, potwierdził de facto, że nie uwzględnił wszystkich kosztów w tym zakresie kalkulując cenę oferty.

14

Odwołujący przedstawił na rozprawie „Arkusz kalkulacyjny wyceny oferty" wraz z kopią umów o współpracę zawartych z osobami wskazanymi do realizacji zamówienia. W ocenie Izby, powyższe umowy nie gwarantują, że w ustalonym wynagrodzeniu uwzględnione zostały wymagania siwz w zakresie czasu zaangażowania osób w realizacji zamówienia. Powyższe warunki (zasady realizacji zamówienia, w tym harmonogram pracy oraz zasady rozliczeń wynagrodzenia) zostały bowiem, zgodnie z treścią ww. umów,

pozostawione do późniejszych uzgodnień pomiędzy stronami.

Izba uznała także, że informacje zaczerpnięte z Internetu, wskazujące na kwotę bazową w służbie cywilnej - dla stanowisk specjalistów i stanowisk wspomagających, dla obliczenia wynagrodzenia, a także wydruk informacji z portalu www.stat.gov.pl wskazujący przeciętne wynagrodzenie w budownictwie w kwocie 3 474,70 zł w I-III kwartale 2010 r. w gospodarce narodowej oraz w tym samym czasie w sektorze przedsiębiorstw - 3 474,56 zł brutto, nie odzwierciedlają realnych wysokości stawek wynagrodzenia ekspertów w przedmiotowym postępowaniu.

. W ocenie Izby, poziom cen oferowanych przez wykonawców w innych postępowaniach na zbliżony jedynie w pewnym stopniu przedmiot zamówienia nie dowodzi, że cena oferty odwołującego w tym postępowaniu została rzetelnie skalkulowana.

Złożone przez odwołującego „zestawienie wybranych projektów" oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez UM w Białymstoku z 14 stycznia 2011 r., jak również dokumenty złożone przez przystępującego wskazują, że na rynku usług inżynierskich występuje zarówno zjawisko oferowania ww. usług za kwoty niższe od wartości zamówień, jak i znacznie wyższe od tej wartości. Nie można przyjąć zatem, że występuje pewna reguła. W ocenie Izby, powyższe zjawisko tym bardziej uzasadnia obowiązek zamawiającego do rzetelnego wyjaśnienia, w każdym przypadku budzącym wątpliwości, czy oferowana cena została oparta na rzetelnej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia.

Nie sposób również przyjąć, że fakt, iż odwołujący obecnie jest w trakcie realizacji wielu kontraktów polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera, dla których oferty odwołującego zostały wybrane, pomimo że ceny nie przekraczały 30% wartości zamówienia, dowodzi, że cena oferty w tym postępowaniu została skalkulowana rzetelnie. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia konieczności wykazania przez wykonawcę, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust 1 pkt 1 Pzp Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny. Izba stwierdziła, że w aktach sprawy znajduje się potwierdzenie wysłania do odwołującego faksem w dniu 13 kwietnia 2011 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej jak i informacji o terminie, w którym będzie możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec nie stwierdzenia naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że w związku z okolicznościami powołanymi przez odwołującego, czynności zamawiającego naruszyły w prowadzonym postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła o oddaleniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

B. Sygn. akt KIO 865/11

Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez przyjęcie, że Konsorcjum AECOM potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz w wyniku zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.
Izba uznała także, że w konsekwencji tego naruszenia zamawiający nie zachował zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stosownie do art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, że zgodnie z warunkiem określonym w pkt 9.1.2)C specyfikacji istotnych warunków zamówienia (część I Instrukcja dla wykonawców) zamawiający wymagał dysponowania doświadczeniem, polegającym na przygotowaniu raportu końcowego, który zgodnie z wyjaśnieniem treści siwz z dnia 16 grudnia 2010 r. (odpowiedź na pytanie nr 1) „ma na celu przedstawienie rzeczywistego doświadczenia wykonawcy, które będzie wykorzystane przez zamawiającego do sporządzenia Raportu Końcowego dla niniejszego kontraktu", stosownie do pkt 7.2.8)OPZ. Zamawiający stwierdził, że „rozumie przez Raport Końcowy dla niniejszego Kontraktu na Inżyniera jako Raport równoważny Raportowi z realizacji projektu."
Jak wskazywał odwołujący, pojęcie raportu końcowego zostało podane w Wytycznych do Przygotowania Raportu Końcowego Projektu Funduszu Spójności (art. F(4) załącznika II do rozporządzenia 1164/04/WE z dnia 16 maja 1994 r.) jako dokumentu obejmującego ściśle określone elementy: Zgodnie z tymi Wytycznymi analiza post-realizacyjna jest jedynie częścią

składową raportu końcowego.

Wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wyżej opisywanego warunku, Konsorcjum AECOM wskazało wykonanie w 2010 r. na rzecz PKP PLK S.A. Analizy post - realizacyjnej w zakresie weryfikacji pierwotnego oszacowania kosztów i korzyści dla projektu ISPA/FS Nr 2001/PL/16/P/PT/014 - Modernizacja Poznańskiego Węzła Kolejowego (linia kolejowa E20) zlokalizowanego w Polsce" finansowaną w ramach projektu FS Nr 2004/PL/16/C/PA/002 Pomoc w zakresie przygotowania i wdrażania projektów kolejowych współfinansowanych z Funduszu Spójności (załącznik nr 4 do siwz).

Po wezwaniu Konsorcjum AECOM do uzupełnienia referencji, odnośnie należytego wykonania ww. zamówienia, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca przedłożył wymagany dokument.

Zamawiający w dniu 23 lutego 2011 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, czy analiza post-realizacyjna jest odpowiednikiem sporządzenia raportu końcowego z realizowanego projektu. W odpowiedzi wykonawca złożył wyjaśnienie (pismo z dnia 25 lutego 2011 r.), w którym stwierdził, że „Analiza post-realizacyjna przygotowana została w oparciu o Wytyczne do Przygotowania Raportu Końcowego Projektu Funduszu Spójności, następnie została przekazana w celu weryfikacji do Ministerstwa Infrastruktury, Ministerstwa Rozwoju Regionalnego wg trybu przewidzianego w ww. Wytycznych, Analiza post-realizacyjna jest odpowiednikiem sporządzenia raportu końcowego z realizacji projektu."

Izba podzieliła twierdzenie odwołującego, że posłużenie się instytucją określoną w art. 87 ust. 1 Pzp w tym przypadku jest nieuzasadnione, gdyż przepis ten ma zastosowanie wobec treści oferty. Dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być natomiast wyjaśniane w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 Pzp.

W zakresie merytorycznym, złożone wyjaśnienie stanowi jedynie dodatkowe stwierdzenie wykonawcy, że jest to dokument odpowiadający raportowi końcowemu. Nie zawiera przy tym żadnych okoliczności uzasadniających powyższe twierdzenie.

Biorąc pod uwagę treść postanowień siwz Izba stwierdziła, że analiza post-realizacyjna zrealizowana w ramach projektu realizowanego według wytycznych FS nie jest dokumentem tożsamym z raportem końcowym. Jest ona jedynie fragmentem raportu końcowego, odnoszącym się do ekonomicznych aspektów zrealizowanej inwestycji. Porównanie zakresów przedmiotowych: analizy post-realizacyjnej oraz raportu końcowego prowadzi do wniosku, że są to różne dokumenty, których nie można uznać za odpowiadające sobie. Zakres analizy post-realizacyjnej nie odpowiada wszystkim wymogom przewidzianym dla raportu końcowego.

Powyższe jednoznacznie potwierdza treść pisma PKP PLK S.A. w Warszawie z dnia 4 maja 2011 r., które złożył na rozprawie odwołujący. Podmiot, na rzecz którego AECOM Sp. z o.o. wykonała analizę post-realizacyjn,ą stwierdził w ww. piśmie, że „analizy post-realizacyjne w zakresie weryfikacji pierwotnego oszacowania kosztów i korzyści, sporządzone zgodnie z obowiązującymi Wytycznymi do przygotowania raportu końcowego projektu Funduszu Spójności, wykorzystano w celu przygotowania jedynie dwóch rozdziałów do Raportów Końcowych ww. projektów.", a ponadto, że ww. analizy post-realizacyjne „nie są tożsame z Raportami Końcowymi [...] dla w/w projektów".

Izba uznała wobec powyższego, że wykazane przez Konsorcjum AECOM wykonanie analizy post-realizacyjnej nie potwierdza spełniania omawianego warunku. Na etapie dokonanej przez zamawiającego oceny ofert, spełniania warunku nie potwierdza również drugie zadanie, zawarte w wykazie wykonanych usług w ofercie Konsorcjum AECOM „Pomoc

techniczna dla JRP w ramach projektu „Gospodarka odpadami komunalnymi w Toruniu" na rzecz MPO Sp. z o.o. w Toruniu. Z referencji załączonych do wykazu (pismo z dnia 3 marca 2010 r.) wynika bowiem, że wykonawca brał jedynie współudział w opracowaniu Raportu Końcowego. Zamawiający jest zobowiązany zatem do wyjaśnienia treści wykazu i ww. referencji w powyższym zakresie oraz ewentualnie do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania omawianego warunku. Izba uznała, że udzielone wyjaśnienie oraz uzupełnienie referencji nie wyczerpuje możliwości zastosowania trybu określonego w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, a tym samym - możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie omawianego warunku udziału w postępowaniu. Ponowne

wezwanie do wyjaśnień bądź do uzupełnienia dokumentów nie jest możliwe wyłącznie w przypadku, gdy dotyczy tego samego dokumentu (tej samej treści). Ponieważ, wzywając do uzupełnienia referencji, zamawiający wskazał konkretny dokument podlegający uzupełnieniu, należy uznać, że wezwanie to nie wyczerpuje możliwości uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku, tj. wykazu zrealizowanych usług. Zauważyć należy, że brak stosownego wezwania był wynikiem błędnej oceny dokumentów przez zamawiającego, a wykonawca nie może ponosić konsekwencji tego błędu.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum AECOM z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia stwierdzające, że analiza post - realizacyjna jest odpowiednikiem sporządzenia raportu końcowego z realizacji projektu, nie stanowią nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ocenie Izby, przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie w przypadku, gdy wykonawca świadomie i celowo składa w ofercie nieprawdziwe informacje, które przedstawiają odmienny stan rzeczy od istniejącego w rzeczywistości. Złożona przez wykonawcę w piśmie z dnia 25 lutego 2011 r. ocena co do „odpowiedniości" obu dokumentów stanowi wyłącznie subiektywną ocenę wykonawcy, której nie można zarzucić nieprawdziwości, a jedynie jej błędność. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

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

Izba wydała w sprawie odwołań orzeczenie łączne, w oparciu o przepis art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 i § 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).

Przewodniczący: ……