

**Sygn. akt: KIO 1889/15**  
**KIO 1890/15**

**WYROK**

**z dnia 18 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2015 r. przez:

- A. wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa (sygn. akt KIO 1889/15)**
- B. wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa (sygn. akt KIO 1890/15)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-78 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1889/15 i KIO 1890/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala oba odwołania**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa (sygn. akt KIO 1889/15) i (sygn. akt KIO 1890/15)** i:

- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa (sygn. akt KIO 1889/15) i (sygn. akt KIO 1890/15)** tytułem wpisów od odwołań
  
- 1.2. zasądza od wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa (sygn. akt KIO 1889/15) i (sygn. akt KIO 1890/15)** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-78 Warszawa** **prowadzącego postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Warszawa** kwotę **5 535 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w obu sprawach

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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1889/15**

**KIO 1890/15**

### **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, 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, postępowania na:

I. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko – pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, tj.:

- Część 1 – Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Nowe Marzy” (bez węzła) do węzła „Dworzysko” (z węzłem) o długości około 23,3 km”.
- Część 2 – Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km”.
- Część 3 – Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Jaroszewo” (bez węzła) do granicy województwa o długości około 25,1 km”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2015 r., nr 2015/S 034-058328.

II. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko – pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 2 części”:

- Część 1 – Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) do węzła „Tryszczyn” (z węzłem) o długości około 14,7 km oraz na odcinku od węzła „Tryszczyn” (bez węzła) do węzła „Białe Błota” (bez węzła) o długości około 13,5 km”.

- Część 2 – Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Białe Błota” (bez węzła) do węzła „Szubin” (bez węzła) o długości około 9,7 km oraz na odcinku od węzła „Szubin” (z węzłem) do węzła „Jaroszewo” (z węzłem) o długości około 19,3 km”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2015 r., nr 2015/S 034-058341

### **sygn. akt KIO 1889/15**

W dniu 18 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o tym, iż jego oferta w postępowaniu dotyczącym zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko – pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, dla części 1 i 2 została uznana za najkorzystniejszą, natomiast w części 3 została sklasyfikowana na miejscu drugim.

W dniu 28 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 sierpnia 2015 r.) wobec czynności i zaniechań zamawiającego dokonanych w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, zwanego dalej „wykonawcą MGGP”, pomimo, że jest ona niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”
2. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MGGP pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
3. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MGGP do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, zwanych dalej „konsorcjum SGS” do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia
5. art. 24 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum SGS pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu
6. art. 24 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum SGS pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu

7. art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w kryteriach oceny ofert i nieprzyznaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium Metodyka

8. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MGGP pomimo, że zawiera cenę rażąco niską.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. wykluczenia konsorcjum SGS z postępowania
3. odrzucenia oferty wykonawcy MGGP
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

Odnosnie oferty złożonej przez wykonawcę MGGP, podniósł m.in. zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Jego zdaniem wykonawca MGGP skalkulował swoją ofertę w oparciu o stawki jednostkowe (dniówki) nieobejmujące wszystkich kosztów zatrudnienia Innych ekspertów. Wynagrodzenie aż 28 „innych ekspertów” zostało skalkulowane w oparciu o stawkę 85,00 zł. A ponieważ „inni eksperci” to m.in. osoby posiadające odpowiednie uprawnienia i doświadczenie, które będą przebywać na terenie budowy, nadzorując najważniejsze prace nierealne i nieobejmujące wszystkich kosztów zatrudnienia takich osób jest określenie ich wynagrodzenia w oparciu o stawkę 85,00 zł dziennie (przy założeniu, że osoba ta pracuje 8 godzin) stawka godzinowa to 10,63 zł. Konieczność kalkulowania kosztów pracy w oparciu o najniższe wynagrodzenie za prace określone w odpowiednich przepisach nie oznacza, że każde skalkulowane w ten sposób wynagrodzenie jest odpowiednie. Pozornie wynagrodzenie określone przez wykonawcę MGGP zostało skalkulowane w oparciu o takie wynagrodzenie, gdyż kwota netto została określona w taki sposób, że przy założeniu, że dana osoba pracuje średnio 21 dni w miesiącu jej koszt wynagrodzenia to 1.785,00 zł. Jednakże przyjmując założenia określone w SIWZ, czyli konieczność skalkulowania w tej pozycji nie tylko kosztów wynagrodzeń, ale kosztów zatrudnienia uznać należy, że wynagrodzenie zostało skalkulowane w oparciu o najniższe wynagrodzenie, ale nie obejmuje wszystkich kosztów zatrudnienia bądź też wynagrodzenie wprawdzie obejmuje wszystkie koszty wynagrodzenia ale jest niższe niż najniższe wynagrodzenie. Stawka 85 zł netto nie obejmuje wszystkich kosztów wynagrodzenia miesięcznego Kluczowego eksperta nawet gdyby założyć nierealne minimalne wynagrodzenia takiej osoby jako podstawę ustalenia jej wynagrodzenia. Kwota ta zgodnie z SIWZ powinna obejmować wszystkie koszty zatrudnienia. Koszty zatrudnienia to nie tylko wynagrodzenie pracownika brutto, ale również inne koszty jakie obciążają pracodawcę. Uwzględnienie tych kosztów powoduje, że całkowity koszt zatrudnienia pracownika to minimum 2.110,68 zł.

Takie ukształtowanie cen jednostkowych powoduje nie tylko niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, ale również wpływa na cenę całkowitą oferty, powodując, że zachodzi obawa, że jest to cena rażąco niska. Pomimo tego, że chodzi o ceny jednostkowe to na uwagę zasługuje fakt, że zaniżenie tych cen przy założeniu prawidłowego skalkulowania pozostałych (z uwagi na wpływ na całą cenę ofert poprzez jej znaczenie w kalkulacji) powoduje, że cena całkowita również jest ceną rażąco niską. Niedoszacowanie kosztów wynagrodzeń znacznej części personelu w przypadku zamówienia, którego podstawą jest świadczenie usług przez te osoby musi budzić podejrzenie w kontekście realności całej ceny ofertowej.

Konsekwencją zaniżenia stawek dla poszczególnych ekspertów i tym samym niezgodności treści oferty z treścią SIWZ jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, działanie wykonawcy MGGP polegające na zaniżeniu stawek w pozycjach wskazanych wyżej i „przenoszenie” ich do innych pozycji „Formularza Cenowego” ma na celu takie ukształtowanie cen jednostkowych, aby cena oferty była jak najniższa. Takie działanie ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działanie takie miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie ofert, nie w drodze normalnej walki konkurencyjnej, ale w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Celem takiego działania nie było bowiem konkurowanie rzetelną ofertą, złożoną w zgodzie z dobrymi obyczajami, lecz zabieg dający wykonawcy MGGP sztuczną przewagę nad innymi wykonawcami.

Odnośnie oferty złożonej przez konsorcjum SGS odwołujący podniósł, iż w Austrii wydaje się dokument potwierdzający brak likwidacji i upadłości i nie jest to dokument złożony przez konsorcjum SGS. Dokumentem takim jest zaświadczenie wydane przez Sąd Krajowy i Okręgowy właściwy dla miejsca siedziby spółki. Zaświadczenie takie obejmuje informację zarówno o likwidacji, jak i o upadłości spółki. Wobec tego zamawiający powinien był wezwać tego wykonawcę do uzupełniania dokumentu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Z informacji odwołującego wynika również, że dokumentem potwierdzającym, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat jest w Austrii dokument Die Unbedenklichkeitsbescheinigung jest wydawany przez Ministerstwo finansów na wniosek złożony przez wykonawcę (antrag auf bescheinigung). O ile wniosek składa się w formie elektronicznej o tyle samo zaświadczenie wydawane jest w formie papierowej - co potwierdza informacja zawarta na stronach e-certis (<http://ec.europa.eu/markt/ecertis/documentDetail.do?docId=89>). Konsorcjum SGS załączyło do ofert jedynie wniosek o wydanie zaświadczenia, nie składając samego zaświadczenia w odpowiedniej formie. Wobec tego zamawiający powinien był wezwać tego wykonawcę do uzupełniania dokumentu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny swojej oferty w kryteriach oceny ofert i nieprzyznaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium Metodyka uzasadnienie odwołujący przedstawił w załączniku do odwołania, który zastrzegł jako stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 31 sierpnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca MGGP, otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 3 września 2015 r. (pismem z dnia 2 września 2015 r.) wykonawca MGGP zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył w dniu 11 września 2015 r. (pismem z tej samej daty) odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izba.

#### **sygn. akt KIO 1890/15**

W dniu 18 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o tym, iż jego oferta w postępowaniu dotyczącym zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko – pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 2 części”, dla części 1 została sklasyfikowana na miejscu drugim, natomiast dla części 2 została sklasyfikowana na miejscu trzecim.

W dniu 28 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 sierpnia 2015 r.) o treści identycznej, jeśli chodzi o podniesione zarzuty, wnioski oraz argumenty przedstawione na ich poparcie, jak w sprawie o sygn. akt KIO 1889/15, a więc wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego dokonanych w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MGGP pomimo, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ
2. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MGGP pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
3. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MGGP do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum SGS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia
5. art. 24 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum SGS pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu
6. art. 24 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum SGS pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu
7. art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w kryteriach oceny ofert i nieprzyznaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium Metodyka
8. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MGGP pomimo, że zawiera cenę rażąco niską.  
Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
  1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
  2. wykluczenia konsorcjum SGS z postępowania
  3. odrzucenia oferty wykonawcy MGGP
  4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł identyczne argumenty jak cytowane już wyżej w odniesieniu do sprawy o sygn. akt KIO 1889/15.

W dniu 31 sierpnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca MGGP oraz konsorcjum SGS otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 3 września 2015 r. (pismem z dnia 2 września 2015 r.) wykonawca MGGP zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 4 września 2015 r. (pismem z dnia 1 września 2015 r.) konsorcjum SGS zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył w dniu 11 września 2015 r. (pismem z tej samej daty) odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izłą.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2015 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1889/15 i KIO 1890/15 zostały skierowane do łącznego rozpoznania.



**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 przystępującego 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.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum) i ECMG GmbH z siedzibą w Austrii (partner) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1890/15 po stronie zamawiającego z uwagi na to, że zgłoszenie przystąpienia w formie przewidzianej przez przepisy ustawy Pzp zostało wniesione przez tego wykonawcę dopiero w dniu 4 września 2015 r., a więc po upływie terminu na jego zgłoszenie. Tymczasem wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni, od dnia otrzymania kopii odwołania bądź też zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej zamawiającego, wskazując stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Skoro zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia w dniu 31 sierpnia 2015 r. to zgłoszenie winno być wniesione w przypisanej prawem formie najpóźniej w dniu 3 września 2015 r. W terminie przewidzianym przepisami prawa zgłoszenie przystąpienia zostało dostarczone Prezesowi Izby w dniu 4 września 2015 r., a więc po upływie terminu na jego zgłoszenie.

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

### **sygn. akt KIO 1889/15**

Odnosnie zarzutów dotyczących postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko – pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, dla części 1 i 2 Izba ustaliła, iż oferta odwołującego TPF, zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 sierpnia 2015 r.:

- w części 1 została uznana za najkorzystniejszą, uzyskując 93,59 pkt (na miejscu drugim w rankingu ofert znalazła się oferta konsorcjum SGS (91,32 pkt), a miejscu trzecim oferta wykonawcy MGGP (89,73 pkt))
- w części 2 została uznana za najkorzystniejszą, uzyskując 95,59 pkt (na miejscu drugim w rankingu ofert znalazła się oferta konsorcjum SGS (93,60 pkt), a miejscu trzecim oferta wykonawcy MGGP (93,40 pkt))
- w części 3 została sklasyfikowana na miejscu drugim, uzyskując 93,19 pkt (na miejscu pierwszym w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy MGGP (98,95 pkt), a miejscu trzecim oferta konsorcjum SGS (91,70 pkt)).

W dniu 28 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący TPF wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 sierpnia 2015 r.) wobec czynności i zaniechań zamawiającego dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla części 1, 2 i 3 (sygn. akt KIO 1889/15).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Przedmiotem odwołania są trzy części. Tym samym interes we wniesieniu odwołania należy badać w stosunku do każdej z tych części z osobna. Skoro więc oferta odwołującego się wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą w części 1 i 2 zamówienia to odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania w zakresie części 1 i 2 tego zamówienia. Nie ma on bowiem interesu w kwestionowaniu ofert wykonawców, którzy zamówienia w tych częściach nie uzyskali. Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. „Środki ochrony prawnej przysługują tylko takiemu wykonawcy (uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi), który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Zatem legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub uzyskaniem takiego zamówienia. Przesłanka ta nie jest więc spełniona w przypadku wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (...), ani w przypadku wykonawcy, który swoim odwołaniem nie zmierza do uzyskania zamówienia, a jedynie do wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną” (wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 560/14 i KIO 569/14). Tymczasem odwołujący w zakresie części 1 i 2 złożył ofertę najkorzystniejszą. Podniesione przez niego zarzuty dotyczą ofert sklasyfikowanych na miejscu 2 i 3 w rankingu ofert. Tak więc wniesienie odwołania w zakresie tych części (1 i 2)

nie było skierowane na uzyskanie przez odwołującego zamówienia, gdyż to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący nie jest więc w stanie wykazać szkody jaką poniósł lub jaką może ponieść na skutek dokonanej przez zamawiającego czynności. Sytuacja wykonawców, których dotyczą podniesione w odwołaniu zarzuty w żaden sposób nie wpływa sytuację prawną odwołującego. Ewentualne odwołania innych wykonawców, o ile nastąpią, będą stanowiły nowe czynności w postępowaniu, od których wykonawcom, w tym także obecnemu odwołującemu, będzie przysługiwać odwołanie. Dlatego też Izba uznała, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania w zakresie części 1 i 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1889/15.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MGGP pomimo, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ nie potwierdził się (zarzut wspólny dla obu odwołań, tj. KIO 1889/15 i 1890/15).**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 10 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, pkt 10.3. podał:

„Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzach cenowych. Każda cena jednostkowa dla danego Eksperta kluczowego musi obejmować całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia danego eksperta kluczowego, niezbędnego do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ.

Każda cena jednostkowa dla danego rodzaju Innego eksperta musi obejmować całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia danego rodzaju Innego eksperta, niezbędnego do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ. Dodatkowo wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni wskazane w umowie możliwe zmiany ilości innych ekspertów, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.”

Wykonawcy – zgodnie z rozdziałem 9 SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert”, punkt 9.5.1. zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą wypełnione Formularze Cenowe (Formularze 2.1.1. – 2.1.3.)

Wykonawca MGGP dla ekspertów przewidzianych w pozycjach od 2.2.6. do 2.2.34. podał 85,00 zł jako cenę jednostkową netto za dniówkę.

Odwołujący podniósł m.in., iż wykonawca MGGP skalkulował swoją ofertę w oparciu o stawki jednostkowe (dniówki) nieobejmujące wszystkich kosztów zatrudnienia Innych ekspertów. Wynagrodzenie aż 28 „innych ekspertów” zostało skalkulowane bowiem w oparciu o stawkę 85,00 zł, która nie obejmuje wszystkich kosztów realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca zobowiązany był podać w „Formularzu Cenowym” ceny przewidziane dla wyszczególnionych elementów rozliczeniowych, w tym w pozycji 2.2. ceny przewidziane za

dniówkę dla „innych ekspertów”. I takie informacje wykonawca MGGP podał, wskazując dla tych „innych ekspertów” ceny jednostkowe w wysokości 85,00 zł netto za dniówkę. Każda cena jednostkowa dla danego rodzaju „innego eksperta – zgodnie z treścią SIWZ – miała obejmować całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia danego rodzaju Innego eksperta, niezbędnego do prawidłowego wykonania usługi zgodnie z umową i OPZ. Niemniej jednak jak wskazał zamawiający, co zresztą znajduje potwierdzenie w treści SIWZ, nie przewidział on w umowie dla tych osób („innych ekspertów”) pracy w pełnym wymiarze czasu, jak również nie zawarł bezwzględnego zakazu podejmowania przez nich innych zajęć zarobkowych. Z § 10 ust. 16 wzoru umowy wprost wynika, że „inni eksperci”, których planowany czas pracy określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu przekroczy 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu, mogą za zgodą zamawiającego podejmować inne zajęcia zarobkowe, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej. Natomiast w sytuacji, gdy planowany czas pracy „innego eksperta” określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu nie przekroczy 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu wówczas zgoda na podjęcie przez nich dodatkowych zajęć zarobkowych nie jest wymagana. Oznacza to, że wykonawcy nie musieli dla kalkulacji ich wynagrodzenia przyjąć – jak chce tego odwołujący – wyłącznie zatrudnienia tych osób na podstawie umowy o pracę lub też założenia, że każdy ze wskazanych ekspertów prowadzić będzie własną działalność gospodarczą. Przedłożone przez odwołującego kalkulacje kosztów zatrudniania dotyczą bowiem tylko tych dwóch form zatrudnienia. Zamawiający nie narzucił jednak wykonawcom formy zatrudniania innego personelu. Przeciwnie pozostawił wykonawcom w tym zakresie swobodę, obwarowaną ww. postanowieniami umowy i koniecznością zapewnienia sprawnej i terminowej realizacji kontraktu. Należało wycenić koszt dniówki danego rodzaju „innego eksperta” bez względu na liczbę osób, która będzie ten element usługi wykonywać. Zauważyć także należy, że zamawiający wskazał w SIWZ, że „dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych”. Wskazał więc także na możliwość dokonywania pewnych uśrednień.

Zamawiający wymagał podania w „Formularzu Cenowym” m.in. cen jednostkowych w odniesieniu do wyszczególnionych w nim elementów rozliczeniowych, nie żądając nigdzie uszczegółowienia sposobu wyliczenia cen tych pozycji. Cena ta miała obejmować całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia danego rodzaju „innego eksperta”, niezbędnego do prawidłowego wykonania usługi zgodnie z umową i OPZ. Zamawiający nie narzucił bowiem ani formy zatrudniania tych ekspertów, ani też ich ilości, pozostawiając w tym zakresie swobodę wykonawcy. Każdy z wykonawców, kalkulując czy to cenę oferty, czy to cenę jednostkową dniówki innego personelu dokonuje tego w oparciu o swój know-how. Dlatego

też wykonawca MGGP, jak przyznał na rozprawie, nie przewidział zatrudnienia „innych ekspertów” na wyłączność tego zamawiającego. Istotna była optymalizacja pracy.

W kontekście powyższego, a przede wszystkim postanowień SIWZ i wzoru umowy, nie można zarzucić wykonawcy MGGP skalkulowania kwestionowanych cen jednostkowych w sposób niezgodny z treścią SIWZ.

Na marginesie stwierdzić należy, że wszelkie argumenty podniesione przez odwołującego w złożonym odwołaniu są jedynie jego niczym niepopartymi dywagacjami opartymi prawdopodobnie o sposób kalkulacji oferty przyjęty przez samego odwołującego. Znamienne jest przy tym i budzi zdziwienie okoliczność, że odwołujący kwestionując cenę jednostkową dniówki „innych ekspertów” w ofercie wykonawcy MGGP (85,00 zł netto), w swojej ofercie przyjął, przynajmniej w stosunku do niektórych z pozycji kwestionowanych w ofercie konkurencji, cenę jednostkową niższą za dniówkę (wynoszącą tylko 75,00 zł netto) niż ta, za którą – jak podnosił, składając wyliczenia przygotowane przez jego ekspertów – nie jest możliwa realizacja umowy.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MGGP pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się (zarzut wspólny dla obu odwołań, tj. KIO 1889/15 i 1890/15).**

Czynem nieuczciwej konkurencji - zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: po pierwsze – działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą, po drugie – czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami i po trzecie – działanie to musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W tym stanie faktycznym, co zdaniem Izby jest niewątpliwe, nie doszło już do zaistnienia pierwszej z tych przesłanek. Nie można bowiem tego co jest naturalnym elementem gry rynkowej przedsiębiorców, rywalizowania ceną uznawać za działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zwłaszcza że zaoferowane przez wykonawcę MGGP ceny jednostkowe dniówki „innych ekspertów”, są skalkulowane w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego. Nie odbiegają także od cen zaoferowanych przez odwołującego, który w stosunku do niektórych z „innych ekspertów”, wskazał nawet ceny niższe niż kwestionowane przez niego w ofercie konkurenta. W ofercie każdego z wykonawców są pozycje skalkulowane wyżej. Są też stawki niższe, jednak wyższe niż te, które – jak wyjaśnił zamawiający, opierając się na danych pochodzących z prowadzonych przez niego postępowań - dają podstawy do wyjaśnienia prawidłowości ich wyliczenia (65,00 zł netto). W kontekście powyższego nie można więc stwierdzić, że zamiarem wykonawcy

MGGP było sztuczne zawyżenie punktacji celem uniemożliwienia i utrudnienia uzyskania zamówienia przez odwołującego. Okoliczność, iż wykonawca MGGP zaoferował ceny jednostkowe na poziomie innym niż odwołujący nie oznacza, że miało to na celu wyeliminowanie innych wykonawców, w tym odwołującego, z rynku tego rodzaju usług. Okoliczność ta (utrudnienie, jak i wyeliminowanie z rynku) powinna być bowiem udowodniona w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, a odwołujący poza ogólnymi sformułowaniami żadnych dowodów w tym zakresie nie przedstawił. Tym samym Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzuty naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MGGP pomimo, że zawiera cenę rażąco niską oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zaniechania wezwania wykonawcy MGGP do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny nie potwierdziły się (zarzuty wspólne dla obu odwołań, tj. KIO 1889/15 i 1890/15).**

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko – pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części” - część 3 „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Jaroszewo” (bez węzła) do granicy województwa o długości około 25,1 km” wartość szacunkową zamówienia zamawiający ustalił na kwotę 21.119.738,47 zł.

Jako najkorzystniejsza, dla tej części, wybrana została oferta złożona przez wykonawcę MGGP z ceną 17.132.227,20 zł brutto.

Ceny pozostałych ofert były następujące: konsorcjum firm: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie i Firma Menadżerska – Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie – 20.989.827,00 zł brutto; AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 17.903.037,14 zł brutto; konsorcjum firm: SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i ECMG GmbH z siedzibą w Austrii – 17.718.150,00 zł brutto; konsorcjum firm: Getinsa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i GETINSA - PAYMA z siedzibą w Hiszpanii – 22.494.590,55 zł brutto; TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 19.324.555,71 zł brutto i Lafrentz - Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – 18.771.921,75 zł brutto.

Natomiast w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko – pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 2 części” - część 1 „Pełnienie nadzoru nad

projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) do węzła „Tryszczyn” (z węzłem) o długości około 14,7 km oraz na odcinku od węzła „Tryszczyn” (bez węzła) do węzła „Białe Błota” (bez węzła) o długości około 13,5 km” wartość szacunkową zamówienia zamawiający ustalił na kwotę 40.387.375,54 zł.

Jako najkorzystniejsza, dla tej części, wybrana została oferta złożona przez wykonawcę MGGP z ceną 34.827.154,80 zł brutto.

Ceny pozostałych ofert były następujące: konsorcjum firm: SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i ECMG GmbH z siedzibą w Austrii – 34.369.890,00 zł brutto; konsorcjum firm: DROGÓWKA TRASA ŚREDNICOWA S.A. z siedzibą w Katowicach i INTEGRAL Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach – 38.031.600,00 zł brutto; Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie – 39.630.354,00 zł brutto; AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 35.022.147,01 zł brutto; konsorcjum firm: MP-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i INKO CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie – 32.945.974,35 zł brutto; TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 37.896.164,45 zł brutto i konsorcjum firm: Getinsa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i GETINSA - PAYMA z siedzibą w Hiszpanii – 46.357.224,00 zł brutto.

Dla części 2 Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Białe Błota” (bez węzła) do węzła „Szubin” (bez węzła) o długości około 9,7 km oraz na odcinku od węzła „Szubin” (z węzłem) do węzła „Jaroszewo” (z węzłem) o długości około 19,3 km” wartość szacunkową zamówienia zamawiający ustalił na kwotę 35.493.295,68 zł.

Jako najkorzystniejsza, dla tej części, wybrana została oferta złożona przez wykonawcę MGGP z ceną 29.892.917,55 zł brutto.

Ceny pozostałych ofert były następujące: EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Hiszpanii – 31.748.883,00 zł brutto; konsorcjum firm: SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i ECMG GmbH z siedzibą w Austrii – 30.230.940,00 zł brutto; Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie – 34.818.188,00 zł brutto; AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 30.829.463,35 zł brutto; SAFAGE z siedzibą we Francji – 30.735.852,27 zł brutto; TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 35.076.924,75 zł brutto i konsorcjum firm: Getinsa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i GETINSA - PAYMA z siedzibą w Hiszpanii – 36.953.861,70 zł brutto.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający – zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. „Oceniając, czy oferta nie zawiera

ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę ceny całkowite oferty, a nie ceny jednostkowe. Nawet jeśli bowiem pewne części oferty, czy pewna usługa mogłaby być uznana za rażąco niską to nie skutkuje to jednak koniecznością odrzucenia oferty jako oferującej rażąco niską cenę (wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2012 r., sygn. akt XII Ga 73/12). Odwołujący kwestionuje cenę oferty poprzez ceny jednostkowe dniówek „innych ekspertów”, wywodząc, iż to ceny jednostkowe decydują o zaniżeniu ceny oferty. Niemniej jednak „cena rażąco niska to cena za całość oferowanego świadczenia. Wynika to z samej definicji ceny, a także z odniesienia do przedmiotu zamówienia. Nie może więc być powodem odrzucenia na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzenia kalkulacji wewnętrznej dokonanej przez wykonawcę” (M.Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2014, s. 472). Jednak w tym konkretnym stanie faktycznym ceny jednostkowe w kwestionowanych przez odwołującego pozycjach są realnie skalkulowane, w sposób zgodny z wymogami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ. Nie ma więc podstaw by twierdzić, że cena oferty jest rażąco niska i ją wyjaśniać. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi bowiem, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (w tym przypadku podstaw takich nie ma) i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa niż o 30% od wartości zamówienia (taka sytuacja nie występuje) lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (taka sytuacja również nie występuje), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów. Tak więc tylko w przypadku zaistnienia ww. okoliczności zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień. W tym stanie faktycznym cena oferty wykonawcy MGGP jest: w części 3 zamówienia o 18,88% niższa od szacunkowej wartości zamówienia, tj. kwoty 21.119.738,47 zł i o 10,73% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, tj. kwoty 19.190.615,61 zł; w części 1 zamówienia o 13,77% niższa od szacunkowej wartości zamówienia, tj. kwoty 40.387.375,54 zł i o 6,79% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, tj. kwoty 37.363.922,95 zł oraz w części 2 zamówienia o 15,78% niższa od szacunkowej wartości zamówienia, tj. kwoty 35.493.295,68 zł i o 8,12% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, tj. kwoty 32,535.878,84 zł. Z powyższego jednoznacznie wynika, że nie zachodzą przesłanki do wezwania wykonawcy MGGP do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wskazanych wyżej części. Cena jego oferty w odniesieniu do wskazanych



części zamówienia nie jest ceną rażąco niską i brak jest jakichkolwiek podstaw do jej wyjaśniania.

**Zarzuty naruszenia: art. 24 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia konsorcjum SGS pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zaniechania wezwania konsorcjum SGS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia nie potwierdziły się (zarzuty wspólne dla obu odwołań, tj. KIO 1889/15 i 1890/15).**

Zamawiający w odniesieniu do wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej żądał złożenia dokumentów odpowiadających dokumentom polskim zaświadczającym, iż wobec danego wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wystawione w kraju siedziby wykonawcy.

Konsorcjum SGS złożyło dokument pochodzący z austriackiego rejestru handlowego („Firmenbuch”) wystawiony przez Ministerstwo Sprawiedliwości Republiki Austriackiej pn. „Auszug mit aktuellen Daten” („Odpis z aktualnymi danymi”) dotyczący wykonawcy ECMG GmbH oraz jego polskie tłumaczenie.

Odwołujący zakwestionował ów dokument, podnosząc, iż w Austrii wydaje się dokument potwierdzający brak likwidacji i upadłości i nie jest to dokument złożony przez konsorcjum SGS.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, co do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono. W przypadku, gdy wykonawca ma siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zobowiązany jest złożyć dokument wystawiony w kraju jego siedziby i odpowiadający dokumentowi polskiemu zaświadczający, iż wobec niego nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. „Pomimo, że dokument potwierdzający, iż nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości wykonawcy zagranicznego stanowi odpowiednik wydawanego w Polsce odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, nie zawsze zawiera analogiczny wpis jak jego odpowiednik wystawiony w Polsce. W wielu krajach, w których prowadzone są rejestry przedsiębiorstw (rejestry handlowe itd.), nie zawierają one informacji o likwidacji czy też upadłości”. (Wł. Dzierżanowski, Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Komentarz do rozporządzenia Prezesa Rady ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), Warszawa 2009, s. 140).

Dokument złożony przez konsorcjum SGS stanowi niewątpliwie odpowiednik polskiego dokumentu z Krajowego Rejestru Sądowego. „Firmenbuch > Auszug” (nazwa ta

wskazana jest w lewym górnym rogu złożonego dokumentu), tj. „wyciąg z rejestru przedsiębiorców”. Wobec czego – jak podniósł zamawiający, powołując się na odpowiednie przepisy prawa austriackiego - odpowiednie zapisy dotyczące informacji o otwarciu postępowania upadłościowego do rejestru handlowego, jak również o nieotwarciu postępowania upadłościowego z powodu braku majątku, koniecznego do pokrycia kosztów takiego postępowania, oraz otwarcia postępowania likwidacyjnego umieszcza się w takim dokumencie dopiero po zaistnieniu takich sytuacji przez dodanie tzw. „formuły o likwidacji”. Oznacza to, że to na podstawie odpisu z rejestru handlowego można uzyskać informację, czy wobec danej spółki w momencie uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie toczyło się żadne postępowanie likwidacyjne ani upadłościowe. Również system e-Certis jednoznacznie wskazuje, iż właściwym dokumentem, w którym odnotowuje się ewentualne informacje o upadłości lub likwidacji spółek z siedzibą w Austrii jest wyciąg z rejestru przedsiębiorców. Niezrozumiałe jest zatem powoływanie się przez odwołującego na uchwałę Izby, która dotyczyła KRK, zwłaszcza, że Izba nie rozstrzygała w niej kwestii dotyczącej organu właściwego do wydania dokumentu potwierdzającego brak likwidacji i upadłości. Tym samym brak jest podstaw do kwestionowania tego dokumentu i wzywania konsorcjum SGS do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

**Zarzuty naruszenia: art. 24 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia konsorcjum SGS pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zaniechania wezwania konsorcjum SGS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia nie potwierdziły się (zarzuty wspólne dla obu odwołań, tj. KIO 1889/15 i 1890/15).**

Zamawiający zgodnie z punktem 8.3.3. SIWZ – żądał złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Konsorcjum SGS złożyło dokument zatytułowany „Wniosek o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem należnych podatków” skierowany do Urzędu Skarbowego w Wiedniu oraz jego polskie tłumaczenie.

Odwołujący podniósł m.in., iż konsorcjum SGS załączyło do ofert jedynie wniosek o wydanie zaświadczenia, nie składając samego zaświadczenia w odpowiedniej formie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W treści kwestionowanego przez odwołującego dokumentu („Wniosku o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem należnych podatków”) znajduje się następująca

adnotacja „niniejszym zaświadcza się, że na chwilę obecną wskazana powyżej osoba/firma nie zalega z opłacaniem należnych podatków”. Powyżej podano nazwę firmy, tj. „ECMG GmbH Zellnkagasse 10 1010 Wiedeń”. Dokument zawiera także tabelę, w której zamieszczono informacje dotyczące podpisującego, sygnaturę, certyfikat wydającego dokument, serię i numer oraz informacje o dokumencie „Dokument został wydany”. Natomiast w stopce dokumentu znajduje się także napis „Verf 34a – FON Ministerstwo Federalne do spraw Finansów”. Tym samym dokument ten odpowiada wymogom dokumentu wystawionego przez Austriackie Ministerstwo Finansów. Został wystawiony na formularzu „Verf 34a”, który musi być wypełniony przez wnioskodawcę i, na którym dokonywana jest stosowna adnotacja przez Austriackie Ministerstwo Finansów. Dokument został wydany w formie elektronicznej (jednej z dopuszczalnych w Austrii form dla tego rodzaju dokumentu). Tym samym nie ma konieczności uzyskania podpisu i tradycyjnej pieczęci. Jak bowiem wskazano w jego treści został on podpisany i „wydany”. Brak jest więc podstaw do jego kwestionowania i wzywania konsorcjum SGS do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

**Zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w kryteriach oceny ofert i nieprzyznaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium „Metodyka” nie potwierdził się (zarzuty wspólne dla obu odwołań, tj. KIO 1889/15 i 1890/15).**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 9 SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” podał, iż „ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione dokumenty (...) Wypełniony Formularz 2.2. Metodyka zamieszczony w Rozdziale w TOMU I niniejszej SIWZ. Niezłożenie opracowania „Metodyka” nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty”.

Zamawiający jednym z kryteriów oceny ofert uczynił „Metodykę”, przyznając jej wagę 40%.

W punkcie 14.1.2. SIWZ „Kryterium „Metodyka” zamawiający opisał w jaki sposób będzie przyznawał punkty w ramach tego kryterium. Każde z podkryteriów oceniane będzie indywidualnie przez poszczególnych członków komisji przetargowej. Punkty będą przyznawane indywidualnie przez poszczególnych członków komisji przetargowej dla każdego Podkryterium, następnie z punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej dla każdego z podkryterium będzie wyliczana średnia arytmetyczna = suma punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji w danym podkryterium/ ilość członków komisji. Wyliczone w ten sposób średnie arytmetyczne dla każdego z podkryterium zostaną zsumowane dla całego opracowania „Metodyka” otrzymując w ten sposób punktację w kryterium Metodyka.

Odwołujący w ramach kryterium „Metodyka” w części 3 zamówienia otrzymał 38 punktów na 40 możliwych do otrzymania (odwołanie o sygn. akt KIO 1889/15).

Odwołujący w ramach kryterium „Metodyka” w części 1 i 2 zamówienia otrzymał po 38 punktów na 40 możliwych do otrzymania (odwołanie o sygn. akt KIO 1890/15)

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Opracowanie „Metodyka” składane przez wykonawców - zgodnie z podpunktem 14.1.2. „Kryterium „Metodyka”, punkt 3 - stanowić będzie integralną część umowy zawieranej z wyłonionym w drodze przedmiotowego postępowania wykonawcą, wobec czego wykonawca ma być związany proponowanymi rozwiązaniami i odpowiedzialny wobec zamawiającego. Dlatego też – jak podkreślił zamawiający - „w sytuacji, gdy w opracowaniu „Metodyka” Wykonawca zaproponuje dodatkowe działania nieadekwatne do celu jaki ma zostać osiągnięty w ramach danego podkryterium wówczas zamawiający nie przyzna punktów za zaproponowane działanie. Podobnie w sytuacji, gdy Wykonawca w opracowaniu „Metodyka” zidentyfikuje obszary ryzyka nieadekwatne do przedmiotu zamówienia wówczas zamawiający nie przyzna punktów za zidentyfikowane ryzyko”. Zamawiający także w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis każdego z podkryteriów i sposobu przyznawania poszczególnych punktów” określił sposób przyznawania punktów. Podstawą nieprzyznania punktów było m.in.: działanie nie wykraczające poza określone przez zamawiającego w SIWZ albo też działanie wykraczające poza określone przez zamawiającego w SIWZ, ale nie adekwatne do celu jaki ma być osiągnięty w ramach danego podkryterium, zidentyfikowany obszar ryzyka nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz wskazanie działania wykraczającego poza określone przez zamawiającego w SIWZ, ale bez uzasadnienia. Wykonawca, opracowując Metodykę zobowiązany był więc tak opisać zaproponowane działania aby możliwym było przyznanie im punktów. Metodyka jest bowiem integralną częścią umowy z Konsultantem, który ma na celu realizację usługi i jej ocenę w standardzie podwyższonym. Oznacza to więc, że przyznanie punktu za konkretne działanie na etapie postępowania przetargowego znajdzie odzwierciedlenie także na etapie realizacji usługi. Dlatego też przedstawione przez wykonawców działania, poza dodatkowym charakterem i adekwatnością, powinny być mierzalne, a więc winny to być takie działania i tak opisane aby możliwym była ocena ich prawidłowego zrealizowania. Kierownik Projektu – jak wynika z treści § 5 wzoru umowy - dokona bowiem oceny jakości pracy Konsultanta, (...), poprzez wypełnienie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta na podstawie wiedzy o Kontrakcie, obserwacji pracy Konsultanta oraz oceny efektów pracy Konsultanta”. To zaś przełoży się na dodatkowe wynagrodzenie wykonawcy. A skoro tak nie można przyznawać punktów za działanie, które nie jest możliwe do zweryfikowania na etapie realizacji umowy, a taka propozycja w złożonej Metodyce się znalazły. Wskazane przez wykonawcę działania nie mogą być działaniami już przewidzianymi przez zamawiającego w SIWZ, ale mają być

działaniami – co zresztą wprost wskazano w załączniku nr 1 – działaniami dodatkowymi wykraczającymi poza określone przez zamawiającego. Nie można bowiem przyznawać wykonawcy punktów za działania, które stanowią już jego obowiązek wynikający z SIWZ, w tym OPZ i wzoru umowy. Zasadnym jest także nieprzyznawanie punktów za działanie, które jest dublowane w ramach kilku podkryteriów, zwłaszcza że przekłada się ono na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy. W takiej sytuacji, zresztą słusznie i zgodnie z zawartymi w SIWZ i załączniku nr 1 wytycznymi, zamawiający przyznawał punkty w ramach podkryterium, które jest najbardziej adekwatne do celu jaki ma zostać osiągnięty i najlepiej wpłynie na jakość realizowanych przez konsultanta usług. W świetle powyższego brak jest podstaw do przyznania odwołującemu większej ilości punktów w odniesieniu do działań wskazanych szczegółowo w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa załączniku do odwołania. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten także 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, 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 pełnomocnika zamawiającego w wysokości 5.535 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w obu sprawach na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....