

WYROK
z dnia 22 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Sweco Consulting sp. z o.o., ul. F. Roosevelta 22; 60-829 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Łowicz, pl. Stary Rynek 1; 99-400 Łowicz**,

przy udziale wykonawcy **OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków, ponowne badanie i ocenę ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sweco Consulting sp. z o.o., ul. F. Roosevelta 22; 60-829 Poznań**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków** na rzecz **Sweco Consulting sp. z o.o., ul. F. Roosevelta 22; 60-829 Poznań** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od **OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków** na rzecz **Gminy Miasta Łowicz, pl. Stary Rynek 1; 99-400 Łowicz** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Łowicz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Usługa nadzoru inwestorskiego nad robotami: Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Łowiczu - Etap I*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 sierpnia 2017 roku, pod numerem 2017/S 166-341892.

Dnia 26 stycznia 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 5 lutego 2018 roku wykonawca Sweco Consulting sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 8 ust. 1-3 Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez nie odtajnienie (ujawnienie) i nie udostępnienie odwołującemu informacji zastrzeżonych (nieskutecznie) przez OTS, jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. art 22a ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy OTS, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia i dysponowania odpowiednim personelem na potrzeby realizacji zamówienia oraz wobec braku rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, nieprzedstawienia odpowiedniego zobowiązania do udostępnienia zasobów w zakresie doświadczenia oraz ilości udostępnianego przez ten podmiot zatrudnionego personelu,
- 3) ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy OTS do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu zrealizowanych usług, przedstawionych na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału, przez podmiot trzeci działający przy realizacji tych usług nie jako pojedynczy wykonawca, ale w ramach konsorcjum wykonawców, jak również poprzez zaniechanie do złożenia wyjaśnień w zakresie kwalifikacji personelu skierowanego do realizacji zamówienia,
- 4) art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę złożonych przez OTS wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a w konsekwencji poprzez uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez OTS dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty stanowiły wykazanie i udowodnienie, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OTS na skutek braku obalenia domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska,
- 6) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez OTS jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż to oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejszą,
- 7) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, będącego również wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu,
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OTS, która jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i zawiera błędy w obliczeniu ceny, to jest nie obejmuje wszelkich kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, została skalkulowana niezgodnie z zapisami s.i.w.z., w tym w szczególności Działu XV s.i.w.z.,
- 9) dodatkowo z ostrożności procesowej naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 16 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy OTS, pomimo, że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania personelem skierowanym do realizacji zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) odtajnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu oraz udostępnienie ich odwołującemu,
- 4) odrzucenia oferty OTS oraz wykluczenia wykonawcy OTS z postępowania,
- 5) dokonanie ponownej oceny ofert w postępowaniu, jak również
- 6) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie odwołujący wniósł o dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów przedstawionych na rozprawie w zakresie okoliczności wskazanych w odwołaniu i zarzutów w nim stawianych.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 179 ust. 1 Pzp, gdyby zamawiający nie dokonał naruszenia przepisów wskazanych powyżej oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą

i odwołujący uzyskałoby zamówienie w ramach niniejszego postępowania. Tym samym bezspornym jest, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przez odwołującego przepisów Pzp, odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości zrealizowania zamówienia, a tym samym uzyskania należnego wynagrodzenia.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków (dalej „przystępujący”).

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający na posiedzeniu złożył oświadczenie, że uwzględni odwołanie w całości.

Przystępujący na posiedzeniu wniósł sprzeciw, wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Na podstawie przepisu art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, Izba postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 – dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 8 ust. 1-3 Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez nie odtajnienie (ujawnienie) i nie udostępnienie odwołującemu

informacji zastrzeżonych (nieskutecznie) przez OTS, jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba uznała za spóźniony.

Wskazać bowiem należy, iż odwołujący w dacie 1 grudnia 2017 roku otrzymał informację o wykluczeniu przystępującego z postępowania. Ponadto odwołujący w dniu 27 października 2017 roku wystąpił do zamawiającego o przesłanie kopii złożonych ofert, którą to dokumentację wraz z informacją zamawiającego, że przekazuje odwołującemu tylko dokumenty nie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (TP) otrzymał pismem z dnia 2 listopada 2017 roku. Dodatkowo podnieść należy, że odwołujący otrzymał od zamawiającego pozostałe dokumenty, w tym wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny w dniach 15 listopada 2017 roku oraz 14 grudnia 2017 roku, z zastrzeżeniem, że dokumenty i wyjaśnienia zostały przekazane odwołującemu bez informacji stanowiących TP (elementy uznane przez zamawiającego za stanowiące TP zostały zabezpieczone bez możliwości odczytania przez odwołującego). Powyższe prowadzi do wniosku, że dzień, od którego należało liczyć termin na skuteczne podnoszenie zarzutów dotyczących zastrzeżenia TP określonego typu dokumentów upływał dnia 14 grudnia 2017 roku. Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Tym samym terminem ostatecznym na wniesienie odwołania od czynności zaniechania zamawiającego odtajnienia dokumentów zastrzeżonych TP, był dzień 27 grudnia 2017 roku. Wniesienie odwołania od ww. czynności zaniechania w dniu 5 lutego 2018 roku, uchybia ustawowemu terminowi, co czyni zarzut powyższy spóźnionym. Dlatego też Izba zarzut ten pozostawiła bez rozpoznania.

Zarzut nr 2 – dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. art 22a ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy OTS, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia i dysponowania odpowiednim personelem na potrzeby realizacji zamówienia oraz wobec braku rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, nieprzedstawienia odpowiedniego zobowiązania do udostępnienia zasobów w zakresie doświadczenia oraz ilości udostępnianego przez ten podmiot zatrudnionego personelu.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca OTS w części oferty dotyczącej wskazania zakresu usług, które zamierza zrealizować przy udziale podwykonawcy pierwotnie wskazał na korzystanie z dwóch podmiotów: Grupa Inwestor sp. z o.o. oraz podwykonawca Interdevelopment. Każdy z podwykonawców ma zrealizować część usług związanych ze

świadczeniem nadzoru inwestorskiego nad przebudową/rozbudową oczyszczalni ścieków komunalnych i nad budową komór fermentacyjnych. Jednocześnie z przedłożonych przez wykonawcę OTS w dniu 6.11.2017r. dokumentów wynika, iż wykonawca w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - wymaganej wiedzy i doświadczenia polega w całości na potencjale podmiotu trzeciego firmy Interdevelopment z siedzibą w Bukareszcie (Rumunia).

Wykonawca OTS przedłożył w celu wykazania dysponowania ww. zasobami podmiotu trzeciego zobowiązanie firmy Interdevelopment do oddania zasobów na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Zobowiązanie to, w ocenie odwołującego, należy uznać za wadliwe i nie potwierdzające oddania wykonawcy OTS zasobów w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, w myśl zapisów s.i.w.z. oraz art. 22a ust. 2 i 4 Pzp, z uwagi na:

a) brak daty, w którym zobowiązanie to zostało udzielone, co biorąc pod uwagę pozostałą treść oferty oraz daty przedkładanych dokumentów w postępowaniu, w tym JEDZ podmiotu trzeciego rodzi poważną wątpliwość w zakresie dysponowania przez wykonawcę OTS zasobami firmy Interdevelopment w dniu złożenia oferty,

b) zobowiązanie dotyczy oddania do dyspozycji wykonawcy OTS zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia firmy Interdevelopment przy realizacji usług podobnych, sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia byłby następujący: współdziałanie przy realizacji części usług, poprzez wykonanie przez ten podmiot części usług związanych z świadczeniem nadzoru inwestorskiego nad przebudowa/rozbudowa oczyszczalni ścieków komunalnych i nad budowa komór fermentacyjnych. Tymczasem, biorąc pod uwagę wskazany wyżej zakres przedmiot zamówienia oraz treść postawionego przez zamawiającego warunku w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy wskazać należy, iż podmiot udostępniający zasoby w tym zakresie powinien zrealizować cały zakres usług nadzoru inwestorskiego nad przebudową i/lub rozbudową oczyszczalni ścieków komunalnych, będącej w ruchu eksploatacyjnym wraz z rozruchem technologicznym oraz w zakresie usługi polegającej na świadczeniu nadzoru inwestorskiego nad budową minimum 2 komór fermentacyjnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą i budową instalacji biogazu wraz z rozruchem. Podmiot trzeci deklaruje wykonanie jedynie części usług nadzoru inwestorskiego nad przebudową/rozbudową oczyszczalni ścieków komunalnych i nad budową komór fermentacyjnych, co już samo w sobie powoduje wadliwość tego zobowiązania. Dodatkowo wskazany w treści zobowiązania zakres nie obejmuje co najmniej czynności nadzoru w ramach rozruchu technologicznego oraz czynności nadzoru nad budową infrastruktury towarzyszącej i budową Instalacji biogazu wraz z rozruchem,

c) zobowiązanie firmy Interdevelopment dotyczy jedynie udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przy realizacji takich samych usług, podmiot trzeci nie udostępnia wykonawcy potencjału w postaci osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zgodnie z dokumentami składanymi przez wykonawcę OTS w postępowaniu: JEDZ OTS, JEDZ

podmiotu trzeciego, wykaz osób (załącznik nr 7), wyjaśnienia dotyczące złożonej przez OTS ceny, wykonawca OTS dysponuje personelem skierowanym do realizacji zamówienia w ramach dysponowania bezpośredniego na podstawie umów cywilnoprawnych. W tej sytuacji realizacja całości usług przez podwykonawcę - firmę Interdevelopment - jest co najmniej wątpliwa.

W zakresie przedmiotowego zarzutu, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż wycofuje zarzuty dotyczące: braku podania daty na zobowiązaniu do udostępnienia zasobów oraz w zakresie dotyczącym przepustowości, w związku z czym Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Odnosząc się zaś do zakresu udostępnionego potencjału w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to stwierdzić należało, że przystępujący nie wykazał, że zakres wiedzy i doświadczenia wykazanego przez podmiot udostępniający obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia, albowiem z treści zobowiązania wynika jedynie, że podmiot udostępniający swoje zasoby udostępnia je jedynie w zakresie wiedzy i doświadczenia, a zakres będzie obejmował jedynie współudział przy realizacji części usług związanych ze świadczeniem nadzoru inwestorskiego. Nadto przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego kierowanego do realizacji przedmiotowego zamówienia. Z treści zobowiązania o udostępnieniu potencjału taka okoliczność nie wynika.

Wskazać również należy, że taka okoliczność nie wynika także z dowodu (nr 1) przedstawionego przez przystępującego na rozprawie. Z oświadczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby wynika albowiem, że podmiot sam sobie potwierdził udział w realizacji usługi referencyjnej, jednocześnie precyzując, że dostarczał usługi wsparcia technicznego dla zarządzania projektem oraz wsparcie techniczne dla projektanta w trakcie realizacji robót. Dowód ten w żaden sposób nie potwierdza pełnego zakresu wykonywania robót na usłudze referencyjnej, a skoro przystępujący nie legitymuje się samodzielnie swoją wiedzą i doświadczeniem, to zakres ten powinien w całości wynikać z treści udostępnionego potencjału.

Co do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, to stwierdzić należy, że informacje podawane przez przystępującego są niekompletne i wewnętrznie sprzeczne. W załączniku nr 7 do oferty, w którym przystępujący podaje zasób osobowy, w zakresie sposobu dysponowania tym zasobem, przystępujący podaje „umowa cywilno-prawna”. Dopiero w wyniku wezwania zamawiającego, przystępujący przedłożył oświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby z dnia 23 stycznia 2018 roku, w którym wykonawca ten potwierdził, że *kwota ryczałtowa (...) za udział osób wskazanych w załączniku nr 7 (wykaz osób) zapewnianych przez S.C. Interdevelopment S.R.L. pokrywa wszelkie koszty udziału osób w powyższym projekcie.*

Tym samym dopiero z treści tego oświadczenia dowiadujemy się, że osoby wskazane w wykazie osób – załącznik nr 7 są osobami udostępnianymi przez spółkę prawa rumuńskiego. Niemniej podnieść należy, że z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów taka okoliczność nie wynika. Nadto z dowodu (nr 2) przedłożonego przez przystępującego na rozprawie wynika jedynie, że osoby wymienione w załączniku nr 7 (tylko 4 osoby) nie są pracownikami podmiotu udostępniającego swoje zasoby, a dodatkowo, że osoby te świadczą usługi nadzoru technicznego dla tego podmiotu za pomocą porozumienia o współpracy. W ocenie Izby porozumienie o współpracy nie jest tym samym co umowa cywilno-prawna, na którą wskazuje wykonawca w wykazie osób.

Wszystkie wyżej wymienione okoliczności prowadzą do wniosku, iż zarzut odwołującego we wskazanym zakresie jest zarzutem co do zasady umotywowanym ale przedwczesnym, albowiem zamawiający winien w pierwszej kolejności wezwać przystępującego do uzupełnienia wadliwych dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), ewentualnie do złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), w zakresie, który nie pokrywa się z już wcześniej dokonywanymi wezwaniami.

Dlatego też Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut nr 3 – dotyczący naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże z uwagi na okoliczność, iż w ocenie Izby oferta przystępującego podlega odrzuceniu, Izba nie nakazywała zamawiającemu dokonania czynności wynikającej z brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut nr 4 i nr 5 Izba rozpoznała łącznie. Zarzuty (4 i 5) dotyczyły naruszenia przepisów: art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę złożonych przez OTS wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a w konsekwencji poprzez uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez OTS dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty stanowiły wykazanie i udowodnienie, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OTS na skutek braku obalenia domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający dwukrotnie kierował do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej ceny w kontekście rażąco niskiej ceny. Biorąc pod uwagę jedynie udostępnioną odwołującemu treść złożonych wyjaśnień wskazać należy, iż złożone wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Zdaniem odwołującego wykonawca OTS nie wskazał w wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferował wykonawca OTS.

Przystępujący pismem z dnia 18 października 2017 r. przedstawił wyjaśnienia, które w żaden sposób nie uwzględniają kosztów powierzenia wykonania części bądź całości

zamówienia podwykonawcy. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę OTS są sprzeczne z ofertą wykonawcy w części dotyczącej dysponowania przez wykonawcę potencjałem odpowiednim do realizacji zamówienia, realności użyczenia tego potencjału.

Odwołujący podniósł, że wykonawca OTS w treści złożonych wyjaśnień powołuje się na doświadczenie własne firmy - argumentacja ta ogólna, lakoniczna i nie wskazująca na realne oszczędności w realizacji zamówienia, nie może być uwzględniona w sytuacji gdy wykonawca OTS w całości korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego, podmiot ten ma w całości zrealizować zamówienie. Wykonawca OTS wskazuje na przyjęty model realizacji działalności gospodarczej - powołuje się na brak rozbudowanej struktury administracyjnej, niskie koszty prowadzenia działalności, koszty ogólne zarządu, jednocześnie jednak pomija zupełnie fakt, iż zamówienie ma być zrealizowane przy większościowym udziale podmiotu trzeciego, firmy zagranicznej, co istotnie zwiększa te koszty, dublując je. Pomijając już fakt, iż argumentacja o oszczędności rzędu kilkuset tysięcy złotych w porównaniu do innych wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach niniejszego postępowania, nie jest poparta żadnymi wyliczeniami i dowodami, jest całkowicie niewiarygodna. Wykonawca OTS wskazuje na oszczędności w realizacji zamówienia w zakresie niższych kosztów dojazdu na plac budowy czy też siedziby zamawiającego, wskazując na bliskość miejsca realizacji usługi do innej świadczonej przez wykonawcę OTS usługi o podobnym zakresie. Argumentacja ta w świetle realizacji zamówienia przez podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby z siedzibą w Bukareszcie (Rumunia), nie posiadający przedstawicielstwa na terenie RP i jak to wynika z treści oświadczenia wykonawcy - strona 29 oferty - nie realizujący jeszcze w Polsce tego typu inwestycji, wreszcie biorąc pod uwagę udział zespołu podmiotu trzeciego, zatrudnionego i zamieszkującego na terenie Rumunii, nie może zasługiwać na uwzględnienie. Wykonawca OTS w swoich wyjaśnieniach wskazuje na oszczędność metody wykonania z uwagi na realizację zamówienia przez członków Zespołu Inżyniera Kontraktu zatrudnionych na umowę o pracę przez wykonawcę OTS. Argumentacja ta nie może zostać uwzględniona z uwagi na jej sprzeczność z dalszą częścią złożonych wyjaśnień, gdzie wykonawca przedstawia oświadczenia Kierownika nadzoru inwestorskiego oraz inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej, z których wynika, iż świadczą oni usługi na zasadzie działalności gospodarczej za całkowite wynagrodzenie wg stawki ryczałtowej. Dalej załącznik nr 1 podaje jedynie koszty jednostkowe w postaci ryczałtu, z kolei z wykazu osób (załącznik nr 7 do s.i.w.z.) wprost wynika, iż cały zespół Inżyniera Kontraktu zostanie zatrudniony na podstawie umowy cywilno-prawnej. Pomijając, iż wskazany wyżej fakt, iż usługa, zgodnie z zakresem korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, powinna być w całości zrealizowana przez ten podmiot, stąd wątpliwym jest jakikolwiek korzystny wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę OTS ceny, determinowany zatrudnieniem osób w ramach umowy o pracę przez wykonawcę OTS. Wykonawca OTS powołuje się na niskie

koszty ubezpieczenia nie wskazując oraz w żaden sposób nie uwzględniając kosztów ubezpieczenia podmiotu trzeciego, który usługę w trybie podwykonawstwa zrealizuje. Wykonawca OTS powołuje się na różnicę w kryterium czas reakcji na wezwanie, podnosząc, iż zadeklarowanie krótkiego czasu realizacji na wezwanie wiąże się z koniecznością ponoszenia stałych, wysokich kosztów zapewnienia stałej obecności ekspertów o określonych kwalifikacjach w najbliższym obszarze realizowanej inwestycji (miasto Łowicz). W ocenie wykonawcy OTS, generuje to po stronie innych wykonawców, w tym odwołującego zwiększone koszty, która mają uzasadniać większą ceną po stronie innych wykonawców. Wskazać, w tym miejscu należy, iż osoby wskazane przez odwołującego do realizacji zamówienia na bieżąco świadczą usługi w ramach biur terenowych w Łodzi oraz Warszawie, co w pełni, biorąc pod uwagę odległość od miejsca realizacji inwestycji (ok. 60-100 km) umożliwia reakcję w deklarowanym terminie, nie generując zwiększonych kosztów. Z kolei kuriozalnym jest, powoływanie się w tym zakresie przez wykonawcę OTS na istotne oszczędności mające swoje źródło w zaoferowaniu dłuższego czasu reakcji na wezwanie, biorąc pod uwagę fakt, iż usługę ma realizować podmiot trzeci mający swoją siedzibę w oddalonym o 1500 km od miejsca realizacji Bukareszcie, a kluczową funkcję w Zespole Nadzoru ma pełnić ekspert z Rumunii. Zapewnienie przez wykonawcę reakcji na wezwanie, zgodnie z deklarowanym czasem, stanowiącym wymaganiem punktu 21.2 s.i.w.z., co najmniej generuje dodatkowe koszty w postaci zapewnienia stałej obecności eksperta na terenie Polski lub w postaci kosztów transportu lotniczego lub samochodowego oraz delegacji i zakwaterowania. Wykonawca w swojej kalkulacji nie uwzględnił wymagania punktu 21.7 s.i.w.z. w zakresie zapewnienia zastępstwa inspektora podczas urlopu lub choroby musi odbywać się z zachowaniem przepisów Prawa Budowlanego. Osoba na zastępstwo, spełniająca warunki zawarte w warunkach zamówienia, powinna być przedstawiona do uprzedniego zaakceptowania przez zamawiającego z wyprzedzeniem czasowym niezbędnym do załatwienia wymaganych formalności, co świadczy również o niezgodności poczynionej kalkulacji z wymaganiami s.i.w.z.

W zakresie ww. zarzutów i argumentacji prezentowanej przez odwołującego, Izba stwierdziła, że są one zupełne i wyczerpują przedmiot rozważań, dlatego też Izba przyjęła ww. argumentację odwołującego za własną.

Dodatkowo, co nie znalazło swojego odzwierciedlenia (dowodowo) w odwołaniu, natomiast zostało podniesione na rozprawie, to zasadne argumenty dotyczące kosztów związanych z wynagrodzeniem kluczowego personelu oraz kosztami tłumaczeń. Jak wynika bowiem z wyliczeń, które przedstawił odwołujący, koszty wynagrodzenia personelu kluczowego po najniższych, dopuszczalnych przez prawo stawkach, to ok. 224 000 zł (cena całej oferty to 274 000 zł netto), łącznie z dietami oraz kosztem pracy personelu dodatkowego daje wartość ok. 384 000,- zł. Dodatkowo, z uwagi na okoliczność,

iż przystępujący będzie posługiwał się zasobem podmiotu trzeciego, który wskazał na pracowników z Rumunii, konieczne jest zapewnienie środków transportu, zakwaterowania oraz wyżywienia (sam koszt transportu to ok. 34 000 zł.) (dowód nr 1).

Z uwagi na wymóg zamawiającego dotyczący obowiązku posługiwania się językiem polskim, konieczne będzie skorzystanie z usług tłumacza (dowód nr 2, 3, 4 i 5), który będzie zobowiązany przetłumaczyć dokumentację podstawową (przygotowaną przez zamawiającego), następnie raporty, analizy, harmonogramy, dokumentację powykonawczą, których to koszt będzie oscylował na poziomie ok. 300 000,- zł. Ponadto koszt tłumaczenia konsekwentnego – ok. 85 000,- zł. Nadto, w dowodzie nr 5 (złożonym przez przystępującego – umowa ramowa) przystępujący nie wykazał, na jakich projektach osoby z wykazu faktycznie uczestniczą lub będą uczestniczyły, aby mógł rozdzielić koszty pracownicze w tym zakresie.

Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia odwołującego w tym zakresie, przyjmując w poczet materiału dowodowego tabele z wyliczeniami oraz oferty jakie uzyskał odwołujący od firm profesjonalnie zajmującymi się tłumaczeniami.

W ocenie Izby, złożone przez przystępującego wyjaśnienia są wyjaśnieniami lakonicznymi, sprzecznymi, nie zawierających konkretnych wyliczeń, rzeczywistych wartości wskazanych wyżej czynników umożliwiających obniżenie ceny. Wreszcie żaden z tych czynników nie jest czynnikiem wyjątkowym, dostępnym jedynie dla tego wykonawcy, uzasadniającym tak istotne obniżenie oferty przystępującego w stosunku do innych złożonych ofert w postępowaniu. Pozostali wykonawcy również są doświadczonymi, działającymi na rynku lokalnym podmiotami, korzystającymi z potencjału lokalnego (a nie zagranicznego), posiadającymi biura położone w niedalekiej odległości od miejsca realizacji inwestycji, a przede wszystkim wykonawcy ci korzystają z własnego doświadczenia, samodzielnie wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy, co nie dubluje kosztów realizacji usługi.

Zarzut nr 6 – dotyczący naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez OTS jako najkorzystniejszej w postępowaniu, jest konsekwencją uznania przez Izbę ceny rażąco niskiej w ofercie przystępującego, co oznacza, że zarzut odwołującego jest zasadny.

Zarzut nr 7 – dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, będącego również wykonawcą, którego oferta

podlega odrzuceniu, Izba uznała za zasadny w zakresie zaniechania uznania przez zamawiającego, iż oferta przystępującego podlega odrzuceniu.

Zarzut nr 8 – dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OTS, która jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i zawiera błędy w obliczeniu ceny, to jest nie obejmuje wszelkich kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, została skalkulowana niezgodnie z zapisami s.i.w.z., w tym w szczególności Działu XV s.i.w.z.

W ocenie Izby zarzut odwołującego zasadny jest jedynie w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem jak to już zostało wykazane powyżej, przystępujący kalkulując cenę w niniejszym postępowaniu pominął istotne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności działu IV s.i.w.z., nie uwzględniając w ofercie kosztów realizacji usługi w zakresie zgodnym z zapisami s.i.w.z., chociażby w odniesieniu do kosztów tłumaczenia, kosztów reakcji na wezwanie w ciągu 24 godzin od otrzymania telefonicznego powiadomienia, kosztów zastępstwa inspektorów na czas urlopu, kosztów ogólnych podmiotu trzeciego realizującego usługę w trybie podwykonawstwa. Z uwagi na powyższe oferta wykonawcy OTS jako niezgodna z treścią s.i.w.z. podlega odrzuceniu.

Odwołujący nie udowodnił natomiast w jakim zakresie cena oferty odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zarzut nr 9 – dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 16 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy OTS, pomimo, że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania personelem skierowanym do realizacji zamówienia, Izba uznała za bezzasadny, albowiem z okoliczności sprawy nie da się jednoznacznie ustalić czy przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd. Koniecznym w tym zakresie jest, tak jak to już wcześniej podniosła Izba, wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz koszty zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: