

Sygn. akt: **KIO 617/18**

KIO 621/18

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 30 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie** (KIO 617 /18);
- B. w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (KIO 621/18);

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 617/18** po stronie **odwołującego**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 621/18** po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie** w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.) poprzez dokonanie błędnej oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Rzeszowie oraz Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie i przyznanie tym wykonawcom w ramach kryteriów oceny ofert „Doświadczenie personelu Wykonawcy” 1 punktu w zakresie Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Rzeszowie oraz Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie w zakresie przyznania 1 punktu w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie personelu Wykonawcy” w zakresie Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej;
2. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Rzeszowie, Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Rzeszowie, Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu,

ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie i dokonanie ponownej oceny ofert.

3. W pozostałym zakresie zarzuty obydwu odwołań oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie** (15 000 zł 00 gr),

B. wykonawcę **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (15 000 zł 00 gr).

4.2 Zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiących koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

4.3 Zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiących koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 **Warszawie**.

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 617/18

KIO 621/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Warszawa - Hrebenne, odc. obwodnica Tomaszowa Lubelskiego, dł. ok. 10 km”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

Sygn. akt: KIO 617/18

W dniu 30 marca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący ZDI) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając mu: naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7a i art. 85 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez: zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie oraz Promost Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Promost) pomimo, iż po upływie terminu związania ofertą tj. 28 lutego 2018 r. Promost nie zachował ciągłości oferty, bowiem przedłużył termin związania ofertą dopiero w dniu 7 marca 2018 r., co oznacza, że wskazana oferta przestała wiązać z upływem dnia 28 lutego 2018 r., zaś jej przedłużenie po kilkudniowej przerwie należy uznać za nieskuteczne (lub jako złożenie nowej oferty), co w konsekwencji oznacza, że oferta wykonawcy wygasła, zaś wykonawca odmówił poprzez milczenie wyrażenia zgody na przedłużenie oferty;

2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie błędnej oceny oferty Promost i przyznanie temu wykonawcy w ramach kryteriów oceny ofert „Doświadczenie personelu Wykonawcy” 1 pkt. w zakresie Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, w sytuacji gdy oferta w tym podkryterium winna uzyskać 0 pkt, nie posiada bowiem punktowanego przez pkt. 19.1.3.2 pdpkt. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) doświadczenia przy realizacji zadania w okresie od rozpoczęcia robót do

wykonania zadania, a jedynie w pewnych okresach zadania, co nie uprawnia do przyznania punktu;

3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. przez zaniechanie wykluczenia Promost pomimo, iż w terminie nie wykazał braku podstaw wykluczenia poprzez nieprzedłożenie w określonym przez zamawiającego terminie prawidłowej informacji z Krajowego Rejestru Karnego;

4) art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez: zaniechanie odrzucenia oferty Promost jako sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz pomimo braku potwierdzenia przez wykonawcę w ramach wyjaśnień, że spełnia wymogi określone przez zamawiającego w zakresie dostępności Inżyniera Kontraktu na etapie realizacji zadania (pkt. 7.2 pdpkt. 3 lit. b s.i.w.z.), w sytuacji gdy osoba wskazana przez ww. wykonawcę jako Inżynier Kontraktu – Z. C. pełni aktualnie funkcję Inżyniera Kontraktu z ramienia SUEZ Consulting - SAFEGE oddział w Polsce w ramach inwestycji pn.: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) - Stobierna". (2014 - 2021) i jest związany z SUEZ Consulting - SAFEGE oddział w Polsce umową cywilnoprawną z 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia, co wyklucza jego udział w niniejszej inwestycji na każdy etapie realizacji;

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący ZDI wnieśli o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenia oferty wykonawcy Promost po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto wnieśli o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący ZDI podnieśli, że zamawiający pismem datowanym na dzień 23 marca 2018 r. poinformował ich o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Promost z uwagi na uzyskanie najwyższej liczby punktów (90,00 pkt.).

Odwołujący ZDI wskazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz ponieśli szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Gdyby zamawiający zachował się zgodnie z prawem tj. odrzucił ofertę wykonawcy Promost lub wykluczył ww. wykonawcę, spowodowałoby to wybór oferty odwołujących ZDI jako zawierającej najwyższą po ww. wykonawcy liczbę punktów (89,95 pkt.). Również w przypadku ponownej oceny i odebrania wykonawcy zakwestionowanego niniejszym odwołaniem 1 pkt (*vide*: zarzut nr 2 odwołania) doszłoby do wyboru oferty odwołującego. Tym samym odwołujący ZDI ponieśli szkodę w postaci utraconych korzyści, które stałyby się jego udziałem w przypadku uzyskania zamówienia.

Odwołujący ZDI zarzucili, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy P.z.p., tj. zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż jego oferta wygasła oraz odmówił on przedłużenia tejże oferty.

Odwołujący wskazali, że oferta wykonawcy Promost na skutek trzech kolejnych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą obowiązywała do dnia 28 lutego 2018 r. Po upływie terminu związania ofertą (28 lutego 2018 r.) wykonawca Promost zaniechał przedłużenia ww. terminu, na skutek czego zamawiający pismem z dnia 5 marca 2018 r. poinformował wykonawcę, że termin związania ofertą upłynął i jednocześnie wezwał do złożenia oświadczenia, czy wykonawca zamierza przedłużyć termin związania ofertą. W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca Promost pismem z dnia 6 marca 2018 r. złożył oświadczenie, w którym przedłużył termin związania ofertą - wskazane pismo wpłynęło do zamawiającego w dniu 7 marca 2018 r.

W ocenie odwołujących ZDI, przedłużenie terminu związania ofertą po kilku dniach od jej wygaśnięcia (oferta wygasła w dniu 28 lutego 2018 r., zaś oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało dostarczone do zamawiającego w dniu 7 marca 2018 r.) jest nieskuteczne, co oznacza, że w istocie wykonawca odmówił przedłużenia terminu związania ofertą. Powyższe oznacza, że zamawiający stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy P.z.p. winien taką ofertę odrzucić. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie przepisów ustawy P.z.p., skutkujące wyborem oferty, która w istocie winna ulec odrzuceniu. Za wątpliwe należy również uznać przedłożenie przez wykonawcę w dniu 7 marca 2018 r. aneksu do wadium obowiązującego od dnia 26 lutego 2018 r.

W zakresie zarzutu wadliwej punktacja oferty, odwołujący ZDI wskazali, że zgodnie z pkt. 19.1.3.2 ppkt. 2 (Podkryterium 2.2.) s.i.w.z., zamawiający przyznaje punkty za dysponowanie Głównym Inspektorem Nadzoru w specjalności inżynierskiej posiadającym doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 95 mln PLN netto, od rozpoczęcia do wykonania zadania fti. do wystawienia świadectwa przejęcia lub

podpisania protokołu odbioru robót) na stanowiskach Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania wykonawca mógł otrzymać 1 pkt.,
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca mógł otrzymać 3 pkt.,
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca mógł otrzymać 0 pkt.,
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań wykonawca mógł otrzymać 0 pkt.

Wykonawca Promost w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień przedłożył wykaz osób, w którym jako Głównego Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej wskazał p. H. K. . Jednocześnie wskazał, że p. H. K. posiada doświadczenie w dwóch zadaniach:

- 1) Budowa autostrady a4 na odcinku Rzeszów - Korczowa; na odcinku Jarosław Węzeł Wierzbna (bez węzła) - Radymno (z węzłem) wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi od km 621+800,67 do km 647+455,82" odcinek I i II długości ok 25,66 km. W zakresie powyższego zadania p. H. K. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej jedynie przez pewien okres tj. 09.2010 - 06.2014 - nie zaś jak stanowi pkt. 19.1.3.2 pdpkt. 2 s.i.w.z. od rozpoczęcia do wykonania zadania.
- 2) Budowa autostrady a4 na odcinku Rzeszów - Korczowa; kontynuacja budowy autostrady A4 odcinek Rzeszów (Węzeł Wschodni) - Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581 + 263,44 do km 622+463,33. W zakresie powyższego zadania p. H. K. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej jedynie przez pewien okres tj. 01.2015 - 04.2016 - nie zaś jak stanowi pkt. 19.1.3.2 pdpkt. 2 s.i.w.z. od rozpoczęcia do wykonania zadania.

W ocenie odwołujących ZDI, skoro zatem p. H. K. nie posiada doświadczenia w zakresie dwóch opisanych zadań od rozpoczęcia do wykonania zadania, to w świetle zapisów 19.1.3.2 pdpkt. 2 (Podkryterium 2.2.) s.i.w.z., wykonawca powinien w tym zakresie otrzymać 0 pkt.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania w terminie braku podstaw wykluczenia, odwołujący ZDI wskazali, że wykonawca Konsorcjum Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. oraz Promost Consulting sp. z o.o. nie wykazał w określonym przez zamawiającego terminie, że brak jest podstaw do jego wykluczenia. Należy bowiem wskazać, że na podstawie wezwania z dnia 9 lutego 2018 r. zamawiający wezwał wskazanego wykonawcę m.in. do przedłożenia informacji z KRK dla wykonawcy Promost, wyznaczając w tym zakresie termin na dzień 19 lutego 2018 r. Wykonawca Promost nie przedłożył w tym terminie prawidłowej informacji z KRK, bowiem przedłożony przez niego dokument nie spełniał przesłanki wystawienia nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert. Dokument był datowany na dzień 11 stycznia 2017 r.

W ocenie odwołujących ZDI, wykonawca zatem nie wykazał w terminie określonym przez zamawiającego, że brak jest podstaw do jego wykluczenia. Uzupełnienie informacji z KRK po pierwotnie ustalonym terminie należy uznać za nieskuteczne. Nie ulega zatem wątpliwości, że zamawiający winien był w takiej sytuacji wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu niezgodność oferty z treścią s.i.w.z., odwołujący ZDI wskazali, że zgodnie z pkt. 7.2 pdpkt. 3 lit. b s.i.w.z., wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby stanowiące Personal kluczowy, który musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia. Z informacji, jakie uzyskali odwołujący ZDI, wynika, że osoba wskazana jako członek personelu wykonawcy - Inżynier Kontraktu - p. Z. C., aktualnie świadczy stałe usługi na rzecz wykonawcy SUEZ Consulting SAFEGE Oddział w Polsce w ramach inwestycji pn.: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) - Stobierna". (2014 - 2021) i jest związany z SUEZ Consulting SAFEGE Oddział w Polsce umową cywilnoprawną z 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia. Nie sposób zatem uznać, że ww. osoba będzie dostępna w toku realizacji zamówienia, tym bardziej, że wiąże ją 3-miesięczny okres wypowiedzenia. W ocenie odwołujących, oferta wykonawcy Promost jest zatem niezgodna z s.i.w.z., bowiem oferuje Inżyniera Kontraktu, który wbrew literalnej treści 7.2 pdpkt. 3 lit. b s.i.w.z. nie będzie dostępny na etapie realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 kwietnia 2018 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg rachunku przedłożonego na rozprawie;

3. przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma na odpowiednie okoliczności wyszczególnione w treści uzasadnienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 7a i art. 85 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że regulacja art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy P.z.p. obecnie — z uwagi na użycie w komentowanym przepisie sformułowania „nie wyraził zgody, o której mowa art. 85 ust. 2” oraz biorąc pod uwagę konieczność ścisłej wykładni przepisów o charakterze sankcyjnym — odrzucenie oferty z powołaniem się na komentowany przepis powinno mieć miejsce wyłącznie w przypadku niewyrażenia zgody w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, bo o takim wyrażeniu zgody mowa jest w art. 85 ust. 2 Pzp”. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2479/17 oraz post. TSUE z 13.7.2017 r., Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu, C-35/17; wyr. TSUE z: 2.6.2016 r. Pizzo v. CRGT Sri, C27/15, Legalis; 7.4.2016 r., Partner A. D. v. Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14, MOP 2016, Nr 11, s. 570; oraz 10.5.2012 r., Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, C-368/10.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że informacje poddawane analizie w kontekście kryteriów oceny ofert znajdują się w innym dokumencie. Jest to dokument zatytułowany „Kryterium. Doświadczenie personelu Konsultanta” (k. 9 i n. załączników do oferty). Na k. 10 „Podkryterium 2.2 Główny Inspektor Nadzoru Specjalności inżynierskiej drogowej” wykonawca zawarł następujące sformułowanie „przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”. Wywód odwołujących ZDI w zakresie braku wskazania przez wykonawcę, że dana osoba pełniła określoną funkcję od rozpoczęcia robót do wykonania zadania jest zatem nietrafiony, ponieważ odnosi się do dokumentów i oświadczeń przedkładanych przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie dokumentów wskazujących na kryteria oceny ofert.

Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 25 września 2017 r., znak O.LU.D-3.2410.2.2017.19.pł zwrócił się do Generalnej Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie o udzielenie informacji czy Pan H. K. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru Specjalności inżynierskiej drogowej we wskazanym przez okresie oraz w okresie od rozpoczęcia do wykonania zadania. W następstwie udzielonej odpowiedzi (pismo z dnia 29 września 2017 r., znak ORLI-4.4173.3.2017) zamawiający nie uznał doświadczenia Pana H. K. na zadaniu „Kontynuacja budowy autostrady A4 na odcinku Rzeszów (Węzeł Wschodni) —

Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44". W ocenie zamawiającego, nie zaistniały natomiast żadne podstawy do zakwestionowania drugiego ze zrealizowanych przez p. H. K. zadań. W efekcie oferta wybranego wykonawcy otrzymała jeden punkt w omawianym kryterium. Po wniesieniu odwołania zamawiający ponownie zwrócił się do GDDKiA Oddział w Rzeszowie o przesłanie dokumentów potwierdzających doświadczenie p. H. K. i otrzymał:

Powiadomienie o dacie rozpoczęcia robót w dniu 08.10.2010 r. dla „budowy autostrady A-4 na odcinku Rzeszów — Korczowa na odcinku Jarosław „Węzeł Wierzbna” (bez węzła) — Radymno (z węzłem) wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi od km 621 + 800, 67 do km 647 + 455,82” odcinek 2,

wyciąg z dziennika budowy dla „budowy autostrady A-4 na odcinku Rzeszów Korczowa na odcinku Jarosław „Węzeł Wierzbna” (bez węzła) Radymno (z węzłem) wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi od km 621 + 800, 67 do km 647 + 455,82” odcinek 2 potwierdzający pełnienie przez p. H. K. funkcji Inspektora Nadzoru Specjalności inżynierskiej drogowej oraz wykonywanie przez p. H. K. wpisów w dzienniku budowy w tym zakresie — zał. nr 3,

Świadectwo przejęcia potwierdzające ukończenie robót w dniu 25 czerwca 2013 r. zał. nr 4,

Wykaz osób realizujących zadanie: „budowa autostrady A-4 na odcinku Rzeszów Korczowa na odcinku Jarosław „Węzeł Wierzbna” (bez węzła) — Radymno (z węzłem) długość około 25 km” z dnia 31 maja 2013 r. - zał. nr 5,

Zamawiający stwierdził, iż z załączonych dokumentów wynika, że odwołanie w tym zakresie jest niezasadne. H. K. pełnił rolę Inspektora Nadzoru Specjalności inżynierskiej drogowej dla odcinka 2 zadania pn „budowy autostrady A-4 na odcinku Rzeszów — Korczowa na odcinku Jarosław „Węzeł Wierzbna” (bez węzła) — Radymno (z węzłem) wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi od km 621 + 800, 67 do km 647 + 455,82” od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że wykonawca Promost w korespondencji z dnia 16 lutego 2018 r. przedstawił dla Promost Consulting Sp. z o.o. Sp.k. informację z Krajowego Rejestru Karnego, wystawioną na dzień 11 stycznia 2017 r., czyli na 6 miesięcy przed upływem terminu otwarcia ofert, oświadczeń lub dokumentów. W związku z tym zamawiający na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

do przedstawienia aktualnej na dzień złożenia Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy P.z.p. dla Promost Consulting Sp. z o.o. Sp.k. Jednocześnie zamawiający określił termin na przedłożenie wymaganych dokumentów do dnia 27 lutego 2018 r. W określonym terminie wykonawca za pismem z dnia 26 lutego 2018 r. (data wpływu 27 luty 2018 r.) przedłożył stosowną informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną 5 stycznia 2018 r. Z przedłożonego dokumentu wynika, że wykonawca nie podlegał wykluczeniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że w załączniku nr 2 do oferty „Wykaz osób. Pracownicy techniczni lub służby techniczne odpowiedzialni(-e) za kontrolę jakości” wykonawca wskazał, że dysponuje osobą Pana Z. C. bezpośrednio na podstawie umowy cywilnoprawnej. W odwołaniu skarżący nie przedstawił, żadnych dowodów i argumentów wskazujących, że wykonawca nie będzie dysponował wskazaną osobą. Odwołujący ZDI powołują się jedynie na informacje, jakie uzyskali z nieokreślonego źródła. Nie wskazują, jakie to dokładnie są informacje, od kogo pochodzą i czego dotyczą. Są one zatem nieweryfikowalne. I jako takie nie mogą podlegać ocenie.

Ponadto zamawiający stwierdził, że powołana przez odwołujących ZDI okoliczność, nawet jeśli jest obiektywnie prawdziwa, nie musi wcale oznaczać rzeczywistej niemożliwości dysponowania omawianą osobą. Odwołujący ZDI nie wskazali także, w jaki sposób zamawiający miał dopuścić się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., a przede wszystkim, jakie byłyby podstawy żądania udzielenia wyjaśnień lub żądania dokumentów w tym przepisie określone.

Izba ustaliła, co następuje:

Oferta wykonawcy Promost, na skutek trzech kolejnych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą, obowiązywała do dnia 28 lutego 2018 r. Po upływie terminu związania ofertą (28 lutego 2018 r.) wykonawca Promost nie przedłużył ww. terminu. Pismem z dnia 5 marca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawcę, że termin związania ofertą upłynął i jednocześnie wezwał do złożenia oświadczenia, czy wykonawca zamierza przedłużyć termin związania ofertą. W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca Promost pismem z dnia 6 marca 2018 r. złożył oświadczenie, w którym przedłużył termin związania ofertą - wskazane pismo wpłynęło do zamawiającego w dniu 7 marca 2018 r.

Zgodnie z pkt. 19.1.3.2 ppkt. 2 (Podkryterium 2.2.) s.i.w.z., zamawiający przyznawał punkty za dysponowanie Głównym Inspektorem Nadzoru w specjalności inżynierskiej posiadającym doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę

lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 95 mln PLN netto, od rozpoczęcia do wykonania zadania (fti. do wystawienia świadectwa przejścia lub podpisania protokołu odbioru robót) na stanowiskach Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania wykonawca mógł otrzymać 1 pkt.,
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca mógł otrzymać 3 pkt.,
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca mógł otrzymać 0 pkt.,
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań wykonawca mógł otrzymać 0 pkt.

Wykonawca Promost w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień przedłożył wykaz osób, w którym jako Głównego Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej wskazał p. H. K. . Jednocześnie wskazał, że p. H. K. posiada doświadczenie w dwóch zadaniach:

- 1) Budowa autostrady a4 na odcinku Rzeszów - Korczowa; na odcinku Jarosław Węzeł Wierzbna (bez węzła) - Radymno (z węzłem) wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi od km 621+800,67 do km 647+455,82" odcinek I i II długości ok 25,66 km. W zakresie powyższego zadania p. H. K. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej przez okres 09.2010 - 06.2014
- 2) Budowa autostrady a4 na odcinku Rzeszów - Korczowa; kontynuacja budowy autostrady A4 odcinek Rzeszów (Węzeł Wschodni) - Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581 + 263,44 do km 622+463,33. W zakresie powyższego zadania p. H. K. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej przez okres 01.2015 - 04.2016.

Pismem z dnia 25 września 2017 roku zamawiający zwrócił się do GDDKiA Oddział w Rzeszowie z pytaniem, czy Pan H. K. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej na zadaniu: Budowa autostrady A2 na odcinku: Rzeszów - Korczowa: na odcinku Jarosław Węzeł Wierzbna (bez węzła) „Radymno (z węzłem) wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami 67 do km 647+455,82” odcinek I II długości około 25,66 km" w okresie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania oraz poprosił o potwierdzenie okresu wskazanego przez wykonawcę (od 09.2010 r. do 06.2014 r.) w którym

pełniona była ww. funkcja oraz na zadaniu: Budowa autostrady A4 na odcinku: Rzeszów - Korczowa; Kontynuacja budowy A4 odcinek Rzeszów (Węzeł Wschodni) Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 w okresie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania oraz o potwierdzenie okresu wskazanego przez wykonawcę (od 01.2015 r. do 04.2016 r.) w którym pełniona była ww. funkcja. Wskazana wartość robót netto PLN: około 691 056 910,00.

Pismem z dnia 29 września 2018 roku GDDKiA Oddział w Rzeszowie udzielił odpowiedzi, iż Pan H. K. pełnił funkcję Głównego Inspektora Nadzoru Robót Drogowych na zadaniu "Kontynuacja budowy autostrady A4 na odcinku Rzeszów (węzeł Wschodni) Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44" w okresie od 14.01.2015 r. do 07.04.2016 r.

Zamawiający nie uznał doświadczenia Pana H. K. na zadaniu „Kontynuacja budowy autostrady A4 na odcinku Rzeszów (Węzeł Wschodni) — Jarosław (Węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44”, ale uwzględnił drugą z wykazanych usług i przyznał ofercie wykonawcy Promost jeden punkt w omawianym kryterium. Po wniesieniu odwołania zamawiający ponownie zwrócił się do GDDKiA Oddział w Rzeszowie o przesłanie dokumentów potwierdzających doświadczenie p. H. K. i otrzymał:

- Powiadomienie o dacie rozpoczęcia robót w dniu 08.10.2010 r. dla „budowy autostrady A-4 na odcinku Rzeszów — Korczowa na odcinku Jarosław „Węzeł Wierzbna” (bez węzła) — Radymno (z węzłem) wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi od km 621 + 800, 67 do km 647 + 455,82” odcinek 2,

- wyciąg z dziennika budowy dla „budowy autostrady A-4 na odcinku Rzeszów Korczowa na odcinku Jarosław „Węzeł Wierzbna” (bez węzła) Radymno (z węzłem) wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi od km 621 + 800, 67 do km 647 + 455,82” odcinek 2 potwierdzający pełnienie przez p. H. Koreckiego. funkcji Inspektora Nadzoru Specjalności inżynierskiej drogowej oraz wykonywanie przez p. H. K. wpisów w dzienniku budowy w tym zakresie,

- Świadectwo przejęcia potwierdzające ukończenie robót w dniu 25 czerwca 2013 r.

- Wykaz osób realizujących zadanie: „budowa autostrady A-4 na odcinku Rzeszów Korczowa na odcinku Jarosław „Węzeł Wierzbna” (bez węzła) — Radymno (z węzłem) długość około 25 km” z dnia 31 maja 2013 r.

Wykonawca Promost w korespondencji z dnia 16 lutego 2018 r. przedstawił dla Promost Consulting Sp. z o.o. Sp.k. informację z Krajowego Rejestru Karnego, wystawioną na dzień 11 stycznia 2017 r. W związku z tym zamawiający na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wezwał wykonawcę Promost do przedstawienia aktualnej na dzień złożenia Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy P.z.p. dla Promost Consulting Sp. z o.o. Sp.k. Zamawiający określił termin na przedłożenie wymaganych dokumentów do dnia 27 lutego 2018 r. W określonym terminie wykonawca Promost za pismem z dnia 26 lutego 2018 r. (data wpływu 27 luty 2018 r.) przedłożył informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną 5 stycznia 2018 r. Z przedłożonego dokumentu wynika, że wykonawca nie podlegał wykluczeniu.

W załączniku nr 2 do oferty „Wykaz osób. Pracownicy techniczni lub służby techniczne odpowiedzialni(-e) za kontrolę jakości” wykonawca Promost wskazał, że dysponuje osobą Pana Z. C. bezpośrednio na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.) poprzez dokonanie błędnej oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Rzeszowie oraz Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie i przyznanie tym wykonawcom w ramach kryteriów oceny ofert „Doświadczenie personelu Wykonawcy” 1 punktu w zakresie Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustanowił jedno z kryteriów oceny ofert w postaci dysponowania osobą Głównego Inspektora Nadzoru z odpowiednim doświadczeniem i przyznał wykonawcy Promost 1 pkt za wykazanie, że Pan H. K. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej na zadaniu: Budowa autostrady A2 na odcinku: Rzeszów - Korczowa: na odcinku Jarosław Węzeł Wierzbna (bez węzła) „Radymno (z węzłem) wraz niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami 67 do km 647+455,82” odcinek I II długości około 25,66 km” w okresie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

W ocenie Izby zamawiający nie udowodnił, że Pan H. K. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru w całym wymaganym okresie.

Wykonawca Promost wykazał, że usługa była wykonywana w okresie od 09.2010 r. do 06.2014 r. Izba przeprowadziła dowód z dokumentów załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Z przedłożonych dokumentów nie wynika, iż Pan H. K. pełnił wymaganą funkcję od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, jak również, że był to okres od 09.2010 r. do 06.2014 roku. Z pisma Inżyniera Kontraktu z dnia 7 października 2010 roku wynika, że rozpoczęcie robót miało miejsce w dniu 8 października 2010 roku. Zarówno z tego dokumentu, jak i z wyciągu z dziennika budowy nie wynika, że usługa była wykonywana w okresie do 06.2014 roku. Z kolei przedłożone świadectwo przejścia robót wskazuje na ukończenie robót w dniu 25 czerwca 2013 r.

Wskazując do powyższe, Izba stwierdziła, że zamawiający bezpodstawnie uznał, iż wykonawca Promost spełnia wymagane kryterium i niezasadnie przyznał mu 1 pkt w tym zakresie. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności przyznania 1 pkt. we wskazanym kryterium.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a i art. 85 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez: zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Promost pomimo,

iż po upływie terminu związania ofertą tj. 28 lutego 2018 r. Promost nie zachował ciągłości oferty, bowiem przedłużył termin związania ofertą dopiero w dniu 7 marca 2018 r., co oznacza, że wskazana oferta przestała wiązać z upływem dnia 28 lutego 2018 r., zaś jej przedłużenie po kilkudniowej przerwie należy uznać za nieskuteczne (lub jako złożenie nowej oferty), co w konsekwencji oznacza, że oferta wykonawcy wygasła, zaś wykonawca odmówił poprzez milczenie wyrażenia zgody na przedłużenie oferty.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy P.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. W myśl art. 85 ust. 2, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Użycie przez ustawodawcę sformułowania „nie wyraził zgody” oznacza, że dla stwierdzenia, czy zaszła przesłanka, o której mowa w cytowanym przepisie, wymagana jest aktywność ze strony wykonawcy, wyrażająca się w odmowie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odmowa wyrażenia zgody możliwa jest jedynie w sytuacji, gdy wykonawca został uprzednio wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą. Dyspozycja tego przepisu nie obejmuje sytuacji, w której wykonawca nie przedłużył terminu samodzielnie. Bezczynność wykonawcy w tym zakresie nie jest równoznaczna jest odmową wyrażenia zgody.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż w rozpoznawanej sprawie nie zaszły okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy P.z.p., zatem zarzut naruszenia tegoż przepisu przez zamawiającego należy uznać za nieuzasadniony.

Przedmiotowa kwestia wielokrotnie była przedmiotem rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej. Analogiczny pogląd został wyrażony – oprócz wyroków przytoczonych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie – również w wyroku z dnia 8 marca 2017 roku, sygn. akt KIO 334/17, z dnia 16 maja 2017 roku, sygn. akt KIO 828/17 i in.

W tym miejscu warto przytoczyć treść postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie, z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), który dokonał w uzasadnieniu wykładni treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (czyli przepisu będącego odpowiednikiem aktualnie obowiązującego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy P.z.p. przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. poz. 1020): "W ocenie Sądu wykluczenie wykonawcy

następuje jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody/nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w świetle art. 85 ustęp 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ustęp 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc zarówno, co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24 ust. 2 pkt 2 zastosowałby z pewnością inne określenie, niż nawiązujące do wyrażenia zgody przez wykonawców". Analogiczne stanowisko prezentowały SO w: wyroku Sądu w Warszawie z 19 czerwca 2015 r., XXIII Ga 729/15, i z 16 lipca 2014 r XXIII Ga 924/14, postanowieniu SO w Rzeszowie z 16 lutego 2011 r., VI Ga 192/10; wyroku SO w Poznaniu z 16 lutego 2012 r., X Ga 706/11, i wyroku SO w Lublinie z 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13 a także w wyroku SO Tarnowie I Ca 495/13.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. przez zaniechanie wykluczenia Promost pomimo, iż w terminie nie wykazał braku podstaw wykluczenia poprzez nieprzedłożenie w określonym przez zamawiającego terminie prawidłowej informacji z Krajowego Rejestru Karnego. W ocenie Izby złożenie informacji z KRK aktualnej na dzień jej złożenia odpowiada prawu.

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Stanowisko, iż uzupełniany dokument powinien być aktualny na dzień jego faktycznego złożenia, płynie z motywu 85 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze zm.), gdzie europejski ustawodawca podkreślił, iż istotne jest, *by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość*

szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałoby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne. Pośrednio wniosek taki można wysnuć również z art. 26 ust. 2f *in finito* ustawy P.z.p., gdzie wprost wskazano, że zamawiający może wezwać wykonawców do złożenia aktualnych dokumentów, jeżeli złożone uprzednio są już nieaktualne.

Izba uznała za bezzasadny zarzut art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez: zaniechanie odrzucenia oferty Promost jako sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz pomimo braku potwierdzenia przez wykonawcę w ramach wyjaśnień, że spełnia wymogi określone przez zamawiającego w zakresie dostępności Inżyniera Kontraktu na etapie realizacji zadania (pkt. 7.2 pdpkt. 3 lit. b s.i.w.z.), w sytuacji gdy osoba wskazana przez ww. wykonawcę jako Inżynier Kontraktu – Z. C. pełni aktualnie funkcję Inżyniera Kontraktu w ramach innej inwestycji na umowy cywilnoprawnej z 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia, co wyklucza jego udział w przedmiotowej inwestycji na każdym etapie realizacji.

Izba uznała podniesiony zarzut za nieudowodniony. Odwołujący ZDI nie poparł zarzutu żadnymi dowodami, potwierdzającymi jego zasadność. Izbie nie przedstawiono dokumentów ani innych dowodów, na podstawie których mogłaby zweryfikować zasadność stanowiska odwołującego ZDI.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

W związku z tym, że odwołujący ZDI nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej w zakresie podniesionego zarzutu, zarzut należało oddalić.

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.

Sygn. akt KIO 621/17

W dniu 3 kwietnia 2018 roku wykonawca TPF Sp. z o.o. (dalej: odwołujący TPF) wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców Promost
2. zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców: Promost i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZDI Sp. z o. o. i ZBM Inwestor Zastępczy S.A. (dalej: ZDI) w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., pomimo iż informacje zawarte w tych dokumentach nie spełniają przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa;
3. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p., tj. zaniechania odrzucenia ofert Promost i ZDI, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawcy ci nie złożyli odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny;
4. niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. oceny wyjaśnień złożonych przez Promost i ZDI w trybie art. 90 ustawy P.z.p.;
5. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p., tj. zaniechania odrzucenia ofert Promost i ZDI, pomimo iż treść tych ofert nie odpowiada treści s.i.w.z.

Odwołujący TPF zarzucił zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami ustawy P.z.p. czynność zamawiającego, polegającą na wyborze oferty Promost jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Promost i ZDI w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., pomimo iż informacje zawarte w tych dokumentach nie spełniają przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum Promost i Konsorcjum ZDI wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferty tych wykonawców zawierają cenę rażąco niską;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Promost i ZDI, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy Promost i ZDI nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy P.z.p.;
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Promost i ZDI, pomimo iż treść ofert nie odpowiada treści s.i.w.z.;
6. naruszenie art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez ponowne zwrócenie się do Promost i ZDI o złożenie wyjaśnień, podczas gdy pierwsze złożone wyjaśnienia nie zawierały odpowiedzi na wszystkie zadane przez zamawiającego pytania oraz były ogólnikowe;
7. 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).

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

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Ponowną ocenę ofert,
4. Udostępnienie wyjaśnień złożonych przez Promost i ZDI na podstawie art. 90 ustawy P.z.p.,
5. odrzucenia ofert wykonawców Promost i ZDI.

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 może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieskutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, odwołujący podniósł, że nie udostępniono mu wyjaśnień złożonych przez Promost i ZDI w trybie art. 90 ustawy P.z.p.. Odwołującemu udostępniono:

1. Pierwsze wezwanie do wyjaśnień z dnia 09.09.2017r. wystosowane przez zamawiającego do Konsorcjum Promost i Konsorcjum ZDI,
2. uzasadnienie zastrzeżenia złożonych przez Promost wyjaśnień z dat: 18.09.2017r. (3 strony), 09.01.2018r. (2 strony), 01.02.108r. (2 strony),
3. uzasadnienie zastrzeżenia złożonych przez ZDI wyjaśnień (bez daty) -1 strona.

Odwołujący po zapoznaniu się z przedmiotowymi uzasadnieniami stwierdził, że nie wykazują one ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem przedmiotowe wyjaśnienia nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odnosząc się do konkretnych dokumentów:

Konsorcjum ZDI

Uzasadnienie obejmuje jedynie połowę strony, 5 zdań. Nie zawiera wykazania żadnej z 3 przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum ZDI ograniczyło się do zacytowania przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; wskazania, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą i organizacyjną, oświadczenia, że informacje mają charakter gospodarczy i organizacyjny, dotyczą sposobu świadczenia usług, metod działania jak również struktury organizacyjnej i finansowej firmy, wskazania, że ZDI Sp. z o.o. podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności, wskazania, że informacje zostały udostępnione jedynie wąskiemu gronu pracowników, zobowiązanych do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie nie zawiera nawet minimalnych informacji czy dowodów, które można by uznać za wykazanie zasadności uznania informacji zawartych w wyjaśnieniach za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołującemu TPF udostępniono tylko 1 uzasadnienie, podczas gdy ZDI składało wyjaśnienia aż 3-krotnie. Należy zatem wnioskować, że 2 z 3 wyjaśnień w ogóle nie zawierają uzasadnienia zastrzeżenia jawności - a zatem nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone.

Konsorcjum Promost

Odwołujący podniósł, że udostępniono mu 3 uzasadnienia, dla każdego złożonych wyjaśnień. Są one obszerniejsze od uzasadnienia ZDI, obejmują 2 lub 3 strony. Jednak ta

większa objętość nie przekłada się na wykazanie łącznego spełnienia się przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący TPF podkreślił, że co do zasady wszystkie trzy uzasadnienia zawierają praktycznie tę samą treść. Ponadto zdecydowaną większość uzasadnienia obejmują jedynie obszerne cytaty z orzecznictwa czy też przytoczenie przepisów. W pozostałej części uzasadnienia Konsorcjum Promost nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie wykazał, że podjął działania niezbędne do zachowania informacji w poufności, np. poprzez załączenie kopii odpowiednich umów o poufności czy też kopii procedur obowiązujących w firmie. Wykonawca opiera się wyłącznie na argumentacji, iż poznanie stawek podmiotów współpracujących czy też specjalistów spowoduje, iż konkurencyjne podmioty poznają stosowaną przez wykonawcę praktykę cenową. Odwołujący TPF podkreślił, iż każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia jest podmiotem profesjonalnym, działającym długo na rynku i posiada każdy z tych wykonawców bazę personelu czy też podmiotów współpracujących, stąd poznanie tych stawek czy ofert podmiotów współpracujących nie spowoduje, jak podkreśla Promost, „podkupienia” tych podmiotów czy też „równoległe korzystanie z ich usług”, co rzekomo pozbawiłoby przewagi konkurencyjnej Promost,

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert Promost i ZDI z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, nieprawidłową oceną przez zamawiającego złożonych wyjaśnień, odwołujący TPF wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia ofert Promost i ZDI może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez odwołującego TPF dostępu do wyjaśnień. W związku z powyższym, zarzut ten podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący TPF wskazał, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. powinien brać swój początek w wyjaśnieniach (w treści wyjaśnień). Odwołujący wniósł o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu (jako przedwczesnego) w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia powyżej.

Odwołujący TPF podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofertach ZDI i Promost. Wynika to wprost z porównania cen ofert z szacunkową wartością zamówienia.

W informacji z otwarcia ofert zamawiający podał kwotę 11.391.000,00 złotych brutto, jako kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Ceny ofert przedstawiały się następująco:

Konsorcjum Promost 6 251 508,21 PLN, 54,88% budżetu

Konsorcjum ZDI 7 220 481,30 PLN, 63,38% budżetu

Konsorcjum TPF 8 836 113,42 PLN, 77,57% budżetu.

Odwołujący TPF stwierdził, że powstanie domniemania rażąco niskiej ceny w ofertach Promost i ZDI wynika z brzmienia art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.. Przepis art. 90 ust. 1 konstytuuje obowiązek zamawiającego zwrócenia się o złożenie odpowiednich wyjaśnień, zaś przepis art. 90 ust. 3 wskazuje, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, jeśli wykonawca złożył wyjaśnienia, których ocena przez zamawiającego (ocena ma obejmować też złożone dowody) nie obala domniemania, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zdaniem odwołującego TPF, wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Promost i Konsorcjum ZDI nie pokazały, na czym miałyby polegać specyfika ofert tych wykonawców, dająca przewagę konkurencyjną i możliwość zaoferowania niższej ceny niż inne podmioty występujące na rynku. I to ceny znacząco niższej od kolejnych ofert.

W ocenie odwołującego TPF, brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferty Konsorcjum Promost i Konsorcjum ZDI nie zawierają rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślił, że nie mógł zapoznać się z treścią złożonych przez Promost i ZDI wyjaśnień. Jednakże, opierając się na doświadczeniu odwołującego TPF w zakresie składanych wyjaśnień w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, można przyjąć, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Zdaniem odwołującego TPF, wykonawcy Promost i ZDI nie wskazali w swoich wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferowali. Z kolei zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy złożonych wyjaśnień, analizy treści i ewentualnych dołączonych dowodów. Jest to zaniechanie zamawiającego, które narusza przepisy ustawy P.z.p.

Niezależnie od powyższego odwołujący TPF podkreślił, że Promost i ZDI składali wyjaśnienia aż 3-krotnie. co samo w sobie stanowi naruszenie przepisów ustawy P.z.p. Zamawiający oceniając, czy dany wykonawca obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, powinien oceniać przede wszystkim pierwsze złożone wyjaśnienia i pomijać wszelkie nowe okoliczności, które pojawiają się w dalszych wyjaśnieniach. O ile bowiem dopuszczalne jest ponowne wzywanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p, to jedynie w

przypadku, gdy wezwanie to obejmuje okoliczności nowe, o które zamawiający uprzednio nie pytał, a konieczność wyjaśnienia których pojawiła się dopiero po zapoznaniu się z treścią pierwszych wyjaśnień.

Odwołujący TPF wskazał, że w cenie oferty wykonawców Promost i ZDI nie ujęli między innymi poniżej wskazanych czynników cenotwórczych, tj.:

1. kosztów związanych z zapewnieniem środków transportu,
2. wszystkich kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego na umowę o pracę,
3. Kosztów wypełnienia zapisów kryterium poza cenowych,
4. Kosztów personelu w okresie realizacji robót oraz gwarancji,
5. Kosztów zapewnienia odpowiedniego sprzętu geodezyjnego.

W ocenie odwołującego TPF, dowodem na nieujęcie powyższych kosztów w cenie ofert ww. wykonawców jest fakt, że koszty te nie zostały wskazane w przedmiotowych wyjaśnieniach. Sam brak któregośkolwiek z ww. kosztów w wyjaśnieniach wskazuje wprost, że cena ofert wykonawców Promost czy ZDI jest ceną rażąco niską, gdyż nie obejmuje wszystkich kosztów, które należy ponieść w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący TPF dokonał szczegółowej analizy kosztów dla wykonawców Promost i TPF.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 7 ust 1 i 3 ustawy, odwołujący TPF wskazał, że zamawiający wezwał Promost i ZDI do przedłożenia zgodnie z wezwaniem w zakresie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a oraz 87 ust. 1 ustawy Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta zarówno dla okresu projektowania, jak również okresu realizacji robót. Wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach w odpowiedzi na wezwanie winni przedstawić przedmiotowy harmonogram, obrazując, w jaki sposób będzie realizował przedmiotową usługę i jakie środki kadrowe zamierza w tym celu wykorzystać.

W opinii odwołującego TPF wykonawcy Ci w sposób niezgodny z s.i.w.z. rozplanowali pracę personelu oraz nie uwzględnili istotnych oraz kluczowych branż w wymaganych tego jednostkach czasu.

Odwołujący podniósł, iż w składzie personelu ww. wykonawcy nie uwzględnili nikogo spośród personelu „Inni Eksperti” zgodnie z OPZ pkt. 2.1.2. w okresie projektowania.

Zgodnie z Tomem II IDW, Istotne dla stron postanowienia umowy, § 14 [Obowiązki Konsultanta w zakresie weryfikacji i koordynacji prac projektowych] Wykonawca na etapie projektowania zobowiązany jest do:

- §14 pkt. 1.1.2 „weryfikacji i nadzorowania prawidłowości zaprojektowania linii rozgraniczające inwestycji, w kontekście rozwiązań dla obsługi przyległego terenu, zajętości terenu oraz prawidłowości podziału nieruchomości” - brak uwzględnienia Geodety w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji wymienionego w OPZ 2,1.2:

- §14 pkt. 1.1.4 „weryfikacji i nadzorowania wykonania Projektu robót geologicznych wraz z uzyskaniem Decyzji o zatwierdzeniu oraz wykonania w zależności od potrzeb opinii geotechnicznej, Dokumentacji badań podłoża gruntowego, Dokumentacji geologiczno - inżynierskiej i Projektu geotechnicznego” - brak uwzględnienia specjalisty ds. nadzoru geotechnicznego oraz specjalisty ds. nadzoru geologicznego wymienionych w OPZ 2.1.2:

- §14 pkt. 1.1.5 „weryfikacji i nadzorowania przeprowadzenia procedury sporządzania raportu do ponownej oceny oddziaływania na środowisko” - brak uwzględnienia specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska wymienionego w OPZ 2.1.2:

- §14 pkt. 1.1.6 „weryfikacji i nadzorowania wykonania materiałów niezbędnych do wystąpień o uzgodnienia formalno-prawne, w tym m.in. decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym, uzgodnienia z gestorami sieci, zarządcami dróg i sieci kolejowej, decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej” - brak uwzględnienia specjalistów kontaktów ze społecznością i promocji, umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami, współpracy z gestorami sieci wymienionych w OPZ

2.1.2:

- §14 pkt. 1.1.8 „weryfikacji i nadzorowania wykonania Projektów stałej organizacji ruchu oraz projektów organizacji ruchu na czas prowadzenia Robót i ich opiniowanie” - brak uwzględnienia specjalisty ds, inżynierii ruchu wymienionego w OPZ 2.1.2:

Ponadto w OPZ pkt. 2.5.5 Zamawiający dodatkowo określił szczegółowe wymagania w stosunku do specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji. Przedmiotowy specjalista musi wykonywać zadania wymielone w punktach 3.1 do 3.8 Formularza Cenowego (Działania promocyjne), a więc

3.1 Broszura Informacyjna, sztuk 1500

3.2 Zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia, miesięcy 34

3.3 Zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności, ryczałt

3.4 Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia, miesięcy 34

3.5 Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności, ryczałt

3.6 Informacyjna strona internetowa kompleksowo (projekt, realizacja, utrzymanie) w okresie od rozpoczęcia realizacji umowy do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia, miesięcy 49

3.7 Informacyjna strona internetowa - aktualizacja w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności, ryczałt X

3.8 Wizyty studyjne w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia, sztuk 6

Według wskazanych przez zamawiającego okresów, broszura informacyjna jest wydawana „nie wcześniej niż 6 miesięcy od daty przekazania Wykonawcom Placu Budowy ” (OPZ pkt. 2.5.1), a więc w trakcie wykonywania dokumentacji projektowej, natomiast informacyjna strona internetowa prowadzona jest przez okres 43 miesięcy, a więc cały okres usługi łącznie z okresem projektowania. Jednoznacznie obowiązki specjalisty w zakresie projektowania przedstawia Zamawiający również w OPZ pkt. 2.5.5 ppkt. 3 „ Współpraca z lokalną społecznością w zakresie udzielania aktualnej informacji o postępie prac projektowych oraz robót, przyjętych rozwiązań projektowych Nie uwzględnienie przedmiotowego specjalisty w okresie projektowania jednoznacznie obrazuje niezgodności oferty w/w wykonawców z SIWZ.

Odwołujący TPF stwierdził, że kolejnym nieuwzględnionym w okresie projektowania jest specjalista ds. sprawozdawczości.

Zgodnie z s.i.w.z. Tom II, WU § 29 [Raporty i analizy] pkt.I „Konsultant jest zobowiązany w czasie realizacji usługi w zakresie, formie i w terminach określonych w Załączniku nr 1 do umowy sporządzić oraz dostarczyć do Kierownika Projektu, Raporty oraz analizy z realizacji

projektu". Załącznik 1 stanowi natomiast listę wymaganych opracowań wraz z ich terminami wykonania:

„1. Raport otwarcia (należy sporządzić i przedłożyć Kierownikami Projektu w okresie dwóch miesięcy do Daty rozpoczęcia usługi) (...)

3. Raporty miesięczne z postępu prac (sporządzane w okresie prac projektowych i realizacji robót; opatrzone podpisem inżyniera raporty będą dostarczane do Kierownika projektu do 5-tego dnia następnego miesiąca kalendarzowego).

Odwołujący TPF podkreślił, że zamawiający określił jasno, jakich raportów wymaga, w jakich terminach, przez co w personelu celowo umieścił stanowisko specjalisty ds. sprawozdawczością jako osoby odpowiedzialnej za ich przygotowanie. Jest to praktyką stosowaną przez Zamawiającego od wielu lat we wszystkich postępowaniach.

Wedle powyższego, odwołujący TPF podniósł, iż wykonawcy już na etapie samego projektowania nie uwzględnili aż 8 - 10 wymaganych zapisami s.i.w.z. specjalistów (w zależności od podziału obowiązków):

1. Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji
2. specjalista ds. nadzoru geotechnicznego
3. specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska
4. specjalista ds. nadzoru geologicznego
5. specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji.
6. specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami,
7. specjalista ds. współpracy z gestorami sieci
8. specjalista ds. inżynierii ruchu
9. specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji
10. specjalista ds. sprawozdawczości.

W ocenie odwołującego TPF, brak uwzględnienia ww. specjalistów w cenie oferty, a następnie brak wskazania ich w wyjaśnieniach powoduje, że oferty Promost i ZDI powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 kwietnia 2018 roku zamawiający oświadczył, że:

- 1) uznaje odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1 w zw. art. 11 ust. 4 ustawy P.z.p. tj. wobec czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców Promost i ZDI w zakresie rażąco niskiej ceny, a to z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 2) wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie z uwagi na brak podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających zarzuty i żądania odwołującego TPF.

Ponadto zamawiający wniósł o:

- 3) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 3.600 zł, wraz z pozostałymi kosztami, w tym związanymi z dojazdem na rozprawę w oparciu o stosowny wykaz i dokumenty, które zostaną przedstawione na rozprawie,
4. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w ramach uzasadnienia pisma, na okoliczności w nim zakreślone.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., zamawiający podniósł, że zarzuty odwołania mają charakter hipotetyczny, nie zaś konkretny, niepozwalający w istocie na sformułowanie konkretnego zarzutu względem określonego działania zamawiającego, co czyni – w ocenie zamawiającego – niemożliwym jego rozpoznanie.

Zamawiający stwierdził, że sformułowanie przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1, w zw. art. 11 ust. 4 ustawy P.z.p., tj. wobec czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców Promost i ZDI w zakresie rażąco niskiej ceny, a to z uwagi na zastrzeżenie w tej mierze tajemnicy przedsiębiorstwa, nastąpiło z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p. Zamawiający wzywał podmioty te do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny po raz pierwszy już pismami datowanymi na dzień 9 września 2017 r. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwania wykonawcy zastrzegli dla złożonych wyjaśnień tajemnicę przedsiębiorstwa, składając w tym względzie odpowiednie wyjaśnienia. Następnie, z uwagi na powstanie dalszych wątpliwości nieobjętych uprzednimi zapytaniami zamawiającego, kierował on do wykonawców dalsze pisma w tej mierze, nie kwestionując na tym etapie w żaden sposób braku zasadności poczynionych dla złożonych wyjaśnień zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, co uznać należy za uznanie wniosków w względzie przez zamawiającego za zasadne w świetle regulacji art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. To samo wskazać należy w odniesieniu do dalszych

czynności zamawiającego względem kolejnych składanych wyjaśnień, dla których konsekwentnie tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegano. W odniesieniu tak do czynionych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i braku ich ujawnienia przez zamawiającego, odwołujący TPF nie przedsięwziął żadnych kroków prawnych, tj. nie złożył właściwego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Z ostrożności procesowej zamawiający odniósł się do zarzutów sformułowanych w punktach ad. 3-4 odwołania i uznał je za bezpodstawne.

Odnosząc się do zarzutu ad 5 odwołania, w którego treści odwołujący TPF wywodzi, że w jego ocenie i podług jego opinii wykonawcy Promost i ZDI mieli nie uwzględnić w ofercie od 8 do 10 wymaganych postanowieniami s.i.w.z. specjalistów tj.: geodety w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji, specjaliści ds. nadzoru geotechnicznego, specjaliści ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, specjaliści ds. nadzoru geologicznego, specjaliści ds. kontaktów ze społecznością i promocji, specjaliści ds. umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami, specjaliści ds. współpracy z gestorami sieci, specjaliści ds. inżynierii ruchu, specjaliści ds. sprawozdawczości, zamawiający stwierdził, że specjaliści ci, co wynika z przedstawionych wyjaśnień oraz treści ofert, zostali przez wykonawców Promost i ZDI uwzględnieni przy ich przygotowaniu, tj. pozostają one w tej mierze zgodne z określonymi przez zamawiającego w s.i.w.z. warunkami realizacji przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu ad. 6 — naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że regulacja art. 90 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., na którą powołuje się odwołujący TPF nie zawiera, jak zdaje się odwołujący TPF implikować, ograniczenia zamawiającego do wezwania wykonawcy, w odniesieniu do ceny ofertowej którego, zamawiający powziął wątpliwości, wyłącznie do jednorazowego zwrócenia się o wyjaśnienia. Zamawiający podniósł, że formułowane przez niego wnioski o wyjaśnienia cen ofertowych nie stanowiły powtórzeń, a każdorazowo stanowiły wynik konieczności doprecyzowania i wyjaśnienia okoliczności wynikłych wskutek złożonych zgodnie z uprzednio sformułowanymi wnioskami, wyjaśnień. Zważyć należy bowiem, że prawidłowe ustalenie przez zamawiającego czy określona cena ofertowa stanowi cenę rażąco niską, ma niezwykle istotne znaczenie nie tylko uwzględniając zasady prowadzenia postępowania, ale przede wszystkim z uwagi na ocenę możliwości wykonania przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem, tj. zasadnego i efektywnego dysponowania środkami publicznymi.

W zakresie zarzutu ad. 7 odwołania— naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że z uwagi na brak podstaw faktycznych jak i prawnych do stwierdzenia naruszeń przepisów prawa w zakresie objętym pozostałymi zarzutami odwołania,

również i niniejszy zarzut, jako właśnie stanowiący ich podsumowanie, uznać należy za bezpodstawny, a jako taki, na niezastępujący na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty 23 marca 2018 r. Odwołujący TPF w dniu 28 marca 2018 roku zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji

Zamawiający nie udostępnił odwołującemu TPF wyjaśnień złożonych przez Promost i ZDI w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołującemu TPF w dniu 30 marca 2018 roku udostępniono:

1. Pierwsze wezwanie do wyjaśnień z dnia 09.09.2017r. wystosowane przez zamawiającego do Konsorcjum Promost i Konsorcjum ZDI,
2. uzasadnienie zastrzeżenia złożonych przez Promost wyjaśnień z dat: 18.09.2017r. (3 strony), 09.01.2018r. (2 strony), 01.02.2018r. (2 strony),
3. uzasadnienie zastrzeżenia złożonych przez ZDI wyjaśnień (bez daty) -1 strona.

W dniu 10 kwietnia 2018 roku zamawiający ujawnił pozostałe dokumenty, o udostępnienie których wnosił odwołujący TPF.

W informacji z otwarcia ofert zamawiający podał kwotę 11.391.000,00 złotych brutto, jako kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Ceny ofert przedstawiały się następująco:

Konsorcjum Promost 6 251 508,21 PLN, (54,88% budżetu zamawiającego)

Konsorcjum ZDI 7 220 481,30 PLN, (63,38% budżetu zamawiającego)

Konsorcjum TPF 8 836 113,42 PLN, (77,57% budżetu zamawiającego)

Zamawiający trzykrotnie zwracał się do wykonawców Promost i ZDI (9 września 2017 roku, 2 (Promost) i 4 (ZDI) stycznia 2018 roku oraz 26 stycznia 2018 roku), o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawcy w wyznaczonych terminach złożyli wyjaśnienia (Promost – 18 września 2017, 09 stycznia 2018 r., 01 lutego 2018r., ZDI – 15 września 2017 roku, 11 stycznia 2018 roku, 31 stycznia 2018 roku).

Zgodnie z Tomem II IDW, Istotne dla stron postanowienia umowy, § 14 [Obowiązki Konsultanta w zakresie weryfikacji i koordynacji prac projektowych] Wykonawca na etapie projektowania zobowiązany jest do:

- §14 pkt. 1.1.2 „weryfikacji i nadzorowania prawidłowości zaprojektowania linii rozgraniczające inwestycji, w kontekście rozwiązań dla obsługi przyległego terenu, zajętości terenu oraz prawidłowości podziału nieruchomości"
- §14 pkt. 1.1.4 „weryfikacji i nadzorowania wykonania Projektu robót geologicznych wraz z uzyskaniem Decyzji o zatwierdzeniu oraz wykonania w zależności od potrzeb opinii geotechnicznej, Dokumentacji badań podłoża gruntowego, Dokumentacji geologiczno - inżynierskiej i Projektu geotechnicznego”
- §14 pkt. 1.1.5 „weryfikacji i nadzorowania przeprowadzenia procedury sporządzania raportu do ponownej oceny oddziaływania na środowisko"
- §14 pkt. 1.1.6 „weryfikacji i nadzorowania wykonania materiałów niezbędnych do wystąpień o uzgodnienia formalno-prawne, w tym m.in. decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym, uzgodnienia z gestorami sieci, zarządcami dróg i sieci kolejowej, decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej"
- §14 pkt. 1.1.8 „weryfikacji i nadzorowania wykonania Projektów stałej organizacji ruchu oraz projektów organizacji ruchu na czas prowadzenia Robót i ich opiniowanie"

Ponadto w OPZ pkt. 2.5.5 zamawiający dodatkowo określił szczegółowe wymagania w stosunku do specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji. Przedmiotowy specjalista musi wykonywać zadania wymielone w punktach 3.1 do 3.8 Formularza Cenowego (Działania promocyjne), a więc

- 3.1 Broszura Informacyjna, sztuk 1500
- 3.2 Zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia, miesięcy 34
- 3.3 Zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, ryczałt
- 3.4 Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia, miesięcy 34

3.5 Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, ryczałt

3.6 Informacyjna strona internetowa kompleksowo (projekt, realizacja, utrzymanie) w okresie od rozpoczęcia realizacji umowy do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia, miesięcy 49

3.7 Informacyjna strona internetowa - aktualizacja w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, ryczałt X

3.8 Wizyty studyjne w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia, sztuk 6

Według wskazanych przez zamawiającego okresów, broszura informacyjna jest wydawana „nie wcześniej niż 6 miesięcy od daty przekazania Wykonawcom Placu Budowy ” (OPZ pkt. 2.5.1), a więc w trakcie wykonywania dokumentacji projektowej, natomiast informacyjna strona internetowa prowadzona jest przez okres 43 miesięcy, a więc cały okres usługi łącznie z okresem projektowania. Jednocześnie obowiązki specjalisty w zakresie projektowania zamawiający przedstawił również w OPZ pkt. 2.5.5 ppkt. 3 „ Współpraca z lokalną społecznością w zakresie udzielania aktualnej informacji o postępie prac projektowych oraz robót, przyjętych rozwiązań projektowych.”

Zgodnie z s.i.w.z. Tom II, WU § 29 [Raporty i analizy] pkt.I „Konsultant jest zobowiązany w czasie realizacji usługi w zakresie, formie i w terminach określonych w Załączniku nr 1 do umowy sporządzić oraz dostarczyć do Kierownika Projektu, Raporty oraz analizy z realizacji projektu". Załącznik 1 stanowi natomiast listę wymaganych opracowań wraz z ich terminami wykonania:

„1. Raport otwarcia (należy sporządzić i przedłożyć Kierownikami Projektu w okresie dwóch miesięcy do Daty rozpoczęcia usługi) (...)

3. Raporty miesięczne z postępu prac (sporządzane w okresie prac projektowych i realizacji robót; opatrzone podpisem inżyniera raporty będą dostarczane do Kierownika projektu do 5-tego dnia następnego miesiąca kalendarzowego).

Zamawiający w wezwaniu z dnia 9 września 2017 roku wezwał wykonawców Promost i ZDI do przedłożenia przykładowego Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (dalej: HPPK) zarówno dla okresu projektowania, jak również okresu realizacji robót Wezwanie w tym zakresie Zamawiający uzasadnił: „Zamawiający w celu dokonania weryfikacji przeprowadzonej przez Wykonawcę analizy i uwzględniania w cenach ryczałtowych

odpowiedniej ilości wszystkich ekspertów i specjalistów tak, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy zawraca się z prośbą o przedstawienie przykładowego Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) dla okresu projektowania (weryfikacja i koordynacja prac projektowych), dla okresu realizacji robót, dla okresu przeglądów i rozliczenia kontraktu (do wystawienia Świadectwa Wykonania i Ostatecznego Świadectwa Płatności).

Pismem z dnia 18 września 2017 roku wykonawca Promost udzielił odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 września 2017 roku i załączył HPPK. Z odpowiedzi i HPPK nie wynika, że wykonawca Promost uwzględnił planowane koszty dla stanowisk takich jak: Inspektor Nadzoru specjalności architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego, nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych, nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, inżynierii ruchu, umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami.

Pismem z dnia 2 stycznia 2018 roku zamawiający wezwał wykonawcę Promost do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

„Wobec zapisów zawartych w SIWZ, Zamawiający zwraca się z prośbą o wskazanie, jakie założenia przyjął Wykonawca w zakresie możliwości skierowania do wykonywania obowiązków personelu wskazanego w pkt „2.1.2 Inni Eksperci” OPZ w Okresie Projektowania, Okresie Przeglądów, Rozliczenia Kontraktu oraz wynagrodzenia personelu w tym zakresie?

W zał. Nr 14 wykonawca wskazuje stanowisko Inżyniera Rezydenta, Inspektora Kolejowego, niewskazanych przez Zamawiającego do realizacji w przedmiotowym kontrakcie w tomie III SIWZ – OPZ, natomiast brak jest wskazania przez Wykonawcę planowanych kosztów dla stanowisk takich jak: Inspektor Nadzoru specjalności architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego, nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych, nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, inżynierii ruchu, umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami. Prosimy o wyjaśnienie wskazanych rozbieżności”.

W odpowiedzi z dnia 9 stycznia 2018 roku wykonawca Promost stwierdził, że omyłkowo dodał pozycje Inżyniera Rezydenta oraz Inspektora Kolejowego, natomiast zaplanował koszty

dla inspektora nadzoru specjalności konstrukcyjno-budowlanej, inspektora nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, specjalista ds. nadzoru geotechnicznego, specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, specjalista ds. inżynierii ruchu. W przypadku specjalisty ds. umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami, wykonawca założył, że jedna osoba będzie sprawowała te dwie funkcje. Ponadto obowiązki inspektora nadzoru specjalności architektonicznej będzie pełnił inspektor nadzoru specjalności konstrukcyjno-budowlanej, ponieważ – zdaniem wykonawcy – ich zakresy obowiązków nie będą ze sobą kolidowały i mogą być sprawowane przez jedną osobę posiadającą stosowne uprawnienia zawodowe.

Wykonawca odnośnie założeń w zakresie możliwości skierowania do wykonywania obowiązków personelu wskazanego w pkt. „2.1.2. Inni Eksperci” OPZ w Okresie projektowania, Okresie Przeglądów, Rozliczenia Kontraktu oraz wynagrodzenia tego personelu w tym zakresie odpowiedział, że zaplanował rezerwę finansową na etapie projektowania i na etapie przeglądów i rozliczenia kontraktu.

Wobec powyższego, zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2018 roku zwrócił się do wykonawcy Promost o wyjaśnienia, czy w okresie projektowania uwzględnił wynagrodzenie geodety, osoby pełniącej funkcje nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych oraz nadzoru geotechnicznego, nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, specjalisty ds. współpracy i umów z gestorami sieci oraz prawnika, specjalisty ds. inżynierii ruchu.

Zamawiający stwierdził, iż ww. osoby nie zostały uwzględnione w załączniku nr 14 – Planowane Koszty Realizacji Usługi dla okresu projektowania. Zamawiający spytał, czy wynagrodzenie dla tych osób jest uwzględnione w kosztach rezerwy czy też w innych kosztach?

Zamawiający stwierdził, iż wykonawca Promost w załączniku Nr 14 – Planowane Koszty Realizacji Usługi, w okresie realizacji robót nie wskazał następujących funkcji: asystenta inspektora nadzoru specjalności architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, asystenta inspektora nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, elektrycznych i energetycznych. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie tego braku.

Zamawiający zauważył, że wykonawca Promost w piśmie z dnia 9 stycznia 2018 roku stwierdził, że omyłkowo podał pozycje Inżyniera Rezydenta oraz Inspektora Kolejowego. Mimo to stanowiska te nadal figurują w skorygowanym załączniku 14 – Planowane koszty realizacji usługi. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie tej kwestii.

Pismem z dnia 1 lutego 2018 roku wykonawca Promost oświadczył, że podtrzymuje swoje wyjaśnienia złożone w dniu 9 stycznia 2018 roku. Wskazał, że zaplanował w swoim preliminarzu kosztów rezerwę finansową w wysokości ok. 280 000,00 zł na etapie projektowania i ok. 62 000,00 zł na etapie przeglądu i rozliczenia kontraktu, jak również ok. 500 000,00 zł na etapie realizacji robót, która w razie potrzeby będzie wykorzystania między innymi na skierowanie do pracy personelu wskazanego w pkt. 2.1.2. W przypadku konieczności wykonania pracy przez danego eksperta zostanie on skierowany do wykonywania zadań w ww. okresach.

Wykonawca Promost stwierdził również, że będąc firmą zajmującą się projektowaniem posiada w swoich zasobach specjalistów w zakresie ochrony środowiska, geotechniki, inżynierii ruchu. Współpracuje też na stałe z firmami geodezyjnymi i geologicznymi. W związku z tym zakres czynności związanych z weryfikacją dokumentacji projektowej pod względem ochrony środowiska, geologii, geodezji, inżynierii ruchu zostanie przeprowadzony sprawnie i pozwoli zminimalizować koszty nadzoru (czas pracy pracowników związany z weryfikacją wymaganych opracowań) oraz czas potrzebny na ich weryfikację. Dodatkowo w miarę potrzeb wykonawca skieruje do pracy specjalistę ds. umów z gestorami sieci, jak również prawnika. Eksperti ci są również pracownikami Promost Consulting, co pozwala w znacznym stopniu zminimalizować koszty poprzez odpowiednią optymalizację czasu pracy.

Wykonawca Promost stwierdził, iż tego typu kosztów nie da się w sposób jednoznaczny zweryfikować i poddać analizie, poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle, na ile wycenia ją osoba je świadcząca. Stąd też biorąc pod uwagę potrzebę zaangażowania innych ekspertów w realizację zamówienia i trudny do przewidzenia nakład czasu pracy, wykonawca uwzględnił ich wynagrodzenie w rezerwie.

Pismem z dnia 15 września 2017 roku wykonawca ZDI udzielił odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 września 2017 roku i załączył HPPK. Z HPPK nie wynika, że wykonawca przewidział wynagrodzenie ekspertów wskazanych w pkt. 2.1.2 „Inni eksperci” OPZ w wymaganych okresach.

Wykonawca ZDI stwierdził, iż przewidział wszystkie wymagane specjalizacje z zakresu wskazanym w pkt. 2.1.2. „Inni eksperci” OPZ.

Pismem z dnia 4 stycznia 2018 roku zamawiający wezwał wykonawcę ZDI do udzielenia odpowiedzi między innymi na następujące pytania:

„Wobec zapisów zawartych w SIWZ, Zamawiający zwraca się z prośbą o wskazanie, jakie założenia przyjął Wykonawca w zakresie możliwości skierowania do wykonywania obowiązków personelu wskazanego w pkt „2.1.2 Inni Eksperci” OPZ w Okresie Projektowania, Okresie Przeglądów, Rozliczenia Kontraktu oraz wynagrodzenia personelu w tym zakresie?

Załącznik Nr 4, który to w odniesieniu do finansowego przykładowego HPPK oraz formularza ofertowego jest niejednoznaczny i nie koresponduje z wartościami tam wskazanymi. Prosimy o wyjaśnienie powyższej rozbieżności”

W odpowiedzi z dnia 11 stycznia 2018 roku wykonawca ZDI stwierdził, że określił swoje założenia w przykładowym HPPK oraz założył wynagrodzenie innych ekspertów wraz z rezerwą, w rozbiciu ceny kontraktowej w podziale na miesiące realizacji usługi z uwzględnieniem elementów składowych.

Wyjaśnił, iż rozbieżność HPPK i formularza ofertowego może dotyczyć odmiennej kwalifikowalności poszczególnych części składowych obu załączników (inna forma przyporządkowania kosztów związanych z ryzykami wykonawcy, kosztami ogólnymi itp.). Dlatego też w celu rozwiania wątpliwości zamawiającego, wykonawca przedkłada rozbięcie ceny kontraktowej w podziale na miesiące realizacji usługi, z uwzględnieniem elementów składowych, tj. koszty poszczególnego personelu konsultanta, z uwzględnieniem zatrudnienia deklarowanych 6 osób na umowę o pracę.

Pismem z dnia 26 stycznia 2018 roku zamawiający wezwał wykonawcę ZDI do złożenia wyjaśnień w zakresie wynagrodzenia osób wykonujących w okresie projektowania funkcje nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych oraz nadzoru technicznego oraz specjalisty ds. inżynierii ruchu. Poprosił także o informacje, czy wykonawca w okresie projektowania uwzględnił w cenie oferty wynagrodzenie ww. specjalistów (innych ekspertów) oraz o wskazanie pozycji w planowanych kosztach, w której wykonawca uwzględnił wynagrodzenie dla tych osób, ponieważ ww. osoby nie zostały uwzględnione w załączniku nr 14 – Planowane Koszty Realizacji usługi dla okresu projektowania. Zamawiający spytał, czy wynagrodzenie dla tych osób jest uwzględnione w kosztach rezerwy czy też w innych kosztach.

Ponadto zamawiający stwierdził, że wykonawca ZDI w załączniku nr 14 – Planowane Koszty Realizacji Usługi w okresie realizacji robót nie wskazał następujących funkcji:

- asystenta inspektora nadzoru specjalności: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej,

- asystenta inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej i mostowej,
- asystenta inspektora nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych.

Zamawiający poprosił o wyjaśnienie powyższego.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z pozycjami 2.1.18 (okres projektowania), 2.2.25 (okres realizacji robót), 2.3.25 (okres przeglądów i rozliczenia kontraktu), wykonawca wskazał, że przewidział rezerwę dla dodatkowych asystentów. Poprosił o wskazanie, jakich asystentów i w jakich okresach wykonawca przewidział w ramach wskazanych w ww. pozycjach kwot.

Pismem z dnia 31 stycznia 2018 roku wykonawca ZDI wyjaśnił, iż w okresie projektowania uwzględnił w cenie oferty wynagrodzenie osób pełniących funkcję nw. specjalistów:

- nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych oraz nadzoru geotechnicznego,
- specjalisty ds. inżynierii ruchu.

Wykonawca ZDI wskazał, że wynagrodzenie innych ekspertów (w okresie projektowania) zostało uwzględnione w pozycji ryzyka związane z koniecznością oddelegowania personelu w większym zakresie (pozycja 2.1.18, 2.1.20 – załącznik nr 4 – Rozbicie ceny kontraktowej w podziale na miesiące realizacji usługi z uwzględnieniem elementów składowych).

Wykonawca stwierdził, że zgodnie z pkt 2.1.2 OPZ, tj. *Celem zapewnienia należytego wykonania usług w sytuacji, gdy zajdzie potrzeba* założył, iż Asystent Inspektora Nadzoru specjalności architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej; Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, cieplnych wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych będą skierowani do wykonywania usługi w sytuacji, gdy zajdzie taka potrzeba, tj. w okresach, w których może nastąpić kumulacja robót danej branży.

W ramach kwot określonych w poz. 2.1.18, jak również 2.1.20 (okres projektowania) wykonawca wskazał wynagrodzenie innych ekspertów, w tym m.in. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych oraz nadzoru geotechnicznego, specjalisty ds. inżynierii ruchu, archeologa, itp. celem zapewnienia należytego wykonywania usługi.

W ramach kwot z pozycji 2.2.25, 2.2.28, 2.3.25, 2.3.28 (okres realizacji, okres przeglądów i rozliczenia kontraktu) wykonawca uwzględnił koszty związane z m.in. pełnieniem funkcji Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, cieplnych, elektrycznych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych. W wyżej wymienionych pozycjach zostały przewidziane również inne ryzyka, np. związane z koniecznością wydłużenia założonego czasokresu pełnienia obsługi przez danego eksperta/asystenta ryzyka społeczne.

Natomiast założenia odnośnie kosztów asystentów: inspektora nadzoru w branży drogowej i mostowej określone zostały odpowiednio w pozycjach 2.2.23, 2.2.24 (okres realizacji) 2.3.23, 2.3.24 (okres przeglądów i rozliczenia kontraktu) załącznik nr 4 Rozbicie ceny kontraktowej w podziale na miesiące relacji usługi z uwzględnieniem elementów składowych.

Zamawiający pismem datowanym na dzień 23 marca 2018 r. poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Promost z uwagi na uzyskanie najwyższej liczby punktów (90,00 pkt.).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 kwietnia 2018 roku zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1 w zw. art. 11 ust. 4 ustawy P.z.p. tj. wobec czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców Promost i ZDI w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie zamawiający nie unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie należało uwzględnić w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Rzeszowie, Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie.

W związku z oświadczeniem zamawiającego o uznaniu zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 4 ustawy P.z.p. i ujawnieniem wyjaśnień złożonych przez wykonawców Promost i ZDI w zakresie rażąco niskiej ceny, odwołanie w zakresie tych zarzutów podlega umorzeniu.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu, który został przez Izbę uwzględniony, Izba stwierdziła, że wykonawca Promost nie uwzględnił w wycenie zamówienia wynagrodzenia geodety w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji, specjalisty ds. nadzoru geotechnicznego, specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, specjalisty ds. nadzoru geologicznego, specjalisty ds. współpracy z gestorami sieci oraz specjalisty ds. inżynierii ruchu, natomiast wykonawca ZDI – specjalisty ds. nadzoru geotechnicznego, specjalisty ds. nadzoru geologicznego oraz specjalisty ds. inżynierii ruchu. W ocenie Izby świadczy to o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Obowiązek ujęcia w ofercie, a następnie w składanych wyjaśnieniach, na etapie projektowania specjalistów wynikał z następujących zapisów Istotnych Postanowień Umowy:

1. Geodeta - 5 14 ust. 1 pkt 2 Istotnych Postanowień Umowy,
2. Specjalista nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych - 5 14 ust. 1 pkt 4 Istotnych Postanowień Umowy,
3. Specjalista nadzoru geotechnicznego - 5 14 ust. 1 pkt 4 Istotnych Postanowień Umowy,
4. Specjalista nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska - 5 14 ust. 1 pkt 5 Istotnych Postanowień Umowy,
5. Specjalista ds. współpracy i umów z gestorami sieci - 5 14 ust. 1 pkt 6 Istotnych Postanowień Umowy,
6. Prawnik - 5 14 ust. 1 pkt 6 Istotnych Postanowień Umowy,
7. Specjalista ds. inżynierii ruchu - 5 14 ust. 1 pkt 6 Istotnych Postanowień Umowy.

Powyższe wynika również z wezwań zamawiającego do wykonawców Promost oraz ZDI z dnia 26 stycznia 2018 roku, w których zamawiający wskazuje ww. podstawę wynikającą z s.i.w.z. dla obowiązku ujęcia ww. specjalistów w ofercie, a następnie w wyjaśnieniach.

Brak wskazania ww. specjalistów w HPPK dołączonego do pierwszych złożonych wyjaśnień stanowi o sprzeczności pomiędzy ofertą a s.i.w.z.. Zamawiający bowiem wyraźnie w I wezwaniu wymagał przedstawienia HPPK dla „wszystkich ekspertów i specjalistów”. Późniejsze zmiany w tym zakresie HPPK było równoznaczne ze zmianą treści uprzednio złożonych wyjaśnień.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ściśle egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe, stwierdzić należy, iż wymóg uwzględnienia wskazanych specjalistów wynikał wprost ze wskazanych wyżej Istotnych Postanowień Umowy. Tym samym zamawiający winien był je stosować wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Analiza treści wezwań, jakie zamawiający wystosowywał do wykonawców Promost i ZDI wskazuje, że wykonawcy Ci nie uwzględnili opisanych wymogów w wycenie zamówienia. Dopiero uporczywe dopytywanie przez zamawiającego w kolejnych wezwaniach o fakt i miejsce uwzględnienia specjalistów spowodowało, że wykonawcy oświadczyli, że uwzględnili wymaganych specjalistów i wskazali miejsca, z których ma to wynikać. Oświadczenia te pozostają w sprzeczności ze złożonymi przez nich HPPK i stanowią nieuprawnioną zmianę jego założeń. Tym samym Izba uznała zarzut za uzasadniony i nakazała zamawiającemu odrzucenie ofert wykonawców Promost i ZDI.

Izba oddaliła zarzuty wskazane w pkt 3, 4 i 6 odwołania, tj.:

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum Promost i Konsorcjum ZDI wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferty tych wykonawców zawierają cenę rażąco niską;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Promost i ZDI, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy Promost i ZDI nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy P.z.p.;

6. naruszenie art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez ponowne zwrócenie się do Promost i ZDI o złożenie wyjaśnień, podczas gdy pierwsze złożone wyjaśnienia nie zawierały odpowiedzi na wszystkie zadane przez zamawiającego pytania oraz były ogólnikowe.

Izba stwierdziła, że ewentualne naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów, wobec uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. i nakazania zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców Promost i ZDI, pozostają bez wpływu na wynik postępowania, dlatego też oddaliła podniesione zarzuty na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę 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.

.....

.....

.....