Sygn. akt: KIO 535/18

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Bartosz Stankiewicz
Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2018 roku przez

R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. S. P.H.U. BAUMARK, ul. I Armii Wojska Polskiego 106, 07-202 Wyszków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11a, 80-778 Gdańsk

przy udziale wykonawcy M. N., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą N. M., ul. Świętojańska 65 lok. 8, 80-840 Gdańsk, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. S. P.H.U. BAUMARK, ul. I Armii Wojska Polskiego 106, 07-202 Wyszków

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. S. P.H.U. BAUMARK, ul. I Armii Wojska Polskiego 106, 07-202 Wyszków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. S. P.H.U. BAUMARK, ul. I Armii Wojska Polskiego 106, 07-202 Wyszków na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11a, 80-778 Gdańsk kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11 A, 80-778 Gdańsk (dalej „zamawiający") w trybie przetargu nieograniczonego na „Pełnienie funkcji Inżyniera na zadaniu pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 211 - odcinek C od m. Mojusz do m. Kartuzy" w trakcie realizacji robót i w okresie rękojmi i gwarancji." (postępowanie 43/DZS/2017/PN/WRI) wykonawca R. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU BAUMARK R. S., ul. Świętojańska 106, 07-202 Wyszków (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez N. M.,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty N. M. pomimo, iż zawarł porozumienie z

Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. oraz Obsługa Inwestycji J. J. mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, a w konsekwencji pozyskanie zamówienia za wszelką cenę,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. oraz Obsługa

Inwestycji J. J. pomimo, iż zawarło porozumienie z Niklasem Maurycjuszem mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, a w konsekwencji pozyskanie zamówienia za wszelką cenę,

4. zaniechaniu odrzucenia oferty N. M. pomimo, iż wyjaśnienia złożone przez tego

Wykonawcę nie potwierdzają, by jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny,

5. zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 20, poprzez niewykluczenie wykonawców N. M. i Konsorcjum firm: WANT Sp. z o. o. oraz Obsługa Inwestycji J. J., którzy między sobą zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 pkt 1 i 3, poprzez błędną ocenę wyjaśnień przedłożonych przez N. M. i uznanie, że wykonawca ten wykazał, że zaproponowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niską, a w konsekwencji nieodrzucenie oferty złożonej przez tegoż wykonawcę jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonaniu wyboru oferty N. M. jako oferty

najkorzystniejszej,

3. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty

złożonej przez N. M.,

2. odrzucenia oferty N. M. z powodu porozumienia zawartego z Konsorcjum firm:

WANT Sp. z o.o. oraz Obsługa Inwestycji J. J. w celu zakłócenia konkurencji między wykonawcami,

3. odrzucenia oferty Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. oraz Obsługa Inwestycji J.

J. z powodu porozumienia zawartego z Niklasem Maurycjuszem w celu zakłócenia konkurencji między wykonawcami,

4. odrzucenia oferty N. M. z powodu niewykazania, że jego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podał, że zamawiający - pismem z 13.03.2018 r. - go poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także że nie wykluczono żadnego wykonawcy i nie odrzucono żadnej oferty - zamawiający uznał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez N. M., z ceną 630 871,92 zł, przyznając jej ogółem 90 pkt, w tym kryterium „cena" - 60 pkt, kryterium „czas reakcji" - 10 pkt, kryterium „doświadczenie Inżyniera Kontraktu - Koordynatora oraz inspektora robót drogowych" - 20 pkt.

Uzupełnił, że jego oferta sklasyfikowana została na miejscu drugim z ceną 1 184 490,00 zł oraz łączną ilością punktów 71,96, w tym kryterium „cena" - 31,96 pkt, kryterium „czas reakcji" - 10 pkt, kryterium „doświadczenie Inżyniera Kontraktu - Koordynatora oraz inspektora robót drogowych" - 30 pkt., zaś miejsce trzecie zajęła oferta konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. oraz Obsługa Inwestycji J. J. z ceną 1 226 310,00 zł oraz łączną ilością punktów 70,87, w tym kryterium „cena” - 30 pkt, kryterium „czas reakcji" - 10 pkt, kryterium „doświadczenie Inżyniera Kontraktu - Koordynatora oraz inspektora nadzoru robót drogowych" - 30 pkt.

Na potwierdzenie załączył (Załącznik 1) Pismo Zamawiającego DZS.2462.43.2017.PJL.p. 11 z 13.03.2018 r. oraz Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zestawienie ofert.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że w treści SIWZ „ROZDZIAŁ I - INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW" w pkt 6 ppkt 6.1 zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia

mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania wskutek zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 24 ust 1 ustawy Pzp, wobec czego - stwierdził odwołujący - z przedmiotowego postępowania wykluczeni powinni zostać Wykonawcy, N. M. oraz Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. oraz Obsługa inwestycji J. J., którzy w celu zwiększenia prawdopodobieństwa pozyskania zamówienia oraz maksymalizowania zysku, w zależności od rozwoju sytuacji, dopuścili się zmowy przetargowej, stosując tzw. mechanizm „rozstawiania i wycofania ofert" (N. M. cena 630 671,92 zł, natomiast Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. oraz Obsługa Inwestycji J. J. cena 1 226 310,00 zł.), co - wedle odwołującego - „pokrzyżowała oferta odwołującego” z ceną 1184 490,00 zł, a co - stwierdził odwołujący - potwierdza fakt, iż wykonawcy N. M. oraz Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. oraz, Obsługa Inwestycji J. J. we wcześniejszych postępowaniach organizowanych przez tego zamawiającego występowali razem jako Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Obsługa inwestycji J. J. (Partner Konsorcjum), N. M. (Partner Konsorcjum) i prowadzą wspólnie inwestycje wskazane poniżej w pkt a) i b)

a) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia robót pod nazwą: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 188 na odcinku Człuchów - Debrzno" - oznaczenie postępowania 14/DZS/2016/PN/WRI,

b) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia budowy dla obiektu realizowanego w ramach zadania: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 214 na odcinku Łeba - Białogard wraz z budową obwodnicy w m. Wicko" - oznaczenie postępowania 11/DZS/2016/PN/WRI,

c) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia nad projektowaniem

i realizacją robót w systemie zaprojektuj i wybuduj pod nazwą: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady Al Stanisławie" - oznaczenie postępowania 16/DZS/2016/PN/WRI.

Na potwierdzenie załączył do odwołania (Załącznik 2) Pismo zamawiającego 6.2462.14.2016.BM.Lp.9 z 08.02.2017 r. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty, zestawienie ofert oraz (Załącznik 3) Pismo zamawiającego DZS.2462.11.2016.PJ.Lp. 14 z 07.02.2017 r. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zestawienie ofert, (Załącznik 4) Pismo Zamawiającego DZS.2462.16.2016.PJ.Lp.18 z 01.06.2017 r. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zestawienie ofert.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp odwołujący podał, że w postępowaniu oferty złożyło ogółem 7 wykonawców, w tym:

1. N. M. z ceną: 630 871,92 zł.
2. Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. oraz Obsługa Inwestycji J. J. z ceną 1 226 310 zł.
3. odwołujący z ceną 1184 490,00 zł.

Podał także, że średnia cena wszystkich złożonych ofert wyniosła 1 287 719,85 zł, a kwota jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia to 933 161,04 zł.

Stwierdził, że zamawiający w analogicznym postępowaniu na roboty budowlane, tj. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 211 - odcinek C od m. Mojusz do m. Kartuzy" kwotę 49 026 466,57 zł. jaką miał przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia zwiększył o ponad 70% do kwoty 83 540 055,64 zł, wobec czego należy przypuszczać, że zamawiający zwiększy również kwotę na sfinansowanie zamówienia dotyczącego pełnienia funkcji Inżyniera.

Na potwierdzenie załączył do odwołania (Załącznik 5) Pismo zamawiającego DZS.2460.32.2017.PJ Lp.25 Informacja o wyborze oferty Wykonawcy robót budowlanych, (Załącznik 6) Informacja z otwarcia ofert na roboty budowlane.

Wskazał, że zamawiający wystosował do N. M. wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, który przedłożył wyjaśnienia, zaś zamawiający przyjął je i uznał za wystarczające.

Oświadczył, że nieznane są mu przesłanki, które przekonały zamawiającego o prawidłowości wyceny poszczególnych pozycji w „Wycenie szacunkowej" przedstawionej przez N. M..

Wskazał na następujące okoliczności:

- w odniesieniu do pozycji 2.1.2 „Wyceny szacunkowej", tj. wynagrodzenia Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej drogowej, który musi wykonywać obowiązki w miejscu realizacji ZADANIA w pełnym wymiarze czasowym (tj. co najmniej 8 godz. dziennie) określonego na poziomie 41400,00 zł za okres 18 miesięcy - wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wynoszącego w roku 2018 to 2100 zł, przy czym całkowity koszt zatrudnienia wynosi 2532, 81 zł miesięcznie.

Podniósł, że wykonawca N. M. przewidział 2300 zł (41400 zł / 18 m-cy = 2300 zł.)

- w odniesieniu do pozycji 2.2.1 „Wyceny szacunkowej", tj. wynagrodzenia specjalisty ds. materiałowych / technologa (wymagane zatrudnienie na umowę o pracę) określonego na poziomie 19800,00 zł za okres 18 miesięcy - wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wynoszącego w roku 2018 to 2100 zł, przy czym całkowity koszt zatrudnienia wynosi 2532,81 zł miesięcznie.

Podniósł, że wykonawca N. M. przewidział jedynie 1100,00 zł (19800 zł / 18 m-cy = 1100 zł),

- w odniesieniu do pozycji 2.2.2 „Wyceny szacunkowej", tj. wynagrodzenia specjalisty ds. rozliczeń (wymagane zatrudnienie na umowę o pracę) określonego na poziomie

19800,00 zł za okres 18 miesięcy - wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wynoszącego w roku 2018 to 2100 zł, przy czym całkowity koszt zatrudnienia wynosi 2532,81 zł. miesięcznie.

Podniósł, że wykonawca N. M. przewidział jedynie 1100,00 zł (19800 zł /18 m-cy = 1100 zł.)

Na potwierdzenie załączył do odwołania (Załącznik 7) Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z „ Wyceną szacunkową" wykonawcy N. M.

W opinii odwołującego naruszenie przywołanych przepisów ustawy Pzp można rozpatrywać w kontekście naruszenia przez zamawiającego również przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - zamawiający, poprzez nieuzasadnione nieodrzucenie ofert N. M. oraz Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. oraz Obsługa Inwestycji J. J. nie dochował zasady zachowania uczciwej konkurencji, a wybór oferty złożonej przez N. M. dokonany został niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień Publicznych, wobec czego czynność udzielenia przez zamawiającego przedmiotowego zamówienia publicznego nastąpiła niezgodnie z przepisami Pzp.

Załączniki do odwołania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13.03.2018 r., Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 08.02.2017 r. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 07.02.2017 r. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 01.06.2017 r., Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy robót budowlanych z 26.02.2018 r., Zestawienie ofert na roboty budowlane, Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny N. M. (Wycena szacunkowa), Koszt zatrudnienia pracownika, OPZ, SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 29 marca 2018 r., w tym:

- Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ") wraz z załącznikami,
- Oferty przystępującego,

• Informacja o poprawieniu oferty przystępującego (ceny ofertowej) na podstawie	
	art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - pismo z dnia 8 lutego 2018 r.,
•	Wezwanie zamawiającego z dnia 22 lutego 2018 r. skierowanego do
	przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
•	Wyjaśnień przystępującego z dnia 2 marca 2018 r. - „Złożenie wyjaśnień
•	dotyczących rażąco niskiej ceny oferty", Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej - pismo zamawiającego z dnia
•	13 marca 2018 r., Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu
• •	nieograniczonego (Druk ZP-PN), Odwołania wraz z załącznikami, Odpowiedzi na odwołanie - pismo zamawiającego z dnia 29 marca 2018 r. wraz
•	z załącznikami), Pisma procesowego przystępującego - pismo z dnia 4 kwietnia 2018 r.,
a	także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych na rozprawie skład

orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty przystępującego, tj. zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia (oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu II, za ofertą odwołującego).

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego oraz konsorcjum w składzie:

WANT Sp. z o. o. oraz Obsługa Inwestycji J. J., którzy między sobą zawarli

porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 24

ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 12 „Zestawienie ofert" Protokołu ZP-PN (Załącznik nr 3) w postępowaniu złożono 7 ofert, w tym:

Oferta nr 6 - oferta konsorcjum w składzie: Want Sp. z o.o. z Tczewa oraz Obsługa Inwestycji J. J. z Czarnowa (dalej „konsorcjum Want") z ceną 1 226 310,00 zł.

Oferta nr 3 - oferta odwołującego z ceną 630 871, 92 zł; oferta w zakresie ceny poprawiona przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp na 630 849,78 zł (pismo zamawiającego z dnia 8 lutego 2018 r.).

Pismem z dnia 13 marca 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Jednym z działań, które mogą być uznane za zmowę przetargową jest wycofanie oferty tzn. rezygnacja przez zwycięzcę przetargu z zawarcia umowy z zamawiającym, co dla zamawiającego oznacza konieczność zawarcia umowy z przedsiębiorcą oferującym wyższą cenę.

Odwołujący twierdził, że przystępujący oraz wykonawcy (konsorcjum Want) „dopuścili się zmowy przetargowej stosując tak zwany mechanizm „rozstawiania i wycofania ofert"" (str. 5 odwołania), o czym miało przesądzać to, że „we wcześniejszych postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego, tj. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku występowali razem jako Konsorcjum firm: WANT Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Obsługa inwestycji J. J. (Partner Konsorcjum), N. M. (partner Konsorcjum) i prowadzą wspólnie inwestycje)'' - wskazano 2 dwie inwestycje.

Bezsprzecznie w przedmiotowym postępowaniu przystępujący „nie wycofał swojej oferty". Zauważyć dodatkowo należy, że wycofanie oferty przez przystępującego oznaczałoby, że to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą, ponieważ

została sklasyfikowana na miejscu 2 w rankingu ofert (oferta konsorcjum Want została sklasyfikowana na miejscu 3).

Do wycofania oferty nie doszło także w żadnym z dwóch poprzednich wskazywanych przez odwołującego postępowaniach, w których przystępujący i konsorcjum Want tworzyli jedno konsorcjum - w obu tych postępowaniach oferty tych trzech wykonawców zostały uznane za najkorzystniejsze (Informacje o wyborze ofert tych wykonawców w obu postępowaniach stanowią załącznik nr 2 i 3 do odwołania).

Sam też odwołujący potwierdził w odwołaniu (str. 5), że wykonawcy ci prowadzą wspólnie te dwie inwestycje.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Izby z dnia 7 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1074/16, zgodnie z którym: „(...) z uwagi na trudności w udowodnieniu zmowy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zmowy dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Podstawa faktyczna domniemania zmowy przetargowej musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jednocześnie podkreśla się, że nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zmowy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności. Powyższe stanowisko oznacza w istocie, że przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek - o zmowie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. ”

Twierdzenie o zawarciu zmowy przetargowej przez przystępującego z dwoma innymi wykonawcami - członkami konsorcjum Want zostało oparte na okoliczności, iż w poprzednich dwóch postępowaniach wszyscy występowali jako członkowie jednego konsorcjum, w tym natomiast postępowaniu złożyli odrębne oferty w konfiguracji: oferta przystępującego oraz oferta konsorcjum Want.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że ta wyłącznie okoliczność, przy braku wskazania jakichkolwiek innych okoliczności nie może prowadzić do wniosku o zawarciu przez ww. trzech wykonawców zmowy przetargowej, ponieważ wykonawcy mogą składać oferty odrębne, jak i ofertę wspólną (Art. 23 ust. 1 ustawy Pzp - „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia”), przy czym podkreślenia wymaga, że odwołujący w odwołaniu nie wskazywał na okoliczność (ani jej nie wykazał), że także w poprzednich postępowaniach przystępujący, tak jak w przedmiotowym postępowaniu, samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu, a mimo to nie złożył wówczas oferty samodzielnie, zrobił to dopiero w tym postępowaniu, przez co miał potencjalną możliwość jej wycofania.

Stanowisko odwołującego sprowadza się w istocie do tego, że ww. trzech wykonawców powinno także w tym postępowaniu złożyć oferte wspólna. Stanowisko to nie jest do zaakceptowania, ponieważ abstrahuje zupełnie od celu zawiązywania konsorcjów i składania ofert wspólnych, tj. od tego, że postawione w danym postępowaniu warunki udziału wykonawcy spełniają jedynie łącznie.

Reasumując, okoliczność występowania w poprzednich dwóch postępowaniach przez przystępującego w konsorcjum z ww. dwoma innymi wykonawcami nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że tylko wniosek o zmowie jest na jej podstawie uzasadniony.

Uzasadniony jest także wniosek (zamawiający i przystępujący podkreślali, że w porównaniu z dwoma ww. postępowaniami, w obecnym postępowaniu warunki udziału zostały “złagodzone”, poprzez brak wymagań co do zdolności zawodowej (doświadczenia) wykonawcy, poprzestając na wymaganiach co do zdolności personelu), że samodzielne złożenie oferty przez przystępującego było wynikiem tego, że dopiero w tym postępowaniu spełnia samodzielnie warunki udziału i mógł złożyć samodzielną ofertę.

Warto ponownie przywołać wyrok zapadły w sprawie KIO 1074/16, w którym wskazano: „Zmowa przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zmowy to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę tylko do tego jednego wniosku. ”

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut błędnej oceny wyjaśnień przedłożonych przez przystępującego i uznania, że wykonawca ten wykazał, że zaproponowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niską, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tegoż wykonawcę jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonania wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający, w odniesieniu do osób wykonujących czynności nadzoru inwestorskiego, wskazał, że „nie określa żadnych wymagań dotyczących zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę” - pkt 4.7. SIWZ oraz „do sprawowania nadzoru inwestorskiego nie jest wymagane nawiązanie stosunku pracy pod kierownictwem pracodawcy’ - pkt 4.7. SIWZ.

Dodatkowo, w odniesieniu do Inspektora nadzoru specjalności drogowej, zamawiający zażądał, aby osoba ta wykonywała obowiązki dotyczące realizacji zadania w pełnym wymiarze czasowym, tj. co najmniej 8 godzin dziennie od podpisania umowy do końcowego rozliczenia zadania - pkt 6.2.1, str. 11 Opisu przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do Specjalisty ds. materiałowych/technologa oraz w odniesieniu do Specjalisty ds. rozliczeń zamawiający wymagał, aby osoby te „były zatrudnione przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę (przynajmniej na okres wykonywania czynności) - pkt. 4.7. SIWZ.

Przystępujący złożył ofertę z ceną brutto 630 849,78 zł. W Formularzu ofertowym w pozycji 2 „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami wraz z kontrolą rozliczenia i wykonaniem badań laboratoryjnych” podał: 419 824,48 zł.

Pismem z dnia 22 lutego 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, że jego „największą wątpliwość budzi wycena pełnienia nadzoru inwestorskiego na robotami wraz z kontrolą rozliczenia i wykonaniem kontrolnych badań laboratoryjnych (poz. 2 formularza ofertowego)”. Zażądał „oprócz wyjaśnienia ogólnej ceny oferty’ szczegółowych wyjaśnień dotyczących ceny pełnienia nadzoru inwestorskiego na robotami wraz z kontrolą rozliczenia i wykonaniem kontrolnych badań laboratoryjnych - zamawiający załączył, do wypełnienia przez przystępującego, tabelę elementów rozliczeniowych.

Pismem z dnia 2 marca 2018 r. przystępujący odpowiedział na ww. wezwanie

zamawiającego, załączając do wyjaśnień: Zestawienie porównawcze podobnych ofert, Zestawienie cen podobnych przetargów, Wycenę szacunkową oraz Wskaźnik cen towarów i usług (opracowanie GUS).

Ww. Wycena szacunkowa to wypełniona tabela, której złożenia żądał zamawiający w wezwaniu.

I tak:

- w pozycji 2.1.1. Inspektor nadzoru specjalności drogowej przystępujący podał

  41 400 zł (1 osoba, 18 miesięcy),

- w pozycji 2.2.1. Specjalista ds. materiałowych/technolog przystępujący podał

  19 800 zł (1 osoba, 18 miesięcy),

- w pozycji 2.2.2. Specjalista ds. rozliczeń przystępujący podał 19 800 zł

  (1 osoba, 18 miesięcy).

Pismem z dnia 13 marca 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość wyceny przez przystępującego wynagrodzenia trzech osób:

- Inspektora nadzoru specjalności drogowej,
- Specjalisty ds. materiałowych/technologa,
- Specjalisty ds. rozliczeń,

z tego względu, że wycena ta nie uwzględnia wysokości minimalnego, miesięcznego wynagrodzenia, w przypadku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, wynoszącego 2100 zł w roku 2018.

Rację odwołujący ma co do tego, że w przypadku Specjalisty ds. materiałowych/technologa oraz Specjalisty ds. rozliczeń zamawiający bezsprzecznie wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Wymóg taki zamawiający wprost sformułował w pkt. 4.7. SIWZ.

Odwołujący błędnie jednak przyjął, że zamawiający, wymagając - w przypadku tych specjalistów - zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, wymagał jednocześnie, aby był to tzw. pełny etat. Zamawiający wymogu takiego nie sformułował w SIWZ, wobec czego nie można domniemywać, że takie właśnie było oczekiwanie zamawiającego. Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołującego, że brak przyzwolenia przez zamawiającego w SIWZ na zatrudnienie w niepełnym wymiarze etatu oznacza obowiązek zatrudniania na pełny etat. W ocenie składu orzekającego Izby fakt, że wymogu zatrudnia ww. specjalistów na pełny etat brzmienie SIWZ nie zawiera, oznacza tyle, że zamawiający kwestię wymiaru etatu pozostawił wykonawcom. Innymi słowy, brak zakazu w SIWZ zatrudnienia w niepełnym wymiarze etatu oznacza dopuszczalność zatrudnienia tak w wymiarze pełnym, jak i niepełnym.

Wobec powyższego kwestionowanie wyceny przystępującego, w odniesieniu do ww. specjalistów, jest niezasadne, ponieważ przystępujący nie miał obowiązku zatrudnienia ww. specjalistów w pełnym wymiarze etatu, a tym samym nie miał obowiązku uwzględniać wysokości minimalnego, miesięcznego wynagrodzenia za pracę na pełny etat.

W odniesieniu do Inspektora nadzoru specjalności drogowej wskazać należy, że SIWZ, inaczej niż w przypadku ww. specjalistów, nie nakładała obowiązku zatrudnienia tego inspektora na podstawie umowy o pracę.

W SIWZ zamawiający wprost podał, że „do sprawowania nadzoru

inwestorskiego nie jest wymagane nawiązanie stosunku pracy pod kierownictwem pracodawcy" - pkt 4.7. SIWZ.

Odwołujący błędnie założył, że określony w pkt 6.2.1, str. 11 Opisu przedmiotu zamówienia wymóg, aby Inspektor nadzoru specjalności drogowej wykonywał obowiązki dotyczące realizacji zadania co najmniej 8 godzin dziennie od podpisania umowy do końcowego rozliczenia zadania oznacza, i to pomimo ww. postanowienia z pkt. 4.7. SIWZ, wymóg zatrudnienia tego inspektora na podstawie umowy o pracę. Obowiązek taki może być przecież przyjęty przez osobę wykonującą czynności nadzoru inwestorskiego także w ramach umowy cywilnoprawnej.

Potwierdzeniem, że taki właśnie sposób pozyskania inspektora branży drogowej i wyceny przyjął przystępujący jest Oferta cenowa z dnia 15 stycznia 2018 r. oraz pismo dodatkowego z dnia 2 marca 2018 r., załączone do pisma procesowego przystępującego, w których konkretna osoba o uprawnieniach do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej zaoferowała przystępującemu swoje usługi przez co najmniej 8 godzin dziennie przez okres 18 miesięcy za cenę łączną 41 400 zł, tj. taką, która została wskazana w Wycenie złożonej przez przystępującego przy piśmie z dnia 2 marca 2018 r.

Wobec powyższego kwestionowanie wyceny przystępującego, w odniesieniu do ww. inspektora, jest niezasadne, ponieważ przystępujący w ogóle nie miał obowiązku zatrudnienia tego inspektora na podstawie umowy o pracę, a tym samym nie miał obowiązku uwzględniać wysokości minimalnego, miesięcznego wynagrodzenia za pracę.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący postawił ten zarzut w konsekwencji zarzutów poprzednich.

W konsekwencji uznania, że żaden z poprzednich zarzutów nie potwierdził się, skład orzekający Izby uznał także, że i ten zarzut nie potwierdził się.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że - co oświadczył zamawiający na posiedzeniu - umowa z przystępującym nie została zawarta - zamówienie nie zostało jeszcze udzielone.

Ze względu na fakt, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) 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 ze zm.).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

KIO 535/18