

Sygn. akt KIO 1561/14

KIO 1577/14

## WYROK

z dnia 25 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 31 lipca 2014 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń (Lider konsorcjum) i SGS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (Partner konsorcjum) (sygn. akt KIO 1561/14)**
- B. w dniu 1 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **Getinsa Ingenieria S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania (adres do korespondencji: Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119, II piętro, 05-270 Marki) (sygn. akt KIO 1577/14)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez: Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SAFEGE z siedzibą we Francji, 15-27 rue du Port, Parc de ITle, 92000 Nanterre (lider konsorcjum) i CERTUSVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 19 lok. 12, 04-293 Warszawa (partner konsorcjum) (adres do korespondencji: SAFEGE Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1561/14 i KIO 1577/14 po stronie zamawiającego**

B. wykonawcy **Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Hiszpanii, Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid (adres do korespondencji: Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119, II piętro, 05-270 Marki)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1561/14 po stronie zamawiającego

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń (Lider konsorcjum) i SGS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (Partner konsorcjum)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1577/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

#### **1. oddala oba odwołania**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń (Lider konsorcjum) i SGS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (Partner konsorcjum) (sygn. akt KIO 1561/14)** i wykonawcę **Getinsa Ingenieria S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania (adres do korespondencji: Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119, II piętro, 05-270 Marki) (sygn. akt KIO 1577/14)** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń (Lider konsorcjum) i SGS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (Partner konsorcjum) (sygn. akt KIO 1561/14)** i wykonawcę **Getinsa Ingenieria S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania (adres do korespondencji: Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119, II piętro, 05-270 Marki) (sygn. akt KIO 1577/14)** tytułem wpisów od odwołań

- 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń (Lider konsorcjum) i SGS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (Partner konsorcjum)** (sygn. akt KIO 1561/14) na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
- 3.3. zasądza od wykonawcy **Getinsa Ingenieria S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania (adres do korespondencji: Al. Marsz. J. Piłsudskiego 119, II piętro, 05-270 Marki)** (sygn. akt KIO 1577/14) na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów** 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 1561/14**

**KIO 1577/14**

### **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, reprezentowana przez: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) – Stobierna”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2013 r., nr 2013/S 241-419667.

#### **sygn. akt KIO 1561/14**

W dniu 22 lipca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECMG GmbH z siedzibą w Austrii i SGS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „odwołującym ECMG”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie rażąco niskiej ceny.; art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp – treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; art. 89 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 5 ustawy k.c. – oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W dniu 31 lipca 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący ECMG wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 31 lipca 2014 r.) wobec czynności zamawiającego dokonanych w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez odrzucenie jego oferty jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”
2. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez odrzucenie jego oferty jako stanowiącej

czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej,
4. art. 89 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, poprzez odrzucenie jego oferty jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.  
Jednocześnie odwołujący ECMG wniósł o nakazanie zamawiającemu:
  1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
  2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego ECMG
  3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert
  4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący ECMG wskazał m.in., iż w sytuacji gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia, zamawiający obowiązany jest do ich oceny zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego ECMG porównuje cenę jego oferty do wartości szacunkowej oraz cen pozostałych ofert i na tej m.in. podstawie stawia zarzut rażąco niskiej ceny, co jest niewystarczającą przesłanką do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Zgodnie bowiem z utrwalonym poglądem - tak w orzecznictwie KIO, sądów okręgowych, jak i ETS - dla uznania że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20%, 30%, czy 60%) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu.

Wymienione w ustawie kryteria oceny wyjaśnień nie stanowią katalogu zamkniętego. Tak więc nie można traktować jako rażąco niskiej ceny ze względu na niskie wartości poszczególnych elementów składających się na całość oferty, na co wskazuje zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego ECMG. Zamawiający kwestionuje przede wszystkim ceny jednostkowe w ofercie, dotyczące stawki godzinowej, składające się na całość ceny ofertowej. Należy podzielić w tym zakresie ugruntowany pogląd, że dla oceny ceny ofertowej pod kątem ceny rażąco niskiej istotne znaczenie ma cena ostateczna, a nie ceny jednostkowe, co potwierdza liczne orzecznictwo KIO.

Odwołujący ECMG, działając na wezwanie zamawiającego, złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazując, iż skalkulował cenę w oparciu o wstępne badanie rynku, ustalenia z potencjalnymi członkami personelu,

doświadczenie. Nadto na potwierdzenie powyższego przedstawił szczegółową kalkulację kosztów wykonania usługi. Odwołujący ECMG nie przedstawił nowego formularza cenowego zawierającego inne ceny jednostkowe netto i wartości netto. Formularz cenowy przedłożony w załączniku nr 1 do wyjaśnień odzwierciedla jedynie sposób kalkulacji ceny zaproponowany przez odwołującego ECMG poprzez podanie szczegółowych kalkulacji ustalenia poszczególnych kosztów składających się na cenę ofertową. Odwołujący ECMG przedstawił również dowody w postaci oświadczeń osób deklarujących chęć podjęcia współpracy na poszczególnych stanowiskach i oczekiwanych przez nich wysokości wynagrodzenia. Wszelkie złożone wyjaśnienia wraz dowodami (oświadczeniami ekspertów) wskazują, że za łączną kwotę oferty zamówienie można realnie i na rynkowych warunkach wykonać. Zamawiający nie kwestionuje przy tym wartości łącznej cen jednostkowych dla poszczególnych ekspertów ani wszystkich cen jednostkowych, w tym również wynagrodzeń innych ekspertów, gdzie została przewidziana w ramach ceny jednostkowej stawka inna niż 1,00 zł. Pozycje cenowej kalkulacji, które nie zostały zakwestionowane przez zamawiającego również odnoszą się do wynagrodzenia osobowego lub stanowią inne koszty (koszty utrzymania biura, koszty środków transportu, działania promocyjne). Ponadto, zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy dniówka jest jednostką rozliczeniową czasu świadczenia usługi przez personel konsultanta (stawka dzienna), wskazana w Formularzu cenowym, służąca do obliczenia wynagrodzenia za wskazane w Formularzu cenowym usługi, zgodnie z § 27 umowy, który stanowi, że konsultant zobowiązany jest tak zorganizować codzienną pracę personelu, aby uwzględnić czas pracy wykonawcy w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez konsultanta obowiązków wynikających zarówno z umowy, obowiązującego prawa, jak i kontraktu. Powyższe pozwala wykonawcom na odpowiednie wykorzystanie niezbędnych ekspertów w trakcie realizacji zamówienia w zależności od potrzeb i biorąc pod uwagę czas pracy wykonawcy umożliwia określenie części kosztów w innych pozycjach formularza cenowego, co wykazał odwołujący ECMG w załączniku nr 1 do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przedstawiając sposób w jaki skalkulował cenę.

Przyjęta przez odwołującego ECMG cena daje również możliwość osiągnięcia na określonym poziomie zysku (co wynika z wyjaśnień), co także potwierdza, że nie mamy w tym przypadku do czynienia z ceną nierealną, nierzeczywistą i nie dającą szans na prawidłowe wykonanie przedmiotowego zamówienia bez ponoszenia strat. Zamawiający nie udowodnił ani nawet nie uprawdopodobnił, że za łączną cenę ofertową nie będzie realnej możliwości wykonania zamówienia bez konieczności ponoszenia przez wykonawcę strat. Oparł się jedynie na fakcie niskich cen jednostkowych nie zwracając uwagi, że są one kompensowane w całości ceny oferty wynagrodzeniem z innych pozycji, a tym samym żadna cena jednostkowa nie powoduje zaniżenia ceny oferty.

Odwołujący ECMG nie działał także w celu utrudnienia dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców, tym bardziej iż w niniejszym postępowaniu zostało złożonych 9 ofert. Taki zamiar i celowe działanie odwołującego ECMG nie zostało wykazane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, w związku z tym odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest bezzasadne.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - treść oferty nie odpowiada treści SIWZ odwołujący ECMG podniósł, iż żadne postanowienie SIWZ nie wskazuje w jaki sposób ma być wyliczone wynagrodzenie poszczególnych ekspertów. Zgodnie z pkt 9.2 Tom I SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w Tomie II i III SIWZ. Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni w swoim działaniu zatrudnienie takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy. Wynagrodzenie dodatkowych ekspertów i personelu pomocniczego należy uwzględnić w ofercie. Zatem należało jedynie uwzględnić wynagrodzenie poszczególnych ekspertów w cenie, co zresztą odwołujący ECMG uczynił, niemniej SIWZ nie wskazywała sposobu wyliczenia takiego wynagrodzenia. Oznacza to, że cena oferty, czyli cena globalna ma uwzględniać różne koszty, w tym też wynagrodzenie ekspertów. A ponadto cena jednostkowa netto w nim wskazana w kolumnie nr 5 Formularza cenowego nie powinna być utożsamiana z wysokością wynagrodzenia dla eksperta, zatem nie obejmuje wartości świadczenia tej osoby. Odwołujący ECMG postąpił zgodnie z zapisami SIWZ i w cenie oferty uwzględnił wszystkie koszty, wymagane przez zamawiającego, dla każdej ze wskazanych w ofercie osób.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 5 ustawy Kodeks cywilny - oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów – odwołujący podniósł, iż podniesienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wymaga wskazania odrębnego przepisu prawa, z którego wynikałby skutek nieważności. Przepisu takiego zamawiający nie wskazał. Sankcji nieważności nie przewiduje bowiem przywołany w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego ECMG art. 5 Kodeksu cywilnego, który dotyczy sytuacji, gdy stosunek prawny istnieje, jednak wynikające z niego (ważne) uprawnienie jest realizowane w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Przepis ten stanowi zatem środek obrony przed nadużyciem prawa. Należy zatem bezwzględnie podzielić ocenę wyrażoną przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 października 2002 r. wydanym w sprawie V CK 370/02, iż dochodzenie stwierdzenia przez sąd nieważności czynności prawnej nie podlega ocenie na podstawie art. 5 k.c.

W dniu 31 lipca 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 1 sierpnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SAFEGE z siedzibą we Francji i CERTUSVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „konsorcjum SAFEGE”, przystąpili do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 1 sierpnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Hiszpanii, zwani dalej „wykonawcą Getinsa Ingenieria”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

#### **sygn. akt KIO 1577/14**

W dniu 22 lipca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Hiszpanii, zwanego dalej „odwołującym Getinsa”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAFEGE z siedzibą we Francji i CERTUSVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum SAFEGE”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 1 sierpnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 1 sierpnia 2014 r.) od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na przyznaniu przez zamawiającego ofercie odwołującego Getinsa zbyt małej ilości punktów w kryterium „Metodyka” oraz niewłaściwego miejsca w rankingu ofert
2. niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na ocenie oferty odwołującego Getinsa w kryterium „Metodyka” niezgodnie z określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, kryteriami ocen
3. niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na ocenie oferty odwołującego Getinsa w kryterium „Metodyka” niezgodnie z określonymi w SIWZ zasadami oceny ofert w kryterium „Metodyka”
4. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum SAFEGE ze względu na fakt, iż konsorcjum SAFEGE nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu



5. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum SAFEGE ze względu na fakt, iż oferta konsorcjum SAFEGE jest niezgodna z ustawą, jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz jest nieważna na gruncie odrębnych przepisów

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum SAFEGE
6. art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako oferty najkorzystniejszej oferty konsorcjum SAFEGE
7. art. 91 ust 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez przyznanie ofercie odwołującego Getinsa nieprawidłowej ilości punktów w kryterium „Metodyka” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów
8. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez ocenę oferty odwołującego Getinsa w kryterium „Metodyka” z naruszeniem zasad oceny ofert określonych w SIWZ dla tego kryterium, tj. ocenę oferty wyłącznie przez dwóch członków Komisji Przetargowej
9. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 22 ust 1 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum SAFEGE z postępowania, pomimo że konsorcjum SAFEGE nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu
10. art. 89 ust. 1 pkt 1), 2) i 8) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum SAFEGE, pomimo że oferta ta nie została podpisana przez osoby upoważnione do reprezentacji oraz przepisów wskazanych w treści odwołania.

Jednocześnie odwołujący Getinsa wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert
2. wykluczenia konsorcjum SAFEGE z postępowania
3. odrzucenie oferty konsorcjum SAFEGE
4. przyznania ofercie odwołującego Getinsa większej ilości punktów w kryterium „Metodyka” zgodnie z uzasadnieniem odwołania
5. dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ
6. wybór oferty wykonawcy Getinsa jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnośnie zarzutu dotyczącego przyznania ofercie odwołującego Getinsa zbyt małej ilości punktów odwołujący Getinsa podniósł, iż dokonanie oceny oferty wykonawcy Getinsa w kryterium „Metodyka” jest niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Zamawiający przewidział, że

oferty w zakresie Metodyki będą podlegały ocenie przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej. Tymczasem oferta odwołującego Getinsa w tym zakresie została oceniona tylko przez dwóch członków Komisji Przetargowej. Komisja Przetargowa liczy 6 osób. Tym samym zamawiający oceniając ofertę odwołującego Getinsa naruszył postanowienia SIWZ, postanowienia, które sam ustanowił. Oceny ofert dokonało bowiem jedynie 33,33% osób zobowiązanych do dokonania tej oceny. „Poszczególne członki Komisji Przetargowej” oznacza bowiem - każdy z wielu, każdy z osobna. Tak więc ofertę w zakresie kryterium „Metodyka” mieli oceniać poszczególni członkowie Komisji Przetargowej, czyli każdy z wielu członków Komisji Przetargowej, każdy z osobna członek Komisji Przetargowej. Dokonanie oceny wyłącznie przez 2 członków Komisji Przetargowej narusza zatem art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp. Naruszenie to ma wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż w chwili obecnej nie jest możliwe stwierdzenie, jaką ilość punktów w poszczególnych podkryteriach przyznaliby inni członkowie Komisji Przetargowej. Żaden zapis SIWZ nie umożliwiał wskazywania w Metodyce większej ilości propozycji, niż ilość punktów, które maksymalnie można było uzyskać w danym podkryterium. Wynika to wprost z braku w SIWZ postanowień, na podstawie których zamawiający dokonywałby wyboru, które propozycje oceniać, a które nie. Wobec braku takich zapisów - zamawiający powinien dokonywać oceny wyłącznie takiej ilości propozycji, ile punktów można było maksymalnie zdobyć. W przypadku zaś podania w Metodyce większej ilości propozycji, zamawiający powinien ocenić pierwsze propozycje (w ilości równej ilości punktów), a pozostałe pominąć. W przeciwnym przypadku oceny Metodyk, w tym z „wybieraniem” przez zamawiającego propozycji do oceny, które to wybieranie nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ, mielibyśmy do czynienia z naruszeniem art. 7 ustawy Pzp i nierównym traktowaniem wykonawców. Bowiem wykonawcy, którzy wykazali się „sprytem” i z naruszeniem postanowień SIWZ przedstawili większą liczbę propozycji, aby zamawiający wybrał z większej liczby propozycji i przyznał im maksymalną ilość punktów, byłiby w uprzywilejowanej pozycji. Nadto dodał, iż podanie ilości propozycji nie jest bez znaczenia na treść umowy i wysokość wynagrodzenia wykonawcy, gdyż propozycje te zostają zawarte w umowie, jako obowiązki wynikające z Metodyki. W przypadku podania większej ilości propozycji i oceny niektórych, wybranych przez zamawiającego - nie jest wiadome, czy wszystkie propozycje, a jeśli nie - to które mają przełożyć się na zakres obowiązków wybranego wykonawcy.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum SAFEGE odwołujący Getinsa podniósł, iż zamawiający żądał przedłożenia wykazu wykonanych głównych usług w dwóch częściach - A i B. Wykaz B został przez konsorcjum SAFEGE uzupełniony, jednakże nie zawiera on wszystkich wykonanych usług, w szczególności konsorcjum SAFEGE nie wskazało wszystkich usług wykonanych przez członków konsorcjum oraz przez ZBM

Inwestor Zastępczy SA. Tym samym konsorcjum SAFEGE nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu i tym samym powinno zostać wykluczone z postępowania. Odwołujący Getinsa dodatkowo podniósł, iż zamawiający w równoległym toczącym się postępowaniu na „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja budowy drogi ekspresowej S-69 Bielsko – Biała – Żywiec - Zwardoń, odcinek węzeł „Mikuszowice” „Żywiecka - Bystrzańska” „Żywiec”, w którym przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu został przez Zamawiającego sformułowany identycznie, wykluczył wykonawcę konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. z postępowania wobec braku złożenia takiego analogicznego wykazu. Zatem praktyka zamawiającego wprost wskazuje na konieczność wykluczenia wykonawców, którzy nie złożyli prawidłowego tzw. wykazu B. Zamawiający miał wiedzę o wykonaniu przez członków Konsorcjum SAFEGE w/w usług, gdyż usługi te były świadczone na rzecz zamawiającego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaświadczenia z ZUS we Francji odwołujący podniósł, iż konsorcjum SAFEGE przedłożyło na stronach 105-107 oferty zaświadczenie potwierdzające nieposiadanie zaległości na dzień 31 grudnia 2013 roku - a zatem potwierdzające stan faktyczny wcześniejszy niż 3 miesiące przed składaniem ofert. Według najlepszej wiedzy odwołującego Getinsa we Francji jest możliwe pozyskanie zaświadczenia późniejszego, wydawanego na bieżąco przez odpowiedni urząd, potwierdzającego bieżący, aktualny stan faktyczny. Swoją wiedzę odwołujący Getinsa opiera na dokumentach złożonych przez wykonawcę Systra, także mającego siedzibę we Francji. Systra w innym postępowaniu złożyła analogiczne zaświadczenie wystawione zarówno z datą bieżącą dla danego postępowania, jak i potwierdzające dane bieżące (w tym przypadku na dzień 31.07.2013r.). Tym samym - jest możliwe pozyskanie zaświadczenia z datą bieżącą dla danego postępowania i przedstawiającego stan aktualny, a nie - stan historyczny, tj. dokument, który dochowuje wymogi wynikające z obowiązującego polskiego prawa. Nie jest dopuszczalne, aby wykonawcy mający siedziby poza Polską byli w korzystniejszym położeniu w zakresie wymogów wykazywania warunków udziału w postępowaniu, niż wykonawcy polscy. Konsorcjum SAFEGE powinno być co najmniej wezwane do uzupełnienia w/w dokumentu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego oświadczenia o niekaralności podmiotu zbiorowego odwołujący Getinsa podniósł, iż konsorcjum SAFEGE - zamiast urzędowego zaświadczenia o niekaralności dla podmiotu zbiorowego, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp- złożył oświadczenie złożone przed notariuszem. Zdaniem odwołującego Getinsa we Francji wydaje się przedmiotowe zaświadczenia, zatem nie można go zastąpić oświadczeniem złożonym przed notariuszem. Tym samym konsorcjum SAFEGE nie wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie można bowiem dowolnie składać oświadczeń składanych przed notariuszem, podczas gdy w danym kraju zaświadczenia

urzędowe są wydawane. Z ostrożności odwołujący Getinsa podniósł, że konsorcjum SAFEGE powinno być co najmniej wezwane do uzupełnienia w/w dokumentu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku prawidłowych pełnomocnictw odwołujący Getinsa podniósł, iż w ofercie konsorcjum SAFEGE (strona 159 oferty) znajduje się jedynie pełnomocnictwo udzielone przez SAFEGE SA z siedzibą we Francji 3 wskazanym w nim osobom do dokonywania czynności wskazanych w pełnomocnictwie. Pełnomocnictwo ma datę 24 lutego 2014 roku oraz wskazuje na uprawnienie do reprezentacji SAFEGE oraz „konsorcjum”. Ani z treści tego pełnomocnictwa, ani z treści samej oferty czy innego dokumentu dołączonego do oferty nie wynika, o jakim konsorcjum mowa. W szczególności nie ma w treści oferty żadnego dokumentu, który ustanawiałby konsorcjum. Brak ten zauważył zamawiający i pismem z dnia 25 czerwca 2014 roku wezwał konsorcjum SAFEGE do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o „pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”. Konsorcjum SAFEGE w odpowiedzi w dniu 2 lipca 2014 roku przedłożyło pełnomocnictwo. Przy czym pełnomocnictwo to zostało udzielone w dniu 25 marca 2014 roku - czyli dopiero od tej daty w ogóle powstało konsorcjum SAFEGE, wcześniej konsorcjum to nie istniało. Tym samym pełnomocnictwo udzielone w dniu 24 lutego 2014 roku (znajdujące się w ofercie) nie mogło upoważniać wskazanych w nim osób do reprezentowania konsorcjum SAFEGE, gdyż konsorcjum SAFEGE jeszcze nie istniało w dacie 24 lutego 2014 roku. Tym samym oferta konsorcjum SAFEGE i wszystkie uzupełnienia i wyjaśnienia do oferty zostały podpisane przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji konsorcjum SAFEGE. A zatem konsorcjum SAFEGE ani nie złożyło ważnej oferty, ani też nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oferta tym samym podlega odrzuceniu - gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zaś sama oferta jest niezgodna z ustawą. Oferta ta jest także nieważna na podstawie Kodeksu Cywilnego - gdyż w ogóle nie zostało złożone ważne oświadczenie woli w rozumieniu Kodeksu Cywilnego, a to w związku z art. 9 ust. 1 Ustawy PZP, który nakłada obowiązek prowadzenia postępowania w formie pisemnej, z którego wynika obowiązek złożenia oświadczenia woli także w formie pisemnej. Co więcej - pełnomocnictwo znajdujące się w ofercie konsorcjum Safege w ogóle nie określa postępowania, którego dotyczy ani nawet nie określa zakresu pełnomocnictwa w takim stopniu - aby wskazywało, że dotyczy ono reprezentacji podmiotu w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym nie wiadomo do podpisania jakiej oferty właściwie są uprawnione osoby wskazane w postępowaniu. Samo określenie, że pełnomocnictwo obejmuje uprawnienie do reprezentowania spółki akcyjnej SAFEGE nie jest wystarczającym określeniem zakresu pełnomocnictwa. Jest to bowiem pełnomocnictwo nie określające zakresu i postępowania. Tym samym pełnomocnictwo zamieszczone w ofercie konsorcjum SAFEGE jest nieprawidłowe.

W dniu 1 sierpnia 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 4 sierpnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum SAFEGE przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 4 sierpnia 2014 r. (pismem z dnia 3 sierpnia 2014 r.) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECMG GmbH z siedzibą w Austrii i SGS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „konsorcjum ECMG”, przystąpili do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Odwołujący Getinsa cofnął na rozprawie zarzut dotyczący konsorcjum SAFEGE a mianowicie zarzutu zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na brak zaświadczenia o niekaralności dla podmiotu zbiorowego, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2014 r. odwołania o sygn. akt KIO 1561/14 i KIO 1577/14 zostały skierowane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Izby.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z Protokołu postępowania (Druk ZP-PN – pkt 2), szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 26.479.865,70 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 8.826.621,90 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 14.475.659,92 zł brutto (Druk ZP-PN –pkt 8).

W postępowaniu złożono dziewięć ofert, tj. ofertę nr 1 na kwotę 21.797.392,33 zł brutto; ofertę nr 2 na kwotę 10.966.441,00 zł brutto; ofertę nr 3 na kwotę 18.601.966,50 zł brutto; ofertę nr 4 na kwotę 14.291.640,60 zł brutto; ofertę nr 5 (oferta odwołującego ECMG) na kwotę 9.604.564,47 zł brutto; ofertę nr 6 na kwotę 16.043.443,50 zł brutto; ofertę nr 7 na kwotę 14.129.429,43 zł brutto; ofertę nr 8 na kwotę 15.628.933,50 zł brutto i ofertę nr 9 na kwotę 16.929.629,47 zł brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 7 maja 2014 r. wezwał odwołującego ECMG, działając w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust.1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, nadto dodając, iż chodzi o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący ECMG, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 14 maja 2014 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 16 maja 2014 r.) udzielił wyjaśnień, które wraz z załącznikami zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa

Zamawiając, działając na podstawie: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp; art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 5 ustawy k.c., odrzucił ofertę odwołującego ECMG.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż cena zaoferowana przez odwołującego ECMG odbiega znacząco zarówno od szacunkowej wartości zamówienia, jak i cen zaoferowanych w tym postępowaniu przez innych wykonawców. Niemniej jednak nawet cena znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. To bowiem wykonawca

wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest przy tym wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający wystosował do odwołującego ECMG wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powziął bowiem wątpliwości co do ceny oferty tego wykonawcy, a także niektórych cen jednostkowych podanych przez tego wykonawcę w „Formularzu 2.1.”, mających wpływ na cenę jego oferty, wzywając go jednocześnie do złożenia w tym zakresie szczegółowych wyjaśnień, w tym podania w jaki sposób ujął wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy w cenie 1 zł. Oferta odwołującego ECMG odbiegała zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i ofert innych wykonawców o około 30%. Odwołujący ECMG cenę jednostkową netto w wysokości 1 zł za dniówkę przewidział dla czterech ekspertów kluczowych (poz. 2.1.1., 2.1.4., 2.1.5. i 2.1.6.), w tym Inżyniera Kontraktu (poz. 2.1.1.) oraz sześciu innych ekspertów (poz. 2.2.1., 2.2.2., 2.2.3., 2.2.4., 2.2.5. i 2.2.6). Dlatego też zamawiający prawidłowo uczynił, żądając przedstawienia informacji dotyczących kosztów personelu (ekspertów kluczowych i innych ekspertów), a więc tych kosztów, które mają kluczowe znaczenie dla ceny oferty, gdyż stanowią 87% tej ceny. Skoro więc koszty nadzoru determinują cenę oferty to tym samym ceny jednostkowe personelu pełniącego usługi nadzoru świadczą o rażąco niskiej cenie bądź też nie. W tym stanie faktycznym niewątpliwie koszty te (ceny jednostkowe) świadczą o rażąco niskiej cenie. Zamawiający podał bowiem w treści SIWZ (Tom III, pkt 4.2.) jak należy wycenić poszczególne pozycje Formularza 2.1. W pozycji „Usługi nadzoru” podał, dla każdej ze wskazanych osób w tym formularzu, jakie koszty w tej pozycji należy uwzględnić, tj. „wynagrodzenia wraz z narzutami, urządzenie stanowiska pracy, szkoleń personelu nadzoru, zakwaterowania i delegacji, wyposażenia bhp, transportu i łączności, wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do oferty – Formularzu Cenowym, urlopów i zwolnień, wszelki inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób”. Zaznaczył także, iż koszty te powinny dotyczyć całego okresu realizacji usługi. Dla każdej z tych pozycji wyszczególnionej w Formularzu 2.1., jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych. Przyjęcie ceny dniówki w wysokości 1 zł – jak słusznie podniósł zamawiający – nie może stanowić uśrednienia tych kosztów. Sam odwołujący przyznał na rozprawie, iż kalkulacji dokonał w ten sposób, że przykładowo tam

gdzie stawka dniówki wynosi 1 zł, koszty mogą być ujęte w wysokości 5 groszy, podczas gdy w pozycjach dla których stawka dniówki jest wyższa i wynosi np. 500 zł, koszty inne niż wynagrodzenie danego eksperta, będą wynosić np. 100 zł. Te inne koszty, wbrew postanowieniom SIWZ, odwołujący ECMG – jak oświadczył na rozprawie – poza pozycjami dotyczącymi „Usług nadzoru” (poz.2) ujął także w pozycji 1 Formularza 2.1., a więc pozycji dotyczącej kosztów administracyjnych. Niemniej jednak zamawiający jednoznacznie podał jakie koszty do kosztów usługi nadzoru mają być wliczone. Nie dopuszczał przerzucania tych kosztów do innych pozycji Formularza 2.1. Tymczasem odwołujący ECMG w sposób odmienny od tego czego wymagał zamawiający ukształtował ceny jednostkowe, a tym samym i cenę całej oferty. Ceny jednostkowe mają bowiem, w tym konkretnym stanie faktycznym, wpływ na cenę oferty. Przyjęty przez tego wykonawcę sposób kalkulacji jest niezgodny z tym czego oczekiwał zamawiający. Koszty te zgodnie z zapisami SIWZ powinny być uśrednione. Natomiast w tym przypadku koszty te w jednych pozycjach są sztucznie zaniżone w innych zaś zawyżone. A ponadto koszty te zostały przerzucone do innych niż podane przez zamawiającego pozycji cenowych. To złożone przez odwołującego ECMG wyjaśnienia pokazują, iż ceny jednostkowe w kwestionowanych pozycjach są znacznie zaniżone. Ze złożonego wraz z wyjaśnieniami nowego Formularza 2.1. wynika, iż ceny jednostkowe przedstawione w formularzu złożonym wraz z ofertą są cenami nierealnymi. Ceny jednostkowe (dniówki) powinny być ukształtowane w sposób inny niż przedstawiony w złożonym wraz z ofertą formularzu cenowym i kształtować się na zupełnie innym poziomie, a więc w takiej wysokości jaką podał odwołujący ECMG w nowym formularzu 2.1. a która odzwierciedla rzeczywisty koszt usługi nadzoru dla danej pozycji. Z załączonych do wyjaśnień deklaracje ekspertów wynika, za jakie wynagrodzenie zobowiązali się oni podjąć pracę na danym kontrakcie. Odwołujący ECMG powinien więc ująć rzeczywiste koszty realizacji zamówienia przez danego eksperta. Stawki podane w Formularzu 2.1. i odnoszące się do poszczególnych ekspertów (w kwestionowanym zakresie) nie pokrywają nie tylko, że kosztów wynagrodzenia danego eksperta, ale i także innych wyraźnie wskazanych przez zamawiającego kosztów. Są to więc ceny nierynkowe i nierealne. Określone ceny jednostkowe wskazane w Formularzu 2.1. – jak podniósł odwołujący ECMG - zostały podane tylko i wyłącznie dla potrzeb tego postępowania. Natomiast w rzeczywistości ceny te będą się kształtować na zupełnie innym poziomie niż wskazany w Formularzu 2.1. Jego kalkulacja opiera się bowiem na tym, że oczekuje on wynagrodzenia później, mimo iż zamawiający ani w treści SIWZ, ani też umowy nie wymagał kredytowania realizacji tego zamówienia przez wykonawcę. Sposób rozliczenia zamówienia wynika z treści SIWZ oraz umowy i nie ma tam żadnego postanowienia, z którego by wynikało, iż wynagrodzenie wykonawca może otrzymać w okresie późniejszym. Przeciwnie jednoznacznie wskazano, iż wynagrodzenie



będzie płatne w okresach miesięcznych (§ 4, 7 i 27 umowy) w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w Formularzu 2.1.

Wyjaśnienie odwołującego ECMG nie wskazują umotywowanych okoliczności, które pozwoliły temu wykonawcy zaoferować za dniówkę 1 zł. A ponadto sam odwołujący przedłożył dokument (nowy formularz 2.1.), z treści którego wynika jednoznacznie, iż ceny jednostkowe w kwestionowanych pozycjach formularza faktycznie zostały zaniżone. Ich wysokość jest wyższa niż wskazane pierwotnie. Tak więc to dopiero ceny uwidocznione w nowym formularzu są cenami realnymi i faktycznie to one winny być ujawnione w pierwotnym formularzu. Odzwierciedlają bowiem faktyczny sposób kalkulacji ceny a przy tym wymagany przez zamawiającego w treści SIWZ. A ponieważ koszt usługi nadzoru stanowi najważniejszy element ceny oferty to jego zaniżenie powoduje nierealność ceny oferty odwołującego ECMG. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw, z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.**

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku (...)”. Czynem nieuczciwej konkurencji jest więc sprzedaż poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu, tj. sprzedaż ze stratą. Tymczasem - jak wynika z treści wyjaśnień udzielonych przez odwołującego ECMG i jego oświadczeń złożonych na rozprawie - wykonawca ten w istocie zaoferował realizację usługi poniżej kosztów jej świadczenia. Jego kalkulacja opiera się bowiem na tym, że oczekuje on wynagrodzenia później, mimo iż zamawiający ani w treści SIWZ, ani też umowy nie wymagał kredytowania realizacji tego zamówienia przez wykonawcę. Tym samym do 2016 r. wykonawca ten pracowałaby na stratach. Odwołujący ECMG, jak już wyżej ustalono, zaniżył ceny jednostkowe niektórych kluczowych ekspertów i innych ekspertów poniżej kosztów ich świadczenia. Takie sztuczne zaniżenie cen wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca dokonał bowiem przeniesienia rzeczywistych kosztów dotyczących poszczególnych ekspertów do innych pozycji formularza 2.1. w taki sposób, aby osiągnąć określone wynagrodzenie, a tym samym uzyskać to konkretnie zamówienie. Odwołujący ECMG próbował uzasadnić opłacalność realizacji tego zamówienia, pokazując iż przewiduje on osiągnięcie zysku na określonym poziomie. Niemniej jednak podniósł także, iż do roku 2016 będzie kredytował zamawiającego. Tym samym uznać należy, iż ceny jednostkowe w kwestionowanych pozycjach formularza 2.1., uwzględniając jego wyjaśnienia, potwierdzają iż

są one nierealne i nie pozwalają pokryć kosztów danego eksperta. Niemniej jednak poza wykazaniem sprzedaży poniżej kosztów własnych nie wystarcza do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, koniecznym jest również wykazanie, iż działanie to ma na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku, przy czym takim zasadniczym warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej. W konkretnym wypadku możliwe jest jednak przyjęcie, że przepis ten został naruszony, jeżeli pomimo braku pozycji dominującej na rynku właściwym w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów całkowicie realna jest eliminacja konkretnego przedsiębiorcy z rynku. I tak sytuacja w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie ma miejsce. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten także się nie potwierdził się.

### **Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w SIWZ (Tom III, pkt 4.2.) podał, iż w cenie oferty wykonawca powinien uwzględnić:

„W pozycji „Usługi nadzoru”, dla każdej ze wskazanych w ofercie osób koszty m.in.:

- wynagrodzenia wraz z narzutami
- urządzenia stanowiska pracy
- szkoleń personelu nadzoru
- zakwaterowania i delegacji
- wyposażenia bhp
- transportu i łączności
- wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do oferty – Formularzu Cenowym
- urlopów i zwolnień
- wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób

Koszty powyższe dotyczyć powinny całego okresu realizacji usługi”.

Nadto w punkcie 9.3. zamawiający podał „dla każdej pozycji wyszczególnionej na formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych”.

Odwołujący ECMG cenę jednostkową netto w wysokości 1 zł za dniówkę przewidział dla czterech ekspertów kluczowych (poz. 2.1.1., 2.1.4., 2.1.5. i 2.1.6.), w tym Inżyniera Kontraktu (poz. 2.1.1.) oraz sześciu innych ekspertów (poz. 2.2.1., 2.2.2., 2.2.3., 2.2.4., 2.2.5. i 2.2.6).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wykonawca zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w treści SIWZ zobowiązany był dla poszczególnych pozycji Formularza 2.1. (poz. 2) „Usługi nadzoru” skalkulować cenę jednostkową w sposób ściśle określony. Tak więc poza wynagrodzeniem przewidzianym dla danego eksperta wykonawca, kalkulując cenę jego dniówki, zobowiązany był ująć także inne określone przez niego koszty. Powinien był tego dokonać w sposób jednoznacznie określony w SIWZ. Tymczasem odwołujący ECMG w złożonej ofercie, co wynika zarówno ze złożonych przez niego wyjaśnień, jak i z treści jego wypowiedzi na rozprawie, dokonał wyceny wynagrodzenia poszczególnych ekspertów niezgodnie z wymogami zawartymi w treści SIWZ. Zaniżył bowiem ceny jednostkowe dniówek niektórych ekspertów kluczowych i niektórych innych ekspertów, sztucznie zawyżając ceny innych pozycji formularza 2.1., nie wliczając do tych pozycji innych kosztów (wszystkich wymienionych przez zamawiającego w punkcie 4.2. SIWZ). Tym samym wykonawca ten nierzetelnie i nieprawidłowo oszacował cenę jednostkową dniówki w kwestionowanych pozycjach formularza 2.1., naruszając w tym zakresie postanowienia SIWZ.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. potwierdził się.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Nieważność na podstawie odrębnych przepisów to przede wszystkim jej niezgodność z przepisami kodeksu cywilnego, dotyczącymi wad oświadczenia woli (art. 82-87 k.c.), brak własnoręcznego podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu wykonawcy pod oświadczeniem woli stanowiącym ofertę (art. 78 k.c.) oraz sprzeczność z ustawą (art. 58 k.c.). Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wymaga zatem – jak słusznie podniósł odwołujący ECMG – wskazania przepisu prawa, z którego wynikałby skutek nieważności. Takiego przepisu zamawiający nie wskazał, odwołując się jedynie do klauzuli generalnej zawartej w art. 5 k.c., tym samym Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

Niemniej jednak ze względu na to, że pozostałe zarzuty odwołującego ECMG nie potwierdziły się, Izba uznała, iż jego oferta została prawidłowo odrzucona na podstawie trzech pozostałych przesłanek. Tym samym powyższe (uwzględnienie tego jednego zarzutu) nie ma i nie może mieć wpływu na wynik tego postępowania.

**sygn. akt KIO 1577/14**

**Zarzut dotyczący dokonania oceny oferty wykonawcy Getinsa w kryterium „Metodyka” niezgodnie z postanowieniami SIWZ nie potwierdził się.**

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną.

Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w SIWZ opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone, umożliwiając wykonawcom późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym stanie faktycznym zamawiający przewidział dwa kryteria: „cena – 60% = 60 pkt i metodyka – 40% = 40 pkt”. Zamawiający podał także wzór według, którego ofertom będzie przyznawał punkty w kryterium „cena” oraz zasady jakimi będzie się kierował, przyznając ofertom punkty w kryterium „metodyka”. W zakresie tego drugiego kryterium zamawiający opracował szereg podkryteriów, które określały sposób przyznania punktów w ramach danego podkryterium. Przez opisanie tych podkryteriów zamawiający wyłączył zupełną swobodę i dowolność w ocenie ofert. Niemniej jednak kryterium to nie do końca jest mierzalne i jako takie ma niewątpliwie w jakimś choć minimalnym stopniu ocenny i uznaniowy charakter.

Niewątpliwym jest, iż to kierownik zamawiającego powołuje komisję przetargową do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a więc powołuje i odwołuje jej członków. W niniejszym postępowaniu powołano komisję przetargową składającą się z sześciu osób. Zgodnie z art. 21 ust. 3 ustawy Pzp kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków poszczególnych członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywanie czynności oraz przejrzystości prac. Zamawiający dokonał w dniu 3 kwietnia 2014 r. – jak wynika ze złożonego przez zamawiającego na rozprawie Protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 3 kwietnia 2014 r. - podziału prac pomiędzy poszczególnych członków komisji przetargowej. W wyniku tego podziału prace z zakresu „oceny kryterium „Metodyka” i przyznanie punktów w tym kryterium” powierzono wyłącznie dwóm członkom komisji przetargowej. Tak więc to jedynie ci dwaj członkowie w sposób uprawniony mogli dokonać i dokonali oceny ofert w ramach tego kryterium. Powyższe nie pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ. Oceny tego kryterium dokonywali bowiem poszczególni delegowani do tych czynności członkowie komisji przetargowej i - jak wynika z oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie – członkowie merytorycznie do tego przygotowani. Okoliczność, iż członkowie komisji przetargowej, którym powierzono ocenę ofert w ramach tego kryterium, przyznali identyczną liczbę punktów temu samemu wykonawcy nie oznacza, iż dokonali tego nieprawidłowo.

Żadne przepisy prawa nie wskazują w jaki sposób, a więc w jakim stopniu szczegółowości należy dokonywać opisu dokonywanej oceny. Fakt, iż ocena ta została uzewnętrzniona w sposób identyczny nie przekreśla prawidłowości dokonanej oceny. Skoro bowiem oceny dokonywali merytoryczni członkowie komisji zamawiającego trudno w zgodności co do oceny poszczególnych działań wskazanych przez odwołującego Getinsa dopatrywać się naruszenia zasad bezstronności.

Z analizy treści SIWZ (str. 22 – 30 SIWZ) w zakresie dotyczącym przyznawania punktów w kryterium Metodyka jednoznacznie wynika, że zamawiający punkty za „za każdą propozycję dodatkowych działań, wykraczających poza określone przez zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania (...)” przewidział tylko i wyłącznie w podkryterium 1, pkt 1.1. „Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych i robót budowlanych”. Takich zapisów, a tym samym wymogu aby zaproponowane działania wykraczały poza zakres opisany w SIWZ nie przewidział, w odniesieniu do pozostałych punktów tego podkryterium, a więc punktu 1.2. i 1.3., jak i w odniesieniu do pozostałych podkryteriów (podkryterium 2, 3 i 4). Tym samym zamawiający tylko w ramach punktu 1.1. dokonywał oceny zaproponowanych działań pod kątem tego czy wskazane przez wykonawcę działania wykraczają poza zakres SIWZ, czy też nie. W pozostałym zakresie dokonywał oceny w sposób zgodny z opisem poszczególnych podkryteriów z uwzględnieniem adekwatności celu jaki ma zostać osiągnięty w ramach danego podkryterium, a więc każdego dodatkowego działania.

Zarzuty odwołującego Getinsa to w zasadzie polemika z treścią uzasadnienia dla przyznania zaproponowanym przez niego działaniom takiej a nie innej ilości punktów. Stanowią one (zarzuty i ich uzasadnienie) – jak słusznie podniósł zamawiający – rozszerzenie opisu i uzasadnienia działań zaproponowanych przez tego wykonawcę w Metodyce i ocenianych tylko i wyłącznie na podstawie materiału złożonego wraz z ofertą. Tylko na tej podstawie dokonywał oceny metodyki złożonej wraz z ofertą. To jednak zamawiający – w sposób nie budzący żadnych wątpliwości – wykazał przed Izba prawidłowość przyznanych odwołującemu Getinsa punktów. Wykonawca ten nie uzasadnił bowiem w jaki sposób zaproponowane działania spowodowałyby osiągnięcie określonego i wymaganego przez zamawiającego celu. Zaproponowane działania są więc do niego nieadekwatne. Zamawiający nie oczekiwał bowiem wskazania tego co było przez niego dostrzeżone i opisane w SIWZ. Zamawiający oczekiwał nowatorskich rozwiązań, a nie powielania działań przewidzianych w treści SIWZ. Nie chodziło mu także o zwiększenie częstotliwości i intensywności określonych działań. Tymczasem działania zaproponowane przez odwołującego Getinsa w istocie takimi są.

Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum SAFEGE z powodu braku wykazania wszystkich zakończonych usług w Wykazie B nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 6 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania spełniania tych warunków” podał, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)

2) posiadania wiedzy i doświadczenia:

Zamawiający dokona oceny spełniania przedmiotowego warunku w celu zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia. Zamawiający oceni zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.(...)

Zamawiający wyjaśnia, że będzie dokonywał ww. oceny wykroczeń zawodowych – ze względu na indywidualny charakter każdej z tych decyzji – na podstawie okoliczności faktycznych związanych z sytuacją każdego z Wykonawców, zgodnie z informacjami zawartymi w części B wykazu „Wiedza i doświadczenie”. (...).”.

Na potwierdzenie powyższego wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz wykonanych usług, przy czym wykonawca zobowiązany był „wskazać w powyższym wykazie w zakresie części B wszystkie usługi wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie, o których mowa w 6.2.2)2) IDW. W sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (...) zobowiązany jest wykazać wszystkie usługi wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie przez te podmioty (...).

W celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia Zamawiający żąda wskazania w wykazie informacji o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie umożliwiających Zamawiającemu weryfikację pod kątem wskazanych w 6.2.2)2) IDW. (...).”.

Konsorcjum SAFEGE w „Formularzu 3.2. Wiedza i doświadczenie”, część B wykazało 6 usług zrealizowanych przez podmiot trzeci (udostępnionych na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), tj. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, pismem z dnia 11 lipca 2014 r., wezwał konsorcjum SAFEGE do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących „Wykazu wykonanych głównych usług” oraz uzupełnienia „Wykazu wykonanych głównych usług” w zakresie części B o zadania wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie przez Wykonawcę (SAFEGE i CERTUSVIA Sp. z o.o.) i inny podmiot na zasobach którego Wykonawca polega w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (ZBM Inwestor Zastępczy S.A.) zgodnie z wymaganiami określonymi w 6.2.2)2) IDW (...).”.

Konsorcjum SAFEGE, pismem z dnia 14 lipca 2014 r. dokonało stosownych wyjaśnień oraz złożyło wymagany przez zamawiającego „Formularz 3.2. Wiedza i doświadczenie”, w części B którego wskazano 11 usług wykonanych przez Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie oraz 2 usługi zrealizowane przez SAFEGE.

Odwołujący Getinsa podniósł we wniesionym odwołaniu, iż Wykaz B uzupełniony przez konsorcjum SAFEGE nie zawiera wszystkich usług, w szczególności konsorcjum SAFEGE nie wskazało wszystkich usług wykonanych przez członków konsorcjum oraz przez Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, podając przykładowo usługi wykonane przez konsorcjum SAFEGE i Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, a niewymienione w Wykazie B.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 22 ust. 5 zdanie 2 ustawy Pzp stanowi, iż w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Przepis ten daje zamawiającemu możliwość dokonania weryfikacji zdolności wykonawców w zakresie wiedzy i doświadczenia w oparciu o przesłanki rzetelności i kompetencji. W tym stanie faktycznym zamawiający w punktach 6.2.2)2) i 7.1.2. SIWZ jednoznacznie wskazał, iż część B wykazu ma na celu zweryfikowanie rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy. W części tej wykonawcy zobowiązani byli podać zarówno wszystkie usługi wykonane (zakończone), jak również usługi niewykonane lub wykonane nienależycie. Konsorcjum SAFEGE w pierwotnie złożonym wykazie (wykazie załączonym do oferty), jak i wykazie złożonym w wyniku uzupełnienia wskazało usługi, które zostały wykonane w sposób należyty. Również usługi, które wskazał odwołujący Getinsa, jako te które zostały wykonane czy to przez wykonawcę SAFEGE, czy to przez Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, a które nie zostały ujęte w Wykazie B, są usługami wykonanymi (zakończonymi). Odwołujący Getinsa nie wykazał bowiem aby były one niewykonane lub wykonane nienależycie. Nie podał także żadnej innej usługi realizowanej przez wykonawcę SAFEGE lub podmiot trzeci udostępniający mu wiedzę i doświadczenie (Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie), która została niewykonana lub wykonana nienależycie. Usługi, których konsorcjum SAFEGE nie wymieniło w Wykazie (część B), a które podał odwołujący Getinsa są usługami wykonanymi należycie. Natomiast brak jest jakichkolwiek dowodów na to, że wykonawca SAFEGE i wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w

Warszawie legitymują się usługami niewykonanymi lub wykonanymi nienależycie, których nie ujęto w wymaganej wykazem części B, a które w konsekwencji skutkowałyby niespełnieniem przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tak więc usługi niewykazane przez konsorcjum SAFEGE w wykazie (część B) nie były usługami niewykonanymi lub wykonanymi nienależycie. Tym samym ich nieumieszczenie w wykazie nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na ocenę solidności tego wykonawcy. To dopiero brak wpisania do wykazu usługi niewykonanej lub wykonanej nienależycie mógłby mieć wpływ na ocenę rzetelności i kwalifikacji tego wykonawcy. Zamawiający zwrócił uwagę na powyższe w odpowiedzi na pytanie i wyjaśnienia 21 (wyjaśnienia treści SIWZ nr 5), wskazując iż „będzie dokonywał analizy przedstawionych przez Wykonawcę informacji oraz ewentualnych uzyskanych dodatkowych wyjaśnień odnośnie zadań niewykonanych lub wykonanych nienależycie pod kątem ich rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Badanie to ma umożliwić Zamawiającemu uzyskanie pełnej wiedzy na temat aktywności profesjonalnej Wykonawcy.”. Wypełnienie Wykazu B miało służyć weryfikacji wykonawcy. Celem weryfikacji wykonawcy – w myśl art. 22 ust. 5 ustawy Pzp - nie jest bowiem uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale – jak słusznie podniósł zamawiający - uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji tej umowy, przy czym to dopiero niewywiązywanie się danego wykonawcy ze swych dotychczasowych zobowiązań w stopniu, który podważa posiadanie odpowiedniego poziomu kwalifikacji, kompetencji i rzetelności wymaganego dla należytego zrealizowania danego zamówienia, może stanowić podstawę do negatywnej weryfikacji zdolności takiego wykonawcy. Tak więc dopiero w takim przypadku (braku w wykazie usług niewykonanych lub wykonanych nienależycie) można rozważać wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania. Natomiast w tym konkretnym stanie faktycznym brak jest ku temu podstaw.

Argumentu za wykluczeniem wykonawcy z postępowania nie może stanowić decyzja zamawiającego o wykluczeniu innego wykonawcy z postępowania w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego (inny oddział), gdyż dotyczy innego postępowania i innego stanu faktycznego. W postępowaniu, na które powołał się odwołujący Getinsa (GDDKiA Oddział w Katowicach), wykonawca został wykluczony z uwagi na to, iż nie złożył dokumentu w wymaganym przez zamawiającego terminie, a nie – jak twierdzi odwołujący Getinsa – z powodu niewykazania w Wykazie B usługi wykonanej. Powyższe jednoznacznie wynika z treści złożonej przez odwołującego Getinsa „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty” (pismo z dnia 30 lipca 2014 r.), pochodzącej z tamtego postępowania i przedłożonej przez niego w poczet materiału dowodowego tego postępowania. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się



### **Zarzut dotyczący braku zaświadczenia z ZUS we Francji nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż konsorcjum SAFEGE w załączeniu do oferty złożyło zaświadczenie wydane w dniu 14 stycznia 2014 r. potwierdzające nieposiadanie zaległości na dzień 31 grudnia 2013 r. (str. 105-107 oferty).

Termin składania ofert upłynął w dniu 2 kwietnia 2014 r.

Odwołujący podniósł m.in., iż konsorcjum SAFEGE złożyło zaświadczenie potwierdzające nieposiadanie zaległości na dzień 31 grudnia 2013 r., a zatem potwierdzające stan faktyczny wcześniejszy niż 3 miesiące przed składaniem ofert, podczas gdy we Francji możliwym jest pozyskanie zaświadczenia późniejszego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 4) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia zamawiający żąda „aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne (...) wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub składania ofert”. W przypadku, gdy wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokument ten „powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub składania ofert” (§ 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Zaświadczenie potwierdzające niezaleganie SAFEGE z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne zostało wystawione w dniu 14 stycznia 2014 r., natomiast termin składania ofert upływał w dniu 2 kwietnia 2014 r. Tak wydane zaświadczenie odpowiada więc wymogom rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zostało bowiem wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Tym samym brak jest podstaw do kwestionowania tego dokumentu.

### **Zarzut dotyczący braku prawidłowych pełnomocnictw w ofercie konsorcjum SAFEGE nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż konsorcjum SAFEGE w załączeniu do oferty złożyło pełnomocnictwo z dnia 24 lutego 2014 r. udzielone trzem wskazanym w nim osobom do dokonywania czynności w nim wskazanych (str. 159 oferty).

Zamawiający, pismem z dnia 25 czerwca 2014 r., wezwał konsorcjum SAFEGE do uzupełnienia pełnomocnictwa „do reprezentowania wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowy o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo. Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania wykonawców w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Pełnomocnictwo powinno być złożone w formie oryginału lub notarialnie poświadczone.

Konsorcjum SAFEGE, pismem z dnia 1 lipca 2014 r., złożyło m.in. pełnomocnictwo z dnia 25 marca 2014 r. ustanawiające firmę SAFEGE S.A. pełnomocnikiem wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum SAFEGE – CERTUSVIA.

Odwołujący podniósł m.in., iż konsorcjum SAFEGE nie istniało w dniu złożenia oferty, gdyż pełnomocnictwo udzielone dopiero w dniu 25 marca 2014 r. czyli dopiero od tej daty powstało konsorcjum. Tym samym pełnomocnictwo z dnia 24 lutego 2014 r. nie mogło upoważniać wskazanych w nim osób do reprezentowania konsorcjum SAFEGE, gdyż w tej dacie ono jeszcze nie istniało. Oferta konsorcjum SAFEGE i wszystkie uzupełnienia i wyjaśnienia zostały podpisane przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji konsorcjum SAFEGE.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż oferta konsorcjum SAFEGE została podpisana przez Panią K..... K..... – G..... działającą na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w dniu 24 lutego 2014 r. przez Dyrektora Generalnego spółki akcyjnej SAFEGE. Powyższe pełnomocnictwo upoważniało wskazane w nim trzy osoby do dokonywania samodzielnych czynności w zakresie w nim określonym, tj. m.in. do reprezentowania spółki akcyjnej SAFEGE i konsorcjum na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej, w tym do wszystkich czynności dotyczących przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty i do podpisania całej zawartości wniosku lub oferty, zawarcia umowy z zamawiającym.

W dniu 25 marca 2014 r., działający w imieniu CERTUSVIA ustanowił SAFEGE S.A. pełnomocnikiem wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum: SAFEGE – CERTUSVIA Sp. z o.o. w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) – Stobierna”. Pełnomocnictwo obejmowało wszystkie sprawy związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, zawarciem umowy i realizacją zamówienia, a w szczególności umocowanie do reprezentowania CERTUSVIA i konsorcjum, przygotowania, podpisania i złożenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia, składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz innych dokumentów.

Z treści pełnomocnictwa z dnia 24 lutego 2014 r. udzielonego na rzecz wskazanych w nim osób wynika, iż zostały one umocowane do działania w imieniu „spółki akcyjnej SAFEGE i konsorcjum”. Tak więc – zgodnie z treścią tego pełnomocnictwa - pełnomocnik został umocowany do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym podpisując ofertę był umocowany do działania w imieniu na rzecz SAFEGE i konsorcjum.

Niemniej jednak – jak wynika z dat udzielenia oraz treści obu pełnomocnictw SAFEGE ustanowiony dnia 25 marca 2014 r. pełnomocnikiem konsorcjum, udzielając dnia 24 lutego 2014 r. pełnomocnictwa na rzecz trzech wskazanych w treści pełnomocnictwa pełnomocników – M..... I....., K..... K..... – G..... i M..... P..... - nie miał umocowania do działania w imieniu i na rzecz CERTUSVIA Sp. z o.o., a tym bardziej nie miał umocowania do udzielenia pełnomocnictwa w imieniu i na rzecz tego podmiotu. Niemniej jednak – zgodnie z regułami k.c. - pełnomocnictwo może być potwierdzone przez osobę, która udzieliła pełnomocnictwa. W tym stanie faktycznym pełnomocnictwo z dnia 25 marca 2014 r. potwierdza umocowanie SAFEGE do działania w imieniu CERTUSVIA. Ma ono formę pisemną i zostało dokonane przed upływem terminu do złożenia oferty. Takie potwierdzenie pełnomocnictwa jest prawidłowe i skuteczne. A zatem w dniu składania ofert SAFEGE – jak słusznie podniósł zamawiający – miał już status pełnomocnika całego konsorcjum. Pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum (pełnomocnictwo z dnia 25 marca 2014 r.), a więc dla SAFEGE, zostało udzielone prawidłowo. Bezzasadnym jest więc twierdzenie, że Pani K..... K..... – G....., składając ofertę działała bez należytego umocowania. Prawidłowe jest także pełnomocnictwo z dnia 24 lutego 2014 r. Pełnomocnictwo to wyraźnie wskazywało, że Pani K..... K..... – G..... jest umocowana do reprezentowania spółki akcyjnej SAFEGE i konsorcjum oraz dokonywania określonych w nim czynności. Pełnomocnictwo to spełniało tym samym wymóg pełnomocnictwa rodzajowego, jaki został przewidziany dla czynności związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego. „Pełnomocnictwo rodzajowe powinno określać rodzaj (typ, grupa) na ogół powtarzalnych czynności prawnych, do których dokonywania umocowany został pełnomocnik oraz przedmiot tych czynności (wyr. SN z dnia 4 listopada 1998 r., II CKN 866/97). (...) Nie ma konieczności każdorazowego uszczegółowienia pełnomocnictwa, ponieważ na gruncie przywołanych przepisów ustawy nie wymaga się pełnomocnictwa do poszczególnej czynności, czyli do udziału w konkretnym konsorcjum, tylko pełnomocnictwa o charakterze rodzajowym” (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 29 marca 2007 r., sygn. akt X Ga 65/06). I takich charakter niewątpliwie ma

pełnomocnictwo załączone do oferty. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony oraz uczestników postępowania, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocników zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł dla każdego z pełnomocników, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....