

WYROK
z dnia 17 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Piotr Kozłowski
Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17; 00-203 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa**, prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25; 03-808 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **I. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J&M ENGINEERS I. M., BICO Group sp. z o.o., ul. Litewska 6A; 22-100 Chełm**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17; 00-203 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17; 00-203 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17; 00-203 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa**, prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25; 03-808 Warszawa**, 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Kołbieli w ciągu drogi krajowej nr 50”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 maja 2021 r., pod nr 2021/S 087-225359.

Dnia 20 października 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 2 listopada 2021 roku wykonawca Multiconsult Polska sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum I&M z postępowania, pomimo faktu, że konsorcjum I&M w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu,
2. art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum I&M z postępowania, pomimo faktu, że konsorcjum I&M w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum I&M z postępowania, pomimo faktu, że konsorcjum I&M nie spełniło warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a nie zachodzi możliwość uzupełnienia Wykazu osób,
4. art. 224 ust. 1 w związku z art. 16 i art. 239 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum I&M do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo iż istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i/lub budzą istotne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co w niniejszym stanie faktycznym stanowi wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

5. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy konsorcjum I&M, pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona, w związku z czym zamawiający naruszył obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, a tym samym naruszył fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum I&M, jako najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy konsorcjum I&M,
3. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy konsorcjum I&M,
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający zaniechał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, co następuje.

Naruszenie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum I&M oraz zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum I&M.

W dniu 27 sierpnia 2021 roku, zamawiający w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum I&M do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami.

W dniu 7 września 2021 roku, konsorcjum I&M złożyło podmiotowe środki dowodowe, w tym „WYKAZ OSÓB SKIEROWANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO” zawierający m.in. następujące dane:

Funkcja	Imię i nazwisko	Forma dysponowania
Inżynier Kontraktu	A. C.	Dysponowanie bezpośrednie
Główny specjalista ds. roszczeń	R. P.	Dysponowanie bezpośrednie
Technolog	G. C. K.	Dysponowanie bezpośrednie

Zamawiający w SWZ we wzorze przedmiotowego wykazu wskazał: „Z dysponowaniem bezpośrednim mamy do czynienia, gdy tytułem prawnym do powołania się przez Wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy Wykonawcą a osobami, na dysponowanie którymi Wykonawca się powołuje”.

Tymczasem pan A. C. nie tylko nie pozostaje w żadnym stosunku prawnym z konsorcjum I&M czy też z którymś z członków tego konsorcjum w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, ale nawet nie wyraził nigdy zgody na taką współpracę. Co więcej – nikt w ogóle nie kontaktował się z panem A. C. z propozycją świadczenia usług w ramach przedmiotowego zamówienia. Pan A. C. wyraził głębokie zdziwienie i zaskoczenie, gdy został poinformowany, że rzekomo ma realizować przedmiotowe zamówienie na rzecz konsorcjum I&M – w związku z tym podpisał stosowne oświadczenie, które odwołujący przedłożył w załączeniu do odwołania (dowód: oświadczenie pana A. C. z dnia 27.10.2021 r.). A zatem nie istnieje żaden stosunek prawny pomiędzy panem A. C. a konsorcjum I&M, czy też członkami konsorcjum I&M.

Powyższe wskazuje wprost, że konsorcjum I&M zarówno w wyniku zamierzonego działania wprowadziło zamawiającego w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu jak i nie wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący wskazał, że jeśli Izba uzna, że nie ziszcila się przesłanka zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, to z całą pewnością ziszczona jest przesłanka lekkomyślności lub niedbalstwa. Stąd też konsorcjum I&M powinno zostać wykluczone, a jego oferta odrzucona. Oczywistym jest bowiem, że informacje z przedmiotowego wykazu osób miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu – brak zastrzeżeń zamawiającego do treści Wykazu spowodował, że doszło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum I&M, który przedstawił nieprawdziwe informacje. Nie ulega również wątpliwości, że konsorcjum I&M przedstawiło wprowadzające w błąd informacje, które miały potencjalny wpływ na decyzje zamawiającego. W doktrynie prawa zamówień publicznych ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu, czy też kryteriów oceny ofert mogą wpłynąć na decyzje instytucji zamawiających w szczególności, jeśli dotyczą ofert najkorzystniejszych.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie może w tym stanie faktycznym przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wezwać konsorcjum I&M do uzupełnienia Wykazu osób i ewentualnie wziąć pod uwagę nowej treści wykazu – zgodnie z linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, powstałą na bazie dotychczas obowiązującego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest możliwe zamiana informacji nieprawdziwych, sprzecznych z rzeczywistością, na informacje prawdziwe.

Naruszenie przepisów art. 224 ust. 1 w związku z art. 16 i art. 239 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum I&M do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w trybie art. 224 ust. 1 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał do złożenia wyjaśnień wykonawcę ECM Group Polska S.A., wskazując, że cena jednostkowa dniówki dla niektórych pozycji wynosi 150 zł.

Zdaniem odwołującego, konsorcjum I&M w Formularzu cenowym wskazało 2 rażąco niskie stawki:

- a. 165 złotych – dla 11 członków Personelu,
- b. 163 złote – dla 16 członków Personelu.

Zaoferowanie tak niskich stawek powinno skutkować zastosowaniem przez zamawiającego normy art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wobec konsorcjum I&M.

Zamawiający wielokrotnie podkreślał w SWZ, że dana cena jednostkowa musi zawierać wszystkie koszty:

a. IDW (SWZ Tom I): *„Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym”*,

b. Uwaga pod tabelą we wzorze Formularza cenowego: *„Każda pozycja w dziale „Usługi nadzoru” obejmuje całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia poszczególnych rodzajów ekspertów niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ”*.

Skoro zatem zamawiający zawarł takie zastrzeżenia i wymagania w SWZ, to następnie ma obowiązek zbadania, czy wykonawcy rzeczywiście takie wymagania zrealizowali. Obecnie zaś mamy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający dokonał oceny ofert z naruszeniem postanowień SWZ, które sam w SWZ dobrowolnie zawarł. Stanowi to naruszenie art. 239 w związku z art. 16 ustawy Pzp. Mając na uwadze zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający, chcąc dochować zasady równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i proporcjonalności – powinien wystąpić do konsorcjum I&M o wyjaśnienie, w jaki sposób tak niskie stawki pokrywają całość kosztów.

Odwołujący wskazał, że zamawiający dokonując szacowania wartości zamówienia, przyjął znacznie wyższe stawki dla tych specjalistów, dla których konsorcjum I&M wskazało stawki 163 zł i 165 zł. Różnice pomiędzy stawkami konsorcjum I&M a stawkami zamawiającego są bardzo istotne, już sama ta kwestia powinna skutkować wystosowaniem przez zamawiającego odpowiedniego wezwania.

Niezależnie od powyższego, zaoferowane stawki z pewnością nie pokryją wszystkich kosztów, na które wskazywał sam zamawiający w wezwaniu wystosowanym do wykonawcy ECM. Stawka minimalnego wynagrodzenia za 8 godzin pracy to 146,4 zł w 2021 roku oraz 157,6 zł w 2022 roku. Należy dodać, że koszt pracodawcy zatrudnienia pracownika na tzw. minimalną krajową w 2021 r. to 3 373,44 czyli ok. 168,67 dziennie (przy 20 dniach roboczych

w miesiącu), a na umowę zlecenie to ok. 176,39 PLN (18,30 brutto x 8h po doliczeniu składek płaconych przez pracodawcę). Już samo uznanie, że Weryfikator czy Inspektor nadzoru będzie pracował za minimalne wynagrodzenie jest nieracjonalne i błędne. Doświadczenie życiowe wprost wskazuje, że osoby o takich kwalifikacjach zarabiają kwoty znacznie wyższe. Ale nawet gdyby uznać, że osoby takie będą pracować za minimalne wynagrodzenie, to wskazać należy, że konsorcjum I&M nie ujęło w stawce za dniówkę dla w/w specjalistów innych kosztów, które powinny się tam znaleźć – a na które wskazywał zamawiający w wezwaniu do wykonawcy ECM: kosztów zastępstwa, kosztów zapewnienia miejsca pracy, kosztów bezpieczeństwa i higieny pracy, kosztów dojazdu do miejsca świadczenia usługi, kosztów zakwaterowania.

Zamawiający doskonale zna rynek pracy dla w/w specjalistów, a zatem posiada też wiedzę, jakie wynagrodzenie tacy specjaliści otrzymują. Powinien zatem wezwać konsorcjum I&M do przedstawienia dowodów (tak jak wezwał wykonawcę ECM) na potwierdzenie, że wykonawca ten rzeczywiście dysponuje zespołem, który zobowiązał się pracować za minimalne wynagrodzenie. Według konsorcjum I&M w/w specjaliści godzą się zarabiać ok 20 zł za godzinę. Tymczasem robotnicy na budowie obwodnicy Kołbieli będą otrzymywać wyższe stawki niż inżynierowie, którzy mają świadczyć usługę nadzoru nad taką budową. Jest to tak kuriozalna sytuacja, że brak jej wyjaśnienia przez zamawiającego wskazuje na rażące naruszenie zasad zamówień publicznych – zamawiający zamiast dążyć do przejrzystości i transparentności godzi się na fikcję oraz przymyka oczy na oferowanie cen nierealnych i nierynkowych.

Naruszenie przepisów art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

W świetle argumentów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający naruszył przepis art. 239 ust. 1 w zw. z przepisem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ w konsekwencji swoich bezprawnych działań dokonał wyboru oferty konsorcjum I&M, jako najkorzystniejszej, pomijając okoliczności, które winny skutkować wykluczeniem tego wykonawcy, bądź odrzuceniem jego oferty. Naruszając legalność wyboru wykonawcy, zamawiający naruszył również zasadę uczciwej konkurencji, będącą jednym z fundamentów prawa zamówień publicznych, budującą zaufanie wykonawców do rynku zamówień publicznych (zob. P. Nowicki, Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją, Toruń 2019, TNOiK, s. 175; również: wyrok Trybunału z dnia 19 października 1977 r. w sprawach połączonych C-117/76 i C-16/77 Ruckdeschel i in., pkt 7, ECLI:EU:C:1977:160).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Ad 1 - 3 zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 w zw. z art. 16 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że dochował należytej staranności przy weryfikacji doświadczenia zawodowego p. A. C. na stanowisko Inżyniera Kontraktu i ocenił dokumenty złożone przez konsorcjum I&M ENGINEERS, na podstawie warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 8 IDW. Zamawiający dokonał weryfikacji dokumentu pn.: „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” złożonego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, przez konsorcjum I&M, tj. dokonał sprawdzenia, czy wskazane osoby posiadają kwalifikacje zawodowe i doświadczenie potwierdzające spełnienie postawionych wymagań. Dodatkowo zamawiający dokonał sprawdzenia, czy wskazane osoby faktycznie brały udział w realizacji zadań określonych w w/w dokumencie, potwierdzono czy m.in. p. A. C. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu na wskazanych w „Wykazie” zadaniach, oraz czy wartości wskazanych zadań i czas ich realizacji spełniają wymagania określone w pkt. 8 IDW.

Zamawiający wskazał, że dokument pn.: „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” został przekazany na wezwanie zamawiającego za pomocą obowiązującego w postępowaniu kanału komunikacji, tj. Platformy eB2B przez konsorcjum I&M oraz, że dokument ten został podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentacji konsorcjum I&M. Zamawiający nie miał i nie ma żadnych podstaw do kwestionowania przedmiotowego dokumentu. Zamawiający postąpił zgodnie z procedurami przewidzianymi dla badania i weryfikacji wykonawcy w ustawie Pzp, które go obowiązują.

W żadnym przypadku nie można uznać załączanego do odwołania oświadczenia za dowód na okoliczności w nim wskazane. Przede wszystkim nie ma żadnej pewności, że przedmiotowe oświadczenie zostało rzeczywiście podpisane przez p. C. Z tego względu zamawiający kwestionuje prawdziwość złożonego oświadczenia, a także okoliczność, że zostało ono podpisane przez p. A. C. Twierdzenia odwołującego w tym zakresie zamawiający uznaje za nieudowodnione. Należy wskazać za m.in. Sądem Apelacyjnym w Warszawie (wyrok z dnia 29.04.2021 r., sygn. akt I ACa 120/21), że dokumenty prywatne nie korzystają z podstawowego w tym zakresie domniemania, że ich treść jest zgodna ze stanem rzeczywistym (domniemania zgodności z prawdą), a w przypadku zaprzeczenia prawdziwości dokumentu prywatnego pochodzącego od innej osoby niż strona zaprzeczająca obowiązek udowodnienia jego prawdziwości spoczywa na stronie, która z tego dokumentu chce skorzystać, czyli w przedmiotowej sprawie na odwołującym. Poza tym ocena całokształtu dokumentacji postępowania zamówieniowego przeprowadzona przez zamawiającego wskazuje, że oferta konsorcjum I&M oraz złożone przez to konsorcjum podmiotowe środki dowodowe są zgodne z prawdą i nie dają podstaw do kwestionowania oświadczeń konsorcjum I&M zawartych w „Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do

realizacji zamówienia publicznego”, co powoduje, że to załączone przez odwołującego oświadczenie budzi co najmniej wątpliwości.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w związku z art. 16 i art. 239 oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że dokonał analizy wszystkich ofert pod kątem weryfikacji wysokości stawek za dniówkę poszczególnych Ekspertów Kluczowych oraz Innych ekspertów. Do tej oceny, za minimalny akceptowalny próg stawki za dniówkę zamawiający przyjął kwotę 150,00 zł netto. Zgodność z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu tej stawki została bowiem potwierdzona przez orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. w wyroku z dnia 28.06.2021 r., sygn. akt KIO 1572/21, oraz w wyroku z dnia 22.02.2021 r., sygn. akt KIO 211/21). Izba stwierdziła, że to stawka realna zawierająca w sobie wszystkie niezbędne wymagane przepisami składniki. Zamawiający zwrócił uwagę, że oferty były składane w dniu 21.06.2021 r., a na dzień 9 kwietnia 2021 r. zamawiający oszacował koszty realizacji zamówienia. Spośród złożonych w postępowaniu ofert tylko w jednej wykonawca - ECM Group Polska S.A. - zaoferował ceny jednostkowe za dniówkę poniżej 150,00 zł. Taka wycena wzbudziła wątpliwości zamawiającego i zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy w trybie art. art. 224 ust. 1 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty, oraz elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że do badania rażąco niskiej ceny, jako próg minimalny przyjął kwotę 150 zł netto za 1 dzień pracy. Jak słusznie zauważa odwołujący stawka minimalnego wynagrodzenia za 8 godzin pracy to 146,40 zł w 2021 roku. Zamawiający zwrócił uwagę, że postępowanie przetargowe prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. W ramach w/w przetargu zamawiający określił trzy pozycje, które oceniał przy wyborze najkorzystniejszej oferty, tj .:

Cena - 60% = 60 pkt.

Jakość - 26% = 26 pkt.

Doświadczenie Personelu Wykonawcy - 14% = 14 pkt.

Wybrana oferta najkorzystniejsza miała odpowiadać wszystkim wymaganiom określonym w ustawie Pzp oraz w SWZ. Łączna suma punktów do przyznania przez zamawiającego wynosiła 100.

Konsorcjum I&M otrzymało łącznie 100 pkt., natomiast oferta odwołującego otrzymała 99,38 pkt. W zakresie pozycji „Jakość” i „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” obie w/w firmy otrzymały po 40 punktów. W zakresie pozycji „Cena” konsorcjum I&M złożyło ofertę na kwotę 10 319 409,72 zł brutto, natomiast odwołujący złożył ofertę na kwotę 10 427 817,00 zł. Konsorcjum I&M otrzymało w kategorii „Cena” 60 punktów, natomiast odwołujący w kryterium „Cena” otrzymał 59,38 punktów.

Zamawiający podkreślił, że oferta konsorcjum I&M jest zaledwie o 1,04% tańsza od oferty odwołującego. Skoro więc, w ocenie odwołującego, jego oferta jest rynkowa i nie zawiera ceny rażąco niskiej, to także oferta konsorcjum I&M musi być rynkowa. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, zresztą w ocenie zamawiającego nawet nie mógł, skoro cena jego oferta jest w zasadzie identyczna z ceną oferty konsorcjum I&M, że oferta wybranego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. W tej sytuacji w ocenie zamawiającego nie można kwestionować faktu, iż zamawiający nie powziął wątpliwości co do wyceny oferty konsorcjum I&M. Dodatkowo analiza porównawcza oferty odwołującego z ofertą konsorcjum I&M przedstawia się następująco:

Analiza porównawcza ofert konsorcjum I&M - odwołujący (Multiconsult) w odniesieniu do kwoty zamówienia zamawiającego

				Różnica w odniesieniu do kwoty Zamawiającego		
	netto PLN	VAT [PLN]	brutto PLN	Netto PLN	PLN	brutto PLN
Kwota Zamawiającego	9 315 027 63	2 142 456 35	11 457 483 98			
Kwota Konsorcjum I&M	8 389 764 00	1 929 645 72	10 319 409 72	- 925 263 63	- 212 810 63	- 1 138 074 26
Kwota Odwołującego Multiconsult Polska s . z o.o.	8 477 900,00	1 949 917,00	10 427 817,00	- 837 127,63	- 192 539,35	- 1 029 666,98
	netto	VAT	brutto			

Różnica pomiędzy Konsorcjum I&M a Odwołującym (Multiconsult Polska s . z o.o.)	88 136,00	20 271,28	108 407,28	1,04%
Różnica pomiędzy kwotą oferty Konsorcjum I&M a wyceną Zamawiającego*	- 925 263,63	- 212 810,63	- 1 138 074,26	90,07%
Różnica pomiędzy kwotą oferty Odwołującego (Multiconsult Polska sp. z o.o.) a Zamawiającym*)	- 837 127,63	- 192 539,35	- 1 029 666,98	91,01%

Uwaga: *) - minus przy kwocie oznacza o ile jest kwota niższa od wyceny zamawiającego.

Odwołujący w treści odwołania skupił się na cenach jednostkowych „Innych ekspertów”, a zdaniem zamawiającego należy w toku analizy cen zwrócić również, a może przede wszystkim uwagę na wycenę dniówek odwołującego w zakresie „Ekspertów kluczowych”,

a więc tych Członków Personelu Konsultanta, którzy jak sama nazwa wskazuje odgrywać będą kluczową rolę przy uzgadnianiu wszelkich dokumentów wykonawcy robót, co obrazuje poniższe zestawienie cen jednostkowych przewidzianych do udzielenia zamówienia przez zamawiającego w odniesieniu do cen jednostkowych konsorcjum I&M i odwołującego.

2.1	Eksperci kluczowi					Wycena GDDKiA		Konsorcjum I&M		Odwołujący (Multiconsult Polska Sp. z o.o.)		Różnica w stosunku do wyceny GDDKiA Konsorcjum	Różnica w stosunku do wyceny GDDKiA Multiconsult
	(nie więcej niż 30% wartości wyliczonej w Pozycji A niniejszego formularza)					Cena jedn.	Kwota	Cena jedn.	Kwota				
2.1.1	Inżynier Kontraktu	Dniówka	1 350	560,00	756 000,00	610,00	823 500,00	550,00	742 500,00		8,93%		
2.1.2	Główny specjalista ds. rozliczeń	Dniówka	1 170	320,00	374 400,00	350,00	409 500,00	250,00	292 500,00		9,38%	-21 88%	
2.1.3	Główny specjalista ds. roszczeń	Dniówka	1 095	320,00	350 400,00	325,00	355 875,00	250,00	273 750,00		1,56%	-21 88%	
2.1.4	Technolog	Dniówka	1 020	320,00	326 400,00	325,00	331 500,00	250,00	255 000,00		1,56%	-21 88%	
2.1.5	Główny Inspektor Nadzoru specjalności Inżynierskiej drogowej	Dniówka	878	390,00	342 420,00	400,00	351 200,00	250,00	219 500,00		2,56%	-35,90%	
Eksperci kluczowi: Razem					2 149 620,00		2 271 575,00		1 783 250,00		5,67%	-17,04%	

Na podstawie przeprowadzonej analizy zamawiający stwierdził, że konsorcjum I&M przyjęło bardzo podobne, a nawet wyższe niż przyjął zamawiający stawki cen jednostkowych. Wartość pracy Ekspertów kluczowych została wyceniona globalnie o 5,67% wyżej niż założył to zamawiający. Z kolei odwołujący wartość niektórych Ekspertów kluczowych (poz. 2.1.2, 2.1.3 czy 2.1.4) wycenił o 21,88 % niżej, niż zakładał to zamawiający w swojej wycenie. Wartość wyceny Ekspertów kluczowych odwołującego jest o 17,04% mniejsza, niż wycena zamawiającego. W dalszej kolejności, z uwagi na zwrócenie uwagi odwołującego na ceny jednostkowe „Innych ekspertów” w ofercie konsorcjum I&M zamawiający dokonał dalszej analizy oraz porównania i poniżej przedstawia w formie tabelarycznej następujące fakty:

2.2	inni eksperci					Wycena GDDKiA		Konsorcjum I&M		Odwołujący (Multiconsult Polska Sp. z o.o.)		Różnica w stosunku do wyceny GDDKiA Konsorcjum	Różnica w stosunku do wyceny GDDKiA Multiconsult
	(nie więcej niż 30% wartości wyliczonej w pozycji A niniejszego formularza)					Cena jedn.	Kwota	Cena jedn.	Kwota				

Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności:											
2.2.1	mostowej	Dniówka	504	380,00	191 520,00	250,00	126 000,00	200,00	100 800,00	-34,21%	-47 37%
2.2.2	drogowej	Dniówka	504	370,00	186 480,00	250,00	126 000,00	200,00	100 800,00	- 32,43%	-45,95%
Eksperci inni: Razem					378 000,00		252 000,00		201 600,00	-33,32%	-46,66%

Zamawiający wskazał, że zarówno konsorcjum I&M jak i odwołujący przyjęli niższe stawki, niż określił to zamawiający w swoim Formularzu Cenowym sporządzając kosztorys ofertowy. Konsorcjum I&M złożyło ofertę na w/w Ekspertów innych o 33,32% mniej niż szacował to zamawiający. Natomiast odwołujący przyjął stawki o 46,66% niższe niż założył zamawiający.

Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał dwie, w jego ocenie rażąco niskie stawki z oferty konsorcjum I&M, tj.: 165 zł dla 11 członków Personelu i 163 zł dla 16 członków Personelu.

Zamawiający zwrócił uwagę, że sam odwołujący dla 29 członków Personelu Ekspertów innych wskazał jedną stawkę, tj. 180 zł za dzień pracy. Jest to o tyle zaskakujące, że Ekspertów innych w poz. 2.2 „Inni Eksperci” zamawiający wskazał 37 i aż 29 z nich odwołujący wycenił na tę samą stawkę dzienną - 180 zł. Zamawiający wskazał, że odwołujący nie dokonał jakiegokolwiek różnicowania kwoty dla 29 innych ekspertów. Nie wziął pod uwagę faktu, że specjaliści różnych branż mają lub w przeważającej części mogą mieć inne od pozostałych wynagrodzenieienne (miesięczne). Zamawiający analizując kwoty zaoferowane przez konsorcjum I&M oraz odwołującego wskazał, że w zakresie sumy pozycji 2.1 „Eksperci kluczowi” i 2.2 „inni eksperci”, tj. usługi nadzoru razem konsorcjum I&M zaoferowało kwotę 6 865 814,00zł (netto), a z kolei odwołujący zaoferował kwotę 6 824 740,00zł (netto). Różnica wynosi 41 074,00zł netto (na niekorzyść odwołującego), co oznacza, że to konsorcjum I&M globalnie oferuje lepsze wynagrodzenie dla poszczególnych członków Personelu Konsultanta niż odwołujący (mimo przyjęcia przez konsorcjum I&M niższych stawek dziennych dla niektórych innych ekspertów z poz. 2.2. Formularza Cenowego). Zamawiający podniósł, że to na odwołującym ciąży ciężar dowodu wykazania, że kwestionowana przez niego oferta zawiera cenę rażąco niską. Odwołujący temu wymaganiu nie sprostał i nie przedstawił żadnego dowodu, który chociażby uprawdopodobniałby jego twierdzenia w tym zakresie. Zresztą w ocenie zamawiającego odwołujący nie mógł takiego dowodu przedstawić już tylko ze względu na faktyczną tożsamość ceny jego oferty z ceną oferty konsorcjum I&M. Skoro odwołujący uważa, że cena jego oferty jest ceną rynkową i nie zawiera ceny rażąco niskiej, to również oferta konsorcjum I&M musi być oceniona, jako zawierająca cenę rynkową. Jest to jedyny logiczny i zgodny z doświadczeniem życiowym, a także z zasadą równego traktowania wykonawców wniosek jaki się nasuwa w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający podkreślił, że dokonał należytej staranności przy weryfikacji ofert poszczególnych wykonawców, zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp, w tym wymogami określonymi w art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Wybrana oferta jest ofertą najkorzystniejszą z ceną rynkową, podobnie zresztą jak cena oferty odwołującego, która również jest ceną rynkową. Zaoferowane w ofertach przez konsorcjum I&M oraz przez odwołującego kwoty są wprawdzie niższe od kosztorysu inwestorskiego na poziomie odpowiednio o 9,93% (konsorcjum I&M) i 8,99% (odwołujący), jednakże zarówno globalnie jak i w zakresie ich istotnych części składowych nie budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, ani nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: I. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I&M ENGINEERS I. M., BICO Group sp. z o.o. (dalej: „przystępujący”). Przystępujący podniósł następującą argumentację.

Bezspornym pomiędzy odwołującym a przystępującym jest fakt, że przystępujący skierował do realizacji zamówienia publicznego do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu Pana A. C.. Natomiast wymaga podkreślenia, że I. M. I&M Engineers (będący członkiem konsorcjum) współpracuje z p. A. C. od września 2020 r. W momencie nawiązania współpracy – to znaczy w dniu 11 września 2020 r. – p. A. C. przedstawił oświadczenie, z którego wynikało, że wyraża chęć współpracy na kontraktach realizowanych przez I. M. I&M Engineers oraz wykorzystania swojego doświadczenia w składanych ofertach (dowód: oświadczenie p. A. C. z dnia 11 września 2020 r. - na okoliczność ustalenia, że 11 września 2020 r. p. A. C. złożył oświadczenie o wyrażeniu chęci współpracy na kontraktach realizowanych przez I. M. I&M Engineers oraz wykorzystania doświadczenia w składanych ofertach).

Powyższe oświadczenie nie zostało nigdy odwołane. Oznacza więc to, że przystępujący był i jest uprawniony do skierowania p. A. C. do realizacji zamówienia publicznego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że można uznać, że wykonawca dysponuje daną osobą, jeżeli wykonawca ma jakąkolwiek gwarancję, że ta osoba będzie w stanie wykonywać określone usługi na jego rzecz. Nie jest konieczne zawieranie od razu umowy o pracę, czy innego rodzaju umów.

W niniejszym przypadku przystępujący bezsprzecznie dysponował oświadczeniem p. A. C., z którego wynikało, że wyraża chęć współpracy na kontraktach realizowanych przez I. M. I&M Engineers oraz wykorzystania swojego doświadczenia w składanych ofertach. Po otrzymaniu odwołania, w którym znajdowało się oświadczenie p. A. C., przystępujący zwrócił

się do p. A. C. z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy tymi oświadczeniami. P. A. C. przedstawił I. M. I&M Engineers pismo, w którym oświadczył, że:

1) W momencie składania oświadczenia z dnia 27 października 2021 r. (czyli oświadczenia dołączonego przez odwołującego do odwołania) nie pamiętał o oświadczeniu z dnia 11 września 2020 r. (czyli o oświadczeniu złożonym wcześniej przystępującemu).

2) Zarówno wcześniej, jak i teraz jest zainteresowany współpracą z przystępującym.

3) Jest gotowy do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji zamówienia będącego przedmiotem niniejszego odwołania.

4) Oświadczenie z dnia 27 października 2021 r. (czyli oświadczenie dołączone przez odwołującego do odwołania) nie anulowało w żaden sposób oświadczenia z dnia 11 września 2020 r. (czyli o oświadczenia złożonego wcześniej przystępującemu).

(dowód: oświadczenie p. A. C. z dnia 10 listopada 2021 r. - na okoliczność ustalenia, że p. A. C. (i) w momencie składania oświadczenia z dnia 27 października 2021 r. nie pamiętał o oświadczeniu z dnia 11 września 2020 r., (ii) zarówno wcześniej, jak i teraz jest zainteresowany współpracą z przystępującym, (iii) jest gotowy do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji zamówienia będącego przedmiotem odwołania, (iv) oświadczenie z dnia 27 października 2021 r. nie anulowało w żaden sposób oświadczenia z dnia 11 września 2020 r.).

Ponadto, zupełnie na marginesie, przystępujący podniósł, że oświadczenie p. A. C. z dnia 27 października 2021 r. zostało przez p. A. C. złożone tylko i wyłącznie odwołującemu. Pan A. C. nie złożył tego oświadczenia przystępującemu. W związku z powyższym oświadczenie to nie wywołało nigdy względem przystępującego żadnych skutków prawnych. W tych okolicznościach należy uznać, że przystępujący cały czas dysponował i dysponuje p. A. C., oraz że przystępujący był uprawniony do wskazania p. A. C. do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu.

Przystępujący wskazał, że nie przedstawił żadnej informacji, która byłaby niezgodna z rzeczywistym stanem rzeczy. Przystępujący cały czas dysponował i dysponuje p. A. C. oraz był uprawniony do wskazania p. A. C. do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC, przystępujący wskazał, że w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Cena zaoferowana przez przystępującego nie jest niższa, o co najmniej 30% ani od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10). Nie doszło również do zaktualizowania wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług z powodu okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania. Słusznie więc zamawiający nie

wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

W złożonym odwołaniu odwołujący podnosi jedynie subiektywne okoliczności, które jego zdaniem powinny skutkować wystosowaniem wobec przystępującego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Żadna z tych okoliczności nie ma jednak obiektywnego charakteru.

Przystępujący wskazał, iż odwołujący podnosi, że wykonawca ECM Group Polska S.A. został przez zamawiającego wezwany do wyjaśnień zaoferowanej ceny, ponieważ zamawiający uznał, że cena jednostkowa dniówki przyjęta przez tego wykonawcę wynosi 150 zł i budzi to wątpliwości zamawiającego. Podkreślić należy, że ceny jednostkowe dniówek przyjęte przez przystępującego, a kwestionowane przez odwołującego wynoszą (w zależności od osoby) 165 zł i 163 zł. Są więc zdecydowanie wyższe od stawek przyjętych przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. Ponadto, wskazując w odwołaniu cenę jednostkową 150 zł, jako zaoferowaną przez ECM Group Polska S.A. odwołujący dokonuje nadinterpretacji okoliczności faktycznych wykorzystując omyłkę zamawiającego. Faktycznie bowiem zamawiający wezwał wykonawcę ECM Group Polska S.A. do wyjaśnień zaoferowanej ceny. Nastąpiło to pismem z dnia 28 lipca 2021 r. W piśmie tym zamawiający napisał: „*W Państwa ofercie cena jednostkowa dla niektórych pozycji Formularza cenowego (wskazanych poniżej), gdzie jednostką czasu jest dniówka, wynosi 150 zł*”. W dalszej części pisma jednak zamawiający wskazuje konkretne pozycje, które budzą jego wątpliwości.

W istocie więc wątpliwości zamawiającego budziły pozycje o wartościach 100,00 zł, 120,00 zł oraz 130,00 zł, a nie pozycje o wartości 150 zł (która została przywołana przez zamawiającego wyłącznie we wstępie). Przywołanie przez zamawiającego wartości 150 zł we wstępie jest prawdopodobnie omyłką, ponieważ nigdzie w ofercie wykonawcy ECM Group Polska S.A. nie pojawia się ta wartość. Oznacza to więc, że zamawiający miał wątpliwości, co do wartości 100,00 zł, 120,00 zł oraz 130,00 zł, a więc wartości zdecydowanie niższych od tych przyjętych przez przystępującego. Nie może być więc mowy o jakimkolwiek porównywaniu stawek przyjętych przez przystępującego i wykonawcę ECM.

W stosunku do twierdzeń odwołującego dotyczących kosztów zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przystępujący wskazał, że nigdzie w dokumentacji zamówienia zamawiający nie postawił wymogu, żeby wskazani specjaliści zostali zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Wymogi związane z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę zostały przez zamawiającego zawarte w projekcie umowy stanowiącym tom II specyfikacji warunków zamówienia w § 13 ust. 4.

Żaden ze wskazanych przez odwołującego specjalistów nie może zostać uznany za personel biurowy i pomocniczy, co do którego istnieje obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. W konsekwencji osoby te mogą współpracować z wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia na podstawie tzw. samozatrudnienia (czyli mogą

prowadzić własne działalności gospodarcze). W takiej sytuacji nie ma konieczności kalkulacji obciążeń dodatkowych, na które zwraca uwagę odwołujący, ponieważ nie są to obciążenia właściwe dla tej formy współpracy. Słusznie więc ta okoliczność nie wzbudziła żadnych wątpliwości zamawiającego.

W kwestii twierdzeń odwołującego, że z doświadczenia życiowego wynika, że osoby o określonych kwalifikacjach zarabiają kwoty znacznie wyższe, odwołujący w żaden sposób nie potwierdził swojego stanowiska. Ustalenie wynagrodzenia poszczególnych specjalistów jest sprawą poszczególnego specjalisty i konkretnego wykonawcy i żaden inny wykonawca nie ma wpływu na treść ustaleń. Ponadto wskazać należy, że porównując ceny jednostkowe przyjęte przez przystępującego z cenami jednostkowymi przyjętymi przez zamawiającego na potrzeby ustalenia wartości zamówienia oraz z cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez odwołującego należy dojść do wniosku, że ceny te są mocno porównywalne. Nie można więc uznać – jak chce tego odwołujący – że z doświadczenia życiowego wynika, że osoby o określonych kwalifikacjach zarabiają kwoty znacznie wyższe. Przystępujący zaoferował za realizację zamówienia cenę w wysokości 10.319.409,72 zł brutto. Z kolei odwołujący zaoferował cenę w wysokości 10.427.817,00 zł brutto. Różnica pomiędzy cenami wynosi więc 108 407,28 zł brutto. Stanowi to zaledwie 1,05% w stosunku do ceny, jaką zaproponował przystępujący. Przy tak małej różnicy nie sposób uznać, że cena, jaką zaoferował przystępujący, jest rażąco niska.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej mianem „rażąco niskiej ceny” określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych dla danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. W przedmiotowej sprawie ceny w żadnym wypadku nie można uznać za rażąco niską. Zaoferowana cena jest ceną realną, zapewniającą wykonanie zamówienia na najwyższym możliwym poziomie, a jednocześnie gwarantującą przystępującemu zysk, a tymczasem za cenę rażąco niską uznać można jedynie cenę nierealistyczną, poniżej rzeczywistych kosztów wykonania. Słusznie więc zamawiający nie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z niezasadnością wyżej wskazanych przez odwołującego zarzutów, to za bezpodstawny należy uznać również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

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. 3 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. 505 ust. 1 ustawy Pzp, 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 nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zarzut nr 1 i 2 – odwołujący żąda wykluczenia przystępującego i odrzucenia oferty przystępującego wskazując, iż przystępujący składając oświadczenie p. C. z dnia 11 września 2020 roku, w celu zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, opierając się o treść oświadczenia uzyskanego od p. C. w dniu 27 października 2021 roku.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, iż p. C. w dniu 11 września 2020 roku oświadczył jednemu z wykonawców wchodzącemu w skład konsorcjum przystępującego (dalej „przystępujący”), iż cyt. *„Ja niżej podpisany (...) oświadczam, że wyrażam chęć współpracy na kontraktach realizowanych przez firmę I. M. I&M ENGINEERS oraz wykorzystania mojego doświadczenia w składanych ofertach przez w/w firmę w okresie współpracy”*. Zdaniem Izby oświadczenie to jest prawdziwe i zostało podpisane przez p. C.

W związku z powyższym trudno jest uznać, iż przystępujący opierając się o posiadane ww. oświadczenie złożył zamawiającemu informacje nieprawdziwe. Z oświadczenia tego w sposób jednoznaczny wynika zobowiązanie do współpracy oraz wyrażenie zgody na posługiwanie się potencjałem posiadanym przez p. C.

Treść powyższego oświadczenia nigdy nie została odwołana, jak również nie została odwołana gotowość do współpracy z przystępującym, czego dowodzi oświadczenie p. C. z dnia 10 listopada 2021 r., w którym p. C. wskazał, iż cyt. *„W nawiązaniu do mojego pisemnego Oświadczenia z dnia 11 września 2020 r., (o którego istnieniu nie pamiętałem w chwili podpisania Oświadczenia z dnia 27 października 2021 r. dla przedstawiciela f-my Multiconsult, ale po okazaniu którego potwierdzam autentyczność*

mojego podpisu), w którym wyraziłem chęć współpracy na kontraktach realizowanych przez firmę I. M. I&M ENGINEERS oraz wykorzystania mojego doświadczenia w składanych ofertach informuję, że moje oświadczenie było i jest aktualne tylko w okresach współpracy. Zarówno wcześniej, jak i teraz jestem zainteresowany współpracą z firmą I. M. J&M ENGINEERS (jak również firmą BICO Group sp. z o.o.). Jestem gotowy na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji zamówienia dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie pod nazwą „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa obwodnicy Kołbieli w ciągu drogi krajowej nr 50”. Moje oświadczenie z dnia 27 października 2021 r. dla przedstawiciela f-my Multiconsult nie anulowało w żaden sposób oświadczenia złożonego dla f-my I. M. J&M Engineers w dniu 11 września 2020 r.”.

Tym samym stwierdzić należało bezzasadność zarzutów nr 1 i 2 odwołania.

Zarzut nr 3 – Izba uznała ten zarzut za bezzasadny z uwagi na okoliczność, iż w związku z uznaniem za bezzasadne zarzutów nr 1 i 2 nie sposób uznać, iż przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenia złożone przez p. C. (zarówno to z dnia 11 września 2020 roku oraz z dnia 10 listopada 2021 roku) w pełni potwierdzają dysponowanie tą osobą przez przystępującego, a wobec braku stwierdzenia, że przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd oraz nie podał informacji nieprawdziwych, Izba stwierdziła, że przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jedynie na marginesie wskazać należy, iż w utrwalonej już linii orzeczniczej przeważa pogląd, że na dzień składania ofert (wykazów) nie ma obowiązku legitymowania się przez wykonawcę umową z osobą, która oddała się do dyspozycji podmiotu, wystarczy samo zobowiązanie do współpracy, który wypełnia stosunek zobowiązaniowy.

Zarzut nr 4 – odwołujący zarzutem tym kwestionuje zaniechanie zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wybranych przez siebie, istotnych części składowych ceny, które zdaniem odwołującego wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i/lub budzą istotne wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

W zakresie omawianego zarzutu, Izba w pełni podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, dodatkowo wskazując, co następuje.

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż różnica w cenie całkowitej oferty odwołującego i przystępującego to zaledwie 1,04% (wg. wyliczenia zamawiającego). Tak niewielka różnica, nie mogła zatem stanowić podstawy do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości do rzetelności wyceny oferty przystępującego w ten sposób, że konieczne było wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Również, zdaniem Izby, nie było podstaw do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie

elementów składowych ceny podanych przez odwołującego w tabeli na stronie 6 odwołania, gdyż w zdecydowanej większości pozycje tam wymienione nie przekraczają progu określonego przez ustawodawcę, tj. 30%. Natomiast pozycje, które przekraczają ten próg, nie mogą być uznane za rażąco niskie, gdyż dotyczą przewidywanego wynagrodzenia za usługi personelu i nie są one niższe od minimum określonego w obowiązujących przepisach dotyczących minimalnego wynagrodzenia. Okoliczność, iż są one niższe o ponad 30% od szacunkowej stawki, jaką ustalił w tym postępowaniu zamawiający, nie oznacza jeszcze, że ceny te nie są cenami rynkowymi. Odwołujący w tym zakresie nie wykazał inicjatywy dowodowej. Natomiast daje się zauważyć, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, że nie zawsze porównywanie cen/stawek ustalonych jako szacunek zamówienia opracowany przez zamawiającego, nie daje wymiernego efektu w kontekście ustalenia czy badana cena ofertowa jest rażąco niska. W tym zakresie, w ocenie Izby, miarodajnym wyznacznikiem są ceny ofert konkurencji, czy też ceny funkcjonujące na rynku danej branży. Skoro zatem ceny obu wykonawców są zbliżone, to nie sposób wywieść, że jedna z nich, niższa w niektórych pozycjach, jest ceną rażąco niską.

Zarzut nr 5 jest zarzutem wynikowym, a w sytuacji, gdy Izba stwierdziła bezzasadność zarzutów 1-4, to za bezzasadny uznać należało również zarzut nr 5.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....