

Sygn. akt: KIO 2572/18

WYROK
z dnia 2 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 grudnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2018 r. przez odwołującego - **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o.**, (ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC**, (Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 7, 26-600 Radom),

przy udziale wykonawcy: **Biuro Studio Projektów i Realizacji Energoprojekt-Katowice S.A.**, (ul. Jesionowa 15, 40-159 Katowice), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o.**, (ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa), i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Radomiu**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp], przez Zamawiającego: Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „RADPEC” S.A. z Radomia, którego przedmiotem są usługi sektorowe na „Wybór Doradcy Technicznego dla przedsięwzięcia pn.: „Budowa bloku kogeneracyjnego o mocy ok. 75 MWt / 22 MWe” przy ul. Żelaznej 7 w Radomiu” (Znak postępowania: 27/42/2018/MM). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem: 2018/S 184-417408.

Odwołujący - ILF CONSULTING ENGINEERS POLSKA Sp. z o.o. z Warszawy wskazał na naruszenie w przedmiotowym postępowaniu następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowego badania i oceny ofert, co miało wpływ na wynik Postępowania;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Studiów, Projektów i Realizacji „Energoprojekt-Katowice” S.A. (dalej „EPK”), mimo że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę oraz EPK powinno zostać wykluczone z Postępowania;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - nieodrzuconie oferty EPK, mimo że podlega ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a EPK składając wyjaśnienia w tym zakresie nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena za realizację zamówienia nie jest rażąco niska;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp - niewykluczenie EPK z Postępowania, mimo że EPK nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w Sekcji III. 1.3) 11 b) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału V pkt 1.2.1 ppkt 1 b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
5. art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp - niewykluczenie EPK z Postępowania, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego niedbalstwa lub rażącego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega Wykluczeniu w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w Sekcji III. 1.3) 11 b) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału V pkt 1.2.1 ppkt 1 b) SIWZ; ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie EPK z Postępowania, mimo że EPK w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje miały wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty EPK jako oferty najkorzystniejszej;

6. ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - niewezwanie EPK do uzupełnienia oferty w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w Sekcji III. 1.3) I 1 b) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału V pkt 1.2.1 ppkt 1 b) SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i: (1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty EPK jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, (2) odrzucenie oferty EPK na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, jak również wykluczenie EPK z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, ewentualnie (3) wykluczenie EPK z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp oraz (4) nakazanie dokonania wyboru oferty ILF jako oferty najkorzystniejszej. Ewentualnie, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie potwierdziły się żadne inne podniesione w odwołaniu zarzuty, poza zarzutem niespełnienia przez EPK warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w Sekcji III. 1.3) I 1 b) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału V pkt 1.2.1 ppkt 1 b) SIWZ i możliwe jest wezwanie EPK do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie oceny i badania ofert oraz wezwanie EPK do uzupełnienia wykazania spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca stwierdził, że zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia bowiem Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami prawa dokonał wyboru oferty EPK jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, a w konsekwencji uniemożliwił wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania w szczególności podał:

W prowadzonym przez Zamawiającego Postępowaniu skutecznie zostały złożone dwie oferty - oferta Odwołującego oraz oferta EPK. W dniu 4 grudnia 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez EPK (e-mail z pismem nr MM/4711/2018). Zdaniem Odwołującego wybór oferty złożonej przez EPK jako najkorzystniejszej stoi w sprzeczności z wskazanymi powyżej przepisami ustawy Pzp i jako taki nie może się ostać. Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 grudnia 2018 r. nr MM/4711/2018 - Załącznik nr 4.

I. Okoliczności wskazujące na konieczność odrzucenia oferty EPK.

Zdaniem Odwołującego oferta EPK powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jako oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

1. Rażąco niska cena w ofercie EPK.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć 6.150.000,00 zł brutto , tj. 5.000.000 zł netto. Cena wskazana w ofercie EPK na realizację przedmiotu zamówienia wynosi 2.397.270,00 zł brutto, tj. 1.949.000,00 zł netto. Cena wskazana w ofercie EPK stanowi zaledwie 38,98% kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Ponadto, cena wskazana przez EPK stanowi 55,85% ceny jaką w Postępowaniu zaoferował Odwołujący. Zdaniem Odwołującego zamówienie obejmujące swoim zakresem prace wymagające wiedzy specjalistycznej z różnych dziedzin (projektowo-budowlanych, administracyjnych oraz prawnych), polegające na: sporządzeniu projektu podstawowego; sporządzeniu projektu budowlanego, przygotowaniu i złożeniu wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę dla inwestycji wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji i warunków; uczestnictwie w charakterze pełnomocnika zamawiającego w procesie uzyskiwania pozwolenia na budowę; przygotowaniu kompletnej dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór generalnego wykonawcy; świadczeniu usług doradczych w ramach postępowania na wybór generalnego wykonawcy; świadczeniu nadzoru projektowego, w tym nadzoru autorskiego w okresie prowadzenia prac przez generalnego wykonawcę do czasu uzyskania protokołu końcowego - nie może zostać należycie i z zyskiem zrealizowane za wskazane przez EPK wynagrodzenie w wysokości 2.397.270,00 zł brutto. Wskazana w ofercie EPK cena wzbudziła już wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania Zamówienia skoro wezwał on tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W związku z powyższym, Odwołujący niniejszym wnosi do Krajowej Izby Odwoławczej o sprawdzenie i zweryfikowanie wyjaśnień złożonych przez EPK odnośnie ceny, jaką zaproponował na realizację Zamówienia. Odwołujący wnosi, aby przy tej weryfikacji zwrócić szczególną uwagę na: (a) Liczbę osób zaproponowaną przez EPK do realizacji Zamówienia biorąc pod uwagę czas realizacji poszczególnych zadań; (b) Czasochłonność zadań, w tym niezbędną liczbę godzin na realizację Zamówienia; (c) Koszt jednej roboczogodziny.

2. Wyliczenie ceny w ofercie EPK. - Czas realizacji zadania:

Wskazany przez Zamawiającego czas realizacji Zamówienia objętego Postępowaniem wynosi 54 miesiące. Czas realizacji Zamówienia z wyłączeniem punktu (vi) będzie wynosił około 20 miesięcy, przy czym minimalny okres wykonania prac wskazanych w punktach (i) - (iv) to 6 miesięcy. Nadzór projektowy, zawierający nadzór autorski będzie więc świadczony przez 34 miesiące, który to czas pozostanie jednak uzależniony od okresu wykonywania robót budowlanych.

Wyliczenie liczby godzin niezbędnych do realizacji Zamówienie z godnie z ofertą EPK.

EPK realizowało na rzecz Odwołującego projekt budowlany zamienny dla nowej Elektrociepłowni w Zabrze na podstawie umowy nr E872-ILF-AD-0011 z dnia 7 lipca 2015 r. (dalej „Umowa nr E872”). W § 7 ust. 4 Umowy nr E872 EPK uzgodniło z Odwołującym cenę za godzinę prac polegających na aktualizacji projektu budowlanego w wysokości 165 zł netto. Biorąc powyżej wskazaną stawkę za roboczogodzinę jako średnią stawkę stosowaną przez EPK w porównywalnych projektach, która, zdaniem Odwołującego, powinna pokrywać wszelkie koszty niezbędne do realizacji Zamówienia, w tym wynagrodzenia pracowników, koszty wynajmu biura, koszty Zarządu, obsługi administracyjnej itp., Odwołujący przyjął taką samą stawkę godzinową do wyliczenia wysokości wynagrodzenia, jaką EPK powinien zaproponować w niniejszym Postępowaniu. Za prace wskazane powyżej, wymagające wiedzy specjalistycznej podczas realizacji każdego z etapów, EPK przewidziało wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1.859.000, 00 zł netto. Kwota ta podzielona przez powyższą stawkę za godzinę pracy (165 zł) daje nam liczbę godzin, w trakcie której EPK powinno wykonać Zamówienie, tak aby nie ponieść straty. Liczba ta, to w zaokrągleniu 11.267 godzin. W trakcie tego czasu, który przecież rozkłada się na wszystkich pracowników realizujących przedmiot Umowy, EPK ma wykonać projekt wstępny, skomplikowany wielobranżowy projekt budowlany, uzyskać wszelkie niezbędne uzgodnienia oraz przeprowadzić procedurę uzyskania pozwolenia na budowę, w tym aktywnie uczestniczyć w tym postępowaniu odpowiadając na wszelkie wezwania organów, przygotować kompletną dokumentację do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór generalnego wykonawcy (w tym umowę, dokumentację zamówieniową zgodną z ustawą Pzp) oraz świadczyć usługi doradcze w ramach ww. postępowania. Odwołujący wskazał, że będąc profesjonalistą czas realizacji Zamówienia przez podmiot nieposiadający znacznego doświadczenia w przygotowywaniu dokumentacji projektowej dla instalacji termicznego przetwarzania odpadów ocenia na co najmniej 25.000 godzin. Jego zdaniem, Oferta EPK powinna być zatem traktowana jako oferta zawierająca rażąco niską ceną, ponieważ projekt wielobranżowy, wielozadaniowy musi być realizowany przez liczny zespół specjalistów z różnych dziedzin. W realizacji Zamówienia powinni - co najmniej - brać udział następujący specjaliści i projektanci: 1. technolog, 2. mechanik, 3. elektryk, 4. automatyk, 5. teletechnik, 6. instalacji sanitarnych, 7. konstruktor-budowlany, 8. architekt, 9. rzeczoznawca BHP, 10. rzeczoznawca PPOŻ, 11. specjalista ds. zamówień publicznych; 12. specjalista ds. procedur administracyjnych. Jako dowód na potrzebę większego zaangażowanie osób w realizacji Zamówienia załączył wyciąg z projektu budowlanego Projektu ITPOE Rzeszów (zdefiniowany poniżej), niezbędnego do uzyskania pozwolenia na budowę opracowywany przez EPK, gdzie wskazano 17 osób zaangażowanych w opracowanie projektu budowlanego. Dowód: wyciąg z projektu budowlanego Projektu ITPOE Rzeszów - Załącznik nr 5

Ponadto, Zamawiający w niniejszym Postępowaniu wymagał wykazania dysponowaniem następującymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia: 1. przedstawiciel Wykonawcy; 2. projektant technolog; 3. projektant specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych; 4. projektant specjalności konstrukcyjno-budowlanej; 5. projektant specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; 6. specjalista z zakresu prawa zamówień publicznych.

3. Porównanie ceny z oferty EPK z cenami innych projektów realizowanych przez EPK.

Cena wskazana przez EPK za realizację prac objętych Zamówieniem, jest znacząco niższa niż wynagrodzenia jakie EPK otrzymało za realizację podobnego zakresu prac na innych projektach:

1) EPK realizowało na rzecz Odwołującego projekt budowlany zamienny dla nowej Elektrociepłowni w Zabrze na podstawie umowy nr E872.

W ramach prac podstawowych Umowy nr E872 EPK zobowiązane było wykonać projekt budowlany zamienny. Projekt budowlany zamienny obejmuje mniejszy zakres prac niż projekt budowlany, gdyż projektant posiada podstawę projektową w postaci projektu budowlanego. Wynagrodzenie EPK za wykonanie wyłącznie projektu budowlanego zamiennego wynosiło 1.520.000 zł netto, tj. 1.869 600 zł brutto. Zakres prac Umowy nr E872 nie obejmował poza przygotowaniem projektu budowlanego zamiennego, żadnych innych czynności, których realizacji wymaga Zamawiający w Postępowaniu, tj. sporządzenia projektu podstawowego, uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie pozwolenia na budowę, przygotowanie kompletnej dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór generalnego wykonawcy wraz ze świadczeniem usług doradczych w postępowaniu, świadczenie nadzoru projektowego. Porównując kwoty wynagrodzenia z Umowy nr E872 oraz ceny wskazanej w ofercie EPK na realizację Zamówienia, należy wskazać, że wynagrodzenie z Umowy nr E872 jest niższe wyłącznie o 429.000,00 zł przy nieporównywalnie mniejszym zakresie prac. Dowód: Umowa nr E872 - Załącznik nr 6

Nie sposób więc przyjąć, że ww. czynności nieobjęte zakresem Umowy nr E872 mogą zostać wykonane należycie przez EPK z zachowaniem zysku wyłącznie za kwotę 429.000,00 zł.

Ponadto, od podpisania Umowy nr E872 upłynęło prawie 3,5 roku. Bezsprzeczne jest, że od tego czasu wzrosły codzienne koszty utrzymania jakie zobowiązane jest ponieść biuro projektowe (media, ceny najmu, koszty pracy, specjalistyczne oprogramowanie projektowe). Wzrosły również wynagrodzenia. Dokonując prostego porównania przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, ogłaszanego przez Główny Urząd Statystyczny, wynosiło ono: W lipcu 2015 r. - 4.095,26 zł ; W październiku 2018 r. - 4.921,39 zł. Nastąpił więc średni wzrost przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia o 20%. Dowód: Dziennik

Urzędowy GUS 2015 r., poz. 31 - Załącznik nr 7; Dziennik Urzędowy GUS 2018 r., poz. 48 - Załącznik nr 8.

Nie bez znaczenia dla kosztu realizacji Umowy nr E872 oraz Zamówienia jest również miejsce świadczenia usług dla obu inwestycji. Siedziba oraz biuro projektowe EPK znajduje się w Katowicach. Realizując usługi, w tym w szczególności nadzory autorskie, niezbędna jest obecność projektantów na terenie budowy. Odległość pomiędzy elektrociepłownią w Zabrze, a siedzibą EPK w Katowicach wynosi około 20 km {trasa samochodowa), podczas gdy odległość pomiędzy Radomiem, a Katowicami wynosi ponad 230 km (trasa samochodowa). W przypadku realizacji Umowy nr E872 EPK mogło zmniejszyć koszty realizacyjne poprzez brak wydatków na dłuższe podróże służbowe pracowników, czy też zagwarantowanie im noclegów blisko terenu budowy. W przypadku realizacji Zamówienia, obiektywnie nie będzie to możliwe, szczególnie zważywszy, że EPK planuje wykonywać Zamówienie siłami własnymi, bez korzystania z miejscowych podwykonawców.

2) EPK realizowało podobną do Zamówienia usługę pn. „Wykonanie kompletnej dokumentacji budowlanej z uzyskaniem pozwolenia na budowę z klauzulą ostateczności dla projektu pn.: „Budowa Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii (ITPOE)” w PGE GiEK S.A. - Oddział Elektrociepłownia Rzeszów, Znak sprawy: ECR/FZ/226/24/2013 (dalej: „Projekt ITPOE Rzeszów”) za cenę 1.490.000,00 zł netto, tj. 1.832.700,00 zł brutto. Projekt ITPOE w Rzeszowie miał zostać wykonany w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (§ 3 ust. 1 umowy na realizację Projektu ITPOE w Rzeszowie), podczas gdy okres realizacji Zamówienia wynosi co najmniej 20 miesięcy. Porównując zakres Projektu ITPOE Rzeszów oraz Zamówienia, należy wskazać, że Zamówienie obejmuje dodatkowe czynności, w tym: (i) sporządzenie projektu podstawowego; (ii) przygotowanie kompletnej dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór generalnego wykonawcy; (iii) świadczenie usług doradczych w ramach postępowania na wybór generalnego wykonawcy; (iv) świadczenie nadzoru projektowego, w tym nadzoru autorskiego w okresie prowadzenia prac przez generalnego wykonawcę do czasu uzyskania protokołu końcowego. Dowód: wzór umowy w postępowaniu nr ECR/FZ/226/24/2013 dot. wykonania Projektu ITPOE Rzeszów - Załącznik nr 9 do odwołania;

Ponadto, od realizacji przez EPK umowy na Projekt ITPOE Rzeszów upłynęło prawie 5 lat. Bezsprzeczne jest, że od tego czasu wzrosły codzienne koszty utrzymania jakie zobowiązane jest ponieść biuro projektowe (media, ceny najmu, koszty pracy, specjalistyczne oprogramowanie projektowe). Wzrosły również wynagrodzenia. Dokonując prostego porównania przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, ogłaszanego przez Główny Urząd Statystyczny, wynosiło ono: W styczniu 2014 r. - 3.805,28 zł; W październiku 2018 r. - 4.921,39 zł. Nastąpił więc średni wzrost przeciętnego

miesięcznego wynagrodzenia o 29%. Dowód: Dziennik Urzędowy GUS 2014 r., poz. 6- Załącznik nr 10; Dziennik Urzędowy GUS 2018 r., poz. 48 - Załącznik nr 8 .

Porównując kwoty wynagrodzenia z umowy na realizację Projektu ITPOE w Rzeszowie oraz ceny wskazanej w ofercie EPK na realizację Zamówienia, należy wskazać, że wynagrodzenie z umowy na realizację Projektu ITPOE jest niższe wyłącznie o 459.000,00 zł przy nieporównywalnie mniejszym zakresie prac. Nie sposób więc przyjąć, że ww. czynności nieobjęte zakresem Projektu ITPOE Rzeszów, wymagające mobilizacji zespołu eksperckiego przez znacznie dłuższy okres czasu niż 6 miesięcy, wymagające udziału specjalistów z różnych branż, w tym specjalisty ds. zamówień publicznych, mogą zostać wykonane należycie z zachowaniem zysku przez EPK wyłącznie za kwotę 459.000,00 zł. Odwołujący wskazał, że w związku z bardzo dobrą koniunkturą o stałej tendencji wzrostowej w szeroko pojętym sektorze usług projektowo-inżynierskich, wzrost wynagrodzeń jest zdecydowanie większy, mając na uwadze braki kadrowe wykwalifikowanego personelu na rynku pracy. Skutkiem takiego stanu rzeczy jest istnienie w branży projektowo-inżynierskiej rynku pracownika co prowadzi do sytuacji istnienia silnej presji płacowej pracowników, co niewątpliwie podwyższa koszty realizacji projektów, nie zaś je obniża. Wykonawca podał, że zważywszy na fakt, że EPK zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, Odwołujący ponownie wnosi do Krajowej Izby Odwoławczej o dokonanie weryfikacji wyjaśnień przedstawionych przez EPK. Szczególnej ocenie powinno podlegać, czy EPK wykazało, że miały miejsce szczegółowe przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp które umożliwiłyby tak znaczące obniżenie przez EPK ceny ofertowej.

II. Okoliczności wskazujące na konieczność wykluczenia EPK z Postępowania EPK powinno zostać wykluczone przez Zamawiającego z Postępowania z uwagi na niespełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Sekcji III. 1.3) 11 b) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału V pkt 1.2.1 ppkt 1 b) SIWZ oraz z uwagi na fakt, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia wskazany wyżej warunek udziału w Postępowaniu.

1. Wykluczenie z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

Zgodnie z Sekcją III. 1.3) 11 b) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziałem V pkt 1.2.1 ppkt 1 b) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia wykonali w okresie ostatnich ośmiu (8) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 projekty budowlane wraz z nadzorem autorskim w rozumieniu art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo budowlane, w tym zrealizowali co najmniej jeden (1) projekt budowlany dotyczący budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub powstałych z odpadów komunalnych z jednoczesną produkcją energii elektrycznej i ciepła w kogeneracji o wydajności nie mniejszej

niż 30 000 ton odpadów rocznie (dalej „Warunek”). Dowód: wyciąg z SIWZ zawierający treść Warunku - Załącznik nr 11; Ogłoszenie o zamówieniu - Załącznik nr 12;

W dniu 29 października 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców (Część II, pytanie 1), który wnioskował o złączenie Warunku, w ten sposób, aby wystarczające było pełnienie wyłącznie na jednym z zadań, wchodzących w skład Warunku, (zamiast wszystkich trzech) nadzoru autorskiego w rozumieniu art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo Budowlane. Zamawiający nie wyraził jednak zgody na zmianę Warunku. Zamawiającemu, co wynika jednoznacznie z ww. okoliczności zależało, aby wykonawcy biorący udział w Postępowaniu posiadali doświadczenie w wykonaniu w ramach każdego z trzech zadań inwestycyjnych wchodzących w skład Warunku, łącznie dwóch czynności: (i) wykonania projektu budowlanego oraz (ii) sprawowania nadzoru autorskiego.

Nie było możliwe spełnienie Warunku poprzez wykonanie wyłącznie projektu budowlanego przy braku sprawowania nadzoru autorskiego, nawet dla inwestycji spełniającej wskazane przez Zamawiającego parametry.

2. Nadzór autorski - zakres czynności oraz cel regulacji.

Nadzór autorski został uregulowany w art. 60 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zgodnie z ust. 5 ww. artykułu sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy. Przepisem tym jest przywoływany przez Zamawiającego w Warunku oraz Warunku II art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego. Zgodnie z tą regulacją, projektant jest zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie: a) stwierdzenia w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Zamawiający jednoznacznie wskazywał, że przez sprawowanie nadzoru autorskiego rozumiał wykonywanie czynności wskazanych w art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego, oceniając czy wykonawca spełnił Warunek lub Warunek II należy zweryfikować, czy faktycznie wykonywał czynności wskazane w lit. a) lub b) powyżej. Zgodnie z powszechnie przyjętą definicją, przez nadzór autorski rozumie się czynności sprawowane przez autora projektu, polegające na sprawdzaniu zgodności realizacji robót z dokumentacją projektową i uzgadnianiu możliwości wprowadzania w razie potrzeby rozwiązań zamiennych. Nie ulega wątpliwości, że ww. czynności mogą być wykonywane dopiero po rozpoczęciu wykonywania robót budowlanych. Taki wniosek należy również wyprowadzić z lit. a) powyżej. Jest on wynikiem technicznych oraz logicznych zasad procesu budowlanego, zgodnie z którymi nadzór autorski może być prowadzony dopiero po rozpoczęciu wykonywania robót budowlanych. Wykonywanie czynności nadzoru autorskiego przez projektanta powinno zostać odnotowane w dzienniku budowy (art. 21 pkt 1 Prawa

budowlanego; § 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia).

3. Dokumenty przedstawione przez EPK na potwierdzenie spełnienia Warunku.

Na potwierdzenie spełnienia Warunku, EPK na s. 3-17 oferty zawarło Wykaz wykonanych prac (dalej: „Wykaz”) zawierający (i) oświadczenie Wykonawcy; (ii) Wykaz usług; (iii) Protokół Odbioru Etapu II (Końcowego) z dnia 30 kwietnia 2014 r. W ww. częściach oferty EPK trzykrotnie potwierdziło spełnienie Warunku również w zakresie, sprawowania nadzoru autorskiego nad projektem budowlanym dot. budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub powstałych z odpadów komunalnych z jednoczesną produkcją energii elektrycznej i ciepła w kogeneracji o wydajności nie mniejszej niż 30 000 ton odpadów rocznie (dalej: „Inwestycja”). Dowód: wyciąg z oferty EPK - Załącznik nr 13

Inwestycja, którą EPK wskazało na potwierdzenie spełnienia Warunku, miała zostać zrealizowana na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. i dotyczyła wykonania kompletnej dokumentacji budowlanej z uzyskaniem pozwolenia na budowę z klauzulą ostateczności dla projektu pn. „Budowa Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskaniem Energii” w PGE GiEK S.A. - Elektrociepłownia Rzeszów. Zgodnie z oświadczeniem EPK, zawartym, w Wykazie: „W zakresie usługi/zadania wykonano w szczególności Projekt Budowlany instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych z jednoczesną produkcją energii elektrycznej i ciepła w kogeneracji o wydajności >30 tys. ton rocznie, który zatwierdzony został prawomocną i ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę oraz świadczono usługę nadzoru autorskiego zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo Budowlane. Wykonanie zamówienia zostało przez EPK potwierdzone poprzez przedstawienie Protokołu Odbioru Etapu II (Końcowego) z dnia 30 kwietnia 2014 r., z którego wynika, że Komisja Odbiorowa potwierdziła odbiór Etapu II, tj. Uzyskania Decyzji Pozwolenia na Budowę z Klauzulą Ostateczności dla Instalacji ITPOE w PGE GiEK S.A. O/EC Rzeszów. Dowód: wyciąg z oferty EPK - Załącznik nr 13

4. Projekt ITPOE Rzeszów.

Odwołujący wskazał, że uczestniczył jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu przetargowym na „Wykonanie kompletnej dokumentacji budowlanej z uzyskaniem pozwolenia na budowę z klauzulą ostateczności dla projektu pn.: „Budowa instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii (ITPOE)” w PGE GiEK S.A. - Oddział Elektrociepłownia Rzeszów, Znak sprawy: ECR/FZ/226/24/2013 (dalej: „Projekt ITPOE Rzeszów11), tj. postępowaniu, na które powołało się EPK w celu potwierdzenia spełnienia Warunku. Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, nr ECR/FZ/226/24//61/355/2013 z dnia 27 sierpnia 2013 r. przesłane do Odwołującego - Załącznik nr 14

W Projekcie ITPOE Rzeszów przedmiotem zamówienia było wykonanie kompletnej dokumentacji budowlanej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę z klauzulą ostateczności dla projektu, w tym: (i) sporządzenie dokumentacji do przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji pozwolenia na budowę, w tym sporządzenie nowego raportu o oddziaływaniu na środowisko; (ii) wykonanie projektu budowlanego; (iii) uzyskanie wszelkich wymaganych warunków przyłączeniowych, opinii rzeczoznawców dotyczących zabezpieczeń przeciwpożarowych, BHP, pozytywnej opinii Zakładu Uzgadniania Dokumentacji; (iv) udzielenie merytorycznego wsparcia Zamawiającemu w przypadku konieczności przeprowadzenia konsultacji społecznych w zakresie uzgodnień środowiskowych w procesie uzyskiwania decyzji o pozwoleniu na budowę dla ITPOE. Przedmiot zamówienia w Projekcie ITPOE Rzeszów nie obejmował pełnienia usług nadzoru autorskiego w rozumieniu art. 20 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo Budowlane. Dowód: wzór umowy w postępowaniu nr ECR/FZ/226/24/2013 dot. wykonania Projektu ITPOE Rzeszów - Załącznik nr 9; Opis Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ w Postępowaniu nr ECR/FZ/226/24/2013) - Załącznik nr 15.

Fakt, że pełnienie nadzoru autorskiego nie wchodziło w zakres Projektu ITPOE Rzeszów potwierdzają również następujące okoliczności:

- 1) § 3 ust 1 pkt 1.2 wzoru Umowy z Projektu ITPOE Rzeszów, zgodnie z którym etapem kończącym wykonanie Umowy jest Etap II, uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę z klauzulą ostateczności; Dowód: wzór umowy w postępowaniu nr ECR/FZ/226/24/2013 dot. wykonania Projektu ITPOE Rzeszów - Załącznik nr 9.
- 2) Protokół Odbioru Etapu II (Końcowy) umowy z dnia 30 kwietnia 2014 r., przedstawiony przez EPK na potwierdzenie spełnienia Warunku, potwierdza wyłącznie uzyskanie przez EPK decyzji o pozwoleniu na budowę z klauzulą ostateczności, nie zaś sprawowanie nadzoru autorskiego w rozumieniu art. 20 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo Budowlane. Sprawowanie nadzoru autorskiego rozumieniu art. 20 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo Budowlane nie było możliwe przez EPK na podstawie umowy zawartej w Projekcie ITPOE Rzeszów, gdyż nadzór autorski (co wynika z literalnego brzmienia art. 20 ust. 1 ustawy Prawo Budowlane, jak również technicznych oraz logicznych zasad procesu budowlanego), może być wykonywany w toku wykonywania robót budowlanych (szerzej na ten temat powyżej). Roboty budowlane, mające na celu budowę Inwestycji zostały zaś rozpoczęte dopiero w grudniu 2015 r. Dowód: wyciąg z oferty EPK, s. 17, Protokół odbioru Etapu II (Końcowy) - Załącznik nr 13; wydruk informacji ze strony internetowej <https> (...) - Załącznik nr 16.
- 3) Decyzja o pozwoleniu na budowę nr 256/2014 inwestycji pn. instalacja termicznego przetwarzania z odzyskiem energii w PGE GiEK S.A., Oddział Elektrociepłownia Rzeszów, która została wydana w dniu 4 kwietnia 2014 r., stała się zaś ostateczna w dniu 29 kwietnia 2014 r. Daty te korespondują z datą przedłożonego przez EPK Protokołu Odbioru Etapu II

(Końcowego). Potwierdzają również, że EPK nie mogło sprawować nadzoru autorskiego w rozumieniu art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo Budowlane nad wykonywanymi robotami budowlanymi, gdyż (i) nie mogły być one wykonywane do dnia ostateczności decyzji o pozwoleniu na budowę; (ii) decyzja stała się ostateczna w dniu 29 kwietnia 2014 r.; (iii) EPK podpisało z zamawiającym Protokół Odbioru Końcowego w dniu 30 kwietnia 2014 r. Dowód: decyzja o pozwoleniu na budowę nr 256/2014 z dnia 4 kwietnia 2014 r. z klauzulą ostateczności z dnia 29 kwietnia 2014 r. - Załącznik nr 17

4) Generalny Wykonawca robót budowlanych Projekt ITPOE Rzeszów, tj. ASTER RESON/IA TM E. SpA Termomeccanica Ecologia, Astaldi SpA, S.C., poinformował Odwołującego, że zawarł z zamawiającym tj. PGE GiEK S.A. umowę dotyczącą realizacji Inwestycji, w tym wykonanie prac projektowych, wykonanie zamiennego projektu budowlanego, uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę, a także świadczenie usługi nadzoru autorskiego oraz realizację robót budowlanych. Prace dotyczące wykonania zamiennego projektu budowlanego oraz uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę a także pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją inwestycji generalny wykonawca robót budowlanych powierzył swojemu podwykonawcy tj. Forum Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Generalny wykonawca wskazał również, że w ramach realizacji Inwestycji nie została nawiązana przez niego współpraca z EPK. Dowód: pismo ASTER RESON/IA TM E. SpA Ternnomeccanica Ecologia, Astaldi SpA, S.C. z dnia 5 grudnia 2018 r. - Załącznik nr 18

Jak więc jednoznacznie wynika z ww. przytoczonych okoliczności, EPK nie mogło wykonywać nadzoru autorskiego w rozumieniu art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo Budowlane nad Inwestycją w Projekcie ITPOE Rzeszów. Tym samym EPK podając w Wykazie, że świadczyło nadzór autorski w ramach realizacji Inwestycji wprowadziło Zamawiającego w błąd w celu potwierdzenia spełnienia Warunku.

5. Projekt Zabrze

Również inna usługa, podana przez EPK, mająca potwierdzić spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Sekcji III. 1.3) I 1 a) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału V pkt 1.2.1 ppkt 1 a) SIWZ, tj. że wykonawcy powinni posiadać doświadczenie polegające na wykonaniu co najmniej 3 projektów budowlanych wraz z nadzorem autorskim w rozumieniu art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo budowlane, w tym zrealizowali co najmniej dwa (2) projekty budowlane dot. budowy instalacji energetycznego spalania paliw stałych w kogeneracji o mocy cieplnej nie mniejszej niż 30MW netto (dalej „Warunek II”) wprowadza Zamawiającego w błąd z uwagi na nieprawdziwe informacje. Na potwierdzenie spełnienia Warunku II EPK wykazało m.in. projekt obejmujący opracowanie projektu budowlanego dla nowej Elektrociepłowni w Zabrzu wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, w tym sieciami, urządzeniami technicznymi oraz wyposażeniem stanowiącym całość funkcjonalną zlokalizowanej na terenie Elektrociepłowni w Zabrzu nowej elektrociepłowni (dalej „Projekt Zabrze”). Czynności w

ramach Projektu Zabrze EPK wykonywało jako podwykonawca na rzecz Odwołującego. Odnosząc się do treści Wykazu EPK w zakresie Projektu Zabrze, w którym to Wykazie EPK potwierdziło, że „W zakresie usługi/zadania [Projekt Zabrze] wykonano w szczególności projekt budowlany bloku kogeneracyjnego o mocy cieplnej >30MW opalanego paliwem stałym (węgiel kamienny oraz paliwo z odpadów komunalnych), który zatwierdzony został prawomocną i ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę oraz świadczono usługę nadzoru autorskiego zgodnie z art. 20 ust 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo Budowlane”, Odwołujący oświadcza, że EPK wykonało wprawdzie na rzecz Odwołującego usługi projektowe polegające na opracowaniu projektu budowlanego zamiennego, na podstawie zawartej pomiędzy EPK a Odwołującym Umowy nr E872, jednak EPK na podstawie tej umowy nie sprawowało podczas realizacji Projektu Zabrze nadzorów autorskich. Zgodnie z § 2 ust. 2 lit. e) Umowy nr E872 EPK było zobowiązane do sprawowania nadzorów autorskich w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane, jednak na zasadach określonych w Załączniku nr 5 do Umowy nr E87. Zgodnie z punktem 4 Załącznika nr 5 do Umowy nr E872 nadzór autorski miał być świadczony w oparciu o pisemne wezwanie (na żądanie) Odwołującego. Ponadto, na podstawie punktu 8 Załącznika nr 5 do Umowy nr E872 w razie wykonywania nadzoru autorskiego projektant zobowiązany był każdorazowo do dokonania stosownego wpisu w Książce Nadzoru Autorskiego. Wpis taki musiał być potwierdzony przez osobę upoważnioną ze strony Zamawiającego. Odwołujący jednoznacznie podkreśla, że w ramach realizacji Umowy nr E872 ani razu nie wezwał EPK do sprawowania nadzoru autorskiego. Powyższy fakt znajduje również potwierdzenie w rozliczeniach pomiędzy EPK, a Odwołującym. Zgodnie z § 7 ust. 7 Umowy nr E872 EPK miało otrzymać z tytułu wykonywania nadzorów autorskich wynagrodzenie w kwocie stanowiącej iloczyn liczby sprawowanych nadzorów autorskich i zryczałtowanej stawki za jeden nadzór autorski (osobodzień) w kwocie 1.500,00 zł netto. Odwołujący oświadcza, że nie wypłacił EPK żadnego wynagrodzenia z tytułu sprawowania nadzorów autorskich. Dowód: Załącznik nr 5 do Umowy nr E872 - Załącznik nr 19.

Ponadto dołączony przez EPK do oferty Częściowy Protokół Odbioru Przedmiotu Umowy nr E872 nie potwierdza wykonywania przez EPK nadzoru autorskiego. Potwierdza on jedynie odbiór przez Odwołującego projektu budowlanego. Dowód: wyciąg z oferty EPK - Załącznik nr 13

Nie można więc uznać, że EPK sprawowało nadzór autorski na podstawie Umowy nr E872. Tym samym EPK ponownie wprowadziło Zamawiającego w błąd, tym razem w celu potwierdzenia spełnienia Warunku II. Odwołujący kwestionuje wskazany przez EPK Projekt Zabrze mający potwierdzić spełnienie Warunku II. adwz dostrzegą potencjalna możliwość próby konwalidacji przez EPK wadliwości usługi wskazanej do spełnienia Warunku (Projektu ITPOE Rzeszów), poprzez zastąpienie jej Projektem Zabrze, która to referenda zawiera nieprawdziwe informacje w zakresie sprawowania przez EPK nadzorów autorskich.

6. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien wykluczyć EPK z Postępowania z uwagi na niespełnianie Warunku udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, gdyż w ocenie Odwołującego EPK, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia wskazany wyżej Warunek. Nie sposób bowiem przyjąć, aby EPK, będący biurem projektowym, profesjonalnym podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, nie posiadał wiedzy jaki zakres prac wykonywał, realizując umowę w ramach Projektu ITPOE Rzeszów oraz Umowę nr E872 ani na czym polegają czynności nadzoru autorskiego. Nie ulega wątpliwości, że EPK jako profesjonalista był w obowiązku zweryfikować, czy na pewno spełnia Warunek udziału w Postępowaniu. Brak takiej weryfikacji przed złożeniem oferty stanowi rażące niedbalstwo ze strony tego wykonawcy. EPK wskazał Zamawiającemu aż dwie usługi, oświadczając, że potwierdzają one spełnienie Warunku oraz Warunku II, podczas gdy nie spełniały one jednoznacznego wymogu Zamawiającego co do świadczenia nadzoru autorskiego. W uzasadnieniu wskazał także na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. akt KIO 618/17; sygn. akt KIO 836/17; sygn. akt KIO1085/17; o sygn. akt KIO 161/18. Podkreślił, że Zamawiający na skutek potwierdzenia przez EPK spełniania Warunku Zamawiający został wprowadzony w błąd, gdyż oferta EPK została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Nie może być więc wątpliwości, że udostępniona przez EPK informacja miała istotny wpływ na wynik Postępowania. W konsekwencji EPK powinno zostać wykluczone z Postępowania, gdyż „Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania” – (tak wyrok KIO z dnia 2 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 113/18).

7. Wykluczenie z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp

Ewentualnie, gdyby KIO uznała, że w niniejszym stanie faktycznym nie zostały spełnione kwalifikowane przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, Odwołujący wnosi o wykluczenie EPK na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że EPK w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd (tj. załączone do oferty informacje dotyczące spełnienia przez EPK Warunku udziału w Postępowaniu), które miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, gdyż oferta EPK została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

8. Brak podstaw do wzywania EPK do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

W niniejszej sprawie brak jest podstaw do wzywania EPK do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia Warunku poprzez wykazanie się innym doświadczeniem. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie obejmuje swoim zakresem przypadków wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp. Odwołujący ewentualnie wnosi o unieważnienie oceny i badania ofert i nakazanie Zamawiającemu wezwanie EPK do uzupełnienia wykazania spełnienia Warunku. Odwołujący wnosi o powyższe jedynie z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek, gdyby KIO uznała, że nie potwierdziły się żadne inne podniesione w niniejszym odwołaniu zarzuty, poza zarzutem niespełnienia przez EPK Warunku, i jednocześnie w ocenie KIO możliwe byłoby wezwanie EPK do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zastrzega możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Przede wszystkim w tej odpowiedzi odniósł się do zarzutu rażąco niskiej ceny wskazując na podstawy ustalania dla tego przedmiotu zamówienia wartości szacunkowej oraz podkreślił m.in., że nie udało się Zamawiającemu, pomimo szerokiego zakresu poszukiwań, uzyskać zbyt wielu informacji odnośnie ogłoszonych bądź rozstrzygniętych postępowań przetargowych, których zakres pokrywałby się z zakresem przedmiotu, na który Zamawiający zamierzał ogłosić postępowanie przetargowe. Z wycień wynikało, że kwota, jaką Zamawiający powinien przeznaczyć na wykonanie zamówienia powinna mieścić się w przedziale 4 565 000 — 9 865 000 złotych netto (odpowiednio 5 614 950 — 12 133 950 powiększone o VAT). Średnio cena powinna kształtować się na poziomie 7 215 000 (8 874 450 powiększone o VAT). Zamawiający, mając na uwadze, że rozbieżność ofert może być duża (oferty mogą być poniżej powyższych wartości — ale mogą być też wyższe) przyjął dla bezpieczeństwa rozstrzygnięcia postępowania w granicach ceny ustalonej przez Zamawiającego na poziomie 5 000 000,00 zł (6 150 000,00 powiększone o VAT). Na otwarciu ofert okazało się, że wartość zamówienia została przeszacowana. Jednakże nie można mu zarzucić niezachowania staranności przy określaniu wartości zamówienia. Wykonawca, który na zlecenie Zamawiającego opracował wspomnianą powyżej „analizę techniczno-ekonomiczną oszacował wartość prac projektowych na niskim poziomie ok. 1 % (wobec 3-4,5% wynikających z rozporządzenia), na poparcie czego Zamawiający nie znalazł potwierdzenia w ogólnie dostępnych dokumentach czy też informacjach, w związku z czym nie mógł się kierować tymi szacunkami mając na uwadze ewentualne unieważnienie przetargu ze względu na wartość zamówienia w składanych ofertach znacznie przewyższających cenę ustaloną przez Zamawiającego. Mając na uwadze fakt, że przedsięwzięcia takie, jakie planuje przeprowadzić Zamawiający, są dość szczegółowo planowane pod względem terminów realizacji, a szczególnie zakończenie wymuszone jest regulacjami prawnymi, Zamawiający nie mógł sobie pozwolić na ryzyko związane z

przeprowadzeniem ponownego postępowania przetargowego. Wskazał także, że powyższe wyliczenia potwierdzają, że prace będące przedmiotem tego postępowania przetargowego mogą być wyceniane zarówno przez Zamawiającego jak i Wykonawców w oparciu o obowiązujące przepisy w bardzo szerokim obszarze przekraczającym próg 30% jaki ustalony w PZP dla potrzeb badania rażąco niskiej ceny. Zauważył także, że: „Rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 580/18). Podkreślił, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał aby wykonanie przedmiotu zamówienia przez EPK było nieopłacalne. Ogólne uwagi co do liczby osób, czasochłonności zadań czy kosztu jednej roboczogodziny oparte na czysto hipotetycznych przypuszczeniach Odwołującego nie mogą prowadzić do wniosku, iż wykonanie umowy byłoby nieopłacalne. Również próba porównania przedmiotowego zamówienia z innymi nie jest w żadnym aspekcie miarodajna (przy każdym z zamówień występuje zbyt duża liczba zmiennych biorąc pod uwagę ich złożoność aby w prosty matematyczny sposób na podstawie ceny za jedno z zamówień oszacować opłacalną cenę drugiego z nich).

Odnosząc się zarzutu niespełniania przez EPK warunku wykonania projektów budowlanych wraz z nadzorem autorskim wskazał, że niniejszy wymóg został spełniony. Literalna wykładnia Rozdziału V 1.2.1 pkt 1 lit. a SIWZ wskazuje na to, iż chodzi o realizację przedsięwzięć uwzględniających nadzór autorski — tak jak miało to miejsce w niniejszym przypadku. Sam zaś fakt, czy ten nadzór był fizycznie przez wykonawcę wykonywany czy też nie pozostaje bez znaczenia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Biuro Studio Projektów i Realizacji Energoprojekt - Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (Przystępujący lub wykonawca EPK) wnosząc (tak jak Zamawiający) o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Pierwszy z zarzutów podnoszonych w odwołaniu dotyczy naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający (zdaniem Odwołującego) zaniechał bezpodstawnie odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Studio Projektów i Realizacji

Energoprojekt-Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (wykonawca EPK), która to oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca EPK składając wyjaśnienia w tym zakresie nie wykazał, że zaofferowana przez niego cena za realizację zamówienia nie jest rażąco niska.

Izba ustaliła, że wykonawca EPK został wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie oferowanej ceny na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, w którym to wezwaniu Zamawiający wymagał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej uwzględniającej aspekty opisane (w szczególności w art. 90 ust.1 Pzp i przytoczone w wezwaniu w punktach od 1 do 5) wraz z dowodami. Wykonawca w odpowiedzi (zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie nie było kwestionowane w odwołaniu) przedstawił taką kalkulację wraz z ofertą jednego z ekspertów, który będzie wykonywał usługi na rzecz tego przedsięwzięcia. W wyjaśnieniach zawarto szczegółowe kalkulacje co do nakładów pracy Zespołu Projektowego. Izba (z uwagi na zastrzeżone dane) zauważa tylko, że w skład tego Zespołu wchodzi specjaliści i projektanci na których wskazywał w odwołaniu wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o.(wykonawca ILF lub Odwołujący), a ich liczba jest nawet wyższa od tej która została wskazana w odwołaniu z projektu ITOPE Rzeszów na dowód zasadności tego zarzutu (str 5 odwołania). Dalej w tych wyjaśnieniach wskazano na pozostałe koszty – zarówno te techniczne jak i merytoryczne. Skalkulowano także koszty ryzyka. Także koszty gwarancji dobrego wykonania. Podano także przyjętą w ofercie marżę zysku. Wskazano ponadto na doświadczenie (wieloletnie wykonawcy) jego zaplecze sprzętowe oraz specjalistyczne narzędzia informatyczne.

Zdaniem Izby, brak jest podstaw do kwestionowania wyjaśnień wykonawcy i prezentowanej w ramach tych wyjaśnień kalkulacji kosztów, że cena oferowana jest ceną niewiarygodną czy też oderwaną od cen rynkowych.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 oraz pkt 16 (ewentualnie 17) ustawy Pzp, Izba miała na uwadze, że te zarzuty zostały odniesione do warunków udziału wskazanych w Sekcji III. 1.3). I. 1) b) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału V pkt 1.2.1 ppkt 1 b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a także w przypadku zarzutu z punktu 16 także do warunku w Sekcji III. 1.3).I.1) a) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału V pkt 1.2.1 ppkt 1 b).

W myśl wskazanych powyżej warunków (według Ogłoszenia) Zamawiający wymagał aby wykonawca: (...) *wykonał co najmniej 3 projekty budowlane wraz z nadzorem autorskim w rozumieniu art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo budowlane, w tym co najmniej:*

- a) 2 projekty budowlane dot. budowy instalacji energetycznego spalania paliw stałych w kogeneracji o mocy cieplnej nie mniejszej niż 30MW netto oraz
- b) 1 projekt budowlany dot. budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub powstałych z odpadów komunalnych z jednoczesną produkcją energii elektrycznej i ciepła w kogeneracji o wydajności nie mniejszej niż 30 000 ton odpadów rocznie, — na podstawie których uzyskano ostateczne i prawomocne decyzje o pozwoleniu na budowę dla tych przedsięwzięć.”

Istota z kolei sporu sprowadzała się w konsekwencji do opisanego wymagania w zakresie nadzoru autorskiego „w rozumieniu art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo budowlane” oraz wskazanych w związku z tym przez wykonawcę EPK dwóch przedsięwzięć: (1) wykonanie kompletnej dokumentacji budowlanej z uzyskaniem pozwolenia na budowę z klauzulą ostateczności dla projektu pn. Budowa Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii (ITPOE) w PGE GiEK S.A. — Elektrociepłownia Rzeszów (Projekt Rzeszów); 2. wykonanie dokumentacji projektowej zgodnie z Umową ILF-EPK (Projekt Zabrze).

Zamawiający sporne wymaganie odniósł do przepisu ustawy - Prawo budowlane, zaznaczając, że ma na uwadze nadzór w rozumieniu art. 20 ust.1 pkt 4 tej ustawy W myśl powołanego w opisie art. 20 ust.1 pkt 4 - pełnienie nadzoru autorskiego jest uzależnione od woli i decyzji inwestora lub właściwego organu: „4) sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie:

- a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem,
- b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.”

Inaczej niż w przypadku nadzoru autorskiego regulowanego w art. 19 ust.1 pkt 4 ustawy – Prawo budowlane, który wymaga, aby taki nadzór był zapewniony: „1. Organ administracji architektoniczno-budowlanej może w decyzji o pozwoleniu na budowę nałożyć na inwestora obowiązek ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego, a także obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego, w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania obiektu lub robót budowlanych bądź przewidywanym wpływem na środowisko.”

Tym samym twierdzenie odwołania, że warunek zostanie w części nadzoru autorskiego potwierdzony, jeżeli faktycznie taki nadzór byłby wykonywany (czyli w przypadku gdyby takie żądanie zostało skierowane do projektanta) jest niezgodne z brzmieniem art. 20 ust.1 pkt 4

ustawy Prawo budowlane. Izba w tym przypadku zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym, że wymaganie z art. 20 ust.1 pkt 4 w istocie to gotowość do świadczenia usług nadzoru autorskiego i obowiązek jego pełnienia w przypadku gdy takie żądanie do projektanta skierowałby inwestor lub organ administracji. W sytuacji, gdy ani inwestora, ani organ administracji nie wezwie projektanta do pełnienia nadzoru autorskiego nie można powiedzieć, że projektant uchybił wymaganiu z art. 20 ust.1 pkt 4, co do pełnienia nadzoru autorskiego. Izba zauważa, że z żadnego przepisu ustawy Prawo budowlane nie wynika konieczność umownego uregulowania tego obowiązku.

Przystępujący EPK na rozprawie – w odniesieniu do projektu Zabrze wskazywał że wynagrodzenie za nadzór autorski otrzymał wraz z wynagrodzeniem za wykonaną dokumentację projektową. Ta umowa nie zawierała żadnych wyłączeń co do nadzoru z art. 20 ust.1 pkt 4 ustawy – Prawo budowlane. Odwołujący nie przedstawił również żadnego dowodu, że co do nie zmienionej części projektu wykonawca EPK nie był gotowy do wykonywania nadzoru autorskiego. Z kolei co do Projektu Rzeszów, wymaganie z art. 20 ust.1 pkt 4 zostało wprost zapisane w umowie. Przewidziano także wynagrodzenie. Zdaniem Izby przedłożone przez Przystępującego dowody wskazują – wbrew twierdzeniom Odwołującego – na wykonywanie przez Projektanta (uprawnionego - wymieniony w decyzji o pozwoleniu na budowę jako jeden z kluczowych projektantów) w zakresie lit. b), a mianowicie uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez przedstawiciela wykonawcy. Wskazuje na to korespondencja mail, na którą powołał się Przystępujący na rozprawie, przedkładając ją tytułem dowodu. (zał.5 do pisma z dnia 28.12.2018 r. i jeden z przykładów to pytania kierowane do Projektanta M. T. i jego odpowiedzi, których jednym z adresatów był Koordynator głównych prac budowlanych P. J.).

Tym samym także co do tych zarzutów - naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12, pkt 16 oraz ewentualnego pkt 17 ustawy Pzp) - Izba uznała twierdzenia w tej sprawie za nie zasadne.

W konsekwencji także za niezasadne Izba uznała pozostałe zarzuty wskazane w odwołaniu (także te ewentualne), a mianowicie zarzut naruszenia: art. 7 ust.1 i ust.3 oraz 91 ust.1 ustawy Pzp, a także wskazywany dodatkowo jako zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

.....