

**WYROK**

**z dnia 27 maja 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Członkowie:** Katarzyna Prowadzisz

Magdalena Rams

**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2020 r. przez wykonawcę **TPF Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **MGGP Spółka Akcyjna w Tarnowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **TPF Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....  
.....  
.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (Oddział w Białymstoku) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad projekt, i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresyjnej S-61 Ostrów Maz. - Szczuczyn, odc.: węzeł Łomża Pd.(z węzłem) - węzeł Łomża Zach. (bez węzła).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 marca 2020 roku wykonawca TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. (dalej „ECM”), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu;
- 2) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty ECM, Ayesa Polska Sp. z o.o (dalej „Ayesa”), Multiconsult Polska Sp. z o.o (dalej „Multiconsult”) i MGGP S.A. (dalej „MGGP”), pomimo iż treść ich ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.).
- 3) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu:
  - a) zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ECM dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. wykazu osób,
  - b) zastrzeżonych przez wykonawców ECM, Ayesa oraz MGGP jako tajemnicy przedsiębiorstwa Formularza 2.2 w ramach kryterium „doświadczenie personelu konsultanta”, mimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nie zostały skutecznie zastrzeżone przez ww. wykonawców w terminie wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p.;
4. z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie wezwania wykonawcy ECM do

uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy P.z.p. czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty ECM jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ECM, AYESA, MGGP, Multiconsult, pomimo iż treść ofert złożonych przez tych wykonawców nie odpowiada treści s.i.w.z.;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy P.z.p.).
- 4) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu:
  - a) zastrzeżonych przez: ECM, dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., pomimo że ECM nie zastrzegł, że informacje zawarte w dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie załączył uzasadnienia, a ponadto informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
  - b) zastrzeżonych przez wykonawców ECM, AYESA, MGGP Formularzy 2.2 w ramach kryterium „doświadczenie personelu Konsultanta”, mimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są znane ogółowi, a ponadto informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy ECM do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz do złożenia wyjaśnień;

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) ponowną ocenę ofert,

- 4) odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 5) odrzucenia ofert wykonawców ECM, Ayesa, MGGP i Multiconsult,
- 6) z ostrożności procesowej - wezwania ECM do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy P.z.p.. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto w wyniku ww. naruszeń przepisów ustawy P.z.p. może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. zaniechanie odrzucenia ofert ECM, AYESA, MGGP, Multiconsult, pomimo iż treść ofert złożonych przez tych wykonawców nie odpowiada treści s.i.w.z., odwołujący podniósł, że zgodnie z zapisami pkt. 2.1.2 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), Konsultant w ramach zespołu „Inni Eksperci” - celem należytego wykonywania obowiązków umownych - zobligowany jest zapewnić Geodetów w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji. W ramach Formularza cenowego, zamawiający dokonał podziału przedmiotowego zakresu na geodetę oraz dwa zespoły geodetów, zgodnie z fragmentem Formularza Cenowego poniżej:

	Inni:		
2.2.32	Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji	Dniówka	635
2.2.33	Zespół geodetów nr 1	Dniówka	635
2.2.34	Zespół geodetów nr 2 - ilość zespołów w zależności od potrzeb	Dniówka	635

Pod Formularzem Cenowym zamawiający zamieścił tabelę zawierającą „Uwagi Zamawiającego” gdzie w części 2.2 Inni Eksperci, w ppkt. 1 „Liczba innych ekspertów może nie być równa liczbie wymaganych osób na dane stanowisko” oraz ppkt. 2 określił iż „Ofertę wyceny pełnienie Usługi przez Innych Ekspertów określonego rodzaju bez względu na liczbę osób”. Wskazane ppkt 1 i 2, czytane łącznie z opisem pozycji ekspertów, w sposób jednoznaczny określają, iż w ramach ww. pozycji formularza cenowego należało uwzględnić jednego geodetę w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji oraz dwa zespoły geodezyjne. Zespół ze swej istoty musi składać się z co najmniej 2 osób. Wskazuje na to wykładnia

językowa - zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN - Zespół to grupa ludzi wspólnie pracujących lub robiących coś w jakiejś dziedzinie .

Potwierdza to również przyjęta przez zamawiającego liczba dni pracy w ramach danych pozycji. Geodeta uprawniony w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji ma pracować przez 635 dni. Zakładając, że będzie pełnił funkcję w okresie projektowania i robót (nie uwzględniając okresu gwarancji), daje to średnio 22,5 dni pracy miesięcznie, a więc jeden pełen etat. Z taką samą częstotliwością ma pracować zespół geodetów.

Odwołujący podkreślił, że literalne potwierdzenie tego obrazuje „Zmiana treści SIWZ nr 2” z dnia 16 stycznia 2020r, gdzie w pkt 3 Zmiany zwiększony i uszczegółowiony został zakres prac geodetów. Zgodnie ze zmienionym brzmieniem § 16 ust. 3 Warunków Umowy „Obmiar gotowych robót należy przeprowadzić z częstotliwością nie rzadszą niż wymaganą do dokonania miesięcznych płatności na rzecz Wykonawcy lub w innych czasie określonym w Kontrakcie. Obmiary wykonanych robót staną się załącznikami do Wystąpień Wykonawcy o Przejściowe Świadczenie Płatności”. Taki zapis oznacza, iż to na geodetach Konsultanta spoczywa obowiązek zweryfikowania każdego obmiaru, który staje się podstawą do wystawienia płatności dla wykonawcy robót. Co więcej obowiązkiem Konsultanta jest te obmiary przekazać Wykonawcy Robót. Niespełnienie tego obowiązku może powodować powstanie roszczenia ze strony Wykonawcy Robót i co za tym idzie - nienależyte wykonywanie usługi przez Konsultanta. Należyta staranność działania geodety oraz wykonanie powierzonych mu prac zgodnie z zasadami współczesnej wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami prawa jest tu niezbędnym elementem. Należy przez to rozumieć szczególną dbałość, jaką geodeta ma prezentować przy wykonywaniu prac, podejmowaniu czynności i pełnieniu funkcji, co winno także przebiegać w zgodzie z obowiązującą go etyką zawodową.

Odwołujący podniósł, że gdyby przyjęć, że „Zespół geodetów” rozliczany jest jako pojedyncza dniówkowo jako jedna osoba, to automatycznie okres zaangażowania jednego zespołu składającego się z dwóch osób zmniejszyłby się do 317,5 dni pracy w przeciągu 28 miesięcy realizacji, a więc około 11 dni roboczych miesięcznie. Wymiar połowy etatu jest zdecydowanie niewystarczający do wykonania pomiarów na inwestycji mającej ponad 16 km długości. Co więcej, gdyby tak było - zamawiający nie umieściłby w Formularzy dwóch oddzielnych pozycji dla dwóch zespołów. Wobec czego tylko interpretacja zapisów przedstawiona przez odwołującego jest zgodna z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w Tomie I s.i.w.z., Instrukcja dla Wykonawców określił, w jaki sposób każdy z wykonawców ma w obowiązku skonstruować cenę ofertową. Zgodnie z pkt. 15.3. „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować

całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym."

Przedmiotowy zapis s.i.w.z. czytany łącznie z komentarzami pod Formularzem Cenowym oraz § 16 Warunków Umowy, wskazuje, że w pozycji „dniówki” przypisanej zespołowi geodezyjnemu należy uwzględnić wynagrodzenie za 1 dniówkę dla minimum dwóch geodetów, rezerwę na wypadek konieczności rozszerzenia zespołu o kolejnych geodetów oraz wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z ich zatrudnieniem (m.in. składki ZUS, badania lekarskie, BHP, itp.) oraz odpowiedni certyfikowany sprzęt geodezyjny.

a) Koszty zatrudnienia geodetów

Odwołujący podniósł, że w związku z obowiązującą stawką minimalną, charakterem pracy geodety oraz definicją określoną § 1 WU iż „przez pojęcie dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin” do wyceny należało przyjąć tylko i wyłącznie umowę o pracę, umowę zlecenie lub ewentualnie działalność gospodarczą.

Odwołujący stwierdził, że wynagrodzenie średnie, jakie podaje najstarsza działająca w Polsce firma doradztwa HR S. & S. w oparciu o próbę z badań 216 geodetów, wynosi 3 890,00 PLN brutto.

Uwzględniając koszty pracodawcy przy umowie zleceniu należy uwzględnić 4 660,66 PLN. Zgodnie z rozbiem szczegółowym z tabeli poniżej.

<b>Ilość dniówek :</b>	<b>21,0</b>	<b>Ilość godzin :</b>	<b>168,0</b>
Stawka brutto za jedną dniówkę :	185.24 zł	Minimalna Stawka Godzinowa brutto:	17,00 zł
Wsp. Wk.....	0,5		
Wartość brutto na podstawie dniówek:	3 890,04 zł	Wartość brutto na podstawie MSG:	2 856,00 zł

<b>KWOTA RACHUNKU BRUTTO:</b>			
<b>3 890,04 zł</b>			
<b>ZLECENIOBIORCA</b>		<b>ZLECENIODAWCA</b>	
Ubezpieczenie emerytalne:	379,67 zł	ubez. emerytalne	379,67 zł:
Ubezpieczenie rentowe:	58,35 zł	ubez. rentowe	252,85 zł!
Ubezpieczenie chorobowe:	0,00 zł	ubez. wypadkowe	38,90 zł;
<b>Ubezpieczenie społeczne:</b>	<b>438,02 zł</b>	<b>Ubezpieczenie społeczne:</b>	<b>671,42 zł</b>
Koszty uzyskania (20%):	i 690,40 zł		
Ubezpieczenie zdrowotne (7.75%):	267,53 zł	<b>FP</b>	<b>95,31 zł</b>
<b>Ubezpieczenie zdrowotne (9.00%):</b>	<b>310,68 zł</b>	<b>FGSP</b>	<b>3,89 zł</b>
Podatek dochodowy naliczony (18%):	497,16 zł		
Zaliczka na podatek dochodowy:	229,63 zł		
<b>Zaliczka na podatek dochodowy zaokr.:</b>	<b>230,00 zł</b>		

<b>KWOTA NETTO DO WYPŁATY:</b>	
<b>2 911,34 zł</b>	
Łączny koszt dniówki: 221,94 zł	Łączny koszt rachunku: 4 660,66 zł

Podsumowując wszystkie koszty i zakładając średnio 21 dniowy miesiąc pracy, odwołujący wskazał, że jedna dniówka pracy jednego geodety to koszt 221,94 PLN. Więc zespół składający się z dwóch geodetów to minimalny koszt 443,88 PLN.

Odwołujący przedstawił również wyliczenia w oparciu o obowiązującą w 2020 r. kwotę minimalną. W przypadku kwoty minimalnej przy dokładnie takich samych założeniach koszt ten wynosi 162,94 PLN dla jednego geodety, a więc 325,88 PLN dla zespołu składającego się z dwóch geodetów.

<b>Ilość dniówek:</b>	<b>21,01</b>	<b>Ilość godzin :</b>	<b>168,0</b>
Stawka brutto za jedną dniówkę :	136,00 zł	Minimalna Stawka Godzinowa brutto:	17,00 zł
Wsp. Wk	0,5		
Wartość brutto na podstawie dniówek:	2 856,00 zł	1 Wartość brutto na podstawie MSG:	2 856,00 zł
<b>KWOTA RACHUNKU BRUTTO:</b>			
<b>2 856,00 zł</b>			
<b>ZLECENIOBIORCA</b>		<b>ZLECENIODAWCA</b>	
Ubezpieczenie emerytalne:	278,75 zł	ubez. emerytalne	278,75 zł
Ubezpieczenie rentowe:	42,84 zł	ubez. rentowe	185,64 zł
Ubezpieczenie chorobowe:	0,00 zł	ubez. wypadkowe	28,56 zł
<b>Ubezpieczenie społeczne:</b>	<b>321,59 zł</b>	<b>Ubezpieczenie społeczne:</b>	<b>492,95 zł</b>
Koszty uzyskania (20%):	506,88 zł		
Ubezpieczenie zdrowotne (7.75%):	196,42 zł	<b>FP</b>	<b>69,97 zł</b>
<b>Ubezpieczenie zdrowotne (9.00%):</b>	<b>228,10 zł</b>	<b>FGSP</b>	<b>2,86 zł</b>
Podatek dochodowy naliczony (18%):	365,04 zł		
Zaliczka na podatek dochodowy:	168,62 zł		
<b>Zaliczka na podatek dochodowy zaokr.:</b>	<b>169,00 zł</b>		
<b>KWOTA NETTO DO WYPŁATY:</b>			
<b>2 137,31 zł</b>			
Łączny koszt dniówki: 162,94 zł	!	Łączny koszt rachunku: 3 421,78 zł	

Odwołujący wskazał, że w przypadku, jeśli geodeta będzie zatrudniony w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, dokonał wyliczenia wychodząc ze stawki, jakie wykonawcy założyli w formularzach cenowych, a więc odpowiednio:



Wykonawca	Cena jednostkowa z poz. 2.2.33	Cena jednostkowa z poz. 2.2.34	Cena jednostkowa przyjęta dla jednego geodety
ECM	350	350	175
AYESA	360	300	150
Multiconsult	300	300	150
MGGP	500	340	170

Odwołujący podkreślił, że jest to wariant, który uwzględnia tylko koszty zatrudnienia oraz tylko dwóch geodetów przez cały okres realizacji inwestycji.

Odwołujący wskazał, że przyjmując miesiąc pracy jako 21 dni roboczych przy stawce 150 zł za dzień świadczenia usługi Geodeta wystawi fakturę za swoje świadczenie w wysokości 3150 zł netto.

Od przedmiotowej kwoty będzie musiał odprowadzić koszty:

- ubezpieczenie społeczne - 915,46 zł;
- ubezpieczenie zdrowotne - 362,34 zł;
- ubezpieczenie chorobowe - 76,84 zł;
- fundusz pracy - 76,84 zł;
- podatek dochodowy 63 zł.

Kwota „na rękę” wynikająca z wystawionej na 3150 zł netto faktury to 1732,26 zł, a więc 82,49 zł netto dziennie i 10,30 zł netto/godzinne pracy. To poniżej kwoty minimalnej przyjętej przez rozporządzenie w sprawie minimalnego wynagrodzenia, które dla stawki godzinowej podaje 11 zł.

Odwołujący wskazał, że przyjmując najwyższą stawkę 175 zł, przy takich samych założeniach mamy odpowiednio fakturę w wysokości 3 675 zł netto.

Od przedmiotowej kwoty będzie musiał odprowadzić koszty:

- ubezpieczenie społeczne - 915,46 zł;
- ubezpieczenie zdrowotne - 362,34 zł;
- ubezpieczenie chorobowe - 76,84 zł;

- fundusz pracy - 76,84 zł;
- podatek dochodowy 158 zł.

Kwota „na rękę” wynikająca z wystawionej na 3675 zł faktury to 2162,36 zł, a więc 102,97 zł netto dziennie i 12,87 zł netto/godzinne pracy.

Odwołujący zaznaczył, że minimalne wynagrodzenie, jakie przyjął w kalkulacjach jest oczywiście nierealne do uzyskania na rynku usług geodezyjnych. Nie wynika ono również ze statystyk, jakie prowadzi Główny Urząd Statystyczny. W publikowanym co dwa lata biuletynie „Struktura wynagrodzeń według zawodów w październiku 2018r” średnia kwota zarobków geodetów w sektorze prywatnym to 4 835,42 brutto.

b) Koszty BHP i badań lekarskich

Odwołujący wskazał, że ponieważ pracodawca ponosi odpowiedzialność za stan bezpieczeństwa i higienę pracy w przedsiębiorstwie do jego obowiązków należy odpowiednie wyposażenie stanowiska pracy, poddawanie pracowników badaniom lekarskim i szkoleniom w zakresie BHP przed dopuszczeniem do pracy oraz wyposażenia pracowników w ubrania i obuwie robocze oraz środki ochrony indywidualnej, których stosowanie wymagane jest podczas pracy na budowie.

Wedle powyższego wykonawcy powinni dla każdego z geodety uwzględnić następujące koszty:

Lp	Pozycja	Koszt netto
1	Sprzęt BHP (wg wydruku zamówienia ze str. <a href="http://www.sprzetbhp.pl">www.sprzetbhp.pl</a> )	233,33 zł
2	Badania wysokościowe (wg cennika BetaMed)	138,21 zł
<b>Suma netto:</b>		<b>371,54 zł</b>

Odwołujący wskazał, że przyjmując, iż jest to koszt jednorazowy na cały okres realizacji zamówienia przez wykonawcę należy na jeden zespół geodezyjny składający się z dwóch geodetów przyjąć 743,08 zł netto.

Ponieważ zamawiający przyjął na każdy z zespołów 635 dni pracy daje to uśrednioną wartość: 743,08 zł/ 635 dni = 1,17 zł netto.

c) Sprzęt geodezyjny z certyfikacją

Odwołujący wskazał, że sprzęt geodezyjny nie należy do najtańszych, ale bez niego geodeta nie będzie w stanie prawidłowo wykonać wszelkich prac związanych ze zbadaniem

określonego terenu. Zakres inwestycji zawiera roboty z branży drogowej, mostowej jak i instalacyjnej wobec czego zakres sprzętu wymaganego do realizacji jest bardzo szeroki. Oczywiście każdy z zespołów winien posiadać swój własny sprzęt.

Odwołujący stwierdził, że do pomiarów robót drogowych oraz branżowych niezbędnym sprzętem jest:

- odbiornik GPS z dostępem do sieci ASG ora oprogramowaniem drogowym

To jedno z droższych urządzeń wykorzystywanych w pomiarach drogowych. Zakup nawet używanego urządzenia to koszt 26.000 PLN netto. Przedmiotowy sprzęt można również wypożyczyć, przy czym koszt takiej usługi w skali miesiąca to 2.500 PLN netto.

Reasumując, odwołujący wskazał, że zapewnienie sprzętu geodezyjnego dla jednego zespołu to koszt co najmniej 57 613,82 PLN netto. W przeliczeniu na ilość dni pracy zespołu wskazana w Formularzu Ofertowym daje to 57 613,82 PLN netto / 635 dni = 90,73 PLN netto/ dzień.

Podsumowując minimalny koszt stawki dziennej dla przedmiotowego zespołu, jaki musi ponieść wykonawca w celu należytego wykonania usługi, wynosi 445,05 zł.

Zestawiając koszty z kwotami, jakie uwzględnili Wykonawcy w Formularzu Cenowym, w zakresie pozycji 2.2.33 oraz 2.2.34, a więc:

Wykonawca	Cena jednostkowa z poz. 2.2.33	Cena jednostkowa z poz. 2.2.34
LCM	350	350
AYESA	360	300
Multiconsult	300	300
MGGP	500	340

odwołujący wskazał, że jednoznaczne jest, że wykonawcy ci nie uwzględnili w ramach pozycji zespołu kosztów pracy co najmniej dwóch geodetów, wobec czego oferty te nie wypełniają wymagań s.i.w.z., Tom I IDW pkt. 15.3. „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym”.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania udostępnienia dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz Formularzy 2.2 stanowiących załącznik do oferty, odwołujący podniósł, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu dokumentów złożonych przez ECM w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. w

zakresie wykazu osób - wskazując, że wykaz ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie nie udostępniono Formularza 2.2 w zakresie wykazu osób w ramach kryterium poza cenowym wykonawców ECM, AYESA, MGGP. Przesłanki wskazane w art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., tj. skutecznego zastrzeżenia informacji spełniają się wyłącznie w przypadku jednoczesnego wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił uwagę, że niewystarczające, tj. niespełniające wymagań określonych w ustawie P.z.p. w art. 8 ust. 3 są uzasadnienia dołączone do ofert - są one lakoniczne, nie zawierają wykazania ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności, uzasadnienia te nie zawiera wykazania wartości gospodarczej informacji, nie dołączono do nich żadnych dowodów, które wykazywałyby ziszczenie się przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, informacje wykazane przez wykonawców, z tym samym zakresem i tym samym uzasadnieniem zastrzeżenia były odtajnione 9 stycznia 2020 r. przez zamawiającego - Oddział w Opolu.

Odwołujący podkreślił, iż żaden z wykonawców nie odwołał się od przedmiotowego odtajnienia z dnia 9.01.202r., przyjmując jego zasadność.

Tym samym, w ocenie odwołującego, żądanie odwołania w tym zakresie jest zasadne. Te same dokumenty są już jawne. Co więcej - zupełnie niezrozumiałe jest zachowanie się zamawiającego - który te same dokumenty w jednym postępowaniu odtajnia, zaś w drugim postępowaniu - uznaje je za skutecznie zastrzeżone. Takie zachowanie nie może się ostać i nie zasługuje na ochronę prawną.

Odnosząc się do podniesionego z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p. przez zaniechanie wezwania wykonawcy ECM do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta ECM nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że wykonawca ECM nie wykazał spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, zaś zamawiający nie wystosował do niego wezwania w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami IDW pkt. 7.2.3 zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 90 mln PLN netto

b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) (...)"

oraz w dalszej części w pkt. 9.7.1 ppkt. C „Na wezwanie zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

1) w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

(..)

c) wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy"

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 05.02.2020 r. ECM pismem z dnia 13.02.2020 r. złożyła na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykaz usług zawierający usługi zrealizowane przez podmiot ECMG GmbH:

L.p.	Nazwa Wykonawcy (podmiotu)	Nazwa i adres odbiorcy	Charakterystyka zamówienia zgodnie z pkt 7.2.3) a) IDW wraz z opisem	Termin wykonania usługi od-do	
1	2	3	4	5	6

1	ECMG GmbH	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu	Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz na zarządzaniu inwestycją w podziale na: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 1 odcinek od Korzeńska (km ok. 108+758) do km 123+700, długości 14,942 km", „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 2 odcinek od km ok. 123+700 do km ok, 137+500, długości 13,800 km" oraz „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 3 odcinek od km ok. 137+500 do węzła Widawa Wrocław (wraz z węzłem), długości 19,292 km" Zakres robót obejmował: • budowę drogi dwujezdniowej klasy S o wartości robót ponad 90 mln PLN netto • 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu ponad 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi	10.2014	01.2018
---	-----------	--	--	---------	---------

Odwołujący wskazał, że w zakresie ww. usług wykonawca nie załączył referencji bądź innych dokumentów potwierdzających wykonanie usług w sposób należyty. ECM załączył jedynie dwa „Poświadczenia wykonanie usługi” bez daty wystawienia, oddzielnie dla Zadania 1, 2 oraz zadania 3. Przedmiotowe poświadczenia wskazują na wystawienie przez Inżyniera Świadectwa Przejęcia na podstawie Subklauzuli 10.1, a więc potwierdzają wymóg zamawiającego w zakresie wykonaniu usługi, jaki został określony w IDW pkt. 7.2.3.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotowy dokument w żaden sposób nie potwierdza, że przedmiotowa usługa została wykonana w sposób należyty, czego wymagał w s.i.w.z. zamawiający według zapisu IDW pkt. 9.7.1. Załączone poświadczenia potwierdzają jedynie fakt wystawienia Świadectw Przejęcia. Możliwe jednak jest, że Świadectwo Przejęcia zostanie wystawione, ale wcześniej wykonawca nie wykonał umowy w sposób należyty. Zatem treść dokumentów przedstawionych przez ECM nie spełnia warunku wykazania, że usługa referencyjna została wykonana należyście.

W ocenie odwołującego, na podstawie przedmiotowych dokumentów nie można również stwierdzić zakresu, jaki wykonywał podmiot należący do konsorcjum. Poświadczenie wystawione jest na dwie spółki ECMG GmbH oraz SGS Polska Sp. z o.o. Członek konsorcjum nie może posługiwać się doświadczeniem całego konsorcjum, a jedynie częścią faktycznie przez niego wykonywaną. Takie stanowisko prezentuje Trybunał Sprawiedliwości w swoim wyroku z dnia 04.05.2017r o sygn. C-387/14 „nie dopuszcza się, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”.

Odwołujący stwierdził, że wedle takiego stanu faktycznego zamawiający zobligowany był do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumenty wskazującego bezspornie, iż umowa zrealizowana przez konsorcjum była wykonana w sposób należyty, zgodnie z umową i zakresem wymaganym przez s.i.w.z. oraz do złożenia wyjaśnień, jaka część prac w ramach umowy konsorcjum została wykonana przez wykonawcę ECM.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 marca 2020 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że nie posiadał podstaw do odrzucenia oferty firmy ECM.

W odniesieniu do zarzutów odwołującego zamawiający wyjaśnił jak niżej.

#### a) koszty zatrudnienia geodetów

Zamawiający zgodził się, że zespół geodetów winien składać się co najmniej z 2 osób oraz że możliwymi formami zatrudnienia (świadczenia usług) pomiędzy Konsultantem a osobami wchodzącymi w skład zespołu geodetów jest zawarcie umowy o pracę, umowy zlecenie lub świadczenie usług w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

Zamawiający wskazał, że odwołujący dokonał w swym odwołaniu kilku kalkulacji kosztów, które jego zdaniem winien ponieść Konsultant w przypadku następujących form zatrudnienia, do których zamawiający ma pewne zastrzeżenia i uwagi:

- umowy zlecenie przy założeniu, że wynagrodzenie jednej osoby będącej w zespole geodetów wynosi medianę znajdującą się w ogólnodostępnej bazie firma doradztwa HR S. & S. .

Przedmiotowa wycena przewyższa kwotę wskazaną przez firmy ECM, AYESA, MGGP, Multiconsult i wynosi: dniówka pracy jednego geodety to koszt 221,94 PLN, dniówka pracy zespołu 443,88 PLN.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w przykładzie dotyczącym średniego wynagrodzenia za pracę geodety odwołujący przyjął wartość mediany tj. wartość środkową z uporządkowanego szeregu 216 danych wartości znajdujących się w bazie firmy doradztwa HR S. & ., tj. średnią arytmetyczną z próby 107 i 108 przypadku. W przypadku wykorzystania mediany należy zwrócić uwagę, że 50% badanych zadeklarowało, że posiada niższe wynagrodzenie niż przyjęta wartość do obliczeń przez odwołującego.

- umowy zlecenie przy założeniu, że wynagrodzenie jednej osoby będącej w zespole wynosi minimalną stawkę godzinową brutto wynoszącą obecnie 17 zł.

Zamawiający wskazał, że przedmiotowa wycena nie przewyższała kwoty wskazanej przez firmy ECM, MGGP i wynosi: dniówka pracy jednego geodety to koszt 162,94 PLN, dniówka pracy zespołu 325,88 PLN.

Zamawiający wskazał, że przy założeniu, że osoby zatrudnione na podstawie umowy zlecenia przy tak przyjętych założeniach, zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia najkorzystniejszej oferty złożonej na etapie przetargu.

- świadczenie usług w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Minimalna stawka godzinowa nie obejmuje osób fizycznych wykonujących działalność gospodarczą. Odwołujący wskazał, że kwota minimalna przyjęta przez rozporządzenie wynosi 11 zł. Zamawiającemu nie jest znane cytowane rozporządzenie.

Zamawiający podniósł, że odwołujący w istocie wprowadza w błąd Izbę pomniejszając od kwoty brutto wynagrodzenia przedsiębiorcy koszty związane ze:

- a) składkami na ubezpieczenia obowiązkowe przedsiębiorcy: ubezpieczenie społecznym (emerytalno-rentowym), zdrowotnym,
- b) składkami na ubezpieczenia dobrowolne przedsiębiorcy: chorobowym



c) składkami na Fundusz Pracy, których w pewnych sytuacjach przedsiębiorca nie musi odprowadzać np. w sytuacji, w której pracownik osiąga dochód mniejszy od minimalnej płacy, pracodawca zwolniony jest z opłacania składki na Fundusz Pracy za takiego pracownika;

gdy u przedsiębiorcy podstawa wymiaru składek stanowi 30% minimalnego wynagrodzenia za pracę (tzw. nowi przedsiębiorcy objęci preferencyjnym oskładkowaniem); osoby (kobiety) powyżej 55 roku życia oraz (mężczyźni) powyżej 60 roku życia ustawowo zwolnieni z opłacania składek na Fundusz Pracy niezależnie od wysokości osiąganego dochodu. Zwolnienie obowiązuje niezależnie od tytułu ubezpieczenia, a więc zarówno w przypadku umowy o pracę i umowy zlecenie, jak i w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej ;

W przypadku pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, zwolnienie z opłacania składki na Fundusz Pracy przysługuje już po ukończeniu 50 roku życia, w przypadku gdy przed zatrudnieniem, osoba taka widniała w ewidencji bezrobotnych powiatowego urzędu pracy przez okres co najmniej 30 dni. Zwolnienie to dotyczy wyłącznie umowy o pracę i przysługuje przez 12 miesięcy od pierwszego dnia miesiąca po zawarciu umowy o pracę;

Pracodawca nie musi opłacać składki na Fundusz Pracy również za pracownika, który wrócił z urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu macierzyńskiego lub urlopu wychowawczego. Zwolnienie to dotyczy wyłącznie umowy o pracę i przysługuje przez 36 miesięcy od pierwszego dnia następującego po tym, w którym pracownik wrócił z urlopu; składek na Fundusz Pracy nie muszą płacić firmy, które zatrudniają wyłącznie na podstawie umów zlecenie. Zwolnienie obejmuje wówczas wszystkich zatrudnionych zleceniobiorców niezależnie od wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający ponadto zwrócił uwagę, że odwołujący, przedstawiając wyliczenia dotyczące samozatrudnienia, nie wskazuje, że w zależności od przyjętej formy opodatkowania może być uprawniony do wliczania kosztów zakupów firmowych i pomniejszania w ten sposób podstawy opodatkowania (np. przy opodatkowaniu na podstawie tzw. zasad ogólnych — skala podatkowa), a także do pomniejszania przychodów o zapłacone składki na ubezpieczenie społeczne oraz część zapłaconej składki zdrowotnej 7,75% podstawy wymiaru (np. przy ryczałcie).

Analizując sytuację osób samozatrudnionych czy wykonujących usługi w ramach umów zlecenia, trudno uzyskiwane przez nich wynagrodzenie pomniejszać o koszt składek nałożonych na nich przez odrębne przepisy prawa, a tym bardziej składek, których wysokość jest niezależna od uzyskiwanych przychodów i w jednakowym stopniu obciąża pewną grupę osób (np. składki na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne), a które dodatkowo stanowią koszt uzyskania przychodu tj. mogą być od niego odliczane i w ten sposób zmniejszają wysokość podatku.

Ponadto przy świadczeniu usług w ramach prowadzonej działalności gospodarczej czy też na podstawie umowy zlecenia, dochód uzyskiwany wskutek udzielonego zamówienia nie musi być przecież jedynym dochodem uzyskiwanym przez ww. osobę. Stąd też ewentualny koszt składek nałożonych na przedsiębiorcę na podstawie odrębnych przepisów, winien rozciągać się proporcjonalnie na wszystkie źródła uzyskiwanego dochodu.

Zamawiający wskazał, że odwołujący podał na stronie 7 odwołania „Przyjmując miesiąc pracy jako 21 dni roboczych przy stawce 150 zł za dzień świadczenia usługi Geodeta wystawi fakturę za swoje świadczenie w wysokości 3150 zł netto”. Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie zauważa, że stwierdzenie „netto” w aspekcie wynagrodzenia uzyskanego na podstawie faktury oznacza w istocie wynagrodzenie „na rękę”, a więc nie obejmujące ani dodatkowych kosztów wynikających z prowadzonej działalności, ani podatku VAT, a ewentualnie wliczające się do podstawy opodatkowania podatkiem dochodowym od osób fizycznych po jego ew. pomniejszeniu o poniesione koszty i opłacone składki.

W kontekście natomiast wynagrodzenia rozumianego jako wypłata pieniężna przyznawana pracownikom lub innym osobom fizycznym przez pracodawcę za wykonaną na jego rzecz pracę, wartość wynagrodzenia netto (płaca netto) to kwota wynagrodzenia wypłacana pracownikowi przez pracodawcę z tytułu wykonanej pracy po odliczeniu wszelkich składek i podatków - jest to tzw. kwota „na rękę”.

Zamawiający wskazał, że odrzucając zatem nieuprawnione, w ocenie zamawiającego, pomniejszenie wynagrodzenia o koszty wskazane na stronie 7 odwołania, przyjąć należy, że kwoty wskazane przez oferentów (ECM, AYESA, Multiconsult, MGGP) nie mogą zostać uznane za nieodpowiadające treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie - stanowić podstawę odrzucenia oferty.

Zamawiający wskazał, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w s.i.w.z.. Jak wskazuje orzecznictwo np. uchwała KIO z 18.9.2014 r. (KIO/KD 79/14, Legalis) „niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 PZP. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi,

a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego”.

W ocenie zamawiającego, odwołujący upatruje podstawę do odrzucenia wskazanych ofert w sposobie ustalenia przez nich ceny za pracę zespołu geodetów, wskazując, iż w jego ocenie jest ona nieadekwatna do istniejących realiów, w szczególności w aspekcie mediany wyliczeń sporządzonych przez firmę doradztwa HR S. & S. . Wskazał, że przedmiotowe wyliczenia nie są wiążące ani dla zamawiającego, ani dla oferentów uczestniczących w postępowaniu. Żaden z uczestników postępowania przetargowego nie był zobowiązany do wskazania wynagrodzenia w oparciu o wyliczenia ww. firmy doradczej i nie są one wiążące ani wskazane w s.i.w.z. Każdy z oferentów dokonuje wyliczenia własnego, opartego o posiadaną wiedzę, doświadczenie, przewidywany koszt świadczenia usługi. Być może odwołujący, sporządzając swoją ofertę, pomocniczo korzystał z wyliczeń przedstawionych przez firmę doradztwa HR S. & S., jednakże trudno czynić zarzut pozostałym oferentom, że tego nie uczynili i nie oparli się o dane przedstawione przez ww. firmę. Zamawiający nie wskazywał w s.i.w.z., że oferta i znajdujące się w niej wyliczenie winny być kompatybilne z danymi przedstawionymi przez jakikolwiek inny podmiot trzeci, choć faktycznie nie są z nimi sprzeczne.

Tym niemniej, w ocenie zamawiającego, z uwagi na argumenty wskazane powyżej, wyliczenia przedstawione przez odwołującego zawarte w złożonym odwołaniu nie mogą zostać uznane za rzetelne i uzasadniające zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający zauważył, że w jednym z akapitów pisma odwołujący wskazał że: „Należy zaznaczyć, że minimalne wynagrodzenie, jakie przyjął w kalkulacjach odwołujący jest oczywiście nierealne do uzyskania na rynku usług geodezyjnych”.

Zamawiający stwierdził, że to właśnie oferty firm konsultingowych, składane na etapie przetargów, stanowią realne odzwierciedlenie cen rynkowych. Zamawiający w tym celu dokonał zestawienia kwot wskazanych przez firmy konsultingowe dla pozycji „Zespół geodetów” biorących udział w przetargach ogłoszonych w IV kwartale 2019 r. przez GDDKiA dla analogicznych zakresów zadań:

1 . Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78 odc. Siewierz - Poręba - Zawiercie (Kromołów) - od km 105+836 do km 122+500” (załącznik nr 1)

2. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk — Czosnów, Odcinek I od węzła „Siedlin” (bez węzła) do węzła „Załuski” (bez węzła)” (załącznik nr 2).

Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek II od węzła „Załuski” bez węzła do węzła „Modlin” (bez węzła)”

Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek III od węzła „Modlin” bez węzła do węzła „Czosnów” (bez węzła)” (załącznik

3. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. Świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: Moczydło (granica woj. Świętokrzyskiego) - węzeł Miechów (z węzłem)” (załącznik nr 3)

Zamawiający zauważył, że analiza przyjętych zestawień wskazuje, że firmy składające oferty na etapie przetargów wielokrotnie przyjmowały niższe ceny jednostkowe niż oferta firmy, zdaniem zamawiającego, najkorzystniejszej, tj. ECM.

Zamawiający podkreślił, odwołujący w zamówieniu „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78 odc. Siewierz - Poręba Zawiercie (Kromolów) — od km 105+836 do km 122+500” w formularzu cenowym wskazał cenę jednostkową dla zespołu geodetów w kwocie 325 PLN. Ponadto wskazał, że odwołujący nie dokonał analizy możliwości zatrudnienia członków zespołu geodetów na podstawie umowy o pracę przyjmując minimalne wynagrodzenie brutto które wynosi 2 600 zł. Przy przedmiotowym założeniu miesięczny łączny koszt pracodawcy wynosi 3 132,48 PLN (Na podstawie internetowego Kalkulatora wartości dochodu [https://wy\\_nagrodzenia.pl/kalkulator-wy.nagrodzen](https://wy_nagrodzenia.pl/kalkulator-wy.nagrodzen)) co daje kwotę dzienną 298,33 PLN za koszt pracy zespołu (minimum 2 osoby).

W ocenie zamawiającego, powyższa analiza wskazuje, że najkorzystniejszy oferent tj. firma ECM określając kwotę dzienną na poziomie 350 PLN nie narusza obowiązujących przepisów prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia przy założeniu, że osoby wchodzące w skład zespołu geodezyjnego zostaną zatrudnione na umowę o pracę lub umowę zlecenie, a nawet w oparciu o świadczenie usług w ramach prowadzonej działalności gospodarczej (tzw. samozatrudnienie).

- b) Koszty BHP i badań lekarskich
- c) Sprzęt geodezyjny z certyfikacją

Zamawiający wskazał, że firmy konsultingowe, które wzięły udział w postępowaniu, są przedsiębiorstwami z bogatym stażem i doświadczeniem rynkowym oraz realizowały analogiczne zamówienia, w związku z czym zamawiający nie miał podstaw do założenia, że przedsiębiorstwa są każdorazowo zmuszone do dokonania zakupu niezbędnego sprzętu do realizacji usługi.

Zamawiający stwierdził, że przedsiębiorstwa dysponują niezbędnym wykwalifikowanym personelem oraz zapleczem sprzętowym. Stanowiska pracy są wyposażone a zatrudnieni lub współpracujący z Konsultantami pracownicy posiadają badania lekarskie i są przeszkoleni w zakresie BHP już przed rozpoczęciem realizacji usługi. Być może odwołujący dokonując wyliczenia swojego kosztu proponowanego wynagrodzenia uwzględnił w nim konieczność zakupu odpowiedniego sprzętu geodezyjnego czy też wykonania dodatkowych badań BHP i lekarskich, jednakże nie wziął pod uwagę, że pozostali oferenci, jako profesjonaliści w branży, już tymi elementami dysponują, a współpracujący z nimi geodeci dysponują aktualnymi szkoleniami/badaniami, bez konieczności ich wykonania bądź aktualizacji na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego.

Dla zamawiającego niezrozumiałe są założenia wskazane przez odwołującego w podsumowaniu minimalnego kosztu stawki dziennej dla Zespołu, jaki musi ponieść wykonawca w celu należytego wykonania usługi na stronie 13 odwołania.

Odwołujący wskazuje, że konieczne jest w kalkulowanie kosztu zapewnienia sprzętu przy wyliczeniu „kosztu wg stawki minimalnej” natomiast czynność zbędna jest w wyliczeniu „kosztu wg stawki średniej”. W przypadku, gdyby odwołujący dokonał analogicznej kalkulacji w obu przypadkach (tj. z pominięciem kosztu zapewnienia sprzętu), odwołujący wykazałby, że „koszt wg stawki minimalnej” wyniesie 327,05 PLN tj. mniej niż wskazał najkorzystniejszy oferent tj. firma ECM.

Podsumowując, zamawiający wskazał, że nie posiadał podstaw do odrzucenia oferty firmy EMC.

W zakresie zarzutu nr 2 - dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia działał zgodnie z przepisami prawa, przeprowadził postępowanie w sposób bezstronny i obiektywny, a tym samym nie naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający badał oferty z zachowaniem należytej staranności, a także każdorazowo zwracał się do wykonawców o wyjaśnienie ofert we wszystkich przypadkach, w których miał jakiegokolwiek wątpliwości. Wszystkie wyjaśnienia analizowane były skrupulatnie i szczegółowo,

w celu dokonania prawidłowej i rzetelnej oceny ofert. Ewentualne błędne postępowanie, chociażby poprzez niewłaściwą wykładnię przepisów, nie stanowi w takim przypadku naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tak długo, jak długo wykładnia ta jest jednakowo stosowana względem każdego z wykonawców - w tym przypadku jest ew. możliwość zarzucenia naruszenia innych przepisów ustawy P.z.p., ale nie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez ECM dokumentów złożonych w trybie art. 6 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz zastrzeżonych przez ECM, AYESA, MGGP Formularzy 2.2 w ramach Kryterium doświadczenie personelu Konsultanta, zamawiający poinformował, że w dniu 05.03.2020 r. zostały udostępnione odwołującemu wszystkie żądane przez niego dokumenty.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający poinformował, że w dniu 24.02.2020 o godzinie 09:43:35 za pośrednictwem platformy eb2b przesłał odwołującemu dokumenty złożone przez ECM. Poświadczenie, którego brak zarzuca odwołujący, znajduje się w przesłanym zipowanym folderze o nazwie „Wezwanie Wyk.najwyzej ocenionego ECM bez tp”, w folderze „dokumenty\_ecmg\_gmbh”, pliki o nazwie „GDDKiA S-5 zad. 3” oraz „GDDKiA S5 Zadanie 1 i 2”

W zakresie zarzutu nr 4 - dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 6 ustawy P.z.p. samodzielnie zweryfikował wykazane przez ECM doświadczenie i stwierdził, że wymienione przez niego zadania, były realizowane na rzecz GDDKiA.

Informacje podane przez ECM zostały zweryfikowane przez zamawiającego w oddziale prowadzącym wskazane nadzory.

Dokonując analizy dokumentów i otrzymanych informacji zamawiający stwierdził, że:

Uczestnicy konsorcjum, w którym Liderem konsorcjum był ECM, a partnerem - SGS uczestniczyli w pełnieniu nadzoru nad wskazanymi zadaniami.

Z posiadanych informacji wynika, iż strony konsorcjum dzieliły się prawami i obowiązkami, ryzykiem, kosztami, wydatkami, zyskami i korzyściami wynikającymi lub związanymi z pełnieniem nadzoru oraz zapewniali personel.

Przytoczone przez odwołującego stanowisko Trybunału Sprawiedliwości zawarte w wyroku z dnia 04.05.2017 r. sygn. C-387/14 jest chybione, ponieważ nie dotyczy zaistniałej sytuacji podczas pełnienia usługi nadzoru przez ECM.

Udział ECM w pełnieniu nadzoru miał charakter faktyczny i realny, tak więc ECM jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji całego zadania. Usługa nadzoru dotyczyła pełnienia nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz na zarządzaniu inwestycją i taką usługę pełnili obaj konsorcjanci.

Usługa nadzoru została zrealizowana prawidłowo, roboty zostały zakończone. Zakończenie etapu realizacji robót zwieńczone zostało wydaniem świadectwa przejęcia. Z uwagi na konieczność usuwania przez wykonawcę robót usterek gwarancyjnych zaszła konieczność nadzorowania prawidłowości naprawy usterek. Z tego też powodu poświadczenie wykonania usługi wydane przez zamawiającego nie mogło zawierać słowa „należyście wykonane”, ponieważ usługa jest jeszcze w toku.

Doświadczenie nabyte podczas wykonywania usługi nadzoru przez obu wykonawców w trakcie pozostawania w konsorcjum jest doświadczeniem każdego z jego członków i każdy ma prawo się nim wykazywać odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca nabywa doświadczenie przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, za którego wykonanie odpowiedzialna jest cała grupa wykonawców, co miało miejsce na wskazanych przez ECM zadaniach.

Zamawiający nadmieniał, że w przypadku, gdy z dokumentacji postępowania nie wynikają żadne dodatkowe zapisy dotyczące kwestii badania i potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w odniesieniu do projektów realizowanych w ramach konsorcjum, to czynność zamawiającego polegająca na badaniu faktycznego udziału poszczególnych konsorcjantów w realizacji prac wykraczałaby poza zakres postanowień s.i.w.z. oraz przepisów prawa.

Ponadto zamawiający nadmieniał, że brak jest też odpowiednich uregulowań, które umożliwiłyby zamawiającemu wymaganie przedłożenia przez wykonawców odpowiednich dowodów w tym zakresie tj. potwierdzających zaangażowanie w realizację umowy przez poszczególnych członków konsorcjum.

Zamawiający wskazał, że odwołujący podnosi, że wykonawca ECM nie wykazał spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Powołał się na doświadczenie zdobyte nie samodzielnie, lecz w zadaniu realizowanym w ramach konsorcjum. To, zdaniem odwołującego, winno skutkować ustaleniem, w jakim zakresie wykonawca wykonał wykazaną usługę działając w ramach konsorcjum. Odwołując się do orzeczenia TSUE odwołujący podniósł, że wykonawca nie może powoływać się w całości na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum. Stanowisko to jest znane zamawiającemu, lecz nieadekwatne

w przedmiotowym przypadku. Wbrew twierdzeniom odwołującego, wykonawca ECM w dostatecznym zakresie udowodnił spełnienie postawionego warunku.

W ocenie zamawiającego, zarzut postawiony przez odwołującego wynika z przyjęcia nieprawidłowej, niezgodnej z literalnym brzmieniem zapisów IDW interpretacji treści warunku.

Zamawiający stwierdził, że wymaga wykazania doświadczenia w zakresie usługi pełnienia nadzoru nad realizacją robót budowlanych. Usługa nadzoru została zdefiniowana w IDW jako zarządzanie, pełnienie kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w okresie sprawozdawczości. Zamawiający nie wymagał, by była ona wykonana samodzielnie, a więc jej wykonanie w ramach konsorcjum było dopuszczalne.

Wykonawca zaprezentował usługę, która w swojej treści odpowiada definicji nadzoru, której mowa powyżej. Odnosi się ona także do realizacji robót, które charakteryzują się wymaganymi przez zamawiającego parametrami oraz wartością. Każdy z konsorcjantów pełnił nadzór nad tą wskazaną inwestycją.

Z punktu widzenia zapisów IDW nie ma znaczenia, w jakim zakresie usługa była realizowana przez wykonawcę, jakie czynności w ramach nadzoru „przypadały” na każdego z konsorcjantów. Każdy z nich pełnił bowiem usługę nad realizacją zadania, które posiada cechy wymagane przez zamawiającego. Każdy w tym przypadku może więc powołać się na zadanie dla wykazania postawionego przez zamawiającego warunku.

Zamawiający wskazał, że warunek nie wymaga, by usługa, którą wykazuje wykonawca, opiewała na konkretną wartość albo zawierała szczegółowe elementy. Ma być to usługa nadzoru nad robotami. Opisane parametry odnoszą się do robót, a nie do usługi nadzoru, która była pełniona z udziałem obu konsorcjantów. Zatem ECM prowadząc nadzór w ramach konsorcjum w zakresie wskazanego zadania pełnił usługę nad robotami obejmującymi budowę lub przebudowę dróg lub ulic o klasie drogi lub ul. min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 90 mln PLN netto i 1 obiektem mostowym o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

W ocenie zamawiającego, odwołujący błędnie odnosi wskazane w warunku wartości oraz właściwości techniczne zadania do usługi nadzoru, w sytuacji, gdy one odnoszą się do zadań, nad którymi nadzór był pełniony. Nie ma więc znaczenia w kontekście postawionego warunku, jaki był procentowy udział ECM w pełnieniu tego nadzoru (np. 10% czy 50%).

Niezależnie od zakresu zaangażowania, pełnił usługę nadzoru nad zadaniem, które spełnia przesłanki opisane w IDW.



Zamawiający zaznaczył, że ECM, biorąc udział w przedmiotowym postępowaniu, miał prawo posłużyć się dokumentami potwierdzającymi, że określone usługi (nadzory) zostały zrealizowane w sytuacji, gdy są one wystawione na konsorcjum, którego był członkiem i w ramach tego konsorcjum je wykonywał. Ustawa P.z.p. w art. 23 ust. 3 definiuje wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nakazując traktować go jako jednego wykonawcę. Ponadto ustawa P.z.p. w art. 141 wprowadza w stosunku do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Przepisy ustawy P.z.p. nie wskazują jednoznacznie, jak należy oceniać doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, dlatego też po dokładnym przeanalizowaniu uzyskanych informacji z oddziału we Wrocławiu zamawiający uznał, że przystępujący posiada wymagane doświadczenie. Zatem postawiony przez odwołującego zarzut jest bezzasadny.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie oraz MGGP Spółka Akcyjna w Tarnowie. Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z zapisami pkt. 2.1.2 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), Konsultant w ramach zespołu „Inni Eksperti” - celem należytego wykonywania obowiązków umownych - zobligowany jest zapewnić Geodetów w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji. W ramach Formularza cenowego, zamawiający dokonał podziału przedmiotowego zakresu na geodetę oraz dwa zespoły geodetów, zgodnie z fragmentem Formularza Cenowego poniżej:

	<b>Inni:</b>		
2.2.32	Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji	Dniówka	635
2.2.33	Zespół geodetów nr 1	Dniówka	635
2.2.34	Zespół geodetów nr 2 - ilość zespołów w zależności od potrzeb	Dniówka	635

Pod Formularzem Cenowym zamawiający zamieścił tabelę zawierającą „Uwagi Zamawiającego” gdzie w części 2.2 Inni Eksperti, w ppkt. 1 „Liczba innych ekspertów może nie być równa liczbie wymaganych osób na dane stanowisko” oraz ppkt. 2 określił iż „Oferent wycenia pełnienie Usługi przez Innych Ekspertów określonego rodzaju bez względu na liczbę osób”.

Zamawiający w Tomie I s.i.w.z., Instrukcja dla Wykonawców określił, w jaki sposób każdy z wykonawców ma w obowiązku skonstruować cenę ofertową. Zgodnie z pkt. 15.3.

„Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.”.

W postępowaniu złożono 9 ofert.

Wykonawcy, których dotyczą zarzuty odwołania, wycenili pozycje 2.2.33 i 2.2.34 w sposób następujący:

Wykonawca	Cena jednostkowa z poz. 2.2.33	Cena jednostkowa z poz. 2.2.34
<b>LCM</b>	350	350
AYESA	360	300
<b>Multiconsult</b>	300	300
MGGP	500	340

W dniu 5 marca 2020 roku zamawiający udostępnił odwołującemu zastrzeżone przez ECM dokumenty złożone w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz zastrzeżone przez ECM, AYESA, MGGP Formularze 2.2 w ramach Kryterium doświadczenie personelu Konsultanta.

W dniu 24 lutego 2020 roku o godz. 09:43:55 zamawiający przesłał odwołującemu dokumenty złożone przez ECM.

Zgodnie z zapisami IDW pkt. 7.2.3 zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 90 mln PLN netto
- b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) (...)"

oraz w dalszej części w pkt. 9.7.1 ppkt. C „Na wezwanie zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

1) w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

(..)

c) wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy"

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 05.02.2020 r. ECM pismem z dnia 13.02.2020 r. złożyła na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykaz usług zawierający usługi zrealizowane przez podmiot ECMG GmbH:

<b>L.p.</b>	<b>Nazwa Wykonawcy (podmiotu)</b>	<b>Nazwa i adres odbiorcy</b>	<b>Charakterystyka zamówienia zgodnie z pkt 7.2.3) a) IDW wraz z opisem</b>	<b>Termin wykonania usługi od-do</b>	
<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>5</b>	<b>6</b>

1	ECMG GmbH	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu	Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz na zarządzaniu inwestycją w podziale na: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 1 odcinek od Korzeńska (km ok. 108+758) do km 123+700, długości 14,942 km", „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 2 odcinek od km ok. 123+700 do km ok, 137+500, długości 13,800 km" oraz „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 3 odcinek od km ok. 137+500 do węzła Widawa Wrocław (wraz z węzłem), długości 19,292 km" Zakres robót obejmował: • budowę drogi dwujezdniowej klasy S o wartości robót ponad 90 mln PLN netto • 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu ponad 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi	10.2014	01.2018
---	-----------	--	--	---------	---------

ECM złożył dwa „Poświadczenia wykonanie usługi”, oddzielnie dla Zadania 1, 2 oraz zadania 3, o następującej treści:

Dla zadania 1 i 2:

## POŚWIADCZENIE WYKONANIA USŁUGI

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu zaświadcza, że Konsorcjum firm

1. ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu, Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń (lider)
2. SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (partner)

w dniu 23.10.2014 r zawarto Umowę nr GDDKiA O/WR 1-2/19/PN/U/I-4/2014 na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie trzema Kontraktami pn.:

"Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 1 odcinek od Korzeńska (km ok. 108+758) do km 123+700, długości 14,942 km",

"Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 2 odcinek od km ok. 123+700 do km 137+500, długości 13,800 km", oraz

"Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 3 odcinek od km ok. 137+500 do węzła Widawa Wrocław, długości 19,292 km".

Zadania są realizowane w systemie „zaprojektuj i buduj” i polegają na zaprojektowaniu i wybudowaniu odcinka drogi ekspresowej S5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) — węzeł Widawa Wrocław o łącznej długości 48,034 km. Inwestycja ta została podzielona na trzy zadania:

Zadanie 1

Długość odcinka: 14,942 km

Wartość robót podstawowych 576 255 000, 00 zł brutto

Umowa z Wykonawcą Robót Konsorcjum firm: Budimex S.A. (lider) i STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. podpisana została w dniu 31.07.2014 r. Termin zakończenia realizacji zadania to 02.11.2017 r.

Konsultant pełnił nadzór nad Wykonawcą, który w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zobowiązany był zaprojektować i wykonać między innymi następujące Roboty: odcinek drogi ekspresowej o nawierzchni bitumicznej; węzły drogowe: w. „Żmigródek” i w. „Żmigród”,

- *Miejsca Obsługi Podróżnych (MOP): MOP Morzęcino Wschód, MOP Morzęcino Zachód; przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową; drogi dojazdowe (obsługujące tereny przyległe do drogi ekspresowej);*
- *14 obiektów inżynierskich w ciągu drogi ekspresowej i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą ekspresową;*
- *system odwodnienia terenu, w tym urządzenia odwadniające korpus drogowy: rowy drogowe, kanalizację deszczową, urządzenia podczyszczające, zbiorniki retencyjne, retencyjnoinfiltracyjne i inne; urządzenia ochrony środowiska: zabezpieczenia akustyczne, przejścia dla zwierząt, przepusty ekologiczne wraz z ogrodzeniem ochronno — naprowadzającym, zieleń;*
- *infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze ekspresowej zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej w tym: sieci energetyczne zasilające i oświetleniowe, sieci wodociągowe, sieci i urządzenia oczyszczające ścieki sanitarne, kanalizację deszczową wraz z urządzeniami podczyszczającymi i inne; przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych, urządzeń kolejowych i innych; sieć teletechniczną na potrzeby Zamawiającego;*

*oświetlenie drogowe;*

*kompensacje przyrodnicze.*

*W dniu 27.11.2017 r Inżynier Kontraktu wystawił Świadcstwo Przejęcia na podstawie Subklauzuli 10.1*

## *Zadanie 2*

*Długość odcinka: 13,800 km*

*Wartość robót podstawowych 310 479 941,90 zł brutto*

*Umowa z Wykonawcą Robót firmą DRAGADOS S.A. z siedzibą w Madrycie podpisana została w dniu 12.09.2014 r.*

*Termin zakończenia realizacji zadania to 12.12.2017 r.*

*\*Konsultant pełnił nadzór nad Wykonawcą, który w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zobowiązany był zaprojektować i wykonać między innymi następujące Roboty:*

*odcinek drogi ekspresowej o nawierzchni bitumicznej; węzły drogowe: w. „Prusice” i w. „Krościna”; przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową; drogi dojazdowe (obsługujące tereny przyległe do drogi ekspresowej);*

*14 obiektów inżynierskich w ciągu drogi ekspresowej i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą ekspresową;*

*Obwód Utrzymania Drogowego Krościna system odwodnienia terenu, w tym urządzenia odwadniające korpus drogowy: rowy drogowe, kanalizację deszczową, urządzenia podczyszczające, zbiorniki retencyjne, retencyjnoinfiltracyjne i inne; urządzenia ochrony środowiska: zabezpieczenia akustyczne, przejścia dla zwierząt, przepusty ekologiczne wraz z ogrodzeniem ochronno — naprowadzającym, zieleń; infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze ekspresowej zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej w tym: sieci energetyczne zasilające i oświetleniowe, sieci wodociągowe, sieci i urządzenia oczyszczające ścieki sanitarne, kanalizację deszczową wraz z urządzeniami podczyszczającymi i inne; przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych, urządzeń kolejowych i innych; sieć teletechniczną na potrzeby Zamawiającego;*

*oświetlenie drogowe;*

*kompensacje przyrodnicze.*

*W dniu 9.01.2018 r Inżynier Kontraktu wystawił Świadectwo Przejęcia na podstawie Subklauzuli 10.1.*

*Dla zadania 3:*

#### *POŚWIADCZENIE WYKONANIA USŁUGI*

*Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu zaświadcza, że Konsorcjum firm*

- 1. ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu, Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń (lider)*
- 2. SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (partner)*

*w dniu 23.10.2014 r zawarło Umowę nr GDDKiA O/WR 1-2/19/PN/UI-4/2014 na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie trzema Kontraktami pn..*

*"Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 1 odcinek od Korzeńska (km ok. 108+758) do km 123+700, długości 14,942 km",*

*"Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 2 odcinek od km ok. 123+700 do km 137+500, długości 13,800 km", oraz*

*"Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław" w podziale na zadania, Zadanie 3 odcinek od km ok. 137+500 do węzła Widawa Wrocław, długości 19,292 km".*

*Umowa z Wykonawcą Robót firmą Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie podpisana została w dniu 10.09.2014 r.*

*Umowny termin zakończenia realizacji zadania to 10.12.2017 r.*

*Długość zrealizowanego odcinka zadanie 3 od km. ok. 137+500 do węzła Widawa Wrocław wyniosła 19,292 km*

*Wartość robót podstawowych zaprojektowanych i zrealizowanych przez Wykonawcę wyniosła 597 270 138,16 zł brutto*

*Konsultant pełnił nadzór nad projektowaniem i realizacją Robót przez Wykonawcę, który w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zobowiązany był zaprojektować i wykonać między innymi następujący zakres Roboty:*

*odcinek drogi ekspresowej o nawierzchni bitumicznej, o przekroju 2x2 z rezerwą w pasie rozdziału węzły drogowe: w. „Krynichno”, w. „Trzebnica” oraz rozbudowa w. „Widawa” (Wrocław Północ) ;*

*Miejsca Obsługi Podróżnych (MOP): MOP II Wisznia Mała Wschód, MOP III Wisznia Mała Zachód; przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową; drogi dojazdowe (obsługujące tereny przyległe do drogi ekspresowej);*

*18 obiektów inżynierskich w ciągu drogi ekspresowej i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą ekspresową;*

*system odwodnienia terenu, w tym urządzenia odwadniające korpus drogowy: rowy drogowe, kanalizację deszczową, urządzenia podczyszczające, zbiorniki retencyjne, retencyjno-infiltracyjne i inne;*



*urządzenia ochrony środowiska: zabezpieczenia akustyczne, przejścia dla zwierząt, przepusty ekologiczne wraz z ogrodzeniem ochronno — naprowadzającym, zieleń; infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze ekspresowej zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej w tym: sieci energetyczne zasilające i oświetleniowe, sieci wodociągowe, sieci i urządzenia oczyszczające ścieki sanitarne, kanalizację deszczową wraz z urządzeniami podczyszczającymi i inne; przebudowę kolidujących urządzeń sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych i innych;*

*kanalizację teletechniczną;*

*oświetlenie drogowe;*

*W dniu 14.06.2018 r Inżynier Kontraktu wystawił Świadcstwo Przejęcia na podstawie Subklauzuli 10.1.*

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba wskazuje, co następuje:

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ECM, Ayesa, MGGP, Multiconsult, pomimo że treść ofert złożonych przez tych wykonawców nie odpowiada treści s.i.w.z.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z zapisami pkt. 2.1.2 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), Konsultant w ramach zespołu „Inni Eksperci” - celem należytego wykonywania obowiązków umownych - zobligowany jest zapewnić Geodetów w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji. W ramach Formularza cenowego, zamawiający dokonał podziału przedmiotowego zakresu na geodetę oraz dwa zespoły geodetów, zgodnie z fragmentem Formularza Cenowego poniżej:

	<b>Inni:</b>		
2.2.32	Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji	Dniówka	635
2.2.33	Zespół geodetów nr 1	Dniówka	635
2.2.34	Zespół geodetów nr 2 - ilość zespołów w zależności od potrzeb	Dniówka	635

Odwołujący wskazał, że zespół ze swej istoty musi składać się z co najmniej 2 osób. Wskazuje na to wykładnia językowa - zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN - Zespół to grupa ludzi wspólnie pracujących lub robiących coś w jakiejś dziedzinie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że zespół powinien składać się z co najmniej dwóch osób. W tym zakresie zatem pomiędzy stronami nie ma sporu.

Odwołujący w treści odwołania przedstawił szereg wyliczeń kosztów zatrudnienia takiego zespołu, posiłkując się w szczególności średnią zarobków specjalistów tego rodzaju ustaloną na podstawie danych firmy doradczej HR S. & S. .

Odnosząc się do powyższego, Izba wskazuje przede wszystkim, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie byli obowiązani do ustalania stawek wynagrodzenia ekspertów (geodetów) z uwzględnieniem danych firmy HR S. & S. . W szczególności nie byli zatem obowiązani uwzględniać wynikających z tych danych średnich zarobków geodetów. Zauważyć bowiem należy, iż odwołujący, dokonując wyliczenia na podstawie danych firmy S. & S., wziął pod uwagę jedynie średnią ustaloną na podstawie mediany średnich wysokości wynagrodzeń. W ocenie Izby tego rodzaju przyjęcie danych należy uznać co najmniej za mało obrazowe z uwagi na ograniczenie się do niewymaganego źródła informacji.

Wykonawcy, określając stawki wynagrodzenia geodety, nie są obowiązani stosować się wysokości wyliczanych średnich. Odwołujący pominął przy tym, iż z tych samych danych wynika, że wysokości rynkowe, na podstawie których ustalono medianę, rozpoczynają się już od wartości 3 180 zł. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do tego, by przy wyliczaniu stawki brać pod uwagę jedynie wyliczoną medianę. Ponadto, z przedstawionych danych wynika, że 25% geodetów zarabia mniej niż dolna granica wartości rynkowych, ustalona na poziomie 3 180 zł.

Odwołujący przedstawił również wyliczenia kosztów pracodawcy na podstawie minimalnej stawki godzinowej, która – zgodnie z § 2 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku z dnia 10 września 2019 roku (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1778) wynosi 17 zł. Zgodnie z tym wyliczeniem, łączny koszt dniówki wynosi 162,94 zł, czyli – w przypadku zatrudnienia dwóch osób – 325,88 zł. Biorąc pod uwagę, że stawki wykonawców: ECM, Ayesa

(poz. 2.2.33), MGGP, ustalone zostały na wyższym poziomie, brak jest podstaw do zarzucenia im zaniżenia kwestionowanych stawek wynagrodzenia zespołu.

Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu analogicznego wyliczenia w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia za pracę, które – zgodnie ze wskazanym wyżej rozporządzeniem – wynosi 2 600 zł. Wyliczenia takiego dokonał natomiast przystępujący MGGP. Wynika z niego, iż w takim przypadku miesięczne wynagrodzenie dzienne zespołu geodetów wynosi 302,04 zł. Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do przedstawionych wyliczeń. Izba uznała zatem przedstawione wyliczenia za wiarygodne i uzasadniające wysokości podanych przez wykonawców stawek wynagrodzeń.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, jakoby odwołujący obowiązani byli uwzględnić w ustalonej stawce wynagrodzenia koszty badań lekarskich i szkolenia BHP, Izba ocenia tego rodzaju argumentację za nieuzasadnioną.

Odwołujący założył bowiem, że wszyscy eksperci – geodeci, zatrudnieni w zespołach geodetów, nie mają aktualnych badań lekarskich i szkoleń bhp. Jest to stanowisko niczym nieuzasadnione. Ja wynika z przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 27 lipca 2004 r. w sprawie szkolenia w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz. U. z 2004 nr 180 poz. 1860), pracownicy zatrudnieni na stanowiskach innych niż robotnicze odbywają takie szkolenie raz na 5 lat (§ 15 rozporządzenia). Z kolei, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 30 maja 1996 r. w sprawie przeprowadzania badań lekarskich pracowników, zakresu profilaktycznej opieki zdrowotnej nad pracownikami oraz orzeczeń lekarskich wydawanych do celów przewidzianych w Kodeksie pracy (Dz. U. z 2016 roku, poz. 2067), badania okresowe pracowników przeprowadzane są z częstotliwością od roku do 5 lat. Nieuprawnionym jest zatem zakładanie, iż przystępując do realizacji przedmiotowego zamówienia, wszyscy zatrudnieni przez wykonawcę geodeci, będą musieli odbyć obowiązkowe szkolenie bhp oraz przystąpić do badań okresowych. Podkreślić przy tym należy, iż tego rodzaju obowiązek dotyczy pracowników, zatrudnionych na podstawie umów wskazanych w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 – Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1040 ze zm.). Z przepisów prawa pracy nie wynika natomiast obowiązek szkolenia w zakresie bhp, przeprowadzania wstępnych badań lekarskich dla osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych.

Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie wobec stanowiska odwołującego, iż do kosztów związanych z wynagrodzeniem geodety należy doliczyć koszty odzieży roboczej i środków ochrony indywidualnej. W szczególności podkreślić należy, iż obowiązek zapewnienia tego rodzaju środków dotyczy pracodawców zatrudniających pracowników na

podstawie umowy o pracę, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu nie było warunku zatrudniania geodetów na podstawie umowy o pracę.

Tym samym Izba stwierdziła, iż obowiązek doliczenia do stawki wynagrodzenia zespołu geodetów kosztów szkoleń bhp, badań lekarskich i kosztów odzieży roboczej i środków ochrony indywidualnej w rozpoznawanym przypadku nie znajduje podstaw.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, jakoby do wysokości wynagrodzenia zespołu geodetów należało doliczyć koszt sprzętu geodezyjnego z certyfikacją, Izba uznała, iż tego rodzaju obowiązek jest nieuzasadniony.

Odwołujący ponownie, tak jak w przypadku kosztów szkoleń bhp, badań lekarskich i odzieży roboczej, przyjął, że wykonawcy takiego sprzętu nie mają i będą musieli dopiero go nabyć. Argumentacja taka nie znajduje podstaw. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu to firmy istniejące i działające na rynku od długiego czasu. Trudno zatem założyć, że nie dysponują one stosownym sprzętem. W każdym razie odwołujący faktu takiego nie udowodnił, w związku z czym Izba nie znalazła podstaw do przyznania odwołującemu w tym zakresie słuszności.

Odwołujący na rozprawie zmienił argumentację, wskazując, że wykonawcy do stawki wynagrodzenia zespołu geodetów winni byli doliczyć nie koszty zakupu sprzętu, ale koszty jego amortyzacji. W ocenie Izby tego rodzaju argumentacja wykracza poza zarzuty odwołania. Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy, że odwołujący, znów *a priori*, założył, że wykonawcy posiadają sprzęt podlegający amortyzacji, mimo że równie dobrze mogą oni dysponować sprzętem już zamortyzowanym.

Na marginesie Izba wskazuje, że nawet, gdyby odwołujący wykazał, że wynagrodzenie przewidziane przez wykonawców jest zbyt niskie dla zespołu geodetów, nadal nie świadczyłoby to o tym, iż wykonawcy nie przewidzieli minimum dwóch osób do pracy w takim zespole, przez co ich oferta nie odpowiada treści s.i.w.z. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której wykonawcy przewidzieliby dwie osoby, ale z wynagrodzeniem niższym niż wymagane chociażby przez przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Jednakże wówczas odwołujący winien był podnieść zarzut rażąco niskiej ceny wobec przyjętych stawek lub też zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Tego rodzaju zarzuty nie zostały jednak podniesione w odwołaniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu:

- a) zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ECM dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. wykazu osób,
- b) zastrzeżonych przez wykonawców ECM, Ayesa oraz MGGP jako tajemnicy przedsiębiorstwa Formularza 2.2 w ramach kryterium „doświadczenie personelu konsultanta”, mimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nie zostały skutecznie zastrzeżone przez ww. wykonawców w terminie wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p.

Zgodnie z ustaleniami Izby, zamawiający udostępnił odwołującemu wskazane dokumenty w dniach 24 lutego i 5 marca 2020 roku.

Zarzut podlega zatem oddaleniu z uwagi na fakt, iż czynność zamawiającego, mająca być przedmiotem oceny Izby, nie istnieje. Tym samym podniesiony zarzut stał się bezprzedmiotowy.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający – poprzez udostępnienie odwołującemu żądanych dokumentów – uwzględnił przedmiotowy zarzut, w związku z czym winien on zostać umorzony. Izba wskazuje, że ustawa P.z.p. nie przewiduje możliwości uwzględnienia odwołania *per facta concludentia*. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 marca 2017 roku (sygn. akt: KIO 409/17), „Należy mieć na względzie, że uwzględnienie odwołania wymaga złożenia w tym zakresie niebudzącego wątpliwości oświadczenia, które rodzi skutek w postaci konieczności realizacji żądań zawartych w odwołaniu (zob. przepis art. 186 ust. 3a Pzp).”

Izba uznała za nieuzasadniony podniesiony z ostrożności procesowej zarzut zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie wezwania wykonawcy ECM do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że w zakresie wykazanych usług wykonawca ECM nie załączył referencji bądź innych dokumentów potwierdzających wykonanie usług w sposób należyty. ECM załączył jedynie dwa „Poświadczenia wykonania usługi” bez daty wystawienia, oddzielnie dla Zadania 1, 2 oraz zadania 3. Przedmiotowe poświadczenia wskazują na wystawienie przez Inżyniera Świadectwa Przejęcia na podstawie Subklauzuli 10.1, a więc potwierdzają wymóg zamawiającego w zakresie wykonania usługi, jaki został określony w IDW pkt. 7.2.3. Odwołujący podkreślił, że przedmiotowy dokument w żaden sposób nie potwierdza,

że przedmiotowa usługa została wykonana w sposób należyty, czego wymagał w s.i.w.z. zamawiający według zapisu IDW pkt. 9.7.1.

Izba wskazuje, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.), wykonawca jest obowiązany złożyć dowody określające czy wykazywane przez niego dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Z powyższego wynika, że wykonawcy, w celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, mogą złożyć dowolny dokument wystawiony przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, o ile wynika z niego, że usługi lub dostawy były wykonane należyście.

Przystępujący ECM złożył dwa „Poświadczenia wykonania usługi”, oddzielnie dla Zadania 1, 2 oraz zadania 3. Przedmiotowe poświadczenia wskazują na wystawienie przez Inżyniera Świadectwa Przejęcia na podstawie Subklauzuli 10.1.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonego przez przystępującego ECM pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu (który zamawiał usługi wykazane przez ECM) z dnia 12 marca 2020 roku, z którego wynika, że dokumenty pod nazwą „Poświadczenia wykonania usługi” *zostały wydane w celu potwierdzenia zakończenia usługi we wskazanym zakresie i legitymowania się przez Konsorcjum nabytym w trakcie realizacji ww. usługi doświadczeniem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotowe dokumenty spełniają rolę poświadczenia, o którym mowa w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane, składanego na dowód należytego wykonania usług, dostaw oraz robót budowlanych.*

Wobec powyższego Izba uznała, że nakazywanie zamawiającemu wezwania wykonawcy ECM do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług nie znajduje podstaw, a zarzut w tym zakresie należy uznać za bezpodstawny.

Odwołujący podniósł, że na podstawie złożonych dokumentów nie można również stwierdzić zakresu, jaki wykonywał podmiot należący do konsorcjum. Poświadczenie wystawione jest na dwie spółki ECMG GmbH oraz SGS Polska Sp. z o.o. Członek konsorcjum

nie może posługiwać się doświadczeniem całego konsorcjum, a jedynie częścią faktycznie przez niego wykonywaną.

Izba wskazuje, że odwołujący, stawiając powyższy zarzut, w żaden sposób go nie udowodnił. W szczególności nie wykazał, że wykonawca ECMG nie wykonał zakresu prac uzasadniających posiadanie doświadczenia wymaganego w przedmiotowym postępowaniu. Izba wskazuje, że to na odwołującym ciążył w tym zakresie obowiązek wskazania dowodu, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p.

Niezależnie od powyższego, Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż warunek nie wymagał, by usługa, którą wykazuje wykonawca, opiewała na konkretną wartość albo zawierała szczegółowe elementy. Miała być to usługa nadzoru nad robotami. Opisane parametry odnoszą się do robót, a nie do usługi nadzoru, która była pełniona z udziałem obu konsorcjantów. Zatem ECM prowadząc nadzór w ramach konsorcjum w zakresie wskazanego zadania pełnił usługę nad robotami obejmującymi budowę lub przebudowę dróg lub ulic o klasie drogi lub ul. min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 90 mln PLN netto i 1 obiektem mostowym o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....  
.....  
.....