

WYROK
z dnia 22 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Egis Polska Inżynieria Sp. z o. o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Multiconsult Polska Sp. z o.o. ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa;**
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **ECMG GmbH, SGS Polska Sp. z o.o. ul. Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Egis Polska Inżynieria Sp. z o. o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Egis Polska Inżynieria Sp. z o. o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Egis Polska Inżynieria Sp. z o. o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.

1

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

Przewodniczący:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 8 grudnia 2014 r., przez wykonawcę **Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie [Odwołujący lub wykonawca **Egis**] w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i

realizacją robót oraz zarządzanie dwoma Kontraktami pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4), zadanie III od węzła Kaźmierzów do węzła Lubin Północ, o długości ok. 14, 4km, tj. od km 33+300 do ok. km 47+678, 08”; „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4), zadanie IV od węzła Lubin Północ (bez węzła) do węzła Lubin Południe, o długości ok. 11, 3 km, tj. od km 47+678, 08 do ok. km 58+951,75 (tj. do km 58+974 ustalonego na etapie decyzji środowiskowej podziału dokumentacji na odcinki)”; oraz „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4), zadanie V od węzła Lubin Południe (bez węzła) do węzła Legnica II (A4), o długości ok. 22,6 km, tj. od km 58+974 do ok. km 79+172,03 (tj. do km 79+164 ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinki) i węzeł Legnica II od km 0+0,00 do km ok. 2+420.”

Wnoszący odwołanie wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie w tym postępowaniu: (1) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - ECMG GmbH (Lider) i SGS Polska Sp. z o.o. (Partner) [wykonawca ECMG lub Konsorcjum ECMG] do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy z uwagi na dysproporcję pomiędzy ceną ofertową tego Wykonawcy, a wartością szacunkową zamówienia i cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak również z uwagi na specyfikę samego zamówienia, po stronie Zamawiającego winno było zrodzić się podejrzenie, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu; (2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ECMG z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ albowiem wysokość zaoferowanych przez tego wykonawcę cen jednostkowych wskazuje, że wykonawca - wbrew wymaganiom SIWZ - nie uwzględnił w nich wszelkich

3

kosztów zatrudnienia ekspertów, w tym kosztów towarzyszących, kosztów ogólnych i zysku, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu; (3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ECMG z uwagi na okoliczność, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów własnych; (4) przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust 2a i 2b Pzp, art. 22 ust 5 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca ECMG spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie udowodnił, że będzie realnie dysponował wiedzą i doświadczeniem udostępnionym wykonawcy ECMG przez inne podmioty. (5) przepisu art. 24 ust 1 pkt 9 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a Pzp i art. 26 ust 3 Pzp oraz art. 7 ust 1 Pzp, z uwagi na przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca ECMG nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust, 1 pkt 9 Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca, ECMG nie złożył Zamawiającemu dokumentu wystawionego w kraju siedziby przedsiębiorcy, potwierdzającego, iż wobec niego nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1a tiret trzecie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231); (6) art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp z uwagi na dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14.1 SIWZ, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu 15,2 punktów na 40 możliwych (zarzut ten z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa rozwinięty został w odrębnym załączniku do odwołania). W oparciu o wskazane zarzuty wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego, w tym unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum ECMG, jako najkorzystniejszej; (2) przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie oferty wykonawcy ECM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wykluczenie wykonawcy ECMG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 24 ust 1 pkt 9 Pzp, względnie wezwanie tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp. (3) dokonanie ponownego

badania i oceny oferty Odwołującego w zakresie oceny ofert w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14.1 SIWZ. Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, albowiem skutkiem zaskarżonej czynności wykonawca został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, i która to oferta spośród ofert

4

niepodlegających odrzuceniu stanowi ofertę najkorzystniejszą w znaczeniu określonym przez Pzp oraz Zamawiającego, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał tylko zarzuty dotyczące wskazanych powyżej naruszeń art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b Pzp, art. 22 ust. 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu tych zarzutów podał, co następuje:

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum ECMG do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wykonawca podał, że „Jak to wynika z protokołu postępowania, wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona, wyłączając wliczoną w nią wartość zamówień uzupełniających, na kwotę 35 732 489,33 zł netto, tj. 38 591 088,48 zł brutto. Według Zamawiającego wartość ta została ustalona w grudniu 2013 r. na podstawie (cyt.)* „planowanych kosztów realizacji zadania”. W postępowaniu oferty złożyło trzynastu Wykonawców z następującymi cenami: 1) Odwołujący, z ceną ofertową 27 750 558,90 zł; 2) Konsorcjum: PROMOST Sp. z o.o. i Transprojekt Gdański Sp. z o.o., z ceną ofertową 49 982 077,05 zł; 3) ARCADIS Sp. z o.o., z ceną ofertową 25 796 038,47 zł; 4) Konsorcjum: MGGP S.A. i Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A., z ceną ofertową 23 279 842,23 zł; 5) Konsorcjum: INKO Consulting Sp. z o.o., EUROCONSULT S.A. i MP-MOSTY Sp. z o.o., z ceną ofertową 30 331 541,70 zł; 6) Konsorcjum: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A., KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., KV Consultores de Ingenieria, Proyectos y Obras S.L., z ceną ofertową 28 632 649,71 zł; 7) Konsorcjum: SAFEGE i CERTUSVIA Sp. z o.o., z ceną ofertową 25 867 245,63 zł; 8) Konsorcjum TPF Sp. z o.o., z ceną ofertową 25 771 756,20 zł; 9) Konsorcjum: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited, z ceną ofertową 30 163 290,0 zł; 10) Konsorcjum ECMG, z ceną ofertową 22 661 392,08 zł; 11) URS Polska Sp. z o.o., z ceną ofertową 26 325 631,56 zł; 12) WS-Atkins Polska Sp. z o.o., z ceną ofertową 27 773 400,00 zł; 13) Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o. i Lafrentz Polska- Polska Sp. z o.o., z ceną ofertową 24 723 538,35 zł. Zdaniem wykonawcy oferta Konsorcjum ECMG stanowi zaledwie niecałe 59% wartości szacunkowej zamówienia brutto, co niewątpliwie prowadzi do powstania podejrzenia, że zaoferowania przez tego Wykonawcę cena ma charakter rażąco niskiej”. Słuszność powyższych argumentów potwierdza zdaniem Odwołującego kierunek zmian w ustawie z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie w dniu 19 października 2014r., a którą to ustawą przepisowi art. 90 ust.

5

1 Pzp nadano nowe brzmienie. Odwołujący potwierdzając, że ta zmiana nie znajduje zastosowania do przedmiotowego postępowania, jednocześnie zwrócił uwagę na wolę ustawodawcy, który odnosi 30% próg matematyczny zarówno do wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Cena oferty Konsorcjum ECMG jest natomiast rażąco zaniżona zarówno w stosunku do wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a zgodnie z orzecznictwem Izby „Wyznacznik arytmetyczny porównania ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia powinien być pomocny do podjęcia decyzji, czy cena oferty może być rażąco niską i uruchomienia procedury wyjaśnień przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp, lecz nie może być wyłącznie decydujący.” Zdaniem wykonawcy zestawienie cen ofertowych wyraźnie wskazuje, że cena oferty Konsorcjum ECMG jest znacznie zaniżona w stosunku do pozostałych, zbliżonych do siebie cenowo, ofert. I tak, oferta ta stanowi zaledwie niecałe 80% średniej wszystkich ofert

złożonych w postępowaniu. Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających". Wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził, że (...) ceny zaoferowane w niniejszym postępowaniu - obok wartości przedmiotu zamówienia ~ są kolejnym wyznacznikiem tego, że cena Konsorcjum ECMG jest nierealna, nierynkowa. Zdaniem wykonawcy cena Konsorcjum ECMG nie ma charakteru rynkowego. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi o tzw. charakterze intelektualnym, wobec czego podstawowym elementem kosztotwórczym przy jej specyfice są koszty zatrudnienia ekspertów o określonej wiedzy i doświadczeniu, którzy będą wykonywali analizy i opracowanie składające się na przedmiot zamówienia. Koszty te - nawet przy wykorzystaniu form współpracy z „ekspertami” innych niż umowa o pracę - są bardzo wysokie, zwłaszcza, iż na rynku istnieje duże zapotrzebowanie na wysoko wyspecjalizowanych „ekspertów”, jakich zatrudnienia przy Kontrakcie oczekuje Zamawiający. Tymczasem w ofercie Konsorcjum ECMG koszty są ukształtowane na bardzo niskim poziomie.

Podnosząc zarzut niezgodności treści oferty Konsorcjum ECMG z treścią SIWZ wykonawca podał, że stosownie do zapisu pkt 10.6 SIWZ - ID W, w brzmieniu nadanym pismem Zamawiającego - zmianą treści SIWZ z dnia 20 marca 2014 r. - każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące. Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni wskazaną w umowie

6

możliwość zmiany ilości Innych ekspertów, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy (...). Zapisy SIWZ odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny ofertowej oraz poszczególnych cen jednostkowych były także przedmiotem wyjaśnień ze strony Zamawiającego. Wskazał przykładowo na pytania z dnia 29 kwietnia 2014 r. i udzielone odpowiedzi: Pytanie 26: Czy ceny jednostkowe netto zawarte w kolumnie 5 Formularza Cenowego muszą uwzględniać wynagrodzenia wraz z narzutami, takimi jak: podatki, składki ZUS, obowiązkowe ubezpieczenie, itp. każdego z członków personelu konsultanta na realnym, możliwym do osiągnięcia w warunkach rynkowych poziomie? Wyjaśnienie 26 Ceny jednostkowe winny zawierać koszty ogólne, wszystkie narzuty oraz zysk Wykonawcy. Ustalenie cen jednostkowych i sposób ich skalkulowania pozostaje w gestii Wykonawcy. Pytanie 29: Czy ceny jednostkowe netto zawarte w kolumnie 5 Formularza Cenowego mogą nie obejmować całkowitych kosztów wraz z kosztami towarzyszącymi raz zyskiem (narzutami), zapewnienia (zatrudnienia) Personelu Konsultanta (w tym Eksperta Kluczowego, Innego Eksperta), a także kosztów administracyjnych, w tym kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego? Wyjaśnienie 29: Ceny jednostkowe winny zawierać całkowity koszt, w tym koszty ogólne, wszystkie narzuty oraz zysk Wykonawcy. Skalkulowanie stawki wynagrodzenia Personelu Konsultanta (w tym Ekspertów Kluczowych, Innych Ekspertów, a także kosztów administracyjnych, w tym kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego) leży w gestii Wykonawcy. Wobec takich zapisów SIWZ, nie ujęcie w cenie jednostkowej wszystkich kosztów wykonania danej pozycji uznane winno zostać za niezgodność treści oferty z treścią. Taką wykładnię przyjął także sam Zamawiający (vide: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej - uzasadnienie odrzucenia oferty TPF Sp. z o.o.). Zdaniem wykonawcy, Konsorcjum ECMG choć nie zawarło w swoim formularzu cenowym cen jednostkowych za pracę poszczególnych ekspertów na poziomie 1 zł lub poziomie niewiele większym, jak zdarzało się w postępowaniu, do którego odnosi się przywołany powyżej wyrok, to jednak oczywistym jest, że część cen jednostkowych nie zawiera wszystkich kosztów zatrudnienia eksperta. Przykładowo: (1) Główny Inspektor Nadzoru Robót Drogowych i Inspektor Nadzoru Robót Drogowych (Kluczowi Eksperti) dla - w szczególności - zadania IV: ich stawka łączna to, 280 zł + 240 zł = 520 zł, co przy założeniu 26 dniówek w miesiącu i po odjęciu 2% marży daje kwotę 13 249 zł, która to kwota de facto musi wystarczyć na pracę 2 inspektorów po 16 godzin na dobę, czyli średnio na 4 etaty. Tak więc średnio kwota na 1 etat wyniosłaby ok. 3.312 zł. (2) Geodeta na zadaniu V (Ekspert Kluczowy): jego stawka to 130 zł / miesiąc, przy

szacowanej przez Zamawiającego liczbie dniówek 2.332. Biorąc pod uwagę 42 miesięczny okres realizacji od rozpoczęcia robót budowlanych do wydania Świadectwa Przejęcia, zdaniem Odwołującego, geodeta powinien pracować średnio w wymiarze 55,5 dniówek na miesiąc - co logicznie rzecz biorąc (przy założeniu SIWZ, że Zamawiający płaci tylko za

7

jedną dniówkę na dobę dla Ekspertów Kluczowych), jest niemożliwe. Oznacza to, że wykonawcy powinni de facto przewidzieć zatrudnienie dodatkowej osoby po stawce 130 zł. Biorąc pod uwagę te same założenia (26 dniówek w miesiącu i po odjęciu 2% marży), oznacza to, że średnie miesięczne wynagrodzenie na jedną osobę wyniesie średnio 1.656 zł, abstrahując już nawet od wymogu, że powinna ona pracować 16 godzin na dobę. (3) Inni Eksperci: stawka 100 zł, np. zadanie IV - Archeolog. Biorąc pod uwagę te same założenia (26 dniówek w miesiącu i po odjęciu 2% marży), średnie miesięczne wynagrodzenie archeologa wyniesie 2.548 zł, co jest wynagrodzeniem znacznie odbiegającym od rynkowego wynagrodzenia archeologa. Wskazani w pkt 1 i 2 powyżej eksperci zaliczają się do grupy tzw. Ekspertów Kluczowych, których liczba jest równa liczbie wymaganych osób na stanowisko Eksperta Kluczowego. Innymi słowy, wykonawca (Konsultant) przez cały okres realizacji umowy będzie zobowiązany do zatrudnienia po jednej osobie, i to wskazanej w ofercie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na stanowisku poszczególnego Eksperta Kluczowego. Zgodnie z zapisami SIWZ wykonawca (Konsultant) ma dostosować godziny pracy do godzin pracy wykonawcy robót budowlanych (§ 27 ust 1 wzoru umowy). Godziny pracy wykonawcy robót budowlanych zostały z kolei określone we wzorze umowy na roboty budowlane, który stanowił załącznik do SIWZ niniejszego przetargu. Zgodnie z tą umową: W trakcie całego okresu przewidzianego do zakończenia przedmiotu Umowy Wykonawca jest zobowiązany do nieprzerwanego prowadzenia Robót co najmniej od godziny 06:00 do godziny 22:00 tj. przez 16 godzin dziennie przez 6 dni w tygodniu (od poniedziałku do soboty włącznie), chyba że warunki atmosferyczne nie pozwalają na wykonywanie pewnego asortymentu Robót Brak możliwości wykonywania Robót w godzinach od 06:00 do 22:00 musi być potwierdzony przez Inżyniera Kontraktu. Jeśli wymaga tego technologia Robót, Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia Robót przez 7 dni w tygodniu przez całą dobę. W przypadkach prowadzenia Robót na terenach chronionych akustycznie, Roboty mogą być prowadzone w godzinach określonych przez Zamawiającego lub właściwy organ (Warunki Szczególne Kontraktów na roboty budowlane - subklauzula 6.5 Godziny pracy). Oznacza to, że osoba zatrudniona na stanowisku Głównego Inspektora Nadzoru Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru Robót Drogowych będzie zobowiązana do pracy w trybie 16 godzin dziennie przez 6 dni w tygodniu. Co istotne, zgodnie z zawartą w SIWZ definicją „dniówki” wykonawca (Konsultant) otrzyma max. jedną stawkę dzienną za pracę tego eksperta, nawet jeśli przepracuje on powyżej 8 godzin na dobę (§ 27 ust. 2 pkt 1). Rozwiązanie to koresponduje z zapisem pkt 6.4 OPZ, gdzie stwierdza się: Jeżeli jednak Inżynier uznaje, że zaproponowany skład osobowy i ilościowy Personelu nie pozwala na wypełnienie obowiązków omówionych w pkt 5, może on przewidzieć zatrudnienie dodatkowych osób, których wynagrodzenie należy uwzględnić w wynagrodzeniu Personelu podstawowego. Ewentualne dodatkowe wynagrodzenie należne

8

członkom Personelu Inżyniera z tytułu pracy w godzinach nadliczbowych, nocnych oraz w dni wolne od pracy nie będzie podlegało odrębnej zapłacie przez Zamawiającego i Inżynier powinien uwzględnić je w podstawowych stawkach jednostkowych. Wskazane kwoty są niewielkie, jeśli uwzględni się, iż stanowią wynagrodzenie dla wysoko wyspecjalizowanego personelu wykonawcy (por. warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do tych osób oraz pkt 6.1 OPZ) i stanowią wynagrodzenie za wykonywanie pracy w zasadzie na 2 etaty, w tym pracy w godzinach nocnych. Z podanej kwoty, Konsorcjum ECMG musi przy tym pokryć wszystkie koszty (narzuty) związane z zatrudnieniem tego eksperta, koszty ogólne własne, zysk. Podkreślił, że Konsorcjum ECMG nie może, co do zasady kosztów pracy ekspertów, o których mowa, ponieść z „budżetów” innych realizowanych przez siebie projektów. Zgodnie z § 10 pkt 16 wzoru umowy: Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Eksperci zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonania Umowy (z wyłączeniem innych Ekspertów, których planowany czas pracy określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu, nie

przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. Zamawiający nie wyrazi zgody, o której mowa powyżej, jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków przewidzianych w Umowie lub spowoduje wystąpienie konfliktu interesów. Stanowisko to Zamawiający podtrzymał w odpowiedzi na pytanie 44 z dnia 29 kwietnia 2014 r.: Czy zamawiający dopuszcza, aby osoby wchodzące w skład personelu konsultanta zatwierdzone przez kierownika Projektu w HPPK do wykonania Umowy podejmowały inne zajęcia niezwiązane z przedmiotem zamówienia, na podstawie tej samej umowy z Konsultantem (na przykład w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej) na podstawie której osoby wchodzące w skład personelu konsultanta świadczą usługi w ramach przedmiotu zamówienia? Wyjaśnienie 44: Zamawiający, w granicach przewidzianych postanowieniami Umowy (§ 10 ust. 16 Umowy) nie wyraża zgody, aby osoby wchodzące w skład personelu konsultanta zatwierdzone przez kierownika projektu w HPPK do wykonywania Umowy podejmowały inne zajęcia niezwiązane z przedmiotem zamówienia. W dalszej kolejności wskazać należy, że także ceny jednostkowe za pracę Inspektora Nadzoru Robót Drogowych i Inspektora Nadzoru Robót Mostowych nie obejmują wszystkich kosztów związanych z pracą tychże ekspertów. Konsorcjum ECMG podało w swojej ofercie ceny jednostkowe za zatrudnienie tych ekspertów, odpowiednio na poziomie 260 zł (zadanie III), 240 zł (zadanie IV), i 250 zł (zadanie V). Wskazane kwoty mają pokryć wszelkie koszty zatrudnienia wysoko wyspecjalizowanego członka personelu konsultanta, w tym koszty jego pracy w godzinach nadliczbowych, nocnych, dniach wolnych od pracy. Nadto, jak wynika z

9

zacytowanych powyżej zapisów SIWZ — pkt 10.6 IDW i pkt 6.4 OPZ - wykonawca (Konsultant) musi przewidzieć konieczność zatrudnienia odpowiedniej liczby personelu, w tym „dodatkowych osób, których wynagrodzenie należy uwzględnić w wynagrodzeniu Personelu podstawowego”. Rozwiązanie to - wobec wskazanych powyżej wymogów odnoszących się do czasu pracy zespołu konsultanta - staje się w zasadzie koniecznością. Innymi słowy, w tego typu projektach na jednego inspektora (jednego „innego eksperta”) przypada średnio jeden asystent. Koszty zatrudnienia takiego asystenta winny co do zasady zostać uwzględnione w kosztach administracyjnych (poz. 1 Formularza cenowego). Jednakże z uwagi na okoliczność, iż koszty administracyjne nie mogą - stosownie do zapisu pkt 10 SIWZ - przekroczyć 10% ceny netto łącznie za zadanie, oczywistym pozostaje, że część tych kosztów musi zostać przerzucona do kosztów zatrudnienia poszczególnych ekspertów. Problem, o którym mowa, sygnalizowany był przez wykonawców w pytaniu nr 10: Dot. pkt 10.7 IDW - określenie, że koszty administracyjne mogą stanowić nie więcej niż 10% ceny ofertowej sprawią, że koszty te będą nierealne. Przy tych wymaganiach postawionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia dotyczących transportu Zamawiającego, wielkości i wyposażenia biura Konsultanta i Zamawiającego oraz minimalnego personelu biurowego i pomocniczego wg wstępnych wyliczeń koszty te kształtują się na poziomie 22-25%. Prosimy o stosowną modyfikację. Wyjaśnienie nr 10 z dnia 29 kwietnia 2014 r.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ. Wobec powyższego, wynagrodzenie otrzymane od Zamawiającego musi de facto pokryć - poza wspomnianymi powyżej wszelkimi kosztami pracy - także koszt zatrudnienia dodatkowego personelu stanowiącego wsparcie dedykowane temu właśnie „innemu ekspertowi”. Zauważył, że wykonawca stosując inne formy zatrudnienia ekspertów niż umowa o pracę, może koszty wynagrodzenia ekspertów leżące po swojej stronie zmniejszyć, jednakże nawet przy takiej formie zatrudnienia nie sposób oczekiwać, że wysoko wyspecjalizowana kadra inżynierska będzie pracować na rzecz wykonawcy po 16 godzin na dobę 6 dni w tygodniu za wynagrodzenie określone w ofercie Konsorcjum ECMG. Reasumując wskazał, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu,

sposobu obliczenia ceny i zaprezentowania tej ceny w swojej ofercie, a takie szczegółowe wymagania i założenia sposobu wykonania zamówienia znalazły się w wymagach SIWZ, w tym także we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ. Wykonawca stwierdził, że w orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami *zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego spełnienia zamawiający oczekuje - zgodnie z postanowieniami SIWZ. Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na etapie oceny ofert brak było podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy przetargu, jak i sam zamawiający - byli związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobu spełnienia wymagań, zamieszczonym w SIWZ*”.

W uzasadnieniu zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podał, że stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [dalej jako: „uznk”] czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Rozwinięciem wskazanego przepisu jest art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, który stwierdza, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Konsorcjum ECMG zaoferowało wykonanie usług poniżej kosztów zatrudnienia części członków personelu konsultanta, co przy określeniu innych elementów ceny ofertowej na relatywnie niskim poziomie, prowadzi do wniosku, że Konsorcjum ECMG zaoferowało wykonanie usług poniżej kosztów ich wytworzenia, co jest nakierowane na uzyskanie niniejszego zamówienia i utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom. Odwołujący powołał się na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1561/14 i KIO 1577/14, który zdaniem wykonawcy ma zastosowanie w niniejszej sprawie. Odwołujący w szczególności zwrócił uwagę, że z treści wyjaśnień wykonawcy ECMG i jego oświadczeń złożonych na rozprawie wynikało, że „wykonawca ten w istocie zaoferował realizację usługi poniżej kosztów jej świadczenia. Jego kalkulacja opiera się bowiem na tym, że oczekuje on wynagrodzenia później, mimo iż zamawiający ani w treści SIWZ, ani też umowy nie wymagał kredytowania realizacji tego zamówienia przez wykonawcę. Tym samym do 2016 r. wykonawca ten pracowałaby na stratach. Odwołujący ECMG, jak już wyżej ustalono, zaniżył ceny jednostkowe niektórych kluczowych ekspertów i innych ekspertów poniżej kosztów ich świadczenia. Takie sztuczne zaniżenie cen wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca dokonał bowiem przeniesienia rzeczywistych kosztów dotyczących poszczególnych ekspertów do innych pozycji formularza

2.1. w taki sposób, aby osiągnąć określone wynagrodzenie, a tym samym uzyskać to konkretnie zamówienie. Odwołujący ECMG próbował uzasadnić opłacalność realizacji tego zamówienia, pokazując iż przewiduje on osiągnięcie zysku na określonym poziomie. Niemniej jednak podniósł także, iż do roku 2016 będzie kredytował zamawiającego. Tym samym uznać należy, iż ceny jednostkowe w kwestionowanych pozycjach formularza 2.1 uwzględniając jego wyjaśnienia, potwierdzają iż są one nierealne i nie pozwalają pokryć kosztów danego eksperta. Niemniej jednak poza wykazaniem sprzedaży poniżej kosztów własnych nie wystarcza do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, koniecznym jest również wykazanie, iż działanie to ma na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku, przy czym takim zasadniczym warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej. W konkretnym wypadku możliwe jest jednak przyjęcie, że przepis ten został naruszony, jeżeli pomimo braku pozycji dominującej na rynku właściwym w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów całkowicie realna jest eliminacja konkretnego przedsiębiorcy z rynku. I tak sytuacja w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie ma miejsce. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten także się nie potwierdził się.”

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum ECMG z postępowania wykonawca podał, że Zamawiający w pkt 7.3 SIWZ dopuścił możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. W takim jednak przypadku Zamawiający żądał udowodnienia, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zamawiający w pkt 8.2. SIWZ wskazał, że jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca ma udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi dla należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Na tej zasadzie Zamawiający żądał w pkt 8.2.a SIWZ dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Konsorcjum ECMG w całości polega na wiedzy i doświadczeniu dwóch podmiotów. Do oferty Konsorcjum ECMG złożyło dwa oświadczenia („zobowiązania”) wystawione przez te podmioty w dniu 1 kwietnia 2014r., w których podmioty te zobowiązały się oddać SGS Polska Sp. z o.o. „niezbędne zasoby, tj. wiedzę i doświadczenie”, bez sprecyzowania, o jaką wiedzę i doświadczenie chodzi. Jeden z podmiotów zobowiązał się do „podpisania umowy na usługi konsultingowe”, drugi zaś także do „podpisania umowy na usługi konsultingowe”, przy czym dotyczącej „wydawania opinii i stałego doradztwa

12

dotyczących realizacji przedmiotowej usługi”. Oba podmioty udostępniające potencjał oświadczyły, że nie będą brać udziału w realizacji przedmiotowej umowy jako podwykonawca. Na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum ECMG w piśmie z dnia 18.08.2014 r. przyznało, że podmioty, na których zasoby Konsorcjum ECMG się powołuje, nie będą brały udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, dlatego też Konsorcjum ECMG nie dożyło wraz z ofertą oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, których Zamawiający żądał zgodnie z pkt 8.2.b. SIWZ (zgodnie z tym punktem SIWZ, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający wymaga przedłożenia w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust 1 Pzp”). Mało tego, w piśmie tym Konsorcjum ECMG wprost przyznało, że wszelkie czynności względem Zamawiającego dotyczące realizacji zamówienia będzie wykonywało samodzielnie, oraz potwierdziło, że „zakresem współpracy umożliwiającej przekazanie użyczonego potencjału jest usługa konsultingowa i będzie ona dotyczyć wybranych problemów technicznych związanych z realizacją robót budowlanych.” W ocenie Odwołującego, Konsorcjum ECMG nie udowodniło tym samym, że będzie miało rzeczywisty, realny dostęp do wiedzy i doświadczenia podmiotów udostępniających, w szczególności gdy możliwa wg SIWZ do udostępnienia wiedza i doświadczenie obejmuje zgodnie z pkt 7.2.2. SIWZ wykonanie usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadań polegających na projektowaniu i budowie (przebudowie) określonych w SIWZ obiektów budowlanych i sieci. Zakres ten jest więc znacznie szerszy niż zakres usług konsultingowych, które miałyby być świadczone na rzecz Konsorcjum ECMG przez podmioty udostępniające potencjał. Wynikający z oświadczeń owych podmiotów i pisma Konsorcjum ECMG z dnia 18.08.2014r. zakres i sposób przekazania wiedzy i doświadczenia wskazuje, że Konsorcjum ECMG nie może realnie korzystać z wiedzy i doświadczenia tych podmiotów niezbędnej do wykonania zamówienia, a wynikającej z Formularza do oferty „Wiedza i doświadczenie” i pkt 7.2.2. SIWZ, obejmującej szeroko rozumiany nadzór nie tylko nad realizacją robót budowlanych, ale także nad projektowaniem. W szczególności z przedmiotowych zobowiązań z dnia 01.04.2014r. wynika jedynie zobowiązanie do zawarcia w przyszłości umowy regulującej zasady realizacji zobowiązań wynikających z niniejszego zobowiązania. Tym samym to dopiero ta umowa określi (być może) zakres dostępnych zasobów, sposób ich wykorzystania, zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązania obejmujące „usługę konsultingową wybranych problemów dotyczącą technicznych” wskazują, że Konsorcjum ECMG nieskutecznie wykazało spełnienie sprecyzowanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i

13

doświadczenia. Taki zakres współpracy pomiędzy Konsorcjum ECMG a podmiotami udostępniającymi potencjał jest zbyt wąski i nie gwarantuje rzeczywistego przekazania Konsorcjum ECMG wymaganego potencjału, niezbędnego do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w piśmie z dnia 12.08.2014 r. skierowanym do Konsorcjum ECMG podkreślał, że przy świadczeniu usług zarządzania i nadzoru inwestorskiego przekazanie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa, konsultingu jednoznacznie oznacza udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia oraz zwrócił uwagę, że w tak specjalistycznym zamówieniu, jakim jest zarządzanie złożonym i wieloaspektowym kontraktem budowlanym, pomoc doradcy, konsultanta będzie niedoświadczonemu Wykonawcy niezbędna niemal na każdym kroku realizacji zamówienia. Tego zaś podmioty udostępniające Konsorcjum ECMG potencjał nie zapewniają. Konsorcjum ECMG oświadczyło nawet wprost w piśmie do zamawiającego z dnia 18.08.2014r., że owe podmioty nie będą brały udziału w realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie mamy do czynienia tylko z pozornym udostępnieniem Konsorcjum ECMG w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów. Zdaniem Odwołującego treść tych oświadczeń przesądza także o braku możliwości skorzystania przez Zamawiającego z procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, tj. wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń skoro przedstawione przez Konsorcjum dokumenty nie potwierdzają realnego przekazania tego zasobu. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego ma zostać udowodnione zamawiającemu, a żadne istotne okoliczności w tym zakresie nie mogą być pozostawione domysłem.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - ECMG GmbH, oraz SGS Polska Sp. z o.o. z Wiednia wnosząc o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów.

14

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutów podtrzymanych na rozprawie, stwierdził, co następuje:

Odnosnie zarzutu, polegającego na naruszeniu art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podał w szczególności, że „Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie kryterium arytmetycznego (porównania tych cen z wartością szacunkową, czy też innymi cenami zaoferowanymi w tym postępowaniu) i w efekcie odrzucenia ofert poniżej pewnego, założonego z góry, poziomu”. Jego zdaniem, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. W obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanie prawnym, nie określał on jednak szczegółowych warunków, po zaistnieniu których koniecznym jest wszczęcie procedury w nim opisanej. Zamawiający podkreślił także, że Odwołujący błędnie oszacował, iż cena w ofercie Odwołującego stanowi 59% wartości szacunkowej zamówienia brutto. Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi bez uwzględnienia zamówień uzupełniających 29 300 641,30 zł brutto zatem cena w ofercie Konsorcjum ECMG stanowi 77,34 % ww. wartości, w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert z pominięciem oferty najdroższej tj. kwoty 26 591 412,61 zł stanowi 85,22 % tej wartości. Dalej podał, że zgodnie z obowiązującą procedurą w jednostce samodzielnie przeprowadził analizę w zakresie zaoferowanej przez Konsorcjum ECMG ceny oferty pod kątem zbadania czy uzasadnione będzie wszczęcie procedury badania tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w trybie przewidzianym w art. 90 ust.1 ustawy Pzp, biorąc również pod uwagę aktualne brzmienie tego przepisu, mimo oczywistego faktu, iż nie będzie on znajdował wprost zastosowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stosując kryterium arytmetyczne, w którym punktem odniesienia jest ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, przyjął jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania dla wszystkich złożonych ofert granicę

30% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług tj. kwotę 29 300 641,30 zł. Zgodnie z tym badaniem, oferty, w których cena ofertowa odbiega od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług o więcej niż 30% mogą budzić wątpliwość co do sposobu ich kalkulacji przez wykonawców. Z analizy tej wynika, że żadna oferta nie jest niższa o 30% lub więcej od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Kryterium to wskazało, że nie ma ofert z rażąco niską ceną. Także kryterium ceny ofert, w którym punktem odniesienia była średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert w odniesieniu do danej oferty nie wykazała rażąco niskiej ceny. Zamawiający – w oparciu o to kryterium - stwierdził, że cena oferty nr 2 (najwyższa ze

15

wszystkich złożonych ofert) jest wyższa od Szacunkowej Wartości Zamówienia o 70,58 % a od poprzedzającej ją pod względem wysokości ceny oferty nr 5 o 64,79 %. W związku z tym przy obliczaniu średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert pominięto ofertę nr 2 (jako ofertę z rażąco wysoką ceną), która wpływałaby w sposób istotny na średnią arytmetyczną cen ofert. Z kryterium tego wynika, że żadna oferta nie jest niższa o 30% lub więcej od średniej arytmetycznej cen ofert a trzy oferty z najniższymi cenami w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofert są niższe odpowiednio o 14,78 % (oferta Konsorcjum ECMG), 12,45 % i 7,02 %. W oparciu o powyższe wyliczenia Zamawiający uznał, że występujące różnice nie dają jednoznacznych podstaw do stwierdzenia, że zachodzą przesłanki do przeprowadzenia procedury wyjaśniania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. Także analiza ofert według kryterium, w którym punktem odniesienia jest średnia arytmetyczna grupy cenowej, nie dawały podstaw do stwierdzenia, że zachodzą przesłanki do przeprowadzenia procedury wyjaśniania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. Z pośród złożonych ofert Zamawiający wyodrębnił grupę czterech ofert, których ceny najmniej odbiegają od siebie. Porównując cenę średniej arytmetycznej cen z tej grupy do cen wszystkich ofert, Zamawiający stwierdza, że żadna złożona oferta nie jest niższa o 30% lub więcej od średniej arytmetycznej grupy cenowej a trzy oferty z najniższymi cenami w stosunku do średniej arytmetycznej grupy cenowej są niższe odpowiednio o 12,66 % (Konsorcjum ECMG), 10,27 % i 4,71 %. Na podstawie niniejszego kryterium Zamawiający stwierdził, że w stosunku do złożonych ofert nie zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny. Podał również, że w analizie zastosowano także kryterium podobieństwa - gdzie punktem odniesienia jest porównanie z cenami ofert złożonych w podobnym czasie na zadaniach o podobnym charakterze. Z pośród złożonych ofert Zamawiający porównał trzy oferty z najniższymi cenami do ofert z najniższymi cenami w przetargach na zadania o podobnym charakterze. Ponieważ w niniejszym przetargu oferty składane są na trzy zadania, do celów porównawczych ceny analizowanych ofert podzielono przez 3. Zamawiający zwrócił uwagę, że zadania do których porównano są zadaniami o podobnym charakterze ale nie są zadaniami identycznymi. Na podstawie niniejszego kryterium Zamawiający stwierdził, że w stosunku do złożonych ofert nie zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny. Także kryterium porównania cen jednostkowych - gdzie punktem odniesienia porównanie cen jednostkowych jest zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców w stosunku do cen jednostkowych w Szacunkowej Wartości Zamówienia opracowanej na podstawie zestawienia cen za takie same usługi na przestrzeni okresu 2010-2012. Zamawiający stwierdził, że biorąc pod uwagę charakter usługi, gdzie nadrzędnym celem jest właściwe zarządzanie kontraktem i nadzór nad realizowanymi robotami, w analizie kryterium podobieństwa skupiono się na porównaniu cen w pozycji Usługi nadzoru tj. eksperci kluczowi i inni nie dawało podstaw do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Tak jak podał Zamawiający (...) zasadnicze znaczenie dla realizacji

16

kontraktu ma kluczowy personel tj. grupa Ekspertów kluczowych. Analizując trzy oferty z najniższą ceną (oferta nr 10, 4 i 13), porównując ceny za dniówkę ustalone dla Ekspertów kluczowych Zamawiający stwierdził: w ofercie nr 10 (Konsorcjum ECMG) ceny zbliżone są do cen ustalonych w Szacunkowej Wartości Zamówienia dla odpowiednich Ekspertów. Wyjątkiem jest cena specjalisty ds. rozliczeń - 58,01 % dla zadania III i 55,60 % dla zadania IV; w ofercie nr 4 ceny zbliżone są do cen ustalonych w Szacunkowej Wartości Zamówienia dla odpowiednich Ekspertów. Wyjątkiem jest cena specjalisty ds. roszczeń - 38,46 % dla wszystkich zadań. Ceny weryfikatorów dokumentacji projektowej drogowej i mostowej są bardzo wysokie - odpowiednio 1204,34 % i 1244,30 % cen ustalonych w Szacunkowej

Wartości Zamówienia dla odpowiednich Ekspertów (w wszystkich zadaniach); w ofercie nr 13 ceny zbliżone są do cen ustalonych w Szacunkowej Wartości Zamówienia dla odpowiednich Ekspertów. Wyjątkiem są ceny weryfikatorów dokumentacji projektowej drogowej i mostowej - odpowiednio 40,46 % (zad. III), 42,19 % (zad. IV), 32,65 % (zad. V) oraz 41,80 % (zad. III), 43,59 % (zad. IV), 29,59 % (zad. V) cen ustalonych w Szacunkowej Wartości Zamówienia dla odpowiednich Ekspertów. W reasumpcji - biorąc pod uwagę analizę wszystkich kryteriów - Zamawiający stwierdził, że żadna ze złożonych ofert nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający podał, że „Odwołujący starał się wykazać, iż zaoferowane przez Konsorcjum ECMG stawki za pracę ekspertów są nierealne i nie uwzględniają wszystkich kosztów zatrudnienia tych ekspertów co świadczyć powinno o konieczności odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z wymogiem Zamawiającego wyrażonym w zapisie pkt 10.6 SIWZ - IDW, w brzmieniu nadanym pismem Zamawiającego - zmianą treści SIWZ z dnia 20 marca 2014 r. „ oraz wskazał, że „w trakcie wstępnego badania cen złożonych ofert, dokonał także badania cen jednostkowych poszczególnych ekspertów w 3 ofertach z najniższą ceną”. Zdaniem Zamawiającego z badania tego wynika, iż ceny jednostkowe za zatrudnienie objętych zarzutem ekspertów aczkolwiek odbiegają od Szacunkowej Wartości Zamówienia [Główny inspektor nadzoru robót drogowych, Inspektor Nadzoru Robót Drogowych: odpowiednio 280,00 zł oraz 240,00 zł zad. IV, odpowiednio: 80,00 % i 80 % wartości zamówienia dla tych ekspertów; Geodeta: 130,00 zł zad. V, 40,31 % wartości zamówienia dla tego eksperta; Archeolog: 100 zł zad. IV, : 76,92% wartości zamówienia dla tego eksperta] - to nie odbiegają one rażąco od cen kluczowych i innych ekspertów w złożonych ofertach i nie dają podstaw do uznania, że wykonawca Konsorcjum ECMG obliczył cenę oferty niezgodnie z warunkami SIWZ.

17

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stwierdził, że fakt, iż oferta Konsorcjum ECMG zawiera niższe ceny w określonym zakresie w stosunku do cen zaoferowanych przez innych wykonawców lub szacunku Zamawiającego nie jest dowodem na to, że oferta ta jest ofertą z rażąco niską ceną bądź też jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie uznał ceny oferowanej przez wykonawcę Konsorcjum ECMG za rażąco niską cenę i w tej sytuacji to odwołujący - zgodnie z regułą z art. 6 k.c. - winien był udowodnić, że cena podana przez wygrywającego przetarg wykonawcę jest rażąco niska. W szczególności winien był wykazać, że wykonawca ten ustalił cenę poniżej własnych kosztów, że będzie ponosił z tego tytułu straty i że w przyszłości zagrazi to bezpiecznemu wykonaniu umowy zawartej z zamawiającym. W opinii Zamawiającego za niedostatecznie sprecyzowany należało uznać także zarzut, że złożenie oferty przez Konsorcjum ECMG stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Samo przeświadczenie Odwołującego, że cena lub poszczególne ceny jednostkowe zaoferowane przez Konsorcjum ECMG oznaczają sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia jest dalece niewystarczające. Odwołujący zaniechał w ogóle wykazywania zaistnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w przywołanym przez siebie przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b ustawy Pzp, art. 22 ust. 5 Ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający podał w szczególności, że do Konsorcjum ECMG złożyło w ofercie dwa oświadczenia („zobowiązania”) wystawione w dniu 01.04.2014 r. przez te podmioty, w których podmioty te zobowiązały się oddać SGS Polska Sp. z o.o. „niezbędne zasoby, tj. wiedzę i doświadczenie”, bez sprecyzowania, o jaką wiedzę i doświadczenie chodzi. Jeden z podmiotów zobowiązał się do „podpisania umowy na usługi konsultingowe”, drugi zaś także do „podpisania umowy na usługi konsultingowe”, przy czym dotyczącej „wydawania opinii i stałego doradztwa dotyczących realizacji przedmiotowej usługi”. Oba podmioty udostępniające potencjał oświadczyły, że nie będą brać udziału w realizacji przedmiotowej umowy jako podwykonawca. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 8.2.b, SIWZ

wymagał przedłożenia w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp oraz, że ocena sposobu udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci oraz jego ewentualne skutki w postaci udziału w realizacji części zamówienia, powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia oraz charakteru udostępnianego potencjału i sposobu jego przekazania. Zamawiający zwrócił też uwagę, na swoje stanowisko

18

reprezentowane w trakcie postępowania, na literalne brzmienie przepisu, który nakazuje złożenie wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie tylko w sytuacji, gdy podmiot udostępniający potencjał samodzielnie wykonuje część zamówienia (jako podwykonawca określonej części zamówienia), ale także gdy bierze on udział w realizacji części zamówienia.

W konkluzji Zamawiający stwierdził, że z oświadczeń Konsorcjum ECMG wynika jedynie, iż podmioty udostępniające swój potencjał nie będą podwykonawcami, czyli nie będą samodzielnie świadczyły ani usługi nadzoru, ani promocji, bo z takich dwóch części składa się niniejsze zamówienie. Obie te usługi Konsorcjum ECMG zgodnie z ofertą będzie świadczyło samodzielnie za pomocą 104 doświadczonych i zweryfikowanych pod względem kwalifikacji ekspertów. Nie wynika natomiast, co sugeruje Odwołujący, iż podmioty te w rozumieniu ustawy Pzp nie będą brały w realizacji zamówienia. Zdaniem Zamawiającego podmiot trzeci udostępniający wykonawcy zasób swojej wiedzy i doświadczenia nawet nie będąc podwykonawcą świadczącym usługę nadzoru inwestorskiego będzie brał udział w realizacji tej części zamówienia doradzając wykonawcy jak tę część zamówienia wykonać zgodnie z warunkami zawartej umowy. Podał również, że na aspekt innego, niż podwykonawstwo udziału w realizacji przedmiotu zamówienia wskazał w piśmie skierowanym do Konsorcjum ECMG w dniu 12.08.2014 r., na które Konsorcjum udzieliło odpowiedzi w dniu 18.08.2014 r. Do odpowiedzi tej Konsorcjum ECMG załączyło zgodnie z warunkami SIWZ oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby o braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, przyznając tym samym, że zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnianiu zasobu - wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa, konsultacji należy uznać za równoznaczne z udziałem tego podmiotu w realizacji niniejszego zamówienia w sposób sformułowany przez Zamawiającego w wezwaniu. Zwrócił także uwagę, że podobna argumentacja świadcząca o poprawności działań Zamawiającego została poddana analizie i uznana za poprawną w trakcie Kontroli Uprzedniej UZP/DKUE/KU/127/14 z dnia 06.10.2014 r., która to kontrola dotyczyła postępowania prowadzonego przez ten sam Oddział GDDKiA w postępowaniu na usługi zarządzania i nadzoru nad budową trzech odcinków drogi S5 i kontrola nie wykazała jakichkolwiek naruszeń w toku prowadzonego postępowania, a uzasadnienie dotyczyło Konsorcjum ECMG i potwierdzenia przez niego warunku wiedzy i doświadczenia polegając na zasobach tych samych podmiotów i w taki sam sposób jak w niniejszym postępowaniu: [Cyt.: „Użyte w treści zobowiązań sformułowanie o „nieuczestniczeniu bezpośrednim w realizacji umowy w charakterze podwykonawcy”, zamawiający ocenił z uwzględnieniem argumentacji

19

przedstawionej w uzasadnieniu pisma wzywającego wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń, które Zamawiający zaczerpnął z publikacji PARP pt. „Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP”, tj. uznał że udział podmiotu trzeciego w realizacji zadania niekoniecznie musi przybrać formę podwykonawstwa (tak jak określiły to podmioty udostępniające zasoby), ale może być realizowane w innych formach, które nie są uznawane za formę podwykonawstwa, tj. np. poprzez doradztwo i konsultacja, tak jak wskazały w treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów podmioty trzecie. W przytoczonym fragmencie publikacji, wskazano iż „przekazanie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa, konsultingu jednoznacznie oznacza udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia”. Powyższego nie przekreśla użyte w treści zobowiązania określenie formy udostępnienia, a fakt uzupełniania oświadczenia podmiotów trzecich w zakresie dotyczącym braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których

mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdza udział podmiotów udostępniających w realizacji zamówienia, a tym samym wskazanie na realne dysponowanie przez wykonawcę udostępnianymi mu zasobami"]. Reasumując Zamawiający podał, że ocenił realność udostępnienia potencjału podmiotów trzecich na podstawie treści zobowiązań załączonych do oferty (w szczególności zobowiązania się podmiotów trzecich do podpisania umowy z Wykonawcą na usługi konsultingowe regulującej zasady realizacji zobowiązań wynikających ze złożonych Zobowiązań) oraz oświadczeń, które Wykonawca uzupełnił w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (a które należy złożyć w przypadku, gdy podmioty trzecie będą brały udział w realizacji części zamówienia)."

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba miała na uwadze argumentację z odwołania oraz wyniki przeprowadzonej przez Zamawiającego analizy oznaczonej jako „Badanie wstępne”. W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że Odwołujący błędnie ustalił, że cena podana w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. [wykonawca ECMG lub Konsorcjum ECMG] stanowi 59% wartości szacunkowej zamówienia brutto. Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi bowiem - bez

20

uwzględnienia zamówień uzupełniających - kwotę 29 300 641,30 zł brutto i tym samym cena w ofercie Konsorcjum ECMG stanowi 77,34 % wartości zamówienia, a w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert – tak jak wskazał zamawiający z pominięciem oferty najdroższej tj. kwoty 26 591 412,61 zł - 85,22 % tej wartości. Tak jak podał Zamawiający, zgodnie z obowiązującą w jednostce procedurą przeprowadził analizę zaoferowanej przez Konsorcjum ECMG ceny w celu ustalenia, czy uzasadnione będzie wszczęcie procedury badania tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w trybie przewidzianym w art. 90 ust.1 ustawy Pzp, uwzględniając również aktualne brzmienie tego przepisu, mimo oczywistego faktu, iż ten przepis nie będzie znajdował wprost zastosowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe badanie było prowadzone z zastosowaniem różnorodnych kryteriów takich jak kryterium arytmetyczne, kryterium podobieństwa oraz kryterium porównania cen jednostkowych. Zdaniem Izby, stosując kryterium arytmetyczne - w różnych jego aspektach takich jak: wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert w odniesieniu do danej oferty i średnia arytmetyczna grupy cenowej - wynik analizy nie wykazał rażąco niskich cen w odniesieniu do żadnej z ofert, w tym do ceny z oferty Konsorcjum ECMG. Także kryterium podobieństwa, gdzie punktem odniesienia było porównanie z cenami ofert złożonych w podobnym czasie na zadaniach o podobnym charakterze - nie daje podstaw do stwierdzenia, że zachodzą przesłanki do przeprowadzenia procedury wyjaśniania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. Podobnie, wynik analizy według kryterium porównania cen jednostkowych, gdzie punktem odniesienia było porównanie cen jednostkowych zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców w stosunku do cen jednostkowych w szacunkowej wartości zamówienia opracowanej na podstawie zestawienia cen za takie same usługi na przestrzeni okresu 2010-2012. Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem wynik badania wstępnego nie daje podstaw do uznania, że wykonawca Konsorcjum ECMG obliczył cenę oferty niezgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ceny jednostkowe za zatrudnienie wskazanych w odwołaniu ekspertów, co prawda są niższe od szacunkowej wartości zamówienia, jednakże nie odbiegają one rażąco od cen jednostkowych dla kluczowych ekspertów podanych w ofertach przez innych wykonawców.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że okoliczność niższych – w zaskarżonym zakresie - cen oferowanych przez Konsorcjum ECMG w stosunku do cen zaoferowanych przez innych wykonawców lub w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia nie jest dowodem na to, że oferta ta jest ofertą z rażąco niską ceną oraz, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że badanie wstępne nie potwierdziło, że cena oferowana przez Konsorcjum ECMG jest ceną rażąco niską. Wnoszący odwołanie - zgodnie z regułą z art. 6 k.c. - nie wykazał także, że wykonawca ECMG ustalił cenę poniżej własnych kosztów, powodujących ponoszenie z tego tytułu straty przez Konsorcjum, co w przyszłości zagraża bezpiecznemu wykonaniu umowy. Samo przeświadczenie Odwołującego, że cena lub poszczególne ceny jednostkowe zaoferowane przez Konsorcjum ECMG oznaczają sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia nie może być uznane za dowód, o którym stanowi art. 190 ust.1 ustawy Pzp dla wykazywania zaistnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w powołanych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b ustawy Pzp, art. 22 ust. 5 Ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem z ustaleń w sprawie - oświadczeń Konsorcjum ECMG, a także oświadczeń i wyjaśnień podmiotów trzecich [SGS Tecnos, S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o.], udostępniających Konsorcjum potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia – wynika bezspornie tylko, że podmioty udostępniające potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia nie będą podwykonawcami przy realizacji tego zamówienia, czyli nie będą samodzielnie świadczyć wymaganych usług, jednakże będą brać udział w realizacji części zamówienia wykonując na rzecz Konsorcjum usługi doradcze zgodnie z warunkami zawartej umowy. Izba zauważa, że Zamawiający wymagając w specyfikacji - zgodnie z jej pkt 8.2.b - dokumentu na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z tego postępowania, podał, że dotyczy to wykonawców, którzy będą brali udział w realizacji zamówienia, nie zaznaczając, że powyższe wymaganie dotyczy tylko podwykonawców. Zamawiający także w wezwaniu skierowanym w dniu 12.08.2014 r. do Konsorcjum ECM zwracał uwagę, że wymagane przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczą nie tylko sytuacji, gdy podmiot udostępniający potencjał samodzielnie będzie wykonywał część zamówienia, jako podwykonawca określonej części zamówienia, ale także tego podmiotu, który bierze udział w realizacji części zamówienia w inny sposób. W konkluzji Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że ocena sposobu udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci oraz udział w realizacji części

22

zamówienia, powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia oraz charakteru udostępnianego potencjału i sposobu jego przekazania. Izba podzieliła również pogląd, że Zamawiający zarówno ustalając wymaganie w specyfikacji jak i kierując wezwaniem do Konsorcjum ECMG zwracał uwagę na aspekt innego, niż podwykonawstwo udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym użyte w treści zobowiązań sformułowanie o nieuczestniczeniu bezpośrednim w realizacji umowy w charakterze podwykonawcy, Zamawiający ocenił prawidłowo z uwzględnieniem argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu pisma wzywającego wykonawcę do uzupełnienia - zgodnie z warunkami specyfikacji - oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby o braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Izba uwzględniła także fakt, że wykonawca ECMG na rzecz tego Zamawiającego wykonywał, a także wykonuje analogiczne zamówienia o podobnym zakresie, jednakże o niższych parametrach, aniżeli wymagane w tym postępowaniu i dlatego Konsorcjum zobowiązane było posiłkować się w zakresie wiedzy i doświadczenia potencjałem podmiotu trzeciego.

Izba dodatkowo i na marginesie zwraca uwagę, że wnoszący odwołanie wykonawca Egis złożył w ofercie zobowiązanie z datą 26.05.2014 r., w której podmiot trzeci – Egis Poland sp. z o.o. - udostępniający zasoby, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia, oświadczył w punkcie 5, że „nie będzie uczestniczył w realizacji przedmiotowego zamówienia”. Uzupełniając na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.08.2014 r. dokumenty i zastrzegając pismo oraz załączniki, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca Egis przedstawił bez

wezwania nowy dokument tego samego podmiotu opatrzony także datą 26.05.2014 r., co wobec złożonego w piśmie z dnia 19.08.2014 r. oświadczenia, wskazuje, że to zobowiązanie zostało wytworzone w okresie 18/19 sierpień 2014 r. W tym zobowiązaniu zmodyfikowano punkt 5, podając że podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył w realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie wskazanym w punkcie 4, który to punkt dotyczy szeroko rozumianych usług konsultingowych oraz wsparcia finansowego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

23

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....
.....
.....

24