Sygn. akt: KIO 1549/16

WYROK
z dnia 5 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę Sweco Consulting sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60 - 164 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Warmińsko-Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28 b, 10-602 Olsztyn

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sweco Consulting sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60 - 164 Poznań tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Zamawiającego Województwa Warmińsko-Mazurskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28 b, 10-602 Olsztyn na rzecz wykonawcy Sweco Consulting sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60 - 164 Poznań kwotę 19 247 zł 18 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście czterdzieści siedem złotych osiemnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, zwrotu opłat skarbowych, zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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 Olsztynie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1549/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Warmińsko-Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28 b, 10-602 Olsztyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy kontrakcie pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 545 z przebudową dwóch skrzyżowań w m. Nidzica wraz ze wschodnim wylotem drogi 604", Znak sprawy: ZDW/NZP.IRI.- 1/3220/54/16.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.04.2016 r., Numer ogłoszenia: 2016/S 076-134156.

Odwołujący: Sweco Consulting sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60 - 164 Poznań informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy: PROKOM Construction sp. z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec (dalej: „PROKOM") oraz o wykluczeniu wykonawcy: Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Usługowo- Budowlane „INSPEC" sp. z o.o., ul. 1 Maja 6, 10-118 Olsztyn - Lider oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa ogólnego

„BUDOPRZEM" sp. zoo., ul. Orkana 5b, 10-012 Olsztyn-Partner (dalej: „Konsorcjum INSPEC")otrzymał od Zamawiającego drogą mailową w dniu 9 sierpnia 2016 r.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

a) zaniechania, w odniesieniu do wykonawcy PROKOM przeprowadzenia procedury uzupełniania dokumentów lub wyjaśniania treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, lub zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: PROKOM,

b) błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez PROKOM, a w konsekwencji powyższego, błędnego ustalenia, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny, lub błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez PROKOM, a w konsekwencji powyższego, uznanie, że oferta złożona przez PROKOM nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, lub błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez PROKOM, a w konsekwencji powyższego, uznanie, że oferta złożona przez PROKOM nie zawiera błędu w obliczeniu ceny,

lub błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez PROKOM, a w konsekwencji powyższego błędne ustalenie, że treść oferty tego wykonawcy odpowiada treści SIWZ

c) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PROKOM, pomimo tego, że wykonawca ten nie wyraził zgody na poprawienie przez Zamawiającego omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, 3

---

d) dokonania wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez PROKOM, oraz błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum INSPEC, a w konsekwencji powyższego, błędnego ustalenia, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum INSPEC, a w konsekwencji powyższego błędnego ustalenia, że treść oferty tego wykonawcy odpowiada treści SIWZ oraz, że przedmiotowa oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny,

d) niedokonania odrzucenia oferty INSPEC z Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt) 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, podczas gdy oferta to podlegała odrzuceniu ze względu na wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W związku z powyższym, zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 poprzez zaniechanie jego zastosowania;
- art. 7 ust. 3 poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;
- art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że PROKOM wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy PROKOM nie wykazał ich spełnienia, a Zamawiający zobowiązany był do wezwania PROKOM do uzupełnienia oferty lub ewentualnie wyjaśnienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

lub

- art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 24 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że PROKOM wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy PROKOM nie wykazał ich spełnienia, a w konsekwencji niewykluczenie wykonawcy i nieodrzucenie oferty wykonawcy podlegającej odrzuceniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 7) poprzez jego niezastosowanie i nieodrzucenie oferty PROKOM pomimo niewyrażenia zgody przez tego wykonawcę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ;
- art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3, w związku z art. 90 ust. 1, poprzez błędną ocenę wyjaśnień przedłożonych przez PROKOM, tj. poprzez uznanie, że wykonawca ten wykazał, że zaproponowana przez niego cena oferty nie jest ceną rażąco niską, a w konsekwencji nieodrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonanie wyboru oferty PROKOM jako oferty najkorzystniejszej;
- art. 89 ust. 1 pkt 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

PROKOM ,jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ;

- art. 89 ust 1 pkt. 6) poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PROKOM jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny;
- art. 89 ust. 1 pkt 3) poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PROKOM, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie, pomimo dokonania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum INSPEC z postępowania (z powodu niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu) i odrzucenia jego oferty, z ostrożności procesowej, w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum INSPEC, zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp;

- art. 89 ust. 1 pkt 3) poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum INSPEC, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu uczciwej konkurencji;
- art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3, w związku z art. 90 ust. 1, poprzez błędną ocenę wyjaśnień przedłożonych przez Konsorcjum INSPEC, tj. poprzez uznanie, że wykonawca ten wykazał, że zaproponowana przez niego cena oferty nie jest ceną rażąco niską oraz nieodrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum INSPEC jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- art. 89 ust. 1 pkt 6) poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum INSPEC jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny;
- art. 89 ust. 1 pkt 5) poprzez jego niezastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że mimo wykluczenia Konsorcjum INSPEC z Postępowania na podstawie art. 24 ust, 2 pkt 4), Zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy.

Według Odwołującego naruszenie powyższych przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego spowodowało, iż w przedmiotowym postępowaniu dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami tejże ustawy.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1. Unieważnienie czynności badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego, oraz wyboru oferty PROKOM, jako oferty najkorzystniejszej,
2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym Postępowaniu, w tym wezwanie wykonawcy PROKOM do udzielenia uzupełnienia i/lub do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, a w przypadku uznania, iż w stosunku do tego 5

wykonawcy nie zachodzą przesłanki uprawniające do zastosowania procedury uzupełnienia lub wyjaśniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia,

3. Nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy: PROKOM, jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji powyższego nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,

oraz:

4. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez PROKOM ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

lub

5. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez PROKOM będącej ofertą zwierającą błędy w obliczeniu ceny,

lub

6. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez PROKOM będącej ofertą, której treść nie odpowiada treści SIWZ,

oraz:

7. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum

INSPEC ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

lub

8. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum INSPEC będącej ofertą zwierającą błędy w obliczeniu ceny;

lub

9. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum INSPEC będącej ofertą, której treść nie odpowiada treści SIWZ;

oraz

10. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum INSPEC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że wykonawca został wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił również o:

11. Nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,

12. Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem jako Wykonawca sklasyfikowany na drugiej 6

---

pozycji w końcowym rankingu ofert (przy dwóch kryteriach: cena oraz deklarowanie sprawowania nadzoru nad zamówieniami uzupełniającymi i/lub dodatkowymi) liczy na uzyskanie zamówienia publicznego, a dokonana z naruszeniem wymienionych wyżej przepisów Pzp, przez Zamawiającego czynność badania i oceny ofert, a w konsekwencji jej dokonania, wybór oferty złożonej przez wykonawcę PROKOM, jako oferty najkorzystniejszej, pozbawia go tej możliwości.

Stwierdził również, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący poniósł szkodę.

Odwołujący wskazał ponadto, na możliwość poniesienia (tj. na ziszczenie się przesłanki uprawniającej go do wniesienia środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) przez niego szkody w sytuacji, gdy wykonawca wykluczony przez Zamawiającego z tego Postępowania, tj. Konsorcjum INSPEC wniesie odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz na wykluczenie wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty.

Odwołujący wskazał, iż w takiej sytuacji czynności Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum INSPEC z powodów innych niż okoliczności wymienione w art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, mogą pozbawić Sweco możliwości uzyskania tego zamówienia.

W sytuacji bowiem uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że wykluczenie Konsorcjum INSPEC było niezasadne, oferta tego wykonawcy mogłaby znaleźć się przed ofertą Sweco w końcowym rankingu ofert. W związku z tym, Sweco posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum INSPEC.

Zdaniem Odwołującego bezspornym jest, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przez Odwołującego przepisów Pzp odnoszących się do czynności Zamawiającego dokonanych i zaniechanych w toku badania ofert w zakresie badania oferty Konsorcjum INSPEC, Odwołujący może być pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a tym samym, bezspornym jest, że Odwołujący może ponieść szkodę.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z informacją uzyskaną w trakcie procedury otwarcia ofert, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym złożono ogółem 12 ofert, których ceny (z uwzględnieniem VAT) kształtowały się na poziomie od 783.264,00 PLN (oferta PROKOM)

---

do 3.958.140,00 PLN, przy podanej przez Zamawiającego kwocie, jaką może on przeznaczyć na realizację zamówienia: 2.587.106,00 PLN.

Zwrócił również uwagę, że zgodnie z pkt 13 SIWZ (strony od 16 do 17) kryteriami oceny ofert były: cena: 80% oraz „sprawowanie nadzoru nad zamówieniami uzupełniającymi i/lub dodatkowymi": 20%.

Dalej zauważył, że Zamawiający, pismem nr ZDW/NZP.IRI-1/PN/3220/54/16/33 z dnia 09 sierpnia 2016 r. przesłanym drogą mailową w dniu 9 sierpnia 2016 r. poinformował o dokonanym wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o ofertach odrzuconych i wykluczonych wykonawcach, gdzie uznał jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez PROKOM, przyznając jej ogółem 100 pkt, w tym w podkryterium „cena": 80 pkt, w kryterium pozacenowym: 20 pkt.

Oferta Odwołującego sklasyfikowana została ostatecznie na miejscu drugim, z łączną ilością punktów: 89,79 pkt (w tym za kryterium „cena": 69,79 pkt oraz kryterium pozacenowe: 20 pkt).

Jednocześnie, zaznaczył, że Zamawiający w/w pismem zawiadomił, iż dokonał wykluczenia oferty złożonej przez Konsorcjum INSPEC (tj. wykonawcy, który, zgodnie z informacjami z sesji otwarcia ofert, zajmował drugie miejsce w rankingu ofert w podkryterium „cena"), a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, wskazując jako podstawę prawną odrzucenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, czyli niewykazanie przez tego wykonawcę, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

W w/w piśmie Zamawiający poinformował również, że żadna oferta nie została odrzucona na podstawie art. 89 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż dokonane przez Zamawiającego czynności oceny i badania ofert, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej, nastąpiły z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

1. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jak również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści pkt 5.1.2 SIWZ (strona 4) określił, iż o zamówienie mogą ubiegać się 8

---

wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. cyt.: „W zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, te w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną główną usługę, której przedmiotem był nadzór nad robotami budowlanymi, obejmującymi budowę/przebudowę/rozbudowę drogi klasy nie niższej niż G, o długości 1,5 km na odcinku miejskim. Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia stosownego Świadectwa Przejęcia/protokołu odbioru. (Droga w rozumieniu ustawy z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych - Dz. U. z 2015 r. poz. 460 z późn. zm.; klasa drogi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych Jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie - Dz. U. 2016 poz. 124.".

Zwrócił uwagę, że na potwierdzenie spełniania w/w warunku PROKOM w swojej ofercie przedłożył wykaz głównych usług (sporządzony na załączniku nr 6 do SIWZ), w którym wskazał na 2 usługi, jego zdaniem potwierdzające spełnianie w/w warunku i załączając do tego jeden dokument poświadczenia, potwierdzający należyte wykonanie usługi wskazanej, jako pozycja nr 2 wykazu.

Wyjaśnił również, że co do usługi wykazywanej, jako pozycja nr 1, PROKOM nie był zobowiązany do przedkładania poświadczenia, ponieważ była to usługa wykonywana na rzecz Zamawiającego, tj. Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie (czego Odwołujący nie kwestionuje).

Odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie żadna z przedstawionych w wykazie usług nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku.

W odniesieniu do usługi wykazywanej, jako poz.nr 1: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki - usługa polegająca na nadzorze nad robotami budowlanymi obejmującymi przebudowę drogi klasy G o długości 5 km argumentował, że posiadanych przez Odwołującego informacji na wskazanym 5-cio kilometrowym odcinku drogi nie występuje odcinek 15- kilometrowy przebiegający przez odcinek miejski.

Odwołujący zauważył przy tym, że Zamawiający nie wprowadził w treści SIWZ własnej, wprowadzonej tylko na potrzeby tego Postępowania definicji pojęcia „odcinek miejski, co oznacza to, że pojęcie „odcinek miejski" należy rozumieć, jako „odcinek położony w granicach administracyjnych miasta".

9

Zdaniem Odwołującego wskazany odcinek drogi nie przebiega przez teren jakiegokolwiek miasta.

Podkreślił przy tym, że na odcinku drogi wojewódzkiej 527 Kwietniewo - Rychliki nie jest położone żadne miasto, bowiem zarówno Kwietniewo jak i Rychliki są wsiami i nie znajdują się w granicach administracyjnych miasta.

W związku z powyższym, uznał, że wyżej wskazana usługa nie potwierdza spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż nie była ona wykonywana na odcinku drogi o długości 1,5 km przebiegającym przez odcinek miejski.

W odniesieniu do usługi wykazywanej jako poz.nr 2 polegającej na pełnieniu nadzoru autorskiego oraz nadzoru inwestorskiego w zakresie branży elektrycznej przy realizacji robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn.: przebudowa ul. Będzińskiej w Sosnowcu wraz z sygnalizacją świetlna - usługa polegająca na nadzorze nad robotami budowlanymi obejmującymi przebudowę drogi klasy G o długości 2.6 km na odcinku miejskim, Odwołujący podniósł, że z opisu tej usługi, jak również z załączonego poświadczenia potwierdzającego należyte jej wykonanie wynika, iż była to usługa nadzorowania tylko robót elektrycznych, a nie nadzorowania robót budowlanych, obejmujących budowę/przebudowę/rozbudowę drogi, jak literalnie Zamawiający określił w warunku udziału w postępowaniu.

Według Odwołującego powyższe oznacza, iż przedmiotowa usługa nie potwierdza spełniania przez PROKOM warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Niezależnie od powyższego twierdzenia, Odwołujący podniósł, iż wątpliwości dotyczą również długości nadzorowanego odcinka drogi, z tego powodu, że PROKOM w złożonym wykazie usług oświadczył, iż droga miała długość 2,6 km, natomiast w treści poświadczenia należytego wykonania umowy określone zostało, że cyt.: „droga dwujezdniowa wraz z torowiskiem o długości obu jezdni 2,6 km".

W ocenie Odwołującego tak sformułowany zapis należy rozumieć w ten sposób, że była to droga dwujezdniowa długości 1,3 km (2 jezdnie x 1,3 km = 2,6 km długości obu jezdni), co wynika z definicji legalnej drogi (art. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz. U z 2012 poz. 1137), zgodnie z którą droga to wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdujących się w obrębie tego pasa, przeznaczony do ruchu lub postoju, ruchu pieszych, jazdy wierzchem i pędzenia zwierząt.

10

Zatem, wykonanie drogie dwujezdniowej nie powoduje – w ocenie Odwołującego - powstania dwóch odrębnych dróg, a tym samym łączna długość drogi wynosi 1,3 km, a nie jak wskazuje PROKOM 2,6 km.

Przedstawione wyżej fakty - zdaniem Odwołującego - potwierdzają, iż PROKOM nie wykazał, iż spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia.

Ponadto, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w sposób nieuprawniony stwierdził, iż w stosunku do tego wykonawcy (odmiennie niż w przypadku innych wykonawców), nie musi stosować procedury uzupełnienia oferty lub jej wyjaśnienia.

Podkreślił przy tym, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty, w przypadku gdy wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym - w ocenie Odwołującego - dowodzi to, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie powyższe, stwierdził, że PROKOM nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia., bowiem żadna z przedstawionych w wykazie usługa nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

W związku z powyższym, Zamawiający – według Odwołującego - powinien wezwać PROKOM do uzupełnienia oferty poprzez złożenie wykazu usług potwierdzającego, że na dzień upływu terminu składania ofert PROKOM spełniał warunki udziału w postępowaniu oraz dokumentów poświadczających należyte wykonanie usługi.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 90 ust. 2 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust 1 pkt 3) oraz art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło ogółem 12-tu wykonawców, w tym:
1/ PROKOM z ceną: 783.264,00 PLN brutto 2/ Konsorcjum INSPEC z ceną 872.070,00 PLN brutto 3/ Sweco z ceną 897.733,95 PLN brutto.

Zwrócił również uwagę, że średnia cena wszystkich złożonych ofert wyniosła: 1.455.693,40 PLN, a kwota określana przez Zamawiającego, jaką może on przeznaczyć na realizację zamówienia: 2.587.106,00 PLN, co obligowało Zamawiającego do wszczęcia 11

---

procedury opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czyli przeprowadzenia badania, czy w odniesieniu do wykonawców, którzy złożyli oferty z cenami od poz. 1 do poz. 8 w rankingu wg podkryterium: „cena” nie zachodzi domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że Zamawiający wystosował w dniu 16 czerwca 2016 r do 8-miu wykonawców, w tym do 3-ch wykonawców wymienionych wyżej, wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

W trakcie dokonywania przeglądu dokumentacji Postępowania Odwołujący stwierdził, że wszystkie wezwania skierowane przez Zamawiającego do wykonawców były jednakowej treści.

Odwołujący przyznał, że w treści wezwania Zamawiający nie wskazywał, które elementy oferty budzą jego niepokój i wymagają szczegółowego przeanalizowania, jednakże w skierowanych do wykonawców pismach wyraźnie podkreślił, iż, cyt.: „aby prawidłowo wycenić wszystkie elementy oferty mające wpływ na cenę należało wziąć pod uwagę całościowy zakres usługi Inżyniera Kontraktu, który został dokładnie określony przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia”.

Dalej zauważył, że w odpowiedzi na w/w wezwania, wykonawca: PROKOM oraz wykonawca: Konsorcjum INSPEC przedłożyli swoje wyjaśnienia, które ostatecznie zostały przyjęte przez Zamawiającego i uznane za wystarczające, kompletne i należycie udowadniające, że ceny zaproponowane przez obydwu tych wykonawców nie są cenami rażąco niskimi.

Odwołujący zaznaczył, że mógł przeanalizować tylko i wyłącznie wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Konsorcjum INSPEC, bowiem wyjaśnienia złożone przez PROKOM

zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa (nie zostały Odwołującemu udostępnione), to jednak łączna analiza treści odpowiednio: Formularzy ofertowych, Formularzy cenowych złożonych przez obu tych wykonawców, a ponadto:

- w odniesieniu do oferty PROKOM - treści Ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny - pismo Zamawiającego z dnia 14.07.2016 r.
- w odniesieniu do oferty Konsorcjum INSPEC - treści udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień na pierwsze wezwanie oraz treści ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny - pismo Zamawiającego z dnia 14.07.2016 r. i treści tych ponownych wyjaśnień udzielonych w dniu 19.07.2016 r. przez Konsorcjum INSPEC, wskazuje, w opinii Odwołującego, na to, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone zarówno przez PROKOM, jak i przez Konsorcjum INSPEC, których nie 12

---

można zakwalifikować, jako kompletnych i dowodzących jednoznacznie, iż ceny zaproponowane przez tych obu wykonawców, że ceny zaproponowane tych wykonawców są cenami rażąco niskimi.

Zasadne jest również, zdaniem Odwołującego - jest twierdzenie, że oferty złożone przez PROKOM oraz Konsorcjum INSPEC zawierają błędy w obliczeniu ceny oraz, że treści złożonych przez tych wykonawców ofert, nie odpowiadają treści SIWZ.

Powyższe oznacza – według Odwołującego, że w odniesieniu do obydwu tych wykonawców można mówić o złożeniu ofert nieporównywalnych do ofert pozostałych wykonawców, tym samym, że PROKOM oraz Konsorcjum INSPEC dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, zatem oferty tych wykonawców powinny być przez Zamawiającego odrzucone.

W zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez PROKOM wskazał, że wyjaśnienia i dowody przedkładane przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie mogą, co do zasady zmieniać tabelarycznej wyceny przedmiotu zamówienia przedkładanej wraz z ofertą, tj. nie mogą prowadzić do zmiany wyceny poszczególnych pozycji kosztowych.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia te mają jedynie uzasadniać i wskazywać powody i okoliczności, dla których wykonawca mógł skalkulować pozycję na takim, a nie innym poziomie. Dodatkową zasadą jest, iż te poszczególne pozycje kosztowe nie mogą być zmienione, co oznacza, że wykonawca nie może przerzucać kosztów pomiędzy pozycjami.

Odwołujący wyjaśnił, że w tym postępowaniu Zamawiający narzucił wykonawcom, poprzez załącznik pn. „Formularz cenowy - załącznik do oferty", podział ceny ryczałtowej na poszczególne części składowe.

Jednocześnie, w komentarzu pod tabelą Zamawiający wskazał, iż, cyt.: „Formularz cenowy służy do oceny oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego", co oznacza, iż Zamawiający oceniając ofertę, w tym badając cenę oferty pod kątem wykluczenia domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny, sam wyraźnie wskazał, iż miarodajne będą dla niego poszczególne ceny cząstkowe.

Ewentualna zaś wysoka wycena któregokolwiek z elementów wyceny nie może stanowić rezerwy na pokrycie kosztów tych pozycji, które zostały wycenione na zbyt niskim poziomie. 13

Odwołujący zaznaczył, że powyższe wyjaśnienia wykonawcy PROKOM nie zostały udostępnione. Z tych względów stwierdził, że argumentacja Odwołującego zawarta w niniejszym odwołaniu dotycząca rażąco niskiej ceny, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ bądź błędu w obliczeniu ceny jest argumentacją ogólną, wynikającą z treści dokumentów, które w tym postępowaniu zostały Odwołującemu udostępnione.

Przede wszystkim Odwołujący wskazał na fakt, iż Zamawiający oszacował zamówienie na podstawie katalogu SEKOCENBUD, zeszyt 16/2016 WKI I kwartał 2016 (strona 1 Protokołu Postępowania), zatem ocena wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny

winna być dokonana poprzez analizowanie przez Zamawiającego tych wyjaśnień w konfrontacji z tą kalkulacją/tym katalogiem.

Zwrócił uwagę, że w dokumentacji postępowania brak nie tylko takiej, ale jakiejkolwiek innej pisemnej analizy i nie jest wiadomym, które czynniki uznał Zamawiający za przekonujące, o tym, że cena zaproponowana przez PROKOM jest ceną realną ceną rynkową.

Wskazał również na brak udokumentowania dokonania analizy, czy w ofercie PROKOM został wyceniony cały przedmiot zamówienia.

Według Odwołującego - Zamawiający miał wątpliwości, co do realności ceny zaproponowanej przez PROKOM, bowiem skierował do tego wykonawcy ponowne wezwanie dotyczących rażąco niskiej ceny ze wskazaniem, że wykonawca ten ma wskazać szczegółowe wyjaśnienia i dowody w zakresie: kosztów biura, promocji i informacji, nadzoru geologicznego i archeologicznego, kosztów jakości ekspertyzy, jak również do przedstawienia kosztów jednostkowych poszczególnych rodzajów badań oraz ich ilości.

Nieznane są Odwołującemu przesłanki, które przekonały Zamawiającego o prawidłowości wyceny poszczególnych pozycji wyceny zgodnie z załącznikiem cenowym.

Odwołujący wskazał w tym miejscu okoliczności następujące:
-/ w odniesieniu do pozycji 1 Formularza cenowego: w ocenie Odwołującego, jako aksjomat można przyjąć, iż nie jest możliwe, aby wykonawca kalkulował koszty zorganizowania i utrzymania biura na 30 osób (wymagania dotyczące biura Zamawiający określił na stronie 9 i 10 Opisu Przedmiotu Zamówienia - dalej „OPZ"), zlokalizowanego maksymalnie w odległości 1 km od terenu prowadzenia robót (co oznacza, że biuro to musi być zorganizowane całkowicie od nowa) na poziomie 14.000 PLN (co przy około 28 miesięcznym cyklu realizacji daje uśrednioną kwotę 500 PLN/miesiąc netto), w sytuacji, gdy 14

---

wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty skalkulowali tę pozycję na poziomie co najmniej 2,5 krotnie wyższym (tj. od 35.000 do 1.120.000 PLN),
-/ w odniesieniu do pozycji 2 Formularza cenowego: Odwołujący wskazał, że na stronie 14 OPZ Zamawiający określił, iż wymagany Zespół Kluczowych Specjalistów ma liczyć 8-miu specjalistów, a z tytułu łączenia stanowisk możliwe jest jedynie ograniczenie przez wykonawcę ilości specjalistów do 6-ciu osób, jednakże w takim przypadku 2 osoby spośród Personelu Kluczowego muszą posiadać uprawnienia budowlane w 2-ch różnych specjalnościach.

Zwrócił uwagę, że PROKOM w swoim Formularzu cenowym wskazał, że miesięczne (rozumiane, jako uśrednione koszty nadzoru, zarówno w okresie realizacji robót, jak i w okresie zgłaszania wad) łączne koszty osobowe wszystkich osób nadzoru, to kwota 8.000 PLN miesięcznie (bez personelu pomocniczego).

Dalej wywodził, że zakładając zatem najbardziej korzystny dla PROKOM wariant, że jego Personel Kluczowy składa się z 6-ciu osób, to otrzyma się średnie miesięczne koszty zatrudnienia 1 -nej osoby na poziomie 1.333 PLN miesięcznie.

Argumentował, że jeśliby osoby te były zatrudnione przez PROKOM na podstawie umowy o pracę to tyle wynosiłby koszt Pracodawcy zatrudnienia jednej osoby.

Odwołujący wskazał przy tym na wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wynoszącego w roku 2016: 1.850 PLN, oznaczającego, iż koszt zatrudnienia przez Pracodawcę takiej osoby to 2.231,29 PLN miesięcznie.

Tymczasem, jak wyjaśnił Odwołujący - PROKOM przewidział w swojej wycenie koszty średnie koszty zatrudnienia jednej osoby na poziomie zaledwie 59,7% kosztu zatrudnienia osoby z minimalnym wynagrodzeniem, co oznacza to, że miesięczne uśrednione nakłady pracy każdej z osób Personelu Kluczowego to zaledwie 100 godzin, czyli 4,76 godziny dziennie (przyjmując pracę jedynie od poniedziałku do piątku, tj. 21 dni roboczych/miesiąc), w sytuacji, gdy 2 spośród tych osób z racji połączenia stanowisk pełnią „podwójne obowiązki".

Przyznał, że Zamawiający nie ograniczył możliwości zatrudnienia Personelu Kluczowego na innych równoległych projektach, jednak wyraźnie wskazał (poprzez zapisy na stronie 9 i 10 OPZ), że Biuro Inżyniera ma być czynne w każdym dniu, w którym prowadzone są roboty budowlane, co najmniej od poniedziałku do piątku w godzinach od 8 do 16 i w soboty od 8 do 13. 15

Podkreślił, że wymogiem Zamawiającego było, by w godzinach pracy biura była tam obecna przez cały czas jedna osoba. Dodatkowo Zamawiający wymagał, by 3 osoby spośród Personelu Kluczowego, tj. Inżynier Rezydent, Inspektor nadzoru robót drogowych oraz Inspektor ds. sanitarnych byli obecni na budowie codziennie.

Ponadto, zwrócił uwagę, że zgodnie z zapisami zawartymi na stronie 15 OPZ Zamawiający wymaga zatrudnienia personelu pomocniczego, np. archeologa, geologa, specjalistę ds. zieleni, radcę prawnego, etc.

W ocenie Odwołującego - nie jest możliwe, aby w kwocie kosztowej 8.000 PLN m-c mieściły się również wynagrodzenia tego personelu, a zatem uzasadnione jest twierdzenie, że albo PROKOM zaniżył w swojej ofercie ilość osób Personelu Kluczowego i pomocniczego, albo nie uwzględnił wymaganych ilości godzin pracy Biura Inżyniera i codziennych pobytów na budowie 3-ch wymaganych Specjalistów Kluczowych, a Zamawiający nie przeprowadził analizy zmierzającej do ustalenia, czy zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z OPZ.

W takiej sytuacji zasadne jest twierdzenie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ lub błędem w obliczeniu ceny.

Zdaniem Odwołującego - tak niska kwota przewidziana na pokrycie kosztów wynagrodzenia osób Kluczowego Personelu może być również rozpatrywana pod kątem zgodności oferty z treścią SIWZ bądź błędem w obliczeniu ceny, bowiem oznaczać może, że do realizacji przedmiotowego zamówienia PROKOM desygnuje grupę Specjalistów Kluczowych o niższych niż wymagane kwalifikacjach.

Zauważył, że błąd w obliczeniu ceny polega na nieuwzględnieniu wszystkich kosztów pracowniczych w cenie oferty, a także, że koszt pracownika dla pracodawcy to nie jest jedynie wynagrodzenie brutto pracownika. Pracodawca zobowiązany jest także do zapłaty dalszych składem ubezpieczeniowych na rzecz pracownika.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, PROKOM nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, co stanowi błąd w obliczeniu ceny.

Ponadto wskazał, że w przypadku uznania, że PROKOM uwzględnił wszystkie koszty osobowe związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, należy uznać, że określone w cenie oferty koszty uwzględniają wszystkie koszty ponoszone przez pracodawcę. 16

Według Odwołującego w takim przypadku, należy uznać, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż koszty zatrudnienia osób są niższe niż wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Zaznaczył również, że w ramach realizacji zamówień objętych Postępowaniem, biorą w nich udział wysokiej klasy specjaliści.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że nie jest możliwe, aby osoby te świadczyły swoje usługi na podstawie minimalnego wynagrodzenia.

Dlatego też, stanął na stanowisku, że ocena kosztów zatrudnienia pracowników powinna odbyć się na podstawie wyższych wysokości wynagrodzeń, a tym samym wyższych kosztów pracodawcy.

-/ w odniesieniu do poz. 3 Formularza cenowego: Odwołujący nie zakwestionował prawidłowości wyceny tej pozycji. Wskazał jedynie na niewspółmiernie wysoką wartość tej

pozycji (390.000 PLN netto) w konfrontacji z pozycją 2 - kosztami usługi nadzoru obejmującymi koszty osobowe i rzeczowe (224.000 PLN netto) w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, tj. usługi o charakterze intelektualnym, w której zasadniczą część kosztów stanowią właśnie koszty osobowe. Ponieważ Odwołujący nie zna treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez PROKOM, z ostrożności wskazał, że wykonawca nie może w sposób dowolny przerzucać kosztów z jednej pozycji formularza cenowego do innej, zatem koszty te nie mogą być wykazywane np. jak rezerwa na pokrycie kosztów osobowych z pozycji 2 Formularza cenowego,

-/ w odniesieniu do pozycji 4, 5, 6, 7 Formularza cenowego: Pozycje te to nadzór archeologiczny i geologiczny (łącznie na kwotę całościową 2.000 PLN), badania jakości i ekspertyz (1.000 PLN) oraz przygotowanie materiałów informacyjnych i reklamowych wraz z filmem - łącznie na kwotę 5.800 PLN netto).

Biorąc pod uwagę założony okres realizacji robót budowlanych polegających na realizacji inwestycji liniowej (rozbudowa drogi) na trzech różnych odcinkach (zgodnie z OPZ - strona 1) przez okres 28-miu miesięcy prowadzenia robót budowlanych, miesięczna kwota np. nadzoru archeologicznego i geologicznego w wysokości ok. 35 PLN miesięcznie dla każdego nadzoru jest – według Odwołującego - kwotą zaniżoną, nierealną, nie pokrywającą rzeczywistych kosztów pełnienia takiego nadzoru, nawet jeśliby ten nadzór był prowadzony sporadycznie, na wezwanie.

Podobnie, zdaniem Odwołującego, niedoszacowana została realna kwota badań jakości i ekspertyz. 17

Biorąc powyższe pod uwagę, wskazał, że należało przeprowadzić szczegółową analizę porównawczą i odpowiedzieć na pytania czy cena zaproponowane przez PROKOM obejmuje:

-/ po pierwsze: cały przedmiot zamówienia zgodnie z jego opisem zawartym w SIWZ oraz rezerwę na okoliczności nieprzewidziane, o których stanowi SIWZ,

-/ po drugie: czy sposób wyliczenia ceny nastąpił w sposób taki, jak to określono w SIWZ,

-/ po trzecie: czy cena PROKOM jest ceną realną, rynkową, tj. czy nie ma ona cech ceny rażąco niskiej.

Zarzucił, że analiza taka, wg dokumentacji postępowania - tu Odwołujący wskazał na zasadę pisemności postępowania - nie została przez Zamawiającego przeprowadzona (na co wskazuje treść protokołu postępowania) albo została przeprowadzona w sposób nienależyty.

Podniósł, że w ten sposób powstaje domniemanie, iż taka analiza nie mogła być przeprowadzona, bowiem wyjaśnienia złożone przez PROKOM były wyjaśnieniami ogólnikowymi, nie spełniającymi wymagań określonych w art. 90 ust. 2 Pzp.

To na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Ogólnikowe wyjaśnienia złożone na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny, powinny skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy.

W zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum INSPEC oświadczył, że Odwołujący zapoznał się z treścią zarówno z treścią Formularza ofertowego tego wykonawcy, Formularza cenowego, jak również z treścią wyjaśnień tego wykonawcy udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.06.2016 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jak również z treścią kolejnych wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na ponowne wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie kosztów biura z dnia 19 lipca 2016 r.

Wskazał, że z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający przyjął te wyjaśnienia, jako wystarczające i nie odrzucił oferty Konsorcjum INSPEC, jako oferty z ceną rażąco niską.

W ocenie Odwołującego - z przedłożonych przez Konsorcjum INSPEC wyjaśnień nie można zakwalifikować, jako wyjaśnień kompletnych, wyczerpujących i dowodzących tego, że

cena zaproponowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Jednocześnie Odwołujący zarzucił, że INSPEC w złożonej ofercie popełnił błąd w obliczeniu ceny.

W ocenie Odwołującego świadczą o tym następujące fakty:

a/ z wyjaśnień złożonych w dniu 20.06.2016 r. przez Konsorcjum INSPEC wynika, że wykonawca ten popełnił błąd w obliczeniu ceny polegający na tym, iż w pozycji 2 Formularza cenowego, w którym należało wskazać cenę usługi nadzoru, w tym wszystkie koszty osobowe i rzeczowe, ujął dla Inspektorów Nadzoru nie „koszty ich zatrudnienia", ale „średnie płace miesięczne". O powyższym błędzie świadczy jednoznacznie zdanie na stronie trzeciej wyjaśnień INSPEC z dnia 20.06.2016 r., cyt.: „Odnosząc się do najniższej krajowej, która wynosi w roku 2016 1.850 zł brutto - przyjęta średnia płaca miesięczna dla inspektora nadzoru wynosi odpowiednio od 3.570 do 3.780 zł", wskazujący na ok. 2-krotnie wyższą płacę dla Specjalistów Zespołu Kluczowego niż płaca minimalna obowiązująca w Polsce w roku 2016. Ponadto w innym miejscu swoich wyjaśnień Konsorcjum INSPEC wskazuje na to, cyt.: „że stawki miesięczne zastosowane przez Wykonawcę są wyższe niż stawki aktualnie stosowane na terenie województwa" (trzecie zdanie od końca na 1-szej stronie wyjaśnień).

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że w pkt 1 na stronie drugiej wyjaśnień wykonawca Konsorcjum INSPEC napisał, cyt.: „Koszty wynagrodzeń pracowników (praca, ZUS, US, urlopy, zwolnienia lekarskie) w okresie prowadzenia robót przyjęto, co potwierdza, że cały personel przewidziany do zatrudnienia przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego (tj. Personel Kluczowy oraz personel pomocniczy) to pracownicy tego wykonawcy zatrudnieni na umowę o pracę.

W takim przypadku udzielając wyjaśnień wykonawca winien był – zdaniem Odwołującego - odnosić się nie do kwoty najniższego minimalnego wynagrodzenia brutto, ale do kosztu zatrudnienia, który ponosi pracodawca zatrudniający taką osobę - a ten koszt, przy płacy miesięcznej minimalnej brutto 1.850 PLN, to 2.231,29 PLN, a zatem bezspornym jest, że w poz. 2 Formularza cenowego wynosząca 490.000 PLN netto, Konsorcjum INSPEC ujęło wynagrodzenia/płace osobowe miesięczne brutto, a nie koszt wypłaty tych wynagrodzeń, który ponoszony będzie przez wykonawcę, jak wymagał tego, we wzorcu Formularza cenowego, Zamawiający, co oznacza, że w przypadku oferty Konsorcjum INSPEC wystąpił błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Powyższe winno skutkować zatem odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Na marginesie, zaznaczył, że Konsorcjum INSPEC nie dołączyło do swoich wyjaśnień żadnych uśrednionych - miesięcznych stawek na terenie województwa 19

pochodzących z miarodajnych źródeł (GUS, firm doradztwa personalnego, etc.), a zatem wszelkie twierdzenia o wyższych stawkach stosowanych przez Konsorcjum INSPEC niż powszechnie obowiązujące na terenie województwa warmińsko- mazurskiego, należy uznać za nieudowodnione.

b/ niezależnie od wykazanego wyżej błędu w obliczeniu ceny i niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w przypadku nieuznania, iż zaistniał błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodność treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący wskazał na przesłankę wystąpienia rażąco niskiej ceny, uwidocznioną w wyjaśnieniach udzielonych przez Konsorcjum INSPEC w dniu 20.06.2016 r. tj. na przyjęcie dla osoby prowadzącej biuro wynagrodzenia niższego niż minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązującego w roku 2016 w Polsce.

Zauważył, że zgodnie z wymaganiami OPZ (strona 9 i 10) biuro musi pracować codziennie, od poniedziałku do piątku od 8 do 16, a w soboty od 8 do 13 i w godzinach pracy biura musi tam przebywać, co najmniej jedna osoba prowadząca Biuro Inżyniera.

Zwrócił również uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 20.06.2016 r. Konsorcjum INSPEC wskazało kwotę 1900 zł/-m-c dla tej osoby, jednakże, jak wykazano wyżej w poz. 2 Formularza cenowego zamawiający wymagał wpisania kosztów osobowych.

Dalej, wywodził, że przyjmując zatem, że kwota ta to nie płaca dla osoby, ale koszt

zatrudnienia tej osoby przez pracodawcę, to dla kwoty kosztu pracodawcy: 1.900 PLN/miesiąc otrzyma się płacę minimalną brutto: ok. 1.620 zł, czyli poniżej minimalnej kwoty wynagrodzenia wynoszącej 1.850 zł (w roku 2016).

W ocenie Odwołującego (w przypadku nie uznania argumentacji zaprezentowanej przez niego w ppkt a/) oznaczałoby to, że cena zaproponowana przez Konsorcjum INSPEC jest ceną rażąco niską, zatem oferta ta winna być odrzucona.

c/ dodatkowo Odwołujący wskazał na zupełny brak ustosunkowania się Konsorcjum INSPEC w jego wyjaśnieniach do innych kosztów, które będzie ponosić ten wykonawca, tj. o kosztach administrowania konsorcjum, kwocie na zamówienia uzupełniające (a jest deklaracja w ofercie, że koszty nadzorowania w przypadku wystąpienia zamówień dodatkowych i uzupełniających uwzględniono w ofercie).

Odwołujący zwrócił uwagę, że jednym z kryteriów oceny ofert było sprawowanie nadzoru nad zamówieniami uzupełniającymi lub/i dodatkowymi.

Wskazał również, że Konsorcjum INSPEC w złożonej ofercie oświadczył, że będzie sprawować nadzór nad takimi zamówieniami i z tego tytułu Zamawiający przyznał Konsorcjum INSPEC punkty w ramach tego kryterium.

Tym samym, Konsorcjum INSPEC zobowiązane było do ujęcia w kosztach wykonania zamówienia także kosztów świadczenia usług przy wykonywaniu zamówień dodatkowych lub uzupełniających.

Nie uwzględnienie tych kosztów w ofercie, w ocenie Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, błąd w obliczeniu ceny lub sprzeczność oferty z treścią SIWZ.

W związku z powyższym, oferta Konsorcjum INSPEC powinna zostać odrzucona.

d/ Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający po otrzymaniu pierwszych datowanych na dzień 20.06.2016 r. wyjaśnień Konsorcjum INSPEC dotyczących wysokości zaproponowanej ceny, wystąpił w dniu 14.07.2016 r. do tego wykonawcy z kolejnym wezwaniem, tym razem wskazując dokładnie, że wyjaśnienia mają dotyczyć kosztów biura.

Wskazał, że Konsorcjum INSPEC w odpowiedzi przedłożyło wyjaśnienia datowane na dzień 19.07.2016 r.

W ocenie Odwołującego - wyjaśnienia te nie wnosiły niczego nowego do treści wyjaśnień przedłożonych pierwotnie, a dołączone tzw. „dowody" zakupu w roku 2013 sprzętu komputerowego oraz przyjęcia w roku 2015 w poczet środków trwałych 2-ch kontenerów biurowych nie można uznać za dowody potwierdzające, że koszty zorganizowania i prowadzenia biura zostały przez wykonawcę: Konsorcjum INSPEC skalkulowane zgodnie z wymogami SIWZ i OPZ.

Wszystkie te wyżej wykazane elementy świadczą, zdaniem Odwołującego, o tym, że nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotowego zamówienia publicznego, przy zachowaniu wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ za ceny zaproponowaną przez wykonawców PROKOM oraz Konsorcjum INSPEC.

Tym samym, stwierdził, że uzasadnione jest stanowisko Odwołującego, iż złożenie przez PROKOM oraz Konsorcjum INSPEC ofert z cenami zaproponowanymi przez tych wykonawców można odczytywać, jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym, że zasadne jest odrzucenie tych ofert z przyczyn opisanych w art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp.

---

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7) poprzez jego niezastosowanie i nie od rzucenie oferty PROKOM pomimo niewyrażenia zgody przez tego wykonawcę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w dniu 29 czerwca 2016 roku zawiadomił PROKOM o poprawieniu omyłek w treści ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, a Wykonawca w żaden sposób nie odpowiedział na to zawiadomienie Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, brak odpowiedzi PROKOM na przedmiotowe zawiadomienie o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłki w ofercie nie może stanowić podstawy do tego, że wykonawca ten wyraził zgodę na dokonanie poprawienia omyłki.

Zdaniem Odwołującego wskazany w omawianym przepisie trzydniowy termin na niewyrażenie zgody na dokonanie poprawienia omyłek, stanowi także termin dla wykonawcy na podjęcie decyzji czy zgadza się na zmienioną treść oferty przez zamawiającego.

Jednocześnie, w ocenie Odwołującego - nie można w tym zakresie powoływać się na tzw. milczącą zgodę wykonawcy.

Według Odwołującego – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności, a w związku z tym PROKOM powinien był wyrazić swoją wolę w zakresie wyrażenia zgody lub niewyrażenia zgody w formie pisemnej.

W związku z powyższym, należy uznać, że oferta PROKOM podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5) poprzez jego niezastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że **mimo wykluczenia Konsorcjum INSPEC z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, Zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy.**

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2016 r. dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i jednocześnie, zgodnie z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poinformował wykonawców o ofertach odrzuconych o wykonawcach wykluczonych.

Przyznał, że słusznie Zamawiający dokonał wykluczeniu Konsorcjum INSPEC ze względu na niewykazanie przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zauważył że, Zamawiający wskazał w treści pisma z dnia 9 sierpnia 2016 r., że żadna ze złożonych ofert nie podlegała odrzuceniu.

Z takim stanowiskiem nie zgodził się Odwołujący, gdyż oferta złożona przez Konsorcjum INSPEC podlegała odrzuceniu zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W opinii Odwołującego naruszenie przywołanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp można rozpatrywać w kontekście naruszenia przez Zamawiającego, również przepisu art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 w/w ustawy.

Stwierdził, że Zamawiający poprzez nieuzasadnione nieodrzucenie ofert PROKOM oraz Konsorcjum INSPEC nie dochował, bowiem zasady zachowania uczciwej konkurencji, a wybór oferty złożonej przez PROKOM dokonany został niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tym samym czynność udzielenia przez Zamawiającego o przedmiotowego zamówienia publicznego nastąpi niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W dniu 25 sierpnia 2016r. zgłosił bezskutecznie swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca PROKOM.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty PROKOM, wezwania Zamawiającego dotyczącego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 16 czerwca 2016r. i z dnia 14 lipca 2016r., odpowiedzi PROKOM na powyższe wezwanie z dnia 21 czerwca 2016r.

i z dnia 19 lipca 2016r. wraz z załączonymi dokumentami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 1 września 2016r. z częściowym uwzględnieniem odwołania, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez Odwołującego wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Jednocześnie Izba nie uznała za skuteczne dokonanego zgłoszenia swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę PROKOM z tego powodu, że było spóźnione.

Z ustaleń Izby wynika, że w dniu 19 sierpnia 2016r. została przekazana wykonawcom kopia odwołania wraz z ich wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, natomiast PROKOM zgłosił w formie pisemnej przedmiotowe przystąpienie dopiero w dniu 25 sierpnia 2016r., to jest z przekroczeniem terminu do jego wniesienia.

Zgodnie z art.185 ust.2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Z powyższego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że do skuteczności dokonania zgłoszenia przystąpienia konieczne jest zachowanie określonych w tym przepisie przesłanek, w tym terminu i formy.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art. 26 ust.3 i ust.4, art.89 ust.2, ust.3 i ust.6 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia PROKOM ze skutkiem odrzucenia jego oferty z przedmiotowego przetargu, czy złożona przez tego Wykonawcę oferta była sprzeczna z treścią SIWZ, czy złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, oraz czy oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny, a także czy została złożona oferta z rażąco niską ceną.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w rozdziale 5 warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w pkt. 5.1.2 Zamawiający wprowadził warunek udziału w postępowaniu, dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, gdzie w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający stwierdził, że uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, te w okresie ostatnich trzech lat przed

upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną główną usługę, której przedmiotem był nadzór nad robotami budowlanymi, obejmującymi budowę/przebudowę/rozbudowę drogi klasy nie niższej niż G, o długości 1,5 km na odcinku miejskim. Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia stosownego Świadectwa Przejęcia/protokołu odbioru. (Droga w rozumieniu ustawy z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych - Dz. U. z 2015 r. poz. 460 z późn. zm.; klasa drogi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie - Dz. U. 2016 poz. 124).

Izba stwierdziła, że na stronie 7 - 8 swojej oferty wykonawca PROKOM złożył wykaz usług głównych: w poz.1 rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-

Rychliki polegającą na nadzorze nad robotami budowlanymi, obejmującymi przebudowę drogi klasy G o długości 5 km wykonaną na rzecz Zamawiającego oraz w poz. 2 pełnienie nadzoru autorskiego oraz nadzoru inwestorskiego w zakresie branży elektrycznej przy realizacji robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ul. Będzińskiej w Sosnowcu wraz z sygnalizacją świetlną polegającą na nadzorze nad robotami budowlanymi, obejmującymi przebudowę drogi klasy G o długości 2,6 km na odcinku miejskim na rzecz Urzędu Miejskiego w Sosnowcu.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba uznała, że usługa wskazana w poz.1 powyższego wykazu nie potwierdzała spełniania przez PROKOM powołanego wyżej warunku udziału w postępowaniu przetargowym, co wynikało z przyznania Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 września 2016r., a także z przedłożonych przez Odwołującego: wydruku mapy drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki oraz wykazu miejscowości z załącznika do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu urzędowych nazw miejscowości i ich części (Dz.U. 2013, poz. 200), z których wynika, że Rychliki i Kwietniewo są wsiami, a Dymnik osadą.

Poza tym Izba uznała, że zadeklarowane w pozycji 2 wiedza i doświadczenie ograniczające się jedynie do jednej branży elektrycznej nie jest adekwatne do zakresu przedmiotu zamówienia, między innymi tego wynikającego z treści pkt. 8 załącznika nr 1 do SIWZ szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia na usługi inżyniera kontraktu, gdzie Zamawiający wymagał zespołu specjalistów z różnych branży robót budowalnych.

W myśl przepisu art.22 ust.4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W pozostałym zakresie Izba oparła się o przyznanie tego zarzutu przez Zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie.

Z powyższych względów należy uznać, że Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisów art. 26 ust.3 ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert, a także przepisu art.26 ust.4 tejże ustawy, który przewiduje, że Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Dalej Izba ustaliła, że w załączniku nr 6 do SIWZ Formularz cenowy - zał. do oferty Formularz cenowy służącym – zgodnie z instrukcją Zamawiającego - do oceny oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zażądał on wyszczególnienia elementów w okresie podstawowym realizacji kontraktu takich jak: Koszt utrzymania biura, Usługi nadzoru (w tym wszystkie koszty osobowe i rzeczowe), Laboratoryjne badania i pomiary kontrolne określone w SST w ilości wg zał. Nr 10 do SIWZ pkt 3. 3) f), nadzór Archeologiczny, nadzór geologiczny, Badania jakości i ekspertyz (wg konieczności), Przygotowanie materiałów informacyjnych: opracowanie i druk broszury informacyjnej, strona internetowa z bieżącą aktualizacją, film z aktualizacjami (1+2 kopie) z obowiązkiem podania jednostki miary, ilości jednostek, cen jednostkowych i wartości dla poszczególnych pozycji ze wskazaniem podsumowującym tych wartości netto i brutto.

Izba stwierdziła również, że zgodnie z pkt. 2 rozdziału 12 - opis sposobu obliczenia ceny wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty koszty niezbędne dla prawidłowego i 26

---

pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.

Jednocześnie, Izba ustaliła, że stosownie do pkt. 4 rozdziału 12 opis sposobu obliczenia ceny wyliczenie ceny całkowitej za usługę pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, z rozbiciem na elementy składające się na cenę końcową należało wpisać do formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, a następnie cenę oferty należało umieścić w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

W aspekcie powyższych postanowień SIWZ Izba doszła do przekonania, że wykonawca PROKOM złożył ofertę ze skalkulowaną ceną zawierającą błąd w jej obliczeniu polegający na nieuwzględnieniu kosztów niezbędnych dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkich opłat i podatków wynikających z obowiązujących przepisów prawa.

Powyższy wniosek nasunął się Izbie w związku z podaniem przez wykonawcę PROKOM na stronie 5 oferty kosztów, które w konfrontacji z wyjaśnieniami tego wykonawcy przy piśmie z dnia 21 czerwca 2016r. wskazują na okoliczność ich manipulacji.

Powyższe dotyczy kosztów utrzymania biura, usługi nadzoru(koszty osobowe i rzeczowe) oraz kosztów badań laboratoryjnych, które znacząco różnią się od wartości pomiędzy tymi zadeklarowanymi w ofercie, a tymi wynikającymi z wyjaśnień.

Z powyższych względów należało przyjąć, że cena oferty wykonawcy PROKOM została obliczona błędnie w sposób sprzeczny z treścią pkt.2 i 4 rozdziału 12 SIWZ, a także załącznika nr 6 do SIWZ, a wobec tego Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty tego wykonawcy na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 i 6 ustawy Pzp.

Jednocześnie potwierdził się również zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem Izby nie mieści się w ramach dobrych praktyk działającego na rynku przedsiębiorcy ukrywanie przez klientem prawdziwych kosztów usługi w warunkach, gdy te koszty stanowią ważne składniki oferty. 27

Powyższe działania są także niezgodne z powoływanymi wyżej przepisami art.89 ust.1 pkt. 2 i 6 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia wykonawcy PROKOM odnoszące się do rażąco niskiej ceny były wystarczające do obalenia domniemania jej istnienia.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych,

wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Rozpatrując problem rażąco niskiej ceny w ofercie PROKOM należy przede wszystkim wskazać, że cena tej oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia i jest niższa o ponad 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu prawa.

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

28

Zdaniem Izby wykonawca przedłożył wyczerpującą kalkulację cenową, z której wynikało, że przewidział on wszystkie koszty na kontrakcie, a także złożył na ich potwierdzenie takie dowody, jak umowa o pracę, faktury za utrzymanie i wyposażenie biura, oferta na obsługę laboratoryjną i oferty najmu biura, które nie potwierdzały występowania rażąco niskiej ceny.

Nadto wymaga wyraźnego wskazania, że Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie przyznał, że dokonał znaczącego przeszacowania wartości szacunkowej zamówienia.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Izba nie uznała również argumentacji Odwołującego o konieczności odrzucenia oferty wykonawcy PROKOM z powodu nie wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Według zapatrywania Izby nie jest jednoznaczne zachowanie wykonawcy PROKOM odnośnie złożonego przez niego oświadczenia w przedmiocie wyrażenia zgody na poprawienie przedmiotowej omyłki w postaci braku odpowiedzi na wystąpienie Zamawiającego w tym zakresie.

Powyższa okoliczność – zdaniem Izby – powinna zostać przez Zamawiającego wyjaśniona na zasadzie art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Ostatecznie wobec wycofania przez Odwołującego zarzutu skierowanego przeciwko Wykonawcy INSPEC Izba uznała go za bezprzedmiotowy.

W konkluzji, należy podkreślić, że na obecnym etapie postępowania przetargowego Zamawiający będzie zobowiązany jedynie do odrzucenia oferty wykonawcy PROKOM na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2, 3 i 6 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

29

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

Przewodniczący:……..