

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Ernest Klauziński
Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2019 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Sweco Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, DHI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Arup Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym wspólnie przez zamawiających – Łódzką Spółkę Infrastrukturalną sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Miasto Łódź, przy udziale Przystępującego po stronie zamawiających wspólnie prowadzących postępowanie – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Provod – inżynierska spółność, s r.o. z siedzibą w Uściu nad Łabą, Koneko, spol. s r.o. z siedzibą w Ostrawie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiających wspólnie prowadzących postępowanie przepisów art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, polegających na nieprawidłowej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego z 5 marca 2019 r. i zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, który nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wymaganym zakresie, a w konsekwencji – prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nakazuje zamawiającym wspólnie prowadzącym postępowanie:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty Przystępującego;
 - 1.2. ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, z uwagi na zaniechanie złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wymaganym zakresie.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiających wspólnie prowadzących postępowanie i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od zamawiających wspólnie prowadzących postępowanie na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 19.352,01 zł (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt dwa złote 01/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenia i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Łódzka Spółka Infrastrukturalna sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Miasto Łódź prowadzą wspólnie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie i wdrożenie matematycznego modelu hydrodynamicznego sieci kanalizacji ogólnospławnej i deszczowej miasta Łodzi oraz opracowanie koncepcji programowo-przestrzennej/programu inwestycyjnego optymalizacji pracy istniejących przelewów burzowych w oparciu o model hydrodynamiczny w zakresie dotyczącym modelu hydrodynamicznego sieci kanalizacyjnej (ogólnospławnej i deszczowej), której właścicielem jest ŁSI sp. z o.o. i Miasto Łódź”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 października 2018 r., pod nr 2018/S 200-454863.

2 kwietnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Provod – inżynierska spółka, s r.o. z siedzibą w Uściu nad Łabą, Koneko, spol. s r.o. z siedzibą w Ostrawie („Konsorcjum P”).

12 kwietnia br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Sweco Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, DHI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Arup Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w którym zaskarżono:

1. wybór oferty złożonej przez Konsorcjum P, pomimo że podlega odrzuceniu, a sam wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania;
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum P pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Konsorcjum P nie złożyło na wezwanie Zamawiającego odpowiednich wyjaśnień; złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3. błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum P, a w konsekwencji błędne ustalenie, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny;
4. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum P pomimo tego, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);
5. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum P pomimo tego, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny;

6. błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum P, a w konsekwencji błędne ustalenie, że oferta złożona przez tego wykonawcę odpowiada treści SIWZ oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny;
7. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P z Postępowania pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
8. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P z Postępowania pomimo tego, że w stosunku do tego wykonawcy ziściła się jedna z obligatoryjnych przesłanek wykluczenia;
9. prowadzenie negocjacji z Konsorcjum P dotyczących treści złożonej oferty;
10. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania lub stosowanie niewłaściwe i nieprawidłowe;
2. art. 7 ust. 3 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 10a ust. 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P pomimo tego, że wykonawca ten nie potwierdził wstępnie, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z Postępowania, gdyż złożone wraz z ofertą oświadczenia wstępne mające potwierdzać ww. okoliczności (tj. Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia – „JEDZ”) nie zostały prawidłowo podpisane;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P, które nie wykazało, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności ekonomicznej i finansowej w zakresie dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową określonych w SIWZ;
5. art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P, które wpływało lub próbowało wpłynąć na czynności Zamawiającego w Postępowaniu i próbowało pozyskać informacje niedostępne innym wykonawcom, które mogły dać mu przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami;
6. art. 90 ust. 1 i 3 Pzp przez niewłaściwą ocenę złożonych przez Konsorcjum P wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a w konsekwencji przez uznanie, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty stanowiły wykazanie i udowodnienie, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
7. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum P pomimo tego, że ocena wyjaśnień złożona bez wymaganych prawem

- i wezwaniem dowodów potwierdziła domniemanie faktyczne przyjęte w Pzp o rażącej cenie oferty Konsorcjum P;
8. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum P, która jest niezgodna z treścią SIWZ, a także zawiera błędy w obliczeniu ceny, bowiem nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, została skalkulowana niezgodnie z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności z Opiszem Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”);
 9. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum P, która jest niezgodna z treścią SIWZ w odniesieniu do obowiązku zatrudnienia przy pewnych czynności przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, podczas gdy Konsorcjum P kalkulując cenę oferty zastosowało dla swoich pracowników wytypowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia, niezależnie wykonywanych przez te osoby czynności, regulacje jak dla samozatrudnionych;
 10. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum P będącej ofertą, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r., poz. 419 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”;
 11. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum P jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że to oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;
 12. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, będącego również wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu;
 13. art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp polegające na przeprowadzeniu Postępowania bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości poprzez doprowadzenie do zorganizowania i wzięcia udziału, w dniu 13 marca 2019 r. (tj. w okresie, gdy trwała procedura przetargowa i nie dokonano jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej) spotkania z przedstawicielami Konsorcjum P, dotyczącego warunków przyszłej realizacji zamówienia przez tego konkretnego wykonawcę, pomimo tego, że warunki te zostały opisane zapisami SIWZ i powinny być jednakowe i niezmiennie dla wszystkich wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum P;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert;
3. wykluczenia Konsorcjum P z Postępowania i odrzucenia jego oferty;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem jako wykonawca sklasyfikowany na drugiej pozycji w końcowym rankingu ofert liczy na uzyskanie zamówienia publicznego, a dokonana z naruszeniem wymienionych wyżej przepisów Pzp czynność badania i oceny ofert, a w konsekwencji – wybór oferty złożonej przez Konsorcjum P jako oferty najkorzystniejszej, pozbawia go tej możliwości. W przypadku, gdyby Zamawiający nie dokonał naruszenia przepisów wskazanych powyżej i wykonał w Postępowaniu prawidłowe czynności, tj. odrzucił ofertę Konsorcjum P i wykluczył tego wykonawcę z Postępowania, wówczas to Odwołujący zostałby sklasyfikowany na pierwszej pozycji w końcowym rankingu – oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i Odwołujący uzyskałby zamówienie. Tym samym bezspornym jest, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp, Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości zrealizowania zamówienia, a tym samym uzyskania należnego wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał na następujące okoliczności stanu faktycznego.

Zamawiający wszczynając Postępowanie oszacował wartość przedmiotu zamówienia wraz z zamówieniami uzupełniającymi na kwotę (bez VAT): 6.481.800,00 zł, w tym wartość zamówienia podstawowego: 5.761.600,00 zł, co po doliczeniu VAT daje wartość zamówienia podstawowego brutto: 7.086.768,00 zł.

W Postępowaniu złożono ogółem 6 ofert, z cenami (brutto) w przedziale od: 6.150.000,00 zł do: 10.129.050,00 zł, w tym: oferta Odwołującego z ceną 6.378.091,00 zł, oferta Konsorcjum P z ceną 7.972.614,00 zł.

Kryterium oceny ofert stanowiły: cena – z wagą 60% oraz kryteria pozacenowe z sumaryczną wagą 40%, tj.: dodatkowe doświadczenie zawodowe dwóch osób spośród personelu wytypowanego do realizacji zamówienia, wydłużenie czasu trwania okresu wsparcia technicznego oraz ilość zainstalowanych dodatkowych deszczomierzy.

Z pisma Zamawiającego z dnia 02.04.2019 r. – zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że wszyscy wykonawcy, których oferty zostały ocenione w tym Postępowaniu (a było takich ofert 5), otrzymali maksymalne liczby punktów za kryteria pozacenowe (40 pkt). Powyższe oznacza, że krytycznym kryterium oceny, ustalającym końcowy ranking ofert, była cena.

Postępowanie prowadzone było z zastosowaniem aukcji elektronicznej, której przedmiotem, zgodnie z Rozdziałem 9 pkt 3 SIWZ (str. 25) oraz Rozdziałem 14 pkt 4 SIWZ (str. 34), była tylko cena. Procedura jaką zastosował Zamawiający to procedura tzw.

„klasyczna”. Zgodnie z informacjami dotyczącymi aukcji elektronicznej zawartymi w SIWZ w Rozdziale 14 (str. 34 i 35) zaproszonymi do udziału w aukcji elektronicznej będą wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Jednocześnie postanowienia tego rozdziału SIWZ ustanowiły obowiązek ponownego złożenia przez wykonawcę, którego oferta w wyniku przeprowadzonej aukcji znajdzie się na czele rankingu ofert (informacja o aktualnej pozycji danego wykonawcy w rankingu końcowym była widoczna w trakcie prowadzonej aukcji) Formularza ofertowego z uwzględnieniem ceny obniżonej w wyniku aukcji.

W okresie od dnia otwarcia ofert, tj. od dnia 05.12.2018 r., do dnia wysłania do wykonawców zaproszeń do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, tj. do dnia 20.02.2019 r. Zamawiający przeprowadził obligatoryjnie badanie, w trybie art. 90 Pzp, w kierunku domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do tych ofert, co do których ziściły się przesłanki ustawowe opisane w art. 90 ust. 1a Pzp. Punktem odniesienia dla tego badania były ceny zaoferowane przez wykonawców w ofertach złożonych w dniu 05.12.2019 r., tj. przed aukcją. Badaniu takiemu podlegała m.in. oferta Odwołującego, natomiast nie podlegała oferta Konsorcjum P. Ostatecznie, po przeprowadzeniu badania Zamawiający, w dniu 20.02.2019 r., zaprosił pięciu wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej (oferta jednego z wykonawców została w międzyczasie skutecznie odrzucona, ponieważ wykonawca ten nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania oferta i nie przedłużył ważności wniesionego wadium).

Aukcja elektroniczna zaplanowana pierwotnie na dzień 25 lutego 2019 r. ostatecznie odbyła się 1 marca 2019 r. W wyniku jej przeprowadzenia okazało się, że najniższą cenę (4.430.000,00 zł) zaoferowało ostatecznie Konsorcjum P. Oznacza to, że obniżyło swoją pierwotnie zaoferowaną cenę o ok. 45%. Cena ostateczna zaoferowana przez Odwołującego na moment zamknięcia aukcji wynosi: 4.434.000,00 PLN, zatem jest niższa od pierwotnie zaoferowanej jedynie o ok. 30%. W konsekwencji powyższego, obniżone w toku aukcji ceny zostały uwzględnione przez Zamawiającego przy przyznawaniu punktów w kryterium „cena” w końcowym rankingu ofert, co spowodowało, że ostatecznie za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum P z liczbą punktów 100 (w tym 60 pkt za „cena”). Odwołujący uplasował się na pozycji drugiej z liczbą punktów 99,95 (w tym 59,95 pkt za kryterium „cena”).

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 2-4 i 6, art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp

Bezspornym jest, że Zamawiający w Rozdziale 8 SIWZ (str. 20 i 21) sposób obliczenia zdefiniował następująco:

„Cena oferty jest ceną ryczałtową. Cena musi zawierać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie, jakie Wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności koszty, o których mowa w par. 2 ust. 3 oraz par. 4 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ oraz wszelkie inne koszty wynikające z niniejszej umowy, w tym podatki i opłaty obowiązujące na terenie Polski, a w szczególności podatek VAT. Przyjmuje się, iż Wykonawca dokładnie zapoznał się z opisem zakresu zamówieni, jaki ma zostać wykonany, Całość prac winna być zgodna z zamierzeniem i przeznaczeniem. W cenie oferty uwzględnia się zysk Wykonawcy”.

Zgodnie z powyższym w cenie oferty należało uwzględnić wszystkie, bez wyjątku, rodzaje kosztów, jakie wykonawca będzie ponosić z tytułu wykonywania przedmiotu zamówienia, zarówno te zaliczane do grupy kosztów bezpośrednich – ponoszonych w związku z wykonywaniem konkretnych zadań opisanych w SIWZ (np. wynagrodzenia osobowe, wszelkie koszty materiałowe, *etc.*), jak i wszelkie koszty inne, np. koszty finansowania kontraktu, ubezpieczenia kontraktu (§ 10 projektu umowy) i wszelkie inne wynikające z ustanowionych przez Zamawiającego wymagań. W cenie obligatoryjnie należało uwzględnić również zysk Wykonawcy.

W wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej okazało się, że cena zaoferowana przez Konsorcjum P podlega obligatoryjnemu badaniu w trybie art. 90 Pzp, w kierunku domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny, ziściły się bowiem ustawowe opisane w art. 90 ust. 1a Pzp. W konsekwencji powyższego Zamawiający skierował w dniu 1 marca 2019 r. do Konsorcjum P pismo – wezwanie do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, a w szczególności w zakresie wyszczególnionych 18 pozycji kosztowych zaliczanych do grupy tzw. kosztów bezpośrednich obligatoryjnych. Jednocześnie w treści wezwania Zamawiający wyraźnie wskazał, że „Wykonawca winien szczegółowo określić i udowodnić w jaki sposób skalkulowano cenę oferty, tak aby Zamawiający był w stanie wywnioskować z czego wynika cena i czy daje ona gwarancję należytej realizacji zamówienia bez szkody dla Zamawiającego według warunków określonych w projekcie umowy”.

Z treści wezwania wynika zatem jednoznacznie, że obowiązkiem Konsorcjum P było złożenie wyjaśnień i dowodów odnoszących się do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, a nie tylko tych opisanych w 18 pozycjach kosztowych kosztów bezpośrednich, bowiem te oznaczono „w szczególności”. Brak zatem w wyjaśnieniach Konsorcjum P obliczeń i oświadczeń w zakresie sposobu skalkulowania kosztów tzw. innych (pośrednich) świadczy o ogólnikowości złożonych wyjaśnień i nie obaleniu domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny. Z kolei Zamawiający, oceniając wyjaśnienia i dowody opisane w takich 18 pozycjach kosztów bezpośrednich i analizując na jaką sumarycznie kwotę skalkulował wykonawca koszty bezpośrednie, powinien co najmniej zbadać i ocenić, czy kwota odpowiadająca różnicy pomiędzy całkowitą ceną brutto zaproponowaną przez wykonawcę a sumarycznymi kosztami

bezpośrednimi (powiększonymi o VAT) jest wystarczająca na pokrycie wszystkie innych kosztów obciążających wykonawcę, które wynikają z postanowień umownych oraz na uzyskanie przez wykonawcę zysku.

Konsorcjum P złożyło datowane na dzień 5 marca 2019 r. wyjaśnienia, określając, że są to „wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że w treści złożonych wyjaśnień Konsorcjum P zapewniło, że jest w stanie zaoferować wysoką jakość i terminowość usług przy zachowaniu konkurencyjnych cen, z powodu tego, że jego pracownicy partycypują w zyskach i stratach kontraktów, w wykonanie których są zaangażowani. Mając na względzie fakt, że w Postępowaniu część czynności objętych przedmiotem zamówienia ma być (taki wymóg postawił Zamawiający) wykonywana przez osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę, gdzie co do zasady wynagrodzenie zasadnicze pracownika nie może być uzależnione od rentowności kontraktu, a dodatkowo musi być wyższe niż wynagrodzenie miesięczne minimalne (lub stawka godzinowa minimalna), taka argumentacja nie powinna być przez Zamawiającego uwzględniona.

Ten element wyjaśnień budzi wątpliwości, czy złożona przez Konsorcjum P oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Zgodnie bowiem z Rozdziałem 3 pkt 4 SIWZ Zamawiający wymaga, aby osoby, które będą wykonywać pewne czynności (tu następuję wyszczególnienie tych czynności) były zatrudnione na podstawie umowy o pracę, z uwagą, że wymóg ten nie dotyczy sytuacji samozatrudnienia. Tymczasem Konsorcjum P w treści udzielonych wyjaśnień wskazując że zamówienie będą wykonywać jego pracownicy oraz powołuje się na generalnie wypracowaną przez siebie zasadę partycypowania w wynikach (czyli też ryzykach) finansowych kontraktów w odniesieniu do wszystkich osób, które zamierza zaangażować do realizacji zamówienia nie różnicując, które czynności będą wykonywać pracownicy, a które osoby samozatrudnione. Tym samym należy uznać, że Konsorcjum P nie uwzględniło w swojej ofercie ww. wymagania Zamawiającego, bowiem zastosowało bezkrytycznie dla pracowników zasady regulacji odnoszące się do osób samozatrudnionych.

Odnosząc się szczegółowo do treści złożonych przez Konsorcjum P wyjaśnień Odwołujący wskazał na fakt nie dołączenia do nich jakichkolwiek dowodów, zarówno ofert od potencjalnych podwykonawców (a na takie oferty powołuje się ten wykonawca w swoich wyjaśnieniach, np. firmy Aquamonitoring s.r.o. – poz. 2 i 3 wykazu kosztów bezpośrednich, roboty geodezyjne – poz. 14 wykazu kosztów bezpośrednich). Co więcej, na 18 wyróżnionych w wezwaniu rodzajów kosztów bezpośrednich, podano koszty całkowite w odniesieniu li tylko do punktów 1-14. W odniesieniu do pozycji 15-18 podano tylko albo wycinkowe koszty jednostkowe, albo nie podano ich wcale.

I tak, kolejno (wg numeracji pozycji, zgodnie z treścią wezwania), Konsorcjum P określiło poszczególne pozycje kosztów następująco (kwoty netto):

1. Koszty opracowania Analizy Przedwdrożeniowej wraz z projektem Wdrożenia: 375.000,00 zł;
2. Koszty przeprowadzenia kampanii pomiarowej: 715.190,00 zł;
3. Koszty zakupu lub wynajmu, eksploatacji, montażu i demontażu (jeżeli wymagany postanowieniami OPZ) urządzeń pomiarowych: 976.932,00 zł;
4. Koszty związane z zajęciem pasa drogowego (wraz z kosztami administracyjnymi) związanych z montażem, obsługą i ew. demontażem urządzeń pomiarowych: 6.480,00 + 27.600,00 = 34.080,00 zł;
5. Koszty licencji: 299.541,00 zł;
6. Koszty paszportyzacji sieci i urządzeń kanalizacji ogólnospławnej i kanałów deszczowych znajdujących się na obszarze objętym opracowaniem: 273.504,00 zł;
7. Koszty budowy i kalibracji modelu hydrodynamicznego: 270.085,00 zł;
8. Koszty wsparcia technicznego dla Zamawiającego: 122.400,00 zł;
9. Koszty szkoleń: 70.000,00 zł;
10. Koszty opracowania koncepcji programowo-przestrzennej (programu inwestycyjnego , optymalizacji pracy istniejących przelewów burzowych wraz z częścią kosztową: 322.800,00 zł;
11. Koszty pozyskania w imieniu Zamawiającego decyzji, pozwoleń, uzgodnień, w tym decyzji środowiskowej i lokalizacyjnej), opłat skarbowych, itp.: 95.000,00 zł;
12. Koszty opracowań zleczanych, np.: organizacja ruchu, ewentualnie odtworzenie nawierzchni: 30.000,00 zł;
13. Koszty wyciągów ze zbioru danych bazy danych EGiB dla działek, kosztu badania ksiąg wieczystych: nie podano kwoty – wskazano, że koszty te uwzględniono w pozycji 11;
14. Koszty pozyskania aktualnych map do celów koncepcji oraz uzyskania decyzji administracyjnych (np. lokalizacyjnych): nie podano kwoty – wskazano, że koszt ten uwzględniony jest w pozycji Paszportyzacja cz.2 (czyli w pozycji 6) oraz w pozycji koncepcja programowo przestrzenna (omyłkowo nazwano to w wyjaśnieniach RNC jako Studium Wykonalności);
15. Koszty związane z dojazdem i pobytem w Łodzi, podanie założonej ilości pobytów, ich długości i z czego wynika ich konieczność (uzgodnienia z właścicielami działek prywatnych i uzyskanie oświadczeń od nich, korzystanie z archiwum ZWiK, itp.): nie podano kwoty i nie wskazano potencjalnych innych pozycji kosztowych, w których te koszty uwzględniono; dla tej pozycji kosztowej podano tylko ilości osobo-noclegów, koszty jednostkowe noclegów (w hotelach – pokoje 1- lub 2-osobowe), koszty jednostkowe dojazdu (za 1 km) oraz przewidywaną trasę (od-do), bez wskazania liczby takich dojazdów;
16. Koszty organizacji seminarium prezentującego opracowaną przez wykonawcę koncepcję: nie podano kwoty – wskazano, że koszty te są częścią kosztów koncepcji programowo przestrzennej;\

17. Koszty edycji koncepcji, koszty pośrednie (w tym koszty pracy), zysku oraz innych czynników mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny: nie podano żadnej kwoty;
18. Koszty zatrudnienia pracowników celem wykonania przedmiotu umowy: nie podano żadnej kwoty – wskazano, że koszty te mieszczą się w kosztach realizacji opisanych wcześniej, podano ogólną informację o liczbie godzin przewidywanych do wykonania obliczeń oraz podano jednostkowe (godzinowe stawki brutto) dla 4-ch grup osób: Eksperta: 128,00 zł, Inżyniera: 85,00 zł, Asystenta Inżyniera: 60,00 zł, Pracownika pomocniczego: 47,00 zł.

W ocenie Odwołującego zaprezentowany w kwestionowanych wyjaśnieniach podział kosztów przede wszystkim wskazuje na to, że koszty noclegów i dojazdów osób realizujących zamówienie (pozycja 15) nie zostały uwzględnione w żadnej innej pozycji kosztowej i muszą być one doliczone oddzielnie wg. zasad, jakie opisał ten wykonawca. Po zsumowaniu natomiast pozycji kosztowych opisanych przez Konsorcjum P\ w pozycjach od 1 do 14 oraz uwzględniając uwagi zawarte w pozycjach 16, 17 i 18, otrzymuje się wynikowo całkowitą cenę zaoferowaną ostatecznie w toku Postępowania (bez VAT): 3.584.532,00 zł. Cena ofertowa brutto (zawierająca VAT) zaproponowana przez Konsorcjum P w Formularzu oferty to: 4.430.000,00 zł, odpowiada to tzw. cenie netto 3.601.626,00 zł. Zestawiając te dwie wartości ze sobą i odejmując od ceny netto oferty sumaryczną wartość pozycji kosztowych wykazanych w wyjaśnieniach Konsorcjum P otrzymuje się kwotę: 17.094,00 zł. W ocenie Odwołującego kwota ta nie wystarcza na pokrycie kosztów noclegów oraz dojazdów wg. zasad i założeń jakie zostały opisane przez Konsorcjum P w wyjaśnieniach RNC. Przyjmując bowiem najbardziej „oszczędną wersję założeń”, tj.:

- a) jednokrotny przejazd 1-go samochodu na trasie: Usti na Łabą do Łodzi i z powrotem, z Ostrawy i Tisnowa do Łodzi i z powrotem oraz z Krakowa do Łodzi i z powrotem, tj. trasy o łącznej długości 2.598 km odpowiada to kwocie 2.598,00 zł (stawka za 1 km w wysokości 1 zł ustalona została na podstawie kwestionowanych wyjaśnień RNC);
- b) liczbę 124 osobonocy przy wariacie zakwaterowania wszystkich osób w pokojach dwuosobowych i stawkę 135 zł za osobę/noc (z wyjaśnień RNC), co daje 33.480,00 zł;

otrzymujemy łączną kwotę noclegów i dojazdów w wysokości co najmniej 36.078,00 zł, z zaznaczeniem, że przy zakwaterowaniu osób, tak jak to pisało Konsorcjum P (że eksperci będą zakwaterowani w pokojach jednoosobowych), oraz, że dojazdy do Łodzi dla realizacji tego zamówienia nie będzie dojazdem jednokrotnym, kwota ta będzie odpowiednio wyższa. Powyższe oznacza, że już same koszty bezpośrednie wykonania zamówienia wykazane w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum P są wyższe niż zaproponowana przez nie cena, a brakująca kwota to co najmniej: 18.984,00 zł netto, co odpowiada kwocie brutto: 23.350,32 zł.

Już z uwagi na powyższe wyliczenia, należałoby uznać, że cena ofertowa zaproponowana przez Konsorcjum P jest ceną niewiarygodną, niemożliwą do zapewnienia

właściwej realizacji zamówienia. Dodatkowo jednak, co Odwołujący już podnosił na początku uzasadnienia odwołania, kwota wyliczona w oparciu o treść kwestionowanych wyjaśnień nie obejmuje wszystkich kosztów ponoszonych przez wykonawcę wynikających z postanowień SIWZ, OPZ oraz projektu umowy, np. kosztów ubezpieczenia wg. zasad opisanych w § 10 projektu umowy, kosztów finansowania/kredytowania kontraktu, którym Konsorcjum P zamierza się posłużyć przy realizacji zamówienia, kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, itp. Tym samym, skoro Konsorcjum P pominęło w swojej kalkulacji te koszty, to należy uznać, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ oraz dodatkowo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny i podlegać winna odrzuceniu z Postępowania.

Odwołujący odniósł się do jeszcze jednego dowodu potwierdzającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a mianowicie do treści pisma Konsorcjum P złożonego w toku Postępowania i datowanego na dzień 28 marca 2019 r., w którym Konsorcjum P zwraca się ponownie z prośbą o wyjaśnienia dotyczące danych wejściowych w formie *shp, które mają zostać przekazane wykonawcy po podpisaniu umowy i powołuje się na spotkanie z Zamawiającym, które odbyło się w Łodzi w dniu 13 marca 2019 r. Odwołujący stwierdził, że jego treść potwierdza, że Konsorcjum P złożyło swoją ofertę na inny zakresowo przedmiot zamówienia niż opisany w SIWZ i OPZ oraz, że Konsorcjum P świadomie zaoferowało zaniżoną cenę chcąc za wszelką cenę pozyskać zamówienie, utrudniając tym samym innym wykonawcom dostęp do realizacji tego zamówienia – nie przeanalizowało bowiem w ogóle zapisów OPZ, a tym samym nie przeanalizowało realności wylicytowanej w dniu 1 marca br. ceny. W piśmie tym Konsorcjum P podważa m.in. prawidłowość postanowień/wymagań OPZ odnośnie przeprowadzenia całkowicie nowej paszportyzacji wszystkich obiektów, powołuje się na nieporozumienie dotyczące zapisów OPZ, domaga się już teraz, przed wyborem oferty najkorzystniejszej przekazania danych dla wykonania obliczeń (które zgodnie z projektem umowy przewidziano przekazać wykonawcy w terminie 7 dni po podpisaniu umowy), wszystko po to, aby, będąc wykonawcą najwyżej ocenionym i wezwanym do przedłożenia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, móc zminimalizować swoje własne ryzyka, bowiem poczynił bezrefleksyjnie pewne założenia – odmienne niż opisuje to OPZ, które analizuje dopiero teraz. Dodatkowo, Konsorcjum P wnosi o przesunięcie terminu złożenia przez nie dokumentów (w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp), aby „mogło zdecydować, czy dostarczone dane umożliwią pełnowartościową realizację zamówienia”.

W ocenie Odwołującego sam fakt wystosowania przez Konsorcjum P takiego pisma i treści w nim zawarte pochodzące wprost od wykonawcy, który przyznaje się do poczynienia innych założeń co do zakresu i warunków realizacji przyszłego zamówienia niż opisane w OPZ oraz projekcie umowy jest wystarczającym dowodem potwierdzającym, że złożona przez Konsorcjum P oferta jest ofertą nieporównywalną z innymi ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców, jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ i zawiera błąd w obliczeniu

ceny (w stosunku do sposobu obliczenia ceny określonego postanowieniami SIWZ). Tym samym oferta ta podlegać winna obligatoryjnemu odrzuceniu.

Odnosząc się do spotkania z Zamawiającym z dnia 13 marca 2019 r., (któremu Zamawiający nie zaprzeczył), na które powołuje się Konsorcjum P, do korespondencji poczty elektronicznej z dnia 18 marca 2019 r. oraz do pisma Konsorcjum P z dnia 28.03.2019 r., Odwołujący zwrócił uwagę na cel, jaki przyświecał temu wykonawcy – próba pozyskania informacji/danych, które w toku Postępowania były i nadal są niedostępne wszystkim innym wykonawcom. W ocenie Odwołującego już sam fakt zainicjowania przez wykonawcę takich działań powinien być skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum P z Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z powodu tego, że narusza ona przepisy Pzp dotyczące przetargu nieograniczonego (zakaz negocjowania treści złożonej oferty) oraz stanowi naruszenie dobrych obyczajów zagrażając interesom pozostałych wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, uwzględnili w swoich cenach wszystkie ryzyka wynikające z treści SIWZ, OPZ i projektu umowy; ceny te okazały się w konsekwencji cenami wyższymi niż cena zaproponowana przez Konsorcjum P (który z założenia przyjął, że uda mu się pozyskać od Zamawiającego dane do obliczeń wcześniej) – takie działanie Konsorcjum P należy zaliczyć do działań utrudniających dostęp do rynku innym wykonawcom. Okoliczności dotyczące faktu spotkania, które Zamawiający odbył w dniu 13 marca 2019 r. (w toku prowadzonego Postępowania) z Konsorcjum P oraz korespondencja, jaką prowadził Zamawiający z tym wykonawcą świadczą jednoznacznie o tym, że Zamawiający prowadził Postępowanie z naruszeniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: zasad przejrzystości postępowania, pisemności, równego traktowania wykonawców, preferując wybranego przez siebie w dniu 2 kwietnia 2019 r. wykonawcę. Dodatkowo, okoliczności opisane wyżej świadczą o prowadzeniu przez Zamawiającego negocjacji dotyczących złożonej przez Konsorcjum P oferty, tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp jest uzasadniony.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 10a ust. 5 Pzp

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy obowiązujące przed 18 października 2018 r. W związku z powyższym wykonawcy składali swoje oferty w formie tradycyjnej – pisemnej, a dokumenty JEDZ w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym — tak stanowił Rozdział 6 pkt 1 SIWZ, co było zgodne z przepisem art. 10a ust. 5 Pzp.

Bezspornym jest, że pierwotnie złożone (tj. przesłane w terminie wyznaczonym dla złożenia oferty) dokumenty JEDZ obydwu członków Konsorcjum P zostały w toku Postępowania zakwestionowane przez Zamawiającego jako nieprawidłowo podpisane. Dokonana bowiem przez Zamawiającego weryfikacja przebiegła negatywnie,

jako tzw. weryfikacja warunkowa. Zamawiający stwierdził, że „Uwierzytelnienie e-dokumentów nie było możliwe (system nie był w stanie odbudować ścieżki certyfikacji, nie udało się sprawdzić listy OCSP dla certyfikatów)”.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Konsorcjum P, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia tych dokumentów podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym wyznaczając termin uzupełnienia tychże dokumentów na dzień 28.01.2019 r. godz. 16.00. Z analizy dokumentacji Postępowania wynika, że Konsorcjum P przekazało w dniu 21.01.2019 r. drogą elektroniczną przedmiotowe dokumenty JEDZ. Jednocześnie jednak zawnioskowało o to, by Zamawiający sprawdził prawidłowość kwalifikowanego podpisu elektronicznego na oświadczeniu JEDZ. Zamawiający pismem z dnia 23.01.2019 r. odmówił dokonania takiej weryfikacji wstępnej, a wobec faktu, że nie minął jeszcze termin wyznaczony w wezwaniu poprosił o potwierdzenie, czy przesłany w dniu 21.01.2019 r. plik jest plikiem ostatecznym (docelowym), składanym w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18.01.2019 r.

Z dokumentacji Postępowania udostępnionej przez Zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołujący wnioskuje, że dokumenty JEDZ przekazane w dniu 21.01.2019 r. są w istocie oświadczeniami docelowymi, a więc w stosunku do tych oświadczeń nie przysługuje już Konsorcjum P prawo do kolejnego uzupełnienia. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że elektroniczne wersje oświadczeń JEDZ członków Konsorcjum P, zarówno te złożone w terminie złożenia oferty (dalej jako „JEDZ wersja 1”), jak i te przekazane w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (dalej jako: „JEDZ wersja 2”) zostały mu udostępnione/przesłane drogą elektroniczną (jako elektroniczne pliki w formacie .pdf) w dniu 9 kwietnia 2019 r. Dopiero począwszy od tego dnia Odwołujący mógł dokonać weryfikacji (na posiadanym przez siebie licencyjnym oprogramowaniu aplikacji Szafir) czy w istocie oświadczenia JEDZ wersja 1 i JEDZ wersja 2 zostały prawidłowo podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Weryfikacji podlegały zatem 4 oświadczenia JEDZ – po 2 oświadczenia (podpisane w innych datach) każdego z dwóch członków Konsorcjum P. W każdym przypadku każdego z dokumentów JEDZ otrzymywano komunikat o zweryfikowaniu podpisu w sposób niekompletny oraz, że certyfikat podpisu jest certyfikatem niekwalifikowanym.

W ocenie Odwołującego przeprowadzona weryfikacja potwierdza, że złożone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczenia JEDZ wersja 2 zostały podpisane (podobnie jak oświadczenia JEDZ wersja 1) podpisem elektronicznym niekwalifikowanym, stąd należy uznać, że Konsorcjum P nie uzupełniło prawidłowo oświadczeń JEDZ. Mając na względzie zasadę, że przysługuje wykonawcy prawo tylko do jednokrotnego skierowania do niego wezwania do uzupełnienia dokumentu oraz biorąc pod uwagę, że Konsorcjum P skonsumowało już przynależne mu prawo do uzupełnienia dokumentu należy uznać, że wykonawca ten nie wykazał w sposób prawidłowy, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

Tym samym winien być wykluczony z Postępowania, a jego oferta powinna być odrzucona.

W zakresie braku wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ (Rozdział 5 pkt 1.2.2, str. 6) warunkiem udziału w Postępowaniu było m.in. posiadanie przez wykonawcę ubiegającego się o to zamówienie zdolności finansowej i ekonomicznej, tj. posiadanie środków finansowych lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 1 mln zł.

Na potwierdzenie powyższego wykonawca najwyżej oceniony zobligowany był przedstawić dokument z banku lub inny dokument potwierdzający wspomnianą okoliczność. Konsorcjum P w odpowiedzi na to wezwanie złożyło dokument z czeskiego banku, w którym zawarty był zapis, cyt. za tłumaczeniem na język polski: „Oświadczamy, że jesteśmy gotowi udostępnić naszemu klientowi spółce PROVOD s.r.o. środki finansowe w wysokości 1 mln PLN pod warunkiem uzyskania tegoż zamówienia. Przyznanie kredytu będzie podlegało standardowej akceptacji”.

Zamawiający zakwestionował ten dokument uznając (z czym Odwołujący się zgadza), że jest to zgoda warunkowa na udzielenie kredytu i skierował do Konsorcjum P wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu i złożenie informacji z banku lub innego dokumentu, z którego będzie wynikać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

Konsorcjum P nie zakwestionowało tak wyrażonej opinii Zamawiającego i w odpowiedzi na wezwanie złożyło nowy dokument z tego samego banku, w którym zawarty był taki zapis, cyt. za tłumaczeniem na język polski: „Oświadczamy, że jesteśmy gotowi udostępnić naszemu klientowi spółce PROVOD s.r.o. środki finansowe w wysokości 1 mln zł pod warunkiem uzyskania tegoż zamówienia. Przewidujemy wykorzystanie wstępnie zatwierdzonego limitu w celu sfinansowania zamówienia, co znacznie ułatwia udostępnienie środków finansowych. Jednocześnie potwierdzamy, że firma PROVOD s.r.o. zawarła już umownie limit kredytowy dla Gwarancji Bankowych w kwocie 20 milionów CZK, podczas gdy z tego limitu pobrano dotychczas jedynie około 6 milionów”.

W ocenie Odwołującego cytowana treść oświadczenia banku również nie potwierdza, że wykonawca posiada zdolność kredytową w wysokości 1 mln zł w rozumieniu przepisów prawa bankowego (jedynie dla porządku Odwołujący wskazuje, że 20 mln CZK to równowartość ok. 3,7 mln zł). Wynika z niego, że tak jak w pierwotnej informacji banku, zgoda banku na udzielenie kredytu jest warunkowa i przyszła (zatem na dzień wydania opinii wymaganej zdolności podmiot opiniowany jeszcze nie ma) oraz, że lider Konsorcjum P ma limit kredytowy na wystawianie produktu finansowego/dokumentu finansowego – gwarancji bankowych (które wg. najlepszej wiedzy Odwołującego, co do zasady są wystawiane dla konkretnego pozyskanego kontraktu jako np. zabezpieczenie należytego

wykonania umowy, albo jako zabezpieczenie kredytu kupieckiego – przy zakupie materiałów budowlanych lub zabezpieczenie płatności, etc.). Nie jest to potwierdzenie *sensu stricto*, że lider Konsorcjum P został przez bank pozytywnie zweryfikowany definitywnie, przed udzieleniem jej przedmiotowego zamówienia, pod kątem możliwości ubiegania się o zaciągnięcie kredytu w wysokości odpowiadającej kwocie 1 mln zł. Mając na względzie zasadę, że przysługuje wykonawcy prawo tylko do jednokrotnego skierowania do niego wezwania do uzupełnienia dokumentu oraz biorąc pod uwagę, że Konsorcjum P skonsumowało już przynależne mu prawo do uzupełnienia dokumentu należy uznać, że wykonawca ten nie wykazał w sposób prawidłowy, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej. Tym samym winien być wykluczony z Postępowania, a jego oferta powinna być odrzucona.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp

W ocenie Odwołującego wszystkie ww. okoliczności omówione w punktach 1 i 2 odwołania jednoznacznie wskazują na to, że Zamawiający prowadząc Postępowanie i dokonując w dniu 2 kwietnia 2019 r. wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum P, naruszył przywołane w treści odwołania przepisy Pzp. Tym samym należy uznać, że udzielenie zamówienia wykonawcy nastąpi z naruszeniem przepisów.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści załączników do odwołania, a to:

1. czterech wydruków map z oznaczonymi trasami przejazdów z lokalizacji wskazanych przez Konsorcjum P w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny do Łodzi – dowody O1;
2. wydruku oświadczenia JEDZ lidera Konsorcjum P z 3 grudnia 2018 r. (OC 1 PROVOD – JEDZ wersja 1), zawierającego informację o niekompletnej weryfikacji podpisu elektronicznego w oprogramowaniu Szafir – dowód O2;
3. wydruku oświadczenia JEDZ lidera Konsorcjum P z 21 stycznia 2019 r. (OC 2 PROVOD – JEDZ wersja 2), zawierającego informację o niekompletnej weryfikacji podpisu elektronicznego w oprogramowaniu Szafir – dowód O3;
4. wydruku oświadczenia JEDZ członka Konsorcjum P z 3 grudnia 2018 r. (OC 1 KONEKO – JEDZ wersja 1), zawierającego informację o niekompletnej weryfikacji podpisu elektronicznego w oprogramowaniu Szafir – dowód O4;
5. wydruku oświadczenia JEDZ członka Konsorcjum P z 23 stycznia 2019 r. (OC 2 KONEKO – JEDZ wersja 2), zawierającego informację o niekompletnej weryfikacji podpisu elektronicznego w oprogramowaniu Szafir – dowód O5;
6. zanonimizowanych dokumentów licencyjnych oprogramowania i certyfikatu podpisu elektronicznego Szafir, przy pomocy którego Odwołujący weryfikował podpisy na oświadczeniach JEDZ z pkt 2-5 powyżej – dowody O5;

7. wydruku ze strony internetowej <https://ejustice.europa.eu> zawierającego informacje o rodzajach podpisów elektronicznych wydawanych na terenie Republiki Czeskiej i różnicach pomiędzy tzw. podpisem kwalifikowanym i niekwalifikowanym – dowód O6.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z następującym uzasadnieniem.

1. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 2-4 i 6, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp

Zamawiający wyjaśnił, że w SIWZ przesądził o ryczałtowym charakterze ceny ofertowej.

Kolejno, zwrócił uwagę na okoliczność, że cena oferty Konsorcjum P po przeprowadzeniu aukcji jest niższa od ceny oferty Odwołującego o tylko kwotę 4 tys. zł brutto. Dodał, że samo zestawienie ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu wskazuje, że według średniej arytmetycznej cena oferty Konsorcjum P kształtuje się na poziomie 80% średniej ceny ofert, zaś oferty Odwołującego na poziomie 80,1% średniej ceny ofert, natomiast pomiędzy ofertami obu firm to różnica wynosi 0,1% średniej ceny. Poziom tej różnicy wskazuje, że ma ona charakter bagatelny i nie przesądza o rażąco niskiej cenie. Poziom tej różnicy wskazuje, że ceny ofert obu wykonawców są porównywalne i nie stanowią cen nierealistycznych.

Zamawiający podkreślił, że nie zgadza się z argumentacją Odwołującego w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum P w przedmiocie kalkulacji wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Przeprowadzona analiza wyjaśnień oraz zestawienie kosztów związanych z realizacją poszczególnych etapów dla ofert Konsorcjum P, Odwołującego oraz wykonawcy Institut für technisch-wissenschaftliche Hydrologie GmbH („Wykonawca I”) wskazuje na różne sposoby kalkulacji kosztów i wynagrodzenia, tj. każda z tych ofert zawiera inne podejście w ujęciu kosztów, Konsorcjum P koszty rozpisuje przy poszczególnych pozycjach, podobnie czyni to Wykonawca I, natomiast Odwołujący wydziela odrębne pozycje kwotowe jako koszty dojazdów i pobyków, zatrudnienia pracowników, koszty finansowe czy koszty ryzyka. Powyższe zestawienie wskazuje, że nie jest możliwe proste zestawienie kwot z uwagi na inne podejście wykonawców co do sposobu skalkulowania ceny.

Zamawiający zauważył, że zarzuty Odwołującego dotyczą poszczególnych pozycji kalkulacyjnych, a nie samej kwoty wynagrodzenia. Zamawiający wymagał podania jednej kwoty wynagrodzenia, nie przewidywał cen jednostkowych, które miałyby cechy cen samodzielnych. Ceny jednostkowe, które mogą mieć cechy samodzielnych cen wykonania poszczególnych świadczeń składających się na złożone zamówienie, w takim przypadku jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do

danego elementu zamówienia. Zamawiający nie dokonywał rozbicia cen na poszczególne rodzaje usług, robót czy związanych z nimi dostaw, lecz wymagał podania kwoty łącznego wynagrodzenia za wykonany przedmiot umowy. Ponadto, analizując poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia ceny za ich wykonanie nie miały odrębnych cen jednostkowych, czy cen samodzielnych. Zawarte w § 2 ust. 2 wzoru umowy postanowienia dotyczące wynagrodzenia określają szczegółowe zasady płatności wynagrodzenia opisanego w ust. 1, jego części oraz podział realizacji przedmiotu umowy na Etapy, terminy realizacji poszczególnych Etapów określa Tabela – Elementy składowe ceny ryczałtowej wskazanej w ust. 1 (dalej „Tabela”). Takie ukształtowanie SIWZ stanowiło wyraz przyjętego założenia, że każdy z zamawiających, tj. ŁSI Sp. z o.o. i Miasto Łódź odpowiada wyłącznie za tą część zamówienia. Tym samym koniecznym było ustalenie procentowego podziału wynagrodzenia za dany Etap, stosownie do zaangażowania danego Zamawiającego za tą część zamówienia. W konsekwencji, odnoszenie się przez Odwołującego do poszczególnych pozycji i przyjętych dla nich kalkulacji dla oceny istnienia przesłanek występowania rażąco niskiej ceny, nie może stanowić punktu odniesienia i przesądzać jednocześnie o wystąpieniu takiego niedozwolonego zniżenia ceny.

Odnosząc się do samych szczegółowych zarzutów co do poszczególnych elementów kalkulacji cenowej, wskazać należy, że – po pierwsze – Konsorcjum P wymieniło cały skład pracowników oddelegowanych do realizacji przedmiotu umowy oraz wskazało firmy współpracujące na etapie realizacji umowy. Podane w wyjaśnieniach stawki (Ekspert – 128 zł/godz. brutto, Inżynier – 85 zł/godz. brutto, Asystent inżyniera – 60 zł/godz. brutto, Pracownik pomocniczy – 47 zł/godz. Brutto) wskazują, że ww. osoby pracują za kwotę przewyższającą wymaganą przepisami prawa minimalną stawkę godzinową, która w 2019 r. wynosi 14,70 zł.

Wskazać należy, że zgodnie z wzorem umowy wymóg zatrudnienia dotyczył przede wszystkim specjalisty ds. zarządzania projektami. Zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum P funkcję tą ma pełnić P.P., który jest dyrektorem zarządzającym lidera konsorcjum. Tym samym nie sposób uznać za uzasadnione rozważań Odwołującego, jakoby kwestia rentowności kontraktu dla pracownika nie miała znaczenia. Przede wszystkim nie ulega wątpliwości, że przy tego typu stanowiskach premiowanie od zachowania rentowności nie jest okolicznością niemożliwą do przyjęcia. Ponadto Konsorcjum P wskazało, że stawka godzinowa dla tego typu eksperta to 128 zł/godz. brutto. Tym samym nie można się zgodzić z twierdzeniami Odwołującego, że jest to stawka właściwa dla pracownika samozatrudnionego. Dodać należy, że z treści wyjaśnień Konsorcjum P co do stawek wynagrodzenia wynika wprost, że obejmują one składki na ubezpieczenia społeczne, składki na ubezpieczenia zdrowotne w kraju docelowym, tym samym brak jest dowodów wskazujących, jakoby realizacja obowiązków zatrudnienia na umowie o pracę nie była przez Konsorcjum P uwzględniona. Odwołujący w żadnym zakresie nie zakwestionował, że podane

w wyjaśnieniach stawki godzinowego wynagrodzenia są nierealne i nie uwzględniają wszystkich kosztów zatrudnienia.

Zamawiający podał również, że przeprowadził analizę (materiał porównawczy) wskazanych w wyjaśnieniach pozycji, która ujawniła, że te części zamówienia, które wiążą się z pracą konkretnych specjalistów, uwzględniają koszty pracy, np.: analiza przedwdrożeniowa wraz z projektem, kampania pomiarowa, asysta techniczna (Zamawiający podał stawki wynikające z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego, które zostały objęte w Postępowaniu tajemnicą przedsiębiorstwa). Zamawiający podkreślił, że w ofercie Konsorcjum P koszty przeprowadzenia kampanii pomiarowej wraz z dostawą urządzeń są najwyższe.

Po drugie – Zamawiający zakwestionował brak prawidłowej wyceny kosztów dla poz. 15-18. W jego ocenie Konsorcjum P podało wprost wysokość kosztów dojazdów i zakwaterowania. Analiza wyjaśnień wskazuje, że koszty pracy, w tym łączące się z nimi pobyty zostały skalkulowane już w ramach wyceny poszczególnych pozycji, np. paszportyzacja sieci kanalizacyjnej, koszty asysty technicznej, koszty szkoleń, koszty pozyskiwania pozwoleń (pkt 14), koszty seminarium, są zawarte m.in. w kosztach studium wykonalności. Z treści wyjaśnień Konsorcjum P (pkt 18) wynika, że do poszczególnych etapów projektu przypisano pracowników wraz z ich wynagrodzeniem. Przeprowadzona analiza wyjaśnień wraz z analizą (materiał porównawczy) wykonaną przez Zamawiającego wskazuje, że koszty zostały prawidłowo skalkulowane, a teza postawiona przez Odwołującego, że w kwocie 3.584.532 zł nie ma kosztów dojazdów i noclegów jest nie prawidłowa. Z wyjaśnień i analizy poszczególnych kwot w zestawieniu z wycenami Odwołującego wynika, że Konsorcjum P rzeczywiście te koszty przypisało oddzielnie dla każdego z Etapów, w szczególności tych które wymagają największego zaangażowania pracowników.

Po trzecie – odnosząc się do kwestii związanych z kosztami kredytowania to Konsorcjum P w swoich wyjaśnieniach nie wskazywało, że zamierza kredytować realizację zamówienia. Ponadto, w świetle przedstawionych wyjaśnień należy przyjąć, że koszty inne, podobnie jak koszty pracownicze, są rozpisane na wszystkie etapy realizacji przedmiotu umowy. Wynika to z odmiennej metody kalkulacji oferty niż przyjął Odwołujący. Dlatego też powstają podnoszone przez Odwołującego rozbieżności.

Na tle powyższych rozważań należy wyciągnąć wniosek, że Odwołujący nie jest uprawniony do formułowania zarzutu rażąco niskiej ceny oferty w przypadku, gdy kwestionuje ujęcie w kalkulacji kosztów niektórych wyodrębnionych elementów przedmiotu zamówienia albo odnoszącą się do nich wycenę. Nawet gdyby kalkulacja jednostkowych elementów odbiegała od cen rynkowych (co w przedmiotowej sprawie nie występuje), nie oznacza to, że cena całej oferty jest rażąco niska. Wniosek związany z taką interpretacją art. 89 ust. 1 pkt

4 Pzp wynika wprost z literalnego brzmienia treści przepisu, w którym jest mowa o „przedmiocie zamówienia”, nie zaś „części przedmiotu zamówienia”. Zatem, aby zamawiający mógł uznać, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp musi wykazać (albo co najmniej uprawdopodobnić), że jest ona nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Sam fakt, że cena oferty odbiega od innych cen w ofertach złożonych w postępowaniu nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska. Wyjątkowo przedmiotem wstępnego badania można uczynić ceny jednostkowe, o ile zamawiający nie określił w sposób wiążący zakresu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, w ocenie Zamawiającego, nieuzasadniony jest zarzut występowania rażąco niskiej ceny. Tym samym nie doszło do naruszenia art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający podkreślił, że nie zgadza się również z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Ofertą sprzeczną z postanowieniami SIWZ jest oferta, która nie spełnia wymagań zastrzeżonych przez SIWZ. Chodzi tu przede wszystkim o odmienności w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Przy ocenie spełnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy pamiętać, że w przypadku wystąpienia oczywistej omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, Zamawiający ma obowiązek poprawienia takiej omyłki. Z powyższym koreluje również przesłanka odrzucenia oferty wyrażona w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którą odrzuceniu podlega również oferta, jeżeli wykonawca w terminie trzech dni od doręczenia zawiadomienia sprzeciwił się poprawianiu omyłki mającej charakter określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W przedmiotowej sprawie zarzut „oferta nie uwzględnia części kosztów” z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wymagał w formularzu oferty wyszczególnienia poszczególnych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, żądał jedynie podania ceny ryczałtowej i wydębienia kosztów licencji oznacza, że ta kwestia powinna być rozpatrywana w kontekście rażąco niskiej ceny, a nie niezgodności z postanowieniami SWW. Żadne postanowienie SIWZ nie wymagało szczegółowego rozpisania poszczególnych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Trudno więc uznać tu, że doszło do niezgodności treści oferty z zapisami SWIZ.

Mając na uwadze treść art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp istotnym błędem w obliczeniu ceny, jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż oczywista omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Jako przykłady błędów tego rodzaju podaje w szczególności zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, przyjęcie niewłaściwej stawki VAT. Błąd w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jest więc raczej błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwym od strony technicznej wykonaniem czynności obliczenia ceny. Innymi słowy, za błąd w obliczeniu ceny należy uznać każde odstępstwo od opisu

sposobu obliczenia ceny, zastosowanie innych istotnych danych do obliczenia ceny, niż podane w wymaganiach zamawiającego, uwzględnienie innej stawki VAT niż wynikająca z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, z wyjątkiem sytuacji, gdy nieprawidłowa wartość ceny jest następstwem omyłki rachunkowej. W przedmiotowej sprawie nie doszło do naruszeń, które uzasadniałyby postawienie przedmiotowego zarzutu. Konsorcjum P uwzględniło całość kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, w ofercie nie doszło do zmiany zakresów przedmiotu zamówienia, nie zastosowano odmiennych danych niż wymagał Zamawiający. Wobec powyższego również ten zarzut jest bezzasadny i wnoszę o jego oddalenie w całości.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty kierował się przyjętymi kryteriami oceny ofert, przeprowadził w pełnym zakresie postępowanie wyjaśniające, zbadał kwestię rażąco niskiej ceny. Przeprowadzony proces badania i oceny ofert został przeprowadzony prawidłowo, tym samym bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 10a ust. 5 Pzp

W kwestii oświadczeń JEDZ Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp w powyższym zakresie w całości, ponieważ czas na wniesienie odwołania upłynął.

W dniu 05.12.2018 r. nastąpiło otwarcie ofert, pismem z dnia 06.12.2018 r. Odwołujący wystąpił o wgląd do ofert, Zamawiający – pismem z dnia 07.12.2019 r. – zaprosił Odwołującego do zapoznania się z treścią ofert w dniach 11-12.12.2018 r. W dniu 11.12.2018 r. przedstawiciel Odwołującego zapoznał się i sfotografował oferty w tym złożone przez Wykonawców dokumenty JEDZ, w tym też czasie Odwołujący zawnioskował o udostępnienie elektronicznych dokumentów JEDZ, czego nie uczynił. W dniu 20.02.2019 r. Zamawiający zaprosił wykonawców do aukcji elektronicznej, która odbyła się dnia 27.02.2019 r.

Po przeprowadzonej aukcji, pismem z dnia 01.03.2019 r., Zamawiający przesłał do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz ranking wykonawców z uwzględnieniem zaproponowanej przez nich ceny. Gdyby nawet przyjąć, że ostatni z możliwych terminów na wniesienie odwołania w przedmiocie braku wykluczenia z Postępowania Konsorcjum P to 01.03.2019 r., tj. dzień w którym Odwołujący powziął informację o rankingu wykonawców biorących udział w aukcji, to termin na wniesienie odwołania upłynął najpóźniej 11.03.2019 r., czego Odwołujący nie uczynił, a podniósł to dopiero 12.04.2019 r.

Zgodnie z dyspozycją art. 91b ust. 1 Pzp Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu (zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp – ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą).

Zdaniem Zamawiającego, co potwierdzają orzeczenia KIO, Odwołujący przy zachowaniu należytej staranności co najmniej od 01.03.2019r. miał 10 dni na uzyskanie wiedzy o podjętych przez Zamawiającego czynnościach, które mogły stanowić podstawę do wniesienia odwołania.

Z ostrożności Zamawiający wskazał, że weryfikacji elektronicznie podpisywanych dokumentów dokonał za pomocą portalu nienetowego MADKOM S.A. przez stronę internetową www.weryfikujpodpisu.pl (strona ta jest rekomendowana przez szkoleńców z zakresu zamówień publicznych). Po zaimportowaniu pliku JEDZ Zamawiający uzyskał tam informację, iż podpis zweryfikowano pozytywnie.

Zgodnie z poradnikiem UZP zamieszczonym na stronie internetowej www.uzp.gov.pl „Podpis elektroniczny regulacja i praktyka” (Bartosz Nikielski z 2018 r.) – obsługa zagranicznych podpisów – „Każde państwo członkowskie sporządza, prowadzi i publikuje zaufane listy zawierające informacje dotyczące kwalifikowanych dostawców usług zaufania, w podręczniku podano adres strony internetowej <https://webgate.ee.europa.eu/tl-browser>.” Za pomocą tej strony internetowej Zamawiający ustalił, że PostSignum (The Czech Post s. p.) jest wystawcą kwalifikowanych podpisów, a na stronie internetowej PostSignum ustalił, że O.K. posiada podpis ważny do 16 lipca 2019 r., a P.K. do 7 listopada 2019 r. Z informacji uzyskanej od administratora platformy aukcyjnej eB2B sp. z o.o., na której przeprowadzono aukcję elektroniczną w Postępowaniu przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego (tego samego, którego prawidłowość Odwołujący kwestionuje w zakresie oświadczenia JEDZ) Zamawiający uzyskał informację, że dokumenty podpisane zagranicznymi podpisami kwalifikowanymi weryfikują się ostatecznie za sprawą dokupienia przez administratorów (w tym wypadku Platformy Zakupowej) dodatkowych bibliotek (koszt takiego zakupu to kilkadziesiąt tysięcy złotych) sprawdzających autentyczność zagranicznych centrów autoryzujących podpisy kwalifikowane. Aby wymienione w odwołaniu oprogramowanie SZAFIR weryfikowało poprawność złożenia zagranicznych podpisów konieczne byłoby doposażenie go w dodatkowe płatne biblioteki zagraniczne, stąd w darmowej wersji brak możliwości kompletnego sprawdzenia autentyczności złożonych podpisów. Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, że dokonał wszelkich starań dotyczących weryfikacji poprawności złożonych kwalifikowanych podpisów elektronicznych i zweryfikował je prawidłowo. Z informacji jakie Zamawiający uzyskał od administratora platformy aukcyjnej wynika, że polscy wystawcy podpisów na bieżąco nie aktualizują swoich mechanizmów weryfikacji i walidacji podpisów wydanych za granicą. Obydwa podpisy nie walidowały się w programach weryfikacyjnych polskich wystawców, takich jak PWPW, KIR, Asseco. Natomiast po sprawdzeniu przez stronę weryfikujpodpis.pl, jak również przez strony macierzyste firm, które wydały kwestionowane podpisy elektroniczne uzyskano informację, że dokumenty są podpisane prawidłowo.

W ocenie Zamawiającego nie jest również zasadny zarzut Odwołującego, jakoby Konsorcjum P dokonało uzupełnienia oświadczeń JEDZ dwukrotnie. W mailu z dnia 21.01.2019 r. Konsorcjum P, przesyłając JEDZ lidera konsorcjum, wskazało, że:

„w odniesieniu do otrzymanego Wezwania do złożenia dokumentów występuję z prośbą o możliwość przedterminowego uwierzytelnienia załączonego oświadczenia JEDZ, tzn. sprawdzenia prawidłowości kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Nigdy wcześniej nie mieliśmy problemu z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ale mimo wszystko przeprowadziliśmy dziś jego aktualizację. Mamy nadzieję, że procedura ta okaże się wystarczająca do usunięcia problemu weryfikacji. Gdyby jednak nie, zwrócimy się do Czeskiego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych. Bardzo proszę o potwierdzenie przeprowadzonej weryfikacji”.

Zamawiający nie dokonał weryfikacji tego dokumentu. W związku z powyższym dopiero wtedy Konsorcjum P przesłało, w dniu 25.01.2019 r., oświadczenia JEDZ dla obu członków konsorcjum, informując: „W odpowiedzi na Państwa pismo – Wasz znak: BZU.AJ.229129-13/18 w załączeniu przesyłam oświadczenia JEDZ dla każdego z członków Konsorcjum w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w obu ww. mailach, w przypadku JEDZ lidera konsorcjum, przesłany został ten sam dokument podpisany w dniu 21.01.2019 r. o godz. 15:32:49.

W odniesieniu do wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu zakwestionowanym przez Odwołującego zaświadczeniem z banku Zamawiający podał, że Konsorcjum P, w odpowiedzi na wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 1 Pzp, przedstawiło dwa zaświadczenia wystawione przez Česká obchodní banka, a. s., z dwóch różnych okresów.

Następnie, z ostrożności procesowej, wezwał Konsorcjum P zaświadczenia w zakresie treści, zgodnie z którą „zgoda Banku zależy od uzyskania standardowej akceptacji Banku”. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację z banku, z której wynika, że „Wykonawca Provod uzyska od w/w Banku środki finansowe w zakresie wymaganym przez Zamawiającego tj. 1 000 000 PLN, pod warunkiem uzyskania tegoż zamówienia”. Oznacza to, że Konsorcjum P spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Dodatkowo w informacji wskazano, że „Przewidujemy wykorzystanie wstępnie zatwierdzonego limitu w celu sfinansowania zamówienia, co znacznie ułatwia udostępnienie środków finansowych. Jednocześnie potwierdzamy, że firma PROVOD— inženýrská společnost s r.o. zawarła już umownie Limit kredytowy dla Gwarancji Bankowych w kwocie 20 milionów CZK, podczas gdy z tego limitu pobrano dotychczas jedynie około 6 milionów CZK”, zatem również dodatkowo Konsorcjum P wykazało, że posiada limit gwarancji bankowych na kwotę przekraczającą równowartość 1 000 000,00 zł. Zamawiający dodał, że udzielenie gwarancji jest poprzedzone

badaniem zdolności kredytowej. Dodatkowo należy wskazać, że uregulowania Pzp nie przewidują zastosowania żadnych wzorów informacji bankowych. Z dokumentu ma wynikać, że wykonawca spełnia wymagania SIWZ, i to, w ocenie Zamawiającego, miało miejsce w Postępowaniu.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 18, art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego dotyczącego spotkania w siedzibie Zamawiającego, Zamawiający stwierdził, że Kierownik Zamawiającego przeprowadził wewnętrzne postępowanie wyjaśniające w zakresie przedmiotu spotkania z 13.03.2019 r.

Kierownik Zamawiającego ustalił, że Postępowanie prowadzone jest z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Relacje Zamawiającego/Komisji przetargowej ze wszystkimi wykonawcami są przejrzyste, a każda czynność Zamawiającego/wniosek komisji przetargowej i wszelka korespondencja z wykonawcami są rzetelnie dokumentowane. Każda wątpliwość Zamawiającego w zakresie złożonych ofert jest każdorazowo skrupulatnie wyjaśniana, co potwierdza obszerna dokumentacja przedmiotowego postępowania. Każda czynność Komisji dokonywana była z zachowaniem obiektywizmu i bezstronności. Wizyta w siedzibie Zamawiającego miała charakter grzecznościowy (co dodatkowo potwierdza bariera komunikacyjna – językowa) i nie były na niej poruszane kwestie związane z procedowaniem postępowania, co potwierdzają przedłożone wyjaśnienia osób uczestniczących w spotkaniu. Przywołane przez Odwołującego spotkanie Przedstawicieli Zamawiającego z Przedstawicielami Konsorcjum P w dniu 13.03.2019 r. było związane z pobytem przedstawicieli Konsorcjum P w Polsce na konferencji w Gdańsku i podróżą powrotną na trasie Gdańsk-Ostrava przez Łódź. Nie miało charakteru negocjacyjnego, co sugeruje Odwołujący. Zgodnie z definicją słowa „negocjacje” to „dwustronny proces komunikowania się, którego celem jest osiągnięcie porozumienia, gdy przynajmniej jedna strona nie zgadza się z daną opinią lub z danym rozwiązaniem sytuacji”. Nie występowała pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum P żadna różnica zdań, zatem nie mogło być celem jej usunięcie. Na spotkaniu Konsorcjum P zaprezentowało zrealizowane przez siebie inwestycje, a Zamawiający zapytał o czas jaki musi upłynąć między podpisaniem umowy a rozpoczęciem kampanii pomiarowej. Konsorcjum P nie odpowiedziało na spotkaniu, tylko przysłało w dniu 18.03.2019 r. maila, że możliwą datą rozpoczęcia kampanii jest 01.08.2019 r.

Zamawiający dodał, że spotkanie odbyło się po przeprowadzonej w dniu 27.02.2019 r. aukcji elektronicznej, wygranej przez Konsorcjum P, które zaproponowało najniższą cenę za realizację zamówienia. Spotkanie odbyło się również po uzyskaniu od wykonawców ostatecznych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i ich zaakceptowaniu przez członków Komisji Przetargowej.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający wyjaśnił, że nie doszło do naruszenia tego przepisu, ponieważ Zamawiający nie prowadził negocjacji z Konsorcjum P.

Po zaistnieniu omawianej okoliczności członkowie Komisji przetargowej raz jeszcze złożyli oświadczenia o braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 Pzp. Zamawiający zaś pismem z dnia 29.03.2019 r. poinformował Konsorcjum P, że „możliwość zadawania pytań do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia, przewidziana jest do upływu terminu składania ofert, co też Zamawiający uczynił. To na wykonawcy ciąży obowiązek podjęcia decyzji o ewentualnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia lub nie” i nie udzielił Konsorcjum P wyjaśnień/odpowiedzi w zakresie jego ewentualnych wątpliwości.

Zamawiający załączył do odwołania przedstawiony w formie tabelarycznej materiał porównawczy, sporządzony w oparciu o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Odwołującego, Konsorcjum P i Wykonawcę I (dowód Z1), wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z jego treści.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum P, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez Konsorcjum P przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić Konsorcjum P (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

W piśmie procesowym z 23 kwietnia br. Przystępujący wniósł o:

1. odrzucenie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego podpisania oświadczenia JEDZ, z uwagi na okoliczność wniesienia go po terminie, a w przypadku nieuwzględnienia w tym zakresie stanowiska Przystępującego – z ostrożności procesowej – o oddalenie zarzutu;
2. oddalenie pozostałych zarzutów jako oczywiście bezzasadnych.

Na uzasadnienie powyższych wniosków Konsorcjum P przedstawiło następującą argumentację.

1. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 2-4 i 6, art. 87 ust. 1, art. 7 ust. 1 Pzp

Przystępujący podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę. Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający oparł o zaistnienie wymaganej prawem różnicy pomiędzy szacunkową wartością zamówienia,

a ceną oferty. Co istotne, powodem wezwania nie była okoliczność, że cena Przystępującego odbiegała od cen innych wykonawców. Przeciwnie – ceny trzech spośród pięciu wykonawców, w tym Odwołującego, były bardzo zbliżone do siebie, co oznacza, że obiektywnie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę oferowaną przez Przystępującego. Cena oferowana przez Przystępującego, po zsumowaniu planowanych kosztów, które w dużej mierze Przystępujący oszacował w oparciu o wiele realizowanych dotychczas kontraktów o podobnym charakterze, pozwala na osiągnięcie zysku. Mając powyższe na uwadze, zasadny jest wniosek, że wezwanie do uzupełnienia wynikało bardziej z przeszacowania wartości przedmiotu zamówienia, a nie z obiektywnych rynkowych przesłankach.

W piśmie wyjaśniającym Przystępującego zostały szczegółowo wskazane poszczególne koszty wykonania zamówienia, których Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje. Zarzut rażąco niskiej ceny Odwołujący opiera jedynie na własnej kalkulacji kosztów, do tego ograniczającej się jedynie do kosztów związanych z dojazdem i noclegami, i to w oparciu o własne założenia i nadinterpretacje, które nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistości. Przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja nie uwzględnia możliwości Konsorcjum P minimalizacji kosztów zakwaterowania, np. wynajęcia mieszkania, apartamentu lub innego lokalu w Łodzi oferującego usługi hotelowe, nie na poszczególne doby, a obejmującego z góry okres przewidzianego okresu realizacji zamówienia, co w sposób bezpośredni przełoży się na obniżenie kosztów usług o charakterze hotelowym. Co istotne, z wyjaśnień Przystępującego wynika, że koszt zakwaterowania w hotelu będzie dotyczył tylko przedstawicieli kierownictwa, którzy wezmą udział w jednorazowych lub incydentalnych spotkaniach branżowych. Zespół pracowników przeprowadzający paszportyzację, realizację kampanii pomiarowej stworzenie modelu matematycznego nie będzie zakwaterowany w hotelu. Tymczasem Odwołujący rozszerzył własną nadinterpretację na cały personel. Analogicznie postąpił Odwołujący z kalkulacjami dojazdów – dokonał własnego założenia, pomijając np. fakt, że Konsorcjum P kalkulując koszty przejazdów musiało dokonać tego w relacji do liczby godzin pracy personelu, tymczasem Zamawiający nie określił z góry minimalnych czasochłonności, co powoduje, że Przystępujący dokonywał kalkulacji czyniąc pewne założenia na podstawie doświadczenia, a jego ryzykiem zawodowym jest to, jak w rzeczywistości będzie wyglądała realizacja zamówienia (w szczególności w zakresie niezależnym od niego, np. współdziałanie Zamawiającego, terminy administracyjne).

Również czynione przez Odwołującego wyliczenia, sumowania poszczególnych pozycji z wyjaśnień Przystępującego zostały poczynione na własnych, chybionych z resztą założeniach, bez znajomości realiów w jakich działa Przystępujący, chociażby w zakresie np. rozliczanych w Czechach kosztów uzyskania przychodu, rozliczeń podatkowych.

Z oświadczenia Przystępującego złożonego w ofercie, a potwierdzonego w wyjaśnieniach wynika wprost, że oferowana cena jest kompletna, należycie skalkulowana, ostateczna i nieprzekraczalna.

Przystępujący wskazał ponadto, że oferta złożona przez Odwołującego jest tylko o 4.000 zł wyższa od oferty Przystępującego, co stanowi znikomą różnicę w odniesieniu do wartości przedmiotu zamówienia. Należy przy tym mieć na uwadze, że istotą instytucji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest odniesienie ceny oferowanej przez danego wykonawcę do cen rynkowych (uśrednionej wysokości cen pozostałych wykonawców), nie natomiast do różnicy, o jaką ubiegając się o udzielenie zamówienia w toku aukcji elektronicznej schodzi wykonawca w stosunku do zaoferowanej uprzednio przez siebie ceny. Wobec różnicy zaledwie 4.000 zł pomiędzy ceną oferowaną przez Przystępującego, a ceną oferowaną przez Odwołującego, irracjonalnym jest zarzut rażąco niskiej ceny. Dopiero odniesienie oferowanej ceny do obiektywnego kryterium rynkowego może stanowić przyczynek do rozważań w zakresie rażąco niskiej ceny. Tymczasem porównanie ceny oferowanej zarówno przez Przystępującego nie odbiega znacząco od ceny oferowanej przez Odwołującego, jak i wykonawcę, którego oferta znajduje się na trzecim miejscu. Odniesienie wysokości oferowanej ceny przez Przystępującego do średniej cen pozostałych wykonawców również nie daje podstaw, aby rozważać ją w kontekście rażącej różnicy.

W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący oświadczył, że skalkulował cenę należycie, co obejmuje również uwzględnienie w cenie zysku Przystępującego, który oczywiście będzie niższy od zakładanego pierwotnie, lecz jest to naturalną konsekwencją walki o zamówienie w toku aukcji elektronicznej. Na uwadze należy też mieć okoliczność, że przepisy Pzp nie przewidują negatywnych konsekwencji zaoferowania niskiej ceny, a jedynie sytuację, kiedy jej wysokość nabiera charakteru rażącego, czego Odwołujący jednak nie wykazał. Odwołujący opiera swoje kalkulacje na okolicznościach, których nie sposób również wywieść z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Podkreślenia wymaga także fakt, że na poparcie swoich tez Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który wykazałby brak spójności wyjaśnień Przystępującego, trudno bowiem przyjąć, że widoczne w odwołaniu skupienie się na kosztach noclegów, stanowiących jednak marginalny koszt w relacji do ceny oferty, przekłada się na brak wykazania przez Przystępującego, że należycie skalkulował cenę swojej oferty.

Zarzuty sformułowane przez Odwołującego ograniczają się w zasadzie do mnożenia wątpliwości co do treści wyjaśnień Przystępującego, które nie budziły wątpliwości Zamawiającego. Jednocześnie żadne z twierdzeń Odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w dowodach, co *de facto* wskazuje na zupełne zignorowanie ciężącego na nim ciężaru dowodu w zakresie wykazania, iż za cenę podaną w ofercie, Przystępujący nie może zrealizować zamówienia.

Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że oferta Przystępującego jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

Odwołujący zarzuca, że oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie dotyczącym wymogu zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, przy czym zarzut w tym zakresie wywodzi jedynie z wyjaśnień Przystępującego, że pracownicy otrzymują wynagrodzenie za wykonywanie powierzonych im zadań, uzależnione od rentowności poszczególnych kontraktów (partycypują w zyskach i stratach).

Przystępujący wyjaśnia, że zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i czeskiego, istnieją regulacje wyznaczające minimalne wartości wynagrodzeń pracowników, brak jest natomiast przeciwskazań uzależnienia wynagrodzenia ponad te minimalne wartości od efektów pracy, które w sposób bezpośredni przekładają się na należyłą realizację danego przedsięwzięcia. Udział w zyskach i stratach jest standardowym narzędziem wynagradzania pracowników, które w czeskich warunkach wprowadziły fabryki Baty (produkcja obuwia) już w latach 20. XX wieku. Dzięki temu narzędziu wynagrodzeniowemu zakłady Baty były pierwszymi w przedwojennej Czechosłowacji, które skróciły tydzień pracy o jeden dzień (soboty robocze zostały anulowane). Prawie wszystkie odnoszące sukcesy firmy stosują obecnie tę zasadę (np. w przemyśle motoryzacyjnym pracownicy w czasie rzeczywistym wiedzą, ile wyprodukowano samochodów, jaki jest trend dnia i czy i jak realizowany jest dzienny plan produkcji). Udział w zyskach i stratach czyli wynagrodzenie za wykonanie zadania przyczynia się do większej wydajności pracowników, spełniając jednocześnie wszystkie wymogi prawne z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych.

Sam natomiast fakt ustalenia wynagrodzenia w powyższej formie nie jest równoznaczny z brakiem wywiązywania się przez Przystępującego z obowiązujących przepisów i wymogów Zamawiającego dotyczących zatrudnienia osób na umowę o pracę. Jakiegokolwiek wnioski i zarzuty Odwołującego w tym zakresie nie znajdują oparcia w wyjaśnieniach Przystępującego, są natomiast wyrazem daleko idącej nadinterpretacji Odwołującego.

W tym miejscu należy podnieść istotną okoliczność procesową, jaką jest ciężar dowodu spoczywający na Odwołującym, z którego to Odwołujący się nie wywiązuje. W treści odwołania Odwołujący stwierdza jedynie, że wyjaśnienia budzą jego wątpliwości, przy czym na poparcie swoich twierdzeń nie przedstawia żadnych dowodów. Nie jest natomiast obowiązkiem, ani Zamawiającego, Przystępującego, ani też KIO wyjaśnianie wątpliwości Odwołującego.

Odwołujący podnosi również, że „kwota wyliczona w oparciu o treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Provod, nie obejmuje wszystkich kosztów ponoszonych przez wykonawcę wynikających z zapisów SIWZ, OPZ oraz projektu umowy, np. kosztów ubezpieczenia wg zasad opisanych w par. 10 projektu umowy, kosztów finansowania/kredytowania kontraktu, którym Konsorcjum P zamierza się posiłkować przy realizacji zamówienia, kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, itp.”. Tym samym, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że treść oferty Przystępującego jest

niezgodna z treścią SIWZ oraz dodatkowo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny i podlegać winna odrzuceniu.

Przystępujący nie zgadza się z tym zarzutem Odwołującego. Jak wynika z treści wyjaśnień Przystępującego zaoferowana cena jest kompletna i należycie skalkulowana, a zarzuty Odwołującego wynikające z dokonanych przez niego kalkulacji nie znajdują potwierdzenia w treści przedłożonych przez Przystępującego wyjaśnień.

Odwołujący podnosi, że dowodem potwierdzającym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, jest treść pisma Przystępującego z dnia 28 marca 2019 r., tymczasem oprócz ogólnikowych stwierdzeń dotyczących niezgodności treści oferty z SIWZ, nie przywołuje żadnego postanowienia SIWZ, z którym w jego opinii treść oferty jest niezgodna. Nie podlega natomiast wątpliwości, że zarzuty powinny być skonkretyzowane w taki sposób, aby istniała możliwość odniesienia się do nich, co oznacza, iż Odwołujący winien wskazać konkrety element oferty i postanowienie SIWZ, a następnie wykazać istniejącą pomiędzy nimi niezgodność, w przeciwnym razie zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie sposób zgodzić się również z zarzutem Odwołującego, jakoby złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Z dokumentacji Postępowania wynika, że aukcja została przeprowadzona w dniu 1 marca 2019 r., a wszelkie podnoszone przez Odwołującego argumenty na potwierdzenie tego zarzutu datowane są po tym terminie.

Jednocześnie Przystępujący podniósł, że spotkanie na które powołuje się Odwołujący wynikało z inicjatywy Przystępującego, przy czym miało charakter orientacyjny i kurtuazyjny. Na tym etapie Przystępujący dysponował już bowiem wiedzą o swoim statusie w Postępowaniu i w drodze powrotnej z konferencji Stormwater 2019 w Gdańsku, w której brali udział przedstawiciele Przystępującego i Zamawiającego, udał się do siedziby Zamawiającego. Spotkanie było wyrazem dbałości Przystępującego o realizację zamówienia, które – jak wskazywał wynik aukcji – będzie realizował. Przystępujący miał na celu przedyskutowanie ewentualnej możliwości zapoznania się z treścią i formą plików danych, tak aby mógł przemyśleć metodologię ich przetwarzania, czy też ocenić szybkość przetwarzania danych potrzebnych do opracowania modelu matematycznego sieci kanalizacyjnej, tak szczegółowych danych nie zawierała bowiem SIWZ. Przedmiotowy postulat został zwerbalizowany w pisemnym wniosku, jednakże Zamawiający jasno i zdecydowanie odmówił udostępniania jakichkolwiek informacji przed podpisaniem umowy. Podjęta próba ze strony Przystępującego była wyrazem podejścia biznesowego oraz dobra realizacji zamówienia, o które się ubiegał, w żadnym zakresie działanie Przystępującego nie stało w sprzeczności z przepisami prawa, jak również nie naruszało prawa zachowanie Zamawiającego. Jak wskazano powyżej, spotkanie miało miejsce po złożeniu oferty przez Przystępującego, wobec czego nie mogło mieć wpływu na treść złożonej oferty.

Definicja legalna czynu nieuczciwej konkurencji zawarta jest w art. 3 Znk i obejmuje „działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Czynem nieuczciwej konkurencji jest „w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym”. Nadużyciem prawa byłoby uznanie, że spotkanie robocze umiejscowione terminowo po przeprowadzonej aukcji, mogłoby wpisywać się w ww. definicję, tym bardziej, że Zamawiający wykazał się daleko idącą dbałością o przestrzeganie przepisów Pzp i żadnych informacji Przystępującemu nie udostępnił.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 10a ust. 5 Pzp

Odwołujący zarzuca, że oświadczenia JEDZ złożone przez Przystępującego, zostały nieprawidłowo podpisane, gdyż weryfikacja przez Odwołującego w oparciu o program Szafir nie dała pozytywnej weryfikacji i w każdym przypadku każdego z dokumentów JEDZ otrzymywano komunikat o zweryfikowaniu podpisu w sposób niekompletny oraz, że certyfikat podpisu jest certyfikatem niekwalifikowanym.

Zdaniem Przystępującego zarzut w powyższym zakresie podlega odrzuceniu, gdyż jest złożony po terminie. Powyższe twierdzenie Przystępującego znajduje uzasadnienie w orzecznictwie. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 28 lutego 2013 r., III CZP 107/12, w sytuacji, gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 Pzp, a nie art. 182 ust. 1 Pzp. Przenosząc powyższe stanowisko SN na stan faktyczny przedmiotowej sprawy, należy przyjąć, że początek biegu w zakresie zaniechania odrzucenia oferty rozpoczyna się w momencie, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Odwołujący w zaproszeniu do aukcji otrzymał od Zamawiającego informację o dopuszczonych do aukcji wykonawcach, przy zachowaniu więc należytej staranności mógł dokonać weryfikacji odpowiednio wcześniej. W ocenie Przystępującego termin na wniesienie odwołania upłynął po 10 dniach od otrzymania przedmiotowego zaproszenia, co powoduje, że na obecnym etapie zarzut jest spóźniony.

Jednakże z ostrożności procesowej, na wypadek nie podzielenia powyższego stanowiska, Przystępujący wyjaśnia, że oświadczenia JEDZ zostały podpisane podpisem kwalifikowanym, a tym samym zarzut podlega oddaleniu.

Konsorcjum P podniosło, że zastosowany przez Odwołującego program do weryfikacji prawidłowości podpisu nie jest jedynym dostępnym na rynku programem umożliwiającym taką weryfikację, a ewentualny komunikat o błędzie w programie użytym przez Odwołującego nie przesądza o nieprawidłowym podpisaniu dokumentu. Oparcie zarzutu, jedynie o komunikat błędu w programie Szafir, stanowi wyraz niedochowania należytej staranności przez Odwołującego w zakresie ciążącego na nim ciężaru dowodu.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

Odwołujący zarzuca, że złożone przez Przystępującego opinie bankowe nie potwierdzają, że posiada on zdolność kredytową w wysokości 1 mln zł w rozumieniu przepisów prawa bankowego, gdyż zgoda banku jest przyszła i warunkowa.

Zdaniem Przystępującego zarzut jest niezasadny, a dotychczasowe orzecznictwo KIO potwierdza takie stanowisko. Jak wynika bowiem z wyroku KIO z 23 listopada 2012 r., KIO 2480/12, „Zadaniem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie, że ma dostęp do źródeł finansowania, które umożliwią mu poniesienie kosztów realizacji zamówienia do czasu otrzymania wynagrodzenia od Zamawiającego. Chodzi zatem o realny dostęp do środków finansowych przeznaczonych na sfinansowanie konkretnego zamówienia, przy czym mogą to być zarówno środki własne wykonawcy albo środki pożyczone przez stosowną instytucję finansową. W tym ostatnim przypadku, z uwagi na to, że trudno wymagać aby wykonawcy ubiegający się dopiero o udzielenie zamówienia brali już kredyt na poczet zamówienia, którego mogą nie uzyskać – wystarczające jest wykazanie się realną możliwością do uzyskania takiego kredytu. Jeżeli wykonawca nie ma własnych środków to jego zadaniem jest uzyskanie potwierdzenia od instytucji finansowej, że pozytywnie ocenia zdolność wykonawcy do spłacenia kredytu przeznaczonego na sfinansowanie zamówienia. Zatem nie chodzi o zdolność kredytową w ogóle, tylko zdolność kredytową związaną z uzyskaniem środków na realizację zamówienia. Z tego względu niekoniecznie udzielony już kredyt stanowi pewniejsze potwierdzenie znajdowania się w sytuacji finansowej umożliwiającej realizację zamówienia od kredytu dopiero obiecanego, np. pod warunkiem, że wykonawca zamówienie uzyska”.

Tym samym nie powinno budzić wątpliwości, iż opinia banku potwierdza spełnianie przez Przystępującego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Na rozprawie Strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści korespondencji poczty elektronicznej z 18 kwietnia 2019 r. pomiędzy przedstawicielem Odwołującego,

a czeskim radcą prawnym na temat obowiązującego w Czechach zakazu obciążania pracowników ryzykiem biznesowym prowadzonej przez pracodawcę działalności gospodarczej (dowód O7).

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Pisma Odwołującego z 4 marca 2019 r. w sprawie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny – dowód Z2;
2. Korespondencji poczty elektronicznej z 19 kwietnia 2019 r. pomiędzy pracownikiem Zamawiającego a przedstawicielem platformy, na której prowadzone jest Postępowanie, dotyczące mechanizmów weryfikacji i walidacji podpisów elektronicznych z załącznikami mającymi potwierdzić, że sporne oświadczenia JEDZ złożone przez Konsorcjum P (JEDZ wersja 2) zostały podpisane kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi wydanymi przez uprawniony podmiot (PostSignum) – dowody Z3.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Konsorcjum P, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ;
2. oferty Przystępującego (z uwzględnieniem ceny ustalonej w wyniku aukcji elektronicznej);
3. pierwotnie złożonych przez Konsorcjum P oświadczeń JEDZ (JEDZ wersja 1);
4. wezwania Przystępującego z 18 stycznia 2019 r. do uzupełnienia oświadczeń JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
5. korespondencji poczty elektronicznej z 21 stycznia 2019 r. od przedstawiciela Konsorcjum P do Zamawiającego z wnioskiem o przedterminową weryfikację oświadczenia JEDZ lidera Konsorcjum P wraz z oświadczeniem JEDZ objętym tym wnioskiem (JEDZ wersja 2);
6. pisma Zamawiającego z 23 stycznia 2019 r., stanowiącego odpowiedź na ww. wniosek;
7. korespondencji poczty elektronicznej z 28 stycznia 2019 r. od przedstawiciela Konsorcjum P do Zamawiającego z załącznikami w postaci oświadczeń JEDZ członków Konsorcjum P;

8. wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z 1 marca 2019 r.;
9. wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 5 marca 2019 r. złożonych przez Przystępującego;
10. wezwania Konsorcjum P do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z 8 marca 2019 r.;
11. dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 12 marca 2019 r.;
12. wezwania Przystępującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 12 marca 2019 r.;
13. informacji z banku Československá obchodní banka, a. s. złożonych przez Przystępującego 22 marca 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie z pkt 12;
14. wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 25 marca 2019 r., obejmującego m.in. informację z banku;
15. informacji z banku złożonej przez Konsorcjum P 29 marca 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie z pkt 14;
16. pisma Przystępującego do Zamawiającego z 28 marca 2019 r. w sprawie wątpliwości dotyczących postanowień SIWZ, zawierającego wzmiankę o spotkaniu przedstawicieli Konsorcjum P z pracownikami Zamawiającego, które miało miejsce 13 marca 2019 r.;
17. pisma Zamawiającego z 29 marca 2019 r., stanowiącego odpowiedź na pismo z pkt 16;
18. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 2 kwietnia 2019 r.;
19. załączników do odwołania, odpowiedzi na odwołanie i dokumentów złożonych w toku rozprawy.

Na podstawie ww. materiału dowodowego skład orzekający uznał, że co do zasady pisemne stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego prezentują stan faktyczny sprawy w sposób kompleksowy i rzetelny. Ewentualne dalsze ustalenia Izby przedstawione zostaną w ramach omawiania poszczególnych grup zarzutów odwołania, przedstawionych według systematyki w nim zawartej.

1. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 2-4 i 6, art. 87 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 18 i art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 Znk

Zarzut potwierdził się częściowo, tj. w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp. Zdaniem Izby Zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, który – w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 1 marca 2019 r. – nie złożył wyjaśnień w wymaganym przez Zamawiającego zakresie.

Stan faktyczny w ramach omawianego zarzutu należy uzupełnić o analizę treści wspomnianego wezwania. Zamawiający zaznaczył bowiem wyraźnie, że oczekuje udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów (podkreślenie Izby), wskazując jednocześnie,

że przedmiotowe wyjaśnienia będą mu służyć do „[...]oceny czy utrzymanie takiej ceny i wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ jest możliwe bez obniżania standardu i jakości wykonania przedmiotu zamówienia oraz po ewentualnym podpisaniu umowy – bez występowania z roszczeniami o nieuzasadnione dodatkowe wynagrodzenie”. Zamawiający podkreślił również, że obowiązkiem wykonawcy jest szczegółowe określenie i udowodnienie w jaki sposób skalkulował cenę oferty tak, aby Zamawiający był w stanie wywnioskować z czego wynika cena i czy daje ona gwarancję należytej realizacji zamówienia według warunków określonych w projekcie umowy.

Zdaniem składu orzekającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Konsorcjum P z 5 marca 2019 r. nie realizują powyższych wskazań.

Jakkolwiek Izba zgodziła się z Zamawiającym, że nie istnieje jeden wyłącznie poprawny i wspólny wszystkim wykonawcom w danym postępowaniu wzorzec konstruowania ceny oferty (a zarazem – wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w ramach których przedstawiany jest przyjęty przez wykonawcę model kalkulacji ceny), co dobrze ilustruje załączony do odpowiedzi na odwołanie dowód Z1, to jednak zwraca uwagę, że wspólnym mianownikiem dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny w każdym postępowaniu, w którym badanie tej kwestii jest prowadzone, jest odpowiedź na oczekiwania zamawiającego wyrażone w treści wezwania.

W tej sprawie podstawowym zaniechaniem Przystępującego było nie poparcie przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny kwot jakimikolwiek dowodami. Brak ten jest widoczny *prima facie* zwłaszcza w odniesieniu do tych fragmentów treści spornych wyjaśnień Konsorcjum P, w których odwołuje się ono do oferty swojego kontrahenta (Aquamonitoring s.r.o. – tak w pkt 2, 3, 14, czy 15 lit. n) części wyjaśnień zatytułowanej „Uzasadnienie poszczególnych elementów oferty”). Skład orzekający nie odmawia wprawdzie Przystępującemu możliwości dowodzenia rzetelności określenia ceny oferty za pomocą oświadczeń, do których w istocie sprowadza się treść ocenianych wyjaśnień, tym niemniej zaznacza, że taki sposób wykazywania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, dopuszczalny jest zasadniczo w przypadkach, w których ceny jednostkowe (bądź za poszczególne zakresy realizacji zamówienia) stanowiące podstawę kalkulacji nie odbiegają od średnich cen rynkowych. Chodzi więc o ceny typowe, na których wysokość nie wpływają szczególne właściwości wykonawcy (np. zdolności negocjacyjne, pozycja rynkowa, renoma, *etc.*). Wyjaśnienia na taką argumentację nie wskazują, wobec czego obowiązkiem Konsorcjum P było załączenie dowodów potwierdzających, że wynikające z wyjaśnień koszty realizacji poszczególnych części zamówienia są realne.

W przekonaniu składu orzekającego przedmiotowe wyjaśnienia są nierzetelne i niepełne także ze względu na zarzucane w odwołaniu nieudzielenie odpowiedzi na pytanie o koszty realizacji czynności wymienionych w poz. 16 i 17. W tej kwestii nie mogło zostać uznane za wystarczające stwierdzenie o przewidzeniu tych kosztów w innych pozycjach,

nawet jeśli postanowienia SIWZ nie zawierały takiego zakazu. Przywołany argument ma niewielką wartość informacyjną, zwłaszcza w obliczu braku jakichkolwiek dowodów potwierdzających wiarygodność wyjaśnień, a przede wszystkim nie realizuje przytoczonego powyżej celu, dla którego Zamawiający wezwał Konsorcjum P do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W zakresie kwestionowanych w odwołaniu kosztów dojazdu i pobytu w Łodzi (poz. 15 „Uzasadnienia poszczególnych elementów...”) skład orzekający nie podziela wprawdzie wywodów Odwołującego dotyczących ich zaniżenia i zawnioskowanych w tym zakresie dowodów O1, ale tylko z tej przyczyny, że nie jest w stanie, w oparciu o przedstawione przez Konsorcjum P dane, stwierdzić, czy zostały wyliczone poprawnie. W konsekwencji oceny takiej nie mógł również dokonać Zamawiający, który *nota bene* ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy nie odniósł się szczegółowo do tego zagadnienia.

Skład orzekający nie zgadza się również z twierdzeniem Odwołującego, jakoby w ramach odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Konsorcjum P powinno było odnieść się do wszystkich kosztów realizacji zamówienia (Odwołujący wskazał tu przykładowo na finansowanie i ubezpieczenie kontraktu). Izba prezentuje pogląd, że poziom szczegółowości wyjaśnień winien być wprost proporcjonalny do szczegółowości wezwania, a ta wyrażona została w osiemnastu punktach zawartych w treści wezwania.

Przechodząc do oceny argumentacji Zamawiającego i Przystępującego Izba podkreśla, że nie stanowi uwiarygodnienia ceny oferty Przystępującego okoliczność, że jest ona jedynie nieznacznie niższa od ceny zaproponowanej przez Odwołującego. Należy mieć na względzie, że przedmiotem sporu była prawidłowość oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum P, którego rozstrzygnięciem było udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający, na podstawie argumentacji zawartej w wyjaśnieniach, a dotyczącej wysokości kosztów realizacji poszczególnych elementów zamówienia i podstaw ich określenia (składających się ogólnie rzecz biorąc na określoną metodologię kalkulacji ceny oferty), mógł przyjąć, że cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska. *Ad casum* wspomniana odpowiedź musi być negatywna, bowiem – jak wskazano powyżej – Zamawiający nie otrzymał wyjaśnień w wymaganym zakresie, a zatem kwestia wysokości ceny oferty Odwołującego jest dla tego ustalenia indyferentna.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że, również z powyższych względów, nieprzydatny dla rozstrzygnięcia był dowód Z2. Nie tylko nie dotyczy on sytuacji Przystępującego, ale również nie potwierdza on rzekomego narzucania przez Odwołującego konkretnej metodologii udzielania wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Działanie takie musiałoby zostać uznane za bezskuteczne, skoro Zamawiający kwestii tej nie ujął w sposób jednolity.

Nie mogła się także ostać argumentacja Zamawiającego o ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum P przy uwzględnieniu informacji zawartych w dokumentach

dotyczących jego podwykonawcy. Nie można pominąć, że wyjaśnienia Przystępującego w ogóle nie nawiązują do informacji, które miałyby być zawarte w takich dokumentach i wpływać na wysokość ceny jego oferty. Był to zatem argument przywołany *ad hoc*, na potrzeby uwiarygodnienia poprawności dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum P.

Reasumując, Zamawiający – opisanym powyżej postępowaniem – naruszył przepisy art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, co znalazło odzwierciedlenie w uwzględnieniu odwołania w tej części (pkt 1 sentencji wyroku). Nie zostały natomiast naruszone przepisy art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ niewątpliwie Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ani przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który należy wiązać z drugą z wynikających z art. 90 ust. 3 Pzp podstaw odrzucenia oferty, czyli ze stanem, w którym dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W konsekwencji Izba, w pkt 2 sentencji wyroku, orzekła o ich oddaleniu.

Chybiony był zarzut obrazy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, wywodzony z okoliczności związanych z rażąco niską ceną oferty Konsorcjum P. W tym zakresie Izba podziela i przyjmuje za własne wywody Zamawiającego zawarte na str. 9 odpowiedzi na odwołanie, odnoszące się do wykładni tej przesłanki odrzucenia oferty.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oparty m.in. na twierdzeniu o rzekomej sprzeczności oferty Konsorcjum P z wymogami SIWZ w zakresie formy zatrudnienia osób realizujących zamówienie (umowa o pracę). Jakkolwiek na pierwszej stronie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący użył niefortunnego stwierdzenia o uzależnieniu wynagrodzeń pracowników od rentowności realizowanych przez nich kontraktów, to jednak Izba przyjęła, że Konsorcjum P założyło wykonanie zamówienia osobami pozostającymi w stosunku pracy, wynagradzanych według stawek wskazanych w ostatnim akapicie wyjaśnień. Pozbawione sensu byłoby twierdzenie, że stawki te stanowią pochodną przewidywanej przez Przystępującego rentowności kontraktu, zatem wzmiankę o partycypacji w zyskach i stratach na kontrakcie należało odnieść do możliwości osiągnięcia dodatkowego wynagrodzenia (premii) przez pracowników Konsorcjum P. Stąd, przedstawiony na rozprawie dowód O7 nie dotyczył sytuacji zaistniałej w tej sprawie.

Izba wyjaśnia ponadto, że kwestia zaniechania skalkulowania wszystkich kosztów związanych z wykonaniem zamówienia (druga z podstaw faktycznych zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum P jako niezgodnej z SIWZ), do której Odwołujący *de facto* nie odniósł się w uzasadnieniu odwołania, rozpatrzona została w ramach omówionego wcześniej zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zdaniem składu orzekającego także pismo Przystępującego z 28 marca 2019 r. nie potwierdza niezgodności treści jego oferty z SIWZ. Stanowiło ono co najwyżej nieskuteczną (o czym poniżej) próbę pozyskania informacji, które zgodnie z SIWZ zostaną udostępnione

dopiero po zawarciu umowy. Do tego dodać należy, że Odwołujący nie wskazał w jaki konkretnie sposób oferowane przez Konsorcjum P świadczenie odbiega od oczekiwań Zamawiającego. Odwołujący przywołał jedynie, na str. 17 odwołania, okoliczność złożenia przez Przystępującego oferty „na inny zakresowo przedmiot zamówienia”, bez bliższego sprecyzowania.

Pozostając przy wspomnianej korespondencji Przystępującego, wskazującej na niekwestionowany fakt odbycia spotkania pomiędzy przedstawicielami Konsorcjum P a pracownikami Zamawiającego, Izba nie dopatrzyła się w okolicznościach tej sprawy naruszenia w jego wyniku przepisów art. 24 ust. 1 pkt 18, art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 87 ust. 1 Pzp.

Uszło uwadze Odwołującego, że to spotkanie odbyło się 13 marca 2019 r., a zatem zarówno po upływie terminu składania ofert, jak i po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i, będącego jej następstwem, badania oferty Konsorcjum P pod kątem rażąco niskiej ceny (wprawdzie Zamawiający w przededniu spotkania otrzymał odpowiedź Przystępującego na drugie wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale nie dotyczyło ono kwestii istotnych dla wyliczenia ceny oferty). W konsekwencji nietrafne okazało się poczynione przez Odwołującego założenie, że cena oferty Konsorcjum P jest niższa dlatego, że pozyskało ono dane umożliwiające oszacowanie rzeczywistej skali ryzyk (por. wywody ze str. 19 odwołania). Ergo nie sposób mówić o podejmowaniu przez Przystępującego działań utrudniających konkurentom dostęp do rynku, uzasadniających zastosowanie wobec jego oferty sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, skoro nie wpłynęły one (i wpłynąć nie mogły) na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym nie doszło do zaktualizowania się przesłanki wykluczenia Konsorcjum P na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp, ponieważ nawet jeśli intencją Przystępującego było pozyskanie poufnych informacji, to ze względu na stan zaawansowania Postępowania w dacie spotkania, informacje te nie mogłyby już dać w nim Konsorcjum P jakiegokolwiek przewagi.

Co zaś dotyczy rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp skład orzekający nie stwierdził, aby treść uprzednio złożonej przez Przystępującego oferty była przedmiotem niedozwolonych uzgodnień. Pismo z 28 marca 2019 r. stanowiło niejako kontynuację zakończonego dużo wcześniej etapu wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ i tak też zostało przez Zamawiającego potraktowane (zob. pismo Zamawiającego z 29 marca 2019 r.).

Wspomnieć również należy o przywołanym w pkt 10 zarzutów odwołania przepisie art. 15 ust. 1 pkt 5 Znk, którego naruszenia miał się dopuścić Zamawiający. Przewiduje on, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających

podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Uzasadnienie odwołania nie zawiera żadnego odniesienia wynikającego z niego stanu faktycznego do przywołanego przepisu, wobec czego nie sposób było zarzutu owego rozpoznać.

Reasumując, z powyższych względów zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 18, art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2-3 i 6 Pzp oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 Znk zostały oddalone w pkt 2 sentencji wyroku.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 10a ust. 5 Pzp

Izba oceniła, że przedmiotowy zarzut nie był spóźniony, dzieląc w tym zakresie argumentację Odwołującego przedstawioną na str. 21 odwołania.

W zakresie ustaleń faktycznych należy przede wszystkim wskazać, że myli się Odwołujący twierdząc na str. 20 odwołania, jakoby oświadczenia JEDZ przekazane Zamawiającemu przez Przystępującego 21 stycznia br., były oświadczeniami ostatecznymi, podlegającymi ocenie.

W istocie Konsorcjum P, będąc wezwane do uzupełnienia oświadczeń JEDZ pismem z 18 stycznia 2019 r., w terminie do 28 stycznia 2019 r., przesłało, 21 stycznia 2019 r., oświadczenie wyłącznie lidera Konsorcjum P. Następnie zwróciło się do Zamawiającego o „przedterminowe uwierzytelnienie” oświadczenia, nie będąc pewnym czy po stronie Zamawiającego ponownie nie wystąpi problem, który legł u podstaw wezwania, tj. brak możliwości odbudowania ścieżki certyfikacji (korespondencja poczty elektronicznej z 21 stycznia br.). Pismem z 23 stycznia 2019 r. Zamawiający odmówił przeprowadzenia takiej weryfikacji, wnosząc do Przystępującego o potwierdzenie, „[...]czy plik przesłany przez Wykonawcę w dniu 21.01.2019 r. jest plikiem docelowym (ostatecznym) przesłanym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego”.

W odpowiedzi Konsorcjum P przesłało, w korespondencji poczty elektronicznej z 25 stycznia 2019 r., oświadczenia JEDZ dla obydwu członków konsorcjum (oznaczone jako OC 2 PROVOD i OC 2 KONEKO) i to właśnie te oświadczenia podlegały weryfikacji Zamawiającego, o czym świadczy zarówno dokumentacja Postępowania (wydruki elektroniczne poświadczeń podpisu ze strony internetowej weryfikacjapodpisu.pl), jak i dokumenty stanowiące dowody Z3.

Zarzut odwołania jest zatem chybiony już z tego względu, że nie odnosi się do oświadczeń będących przedmiotem oceny ze strony Zamawiającego.

Dodatkowo, odnosząc się do załączonego do odwołania materiału dowodowego (dowody O2-O6) Izba uznała, że potwierdza on jedynie brak możliwości zweryfikowania podpisów elektronicznych, którymi zostały opatrzone weryfikowane przez Odwołującego oświadczenia JEDZ, za pomocą używanego przezeń oprogramowania. Niewątpliwie,

co potwierdzają chociażby dowody Z3, Zamawiający prawidłowo zweryfikował te podpisy za pomocą innego oprogramowania, wobec czego przedstawioną na str. 10-11 odpowiedzi na odwołanie argumentację dotyczącą konieczności aktualizowania bibliotek oprogramowania do weryfikacji podpisów skład orzekający uznał za wiarygodną. Dodatkowo można wspomnieć, że dowody O2 i O4 nie dotyczyły okoliczności spornych, bowiem nikt w tej sprawie nie kwestionował, że Zamawiający nie był w stanie zweryfikować podpisów pod pierwotnie przedstawionymi przez Przystępującego oświadczeniami.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez błędną ocenę kwestii spełniania przez Konsorcjum P warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania środków finansowych/zdolności kredytowej na kwotę 1 mln zł Izba nie podziela stanowiska prezentowanego w odwołaniu.

Jakkolwiek pierwotnie złożone przez Przystępującego informacje z banku rzeczywiście ograniczały się do stwierdzenia o warunkowej zgodzie na udzielenie kredytu, to jednak treść uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego z 25 marca br. zaświadczenia, datowanego na 26 marca 2019 r., przedstawia sytuację finansową Konsorcjum P zgoła odmiennie. Mowa jest w nim bowiem o obowiązującym limicie kredytowym w wysokości 20 mln CZK, z którego pobrano dotąd 6 mln CZK. Oznacza to, że środki finansowe w znacznie przekraczającej wymaganą wysokość kwocie są dla Przystępującego dostępne, zatem ocena tej kwestii przez Zamawiającego była właściwa.

Zważywszy na przedstawione zapatrywania zarzuty należało oddalić, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp

Zarzuty były nietrafne, co znalazło wyraz w pkt 2 sentencji wyroku.

Przed wszystkim Zamawiający nie mógł dotychczas naruszyć art. 7 ust. 3 Pzp, ponieważ nie udzielił jeszcze zamówienia – z udzieleniem zamówienia będziemy mieli do czynienia w momencie zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z kolei zarzut oparty na przepisach art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp zasadzał się na stwierdzeniu, że Zamawiający powinien był wybrać ofertę Odwołującego, jako ofertę najkorzystniejszą. Tej kwestii Izba jednak przesądzić nie może w tym postępowaniu odwoławczym. Miało ono bowiem na celu wyłącznie ocenę podjętej w stosunku do Przystępującego czynności oceny złożonej przezeń oferty, a następnie – jej wyboru. Stwierdzając ich nieprawidłowość Izba nakazała Zamawiającemu powrót do etapu badania i oceny ofert w Postępowaniu i dopiero wówczas Zamawiający podejmie decyzje, czy w wyniku powtórzenia tych czynności oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku,
na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....