

**Sygn. akt: KIO 1198/19**

**WYROK**  
**z dnia 11.07.2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24.06.2019 r. przez wykonawcę **SILVER COAST CONSTRUCTION & BORING LLC, Mohammad Bin Sultan Al Dhaheri Bldg. - Floor 01, Office 03, Airport Road, P.O., Box 36808 Abu Dhabi, Zjednoczone Emiraty Arabskie** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Inwestycji i Handlu S.A., ul. Krucza 50, 00-025 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Międzynarodowe Targi Poznańskie Sp. z o.o, FM Aldentro Sp. z o.o., ul. Głogowska 14 60-734 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego SILVER COAST CONSTRUCTION & BORING LLC, Mohammad Bin Sultan Al Dhaheri Bldg. - Floor 01, Office 03, Airport Road, P.O., Box 36808 Abu Dhabi, Zjednoczone Emiraty Arabskie i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczonych tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A., ul. Krucza 50, 00-025 Warszawa kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

4. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego wykonawcy SILVER COAST CONSTRUCTION & BORING LLC, Mohammad Bin Sultan Al Dhaheri Bldg. - Floor 01, Office 03, Airport Road, P.O., Box 36808 Abu Dhabi, Zjednoczone Emiraty Arabskie - kwoty 15 000,00 (słownie: piętnaście tysięcy) złotych, tytułem zwrotu kwoty nadwymiarowo uiszczonych wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ( tj. Dz. U. z 2019r. poz. 730) na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

**UZASADNIENIE**

Polska Agencja Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna ul. Krucza 25, 00-025 Warszawa dalej zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie, budowa, utrzymanie techniczne i rozbiórka Pawilonu Polski na Wystawie Światowej EXPO 2020 w Dubaju w Zjednoczonych Emiratach Arabskich” nr ref. BPR.SPED.25.15/2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 kwietnia 2019 r. 153394-2019-PL.

W dniu 14 czerwca 2019 r., Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o. o. ul. Głogowska 14 60-734 Poznań i FM Aldentro sp. z o. o. ul. Wał Miedzeszyński 384 03-994 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca SILVER COAST CONSTRUCTION & BORING LLC, Mohammad Bin Sułtan Al Dhaheri Bldg. - Floor 01, Office 03, Airport Road, P.O. Box 36808, Abu Dhabi, Zjednoczone Emiraty Arabskie, zwany dalej „Odwołującym” lub „MTP” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu (lider) i FM Aldentro sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (partner) (zwane dalej „MTP”) pomimo, iż treść tej oferty jest nieważna na podstawie innych przepisów,

2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MTP, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił, informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3. z ostrożności procesowej naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień przez MTP w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, gdyż zaoferowana przez MTP cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi poważne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a także wynikającymi z odrębnych przepisów,

4. z ostrożności procesowej naruszenie przepisu art. 26 ust. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na wykazanie spełnienia

warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Rozdział VI Warunki udziału w postępowaniu pkt 1 ppkt 2) lit. a) , ponieważ:

a. wykonawca nie wykazał, że podmiot użyczający zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - firma GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C. wykonał, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie zamówienia polegającego na budowie budynku o kubaturze brutto min. 7000 m<sup>3</sup>, o wartości nie mniejszej niż 25 mln zł brutto, zatem nie doszło do wykazania spełnienia warunków doświadczenia przez MTP,

b. wykonawca nie wykazał, że podmiot użyczający zasoby firma GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C. był prawidłowo umocowany do podpisania zobowiązania do użyczenia zasobów, oświadczenia JEDZ i innych dokumentów, w tym przedłożonych referencji, zatem nie doszło do wykazania spełnienia warunków przez MTP,

5. z ostrożności procesowej naruszenie przepisu art. 26 ust. 3a ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia pełnomocnictw do reprezentowania firmy GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C. przez Pana H. A. H. K., ponieważ jak wynika z oświadczenia JEDZ, uprawnienie do reprezentacji jednoosobowej wynika z Umowy Spółki - aneks z dnia 14.05.2018 numer repertorium 60134/1/2018, które nie zostało przedłożone Zamawiającemu,

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty MTP,
2. w razie nieuwzględnienia zarzutu 1 lub 2, wezwanie do wyjaśnień i/lub uzupełnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, umocowania do działania oraz rażąco niskiej ceny oferty MTP,
3. dokonanie ponownego badania i oceny oferty MTP,
4. wykluczenia i odrzucenia oferty MTP,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu pierwszego Odwołujący wskazał, że wykonawca MTP podał do realizacji budowli Pawilonu swojego podwykonawcę, firmę GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C. Projektowany budynek ma trzy kondygnacje nadziemne i brak kondygnacji podziemnych. Wysokość budynku wynosi 15m. Projekt i budowa Pawilonu zostanie przeprowadzona w oparciu o przepisy właściwe dla umiejscowienia działki tj. w oparciu o kodeksy, przepisy i regulacje Dubaju, ZEA i standardy międzynarodowe, która pozwoli na uzyskanie wszelkich zezwoleń budowlanych, zezwoleń Organizatora Wystawy i ustawowe organy zatwierdzające, wraz z uzyskaniem zezwoleń niezbędnych dla przejęcia działki i rozpoczęcia budowy Pawilonu Polskiego.

Jednakże wskazany podwykonawca nie posiada uprawnień do budowy 3 kondygnacji. Z treści przedłożonej Zamawiającemu Commercial Licence (Licencja Komercyjna) firmy GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C. wynika wprost, że podmiot ten nie ma uprawnień do budowania budowli 3 piętrowych, gdyż posiada tylko licencję G+1.

Wskazał, że aby zweryfikować stan faktyczny, należy bazować na dokumencie oryginalnym, ponieważ w tłumaczeniu dokumentu na język polski wykonanym przez wykonawcę MTP, pominięty został zakres przedmiotowych uprawnień. Takie tłumaczenie świadczy o manipulacji treścią tłumaczenia w taki sposób, aby Zamawiający nie dowiedział się o zbyt wąskim zakresie uprawnień podwykonawcy. Dodał, że należy zastanowić się nad dwiema kwestiami:

1. czy wykonawca, który nie posiada uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej w ogóle jest uprawniony do złożenia oferty?

2. czy wykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonania przedmiotu zamówienia już na etapie składania oferty, czy może je pozyskać później?

Zdaniem Odwołującego należy rozstrzygnąć, czy złożenie oferty jest już przejawem wykonywania działalności gospodarczej, czy jest to działanie przedsiębiorcy, czy też przygotowanie w ogóle do działania w charakterze przedsiębiorcy. Niewątpliwie działalność prowadzona przez firmę GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C. ma charakter zarobkowy, jest wykonywana w we własnym imieniu i w sposób ciągły. Nadto podał, że samo przygotowanie oferty i jej składanie jest przejawem wykonywania działalności gospodarczej, wykorzystującym profesjonalną wiedzę i doświadczenie, mającym na celu osiągnięcie zysku. Podkreślił, że firmy wykonujące prace budowlane pracujące w Dubaju, muszą posiadać „licencję, na klasyfikację kontrahentów”, która pozwoli im pracować w tym charakterze. Wymagane pozwolenia zależą od tego, w której gminie znajduje się dana lokalizacja - w gminie Dubaj, JAFZA lub TECOM.

Odnoszą się do powyższego stwierdził, że GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C. posiada tylko licencję na budowę budynku na poziomie parteru i pierwszego piętra, oznaczanego jako G+1, natomiast „Projektowanie, budowa, utrzymanie techniczne i rozbiórka Pawilonu Polskiego na Światowej Wystawie EXPO 2020 w Dubaju w Zjednoczonych Emiratach Arabskich” ref. BPR.SPED.25.15 / 2019 jest budynkiem w kategorii G+2. Kolejny typem licencji po G+1, który przewiduje prawo Dubaju jest licencja G+4. Wymagania dla uzyskania wyższej kategorii licencji mają charakter nie tylko formalny, ale przede wszystkim praktyczny. Tym samym według Odwołującego podwykonawca MPT firma GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C. nie był uprawniony do złożenia zobowiązania do użyczenia zasobów i realizacji przedmiotowego zamówienia. Powyższe ustalenia winny skutkować odrzuceniem oferty MTP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, ponieważ jest ona niezgodna z rządowymi założeniami budowy budynków.

Odnosząc się do zarzutu drugiego związanego z sytuacją podniesioną w zarzucie pierwszym a odnoszącą się do zaniechanie wykluczenia wykonawcy MTP pomimo, iż ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd. Podał, że wykonawca przedłożył Zamawiającemu tłumaczenie z języka arabskiego i częściowo angielskiego Commercial Licence (Licencji komercyjnej) firmy GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C., która jest podwykonawcą MTP w zakresie między innymi budowy budynku. Przystępujący nie zastrzegł w tłumaczeniu, że wykonuje tłumaczenie fragmentarycznie. Jedyną częścią, która nie została przetłumaczona to zapis o przedmiocie działalności, do której legitymację posiada dany podmiot, a który to zapis wskazuje na fakt, że firma GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C. nie posiada uprawnień do budowy wymaganego przez Zamawiającego budynku. Odwołujący podkreślił, że tak dokonane tłumaczenie przedmiotowego uprawnienia podwykonawcy do wykonywania prac, jest wysoce niekorzystne dla tego wykonawcy, gdyż wskazuje na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy MTP do wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. Wskazał, że zgodnie z Uchwałą NR 146/2018 Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2018 r. łączne nakłady z budżetu państwa na realizację Programu w latach 2019-2021 wyniosą 82 970 tys. zł i będą przeznaczone na:

- zaprojektowanie, wybudowanie, utrzymanie i funkcjonowanie oraz rozbiórkę Pawilonu Polski wraz z ekspozycją wewnętrzną i terenem przyległym — ok. 57 015 tys. zł.

Jednocześnie w Uchwale zastrzeżono, że koszty związane z wybudowaniem Pawilonu zostały oszacowane w oparciu o dane Organizatorów EXPO 2020. Zostaną one zweryfikowane po rozstrzygnięciu konkursu na projekt architektoniczny oraz po dokonaniu wyboru wykonawcy Pawilonu. Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 47 450 000 zł brutto. Przedmiotowe zamówienie składało się z zamówienia podstawowego z prawem opcji. Prawem opcji były objęte przede wszystkim:

- realizacja testu ogniowego w standardzie NFPA 285 lub równoważnego dla elewacji Pawilonu - 1,4% wartości oferty
- rozbiórka Pawilonu Polski. - 5% wartości oferty.
- Suma 6,4 % wartości ofert.

Zamawiający wraz z dokumentacją przetargową udostępnił zał.7 — tj. przedmiar robót, w którym wycenił prace na kwotę 35 639 963,07 zł, jednakże poczynił zastrzeżenia, że przedmiar ten nie zawiera wszystkich wymaganych pozycji i to wykonawca musi zweryfikować je i do uzupełnić.

Po ogłoszeniu wyników postępowania, w odpowiedzi na pytania Odwołującego dotyczące sposobu obliczenia kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na wykonanie

zamówienia Zamawiający udostępnił kosztorys inwestorski sporządzony przez projektantów pawilonu opiewający na kwotę 36.218.633,34 zł netto oraz udzielił następujących wyjaśnień:

„Wartość kosztorysowa wynosząca 36 218 633,34 zł jest wartością netto. Do kwoty tej Zamawiający doliczył koszty rozbiórki wynoszące 1 900 000 zł netto oraz podatek od towarów i usług Vat - co daje kwotę brutto 46 885 919 zł. Zamawiający mając na uwadze stale rosnące ceny zarówno usług, jak i materiałów budowlanych, doliczył do wartości kosztorysowych zapas przeznaczając na realizację zamówienia tj. 47 450 000,00 zł brutto. ”  
Z powyższych wyjaśnień wynika, że wg dokumentacji przygotowanej na zlecenie Zamawiającego kwota, za którą można wykonać zamówienie to nie mniej niż: 47 450 000,00 zł brutto.

Zgodnie z dokumentacją przetargową wykonawcy powinni uwzględnić w swoich ofertach szereg kosztów, nieuwjętych w przedmiarze, tj.:

- koszty ubezpieczeń opisanych w dokumencie Insurance Guide, m.in.: ubezpieczenie pracowników, ubezpieczenie samochodów, ubezpieczenie pawilonu, ubezpieczenie placu budowy - koszt około 25 000 zł netto,

- koszt uprawnionego Konsultanta (Zał. 1.1. PFU 2.1.8.9. UPRAWNIONY PROJEKTANT—s. 199 Consultant -lokalny consultant) uprawniony konsultant pobiera opłatę od 4 — 7% całości projektu bądź ustaloną wycenioną kwotę. Otrzymaliśmy dwie niezależne wyceny usługi Konsultanta przedstawiając projekt polskiego pawilonu. Jedna wycena opiewała na kwotę 4% wartości całego projektu. Druga wycena opiewała na kwotę 3 500 000 AED netto tj. 3 593 389 PLN netto. Do obydwu ofert należy doliczyć kwotę 5% VAT, - stawki VAT obowiązującej w Zjednoczonych Emiratach Arabskich.

Ponadto opierając się na fachowej wiedzy, ofertach podwykonawców, a także znajomości specyficznych uwarunkowań panujących w Zjednoczonych Emiratach Arabskich, należy stwierdzić, że przedmiar był niedoszacowany o następujące pozycje i wartości (co zastrzegł Zamawiający już w dokumentacji):

1. cło importowe w Jebel Ali 5% (uzależnione od przyjętego miejsca wykonania) .
2. logistyka - /transport morski międzynarodowy, kalkulacja poniżej/, lotniczy x 2 droższy oraz logistyka na miejscu /Port Morski - Strefa Expo - Dubai, Strefa Expo/ minimum 156 000 PLN
3. koszt transportu międzynarodowego elementów wystawy/pawilonu z Polski do UEA oraz, po rozbiórce z UEA do Polski 823 477 zł netto plus koszt cła EXPO
4. koszt zapasowych elementów osprzętu multimedialnego.

Czas reakcji na usterkę z uwagi na charakter wystawy musi być bardzo krótki, w związku z tym każde urządzenie; lampa, monitor muszą być dostarczone w większej ilości sztuk, ponieważ nie ma możliwości wysłania urządzenia do serwisu, trzeba je wymieniać, podnosi to koszty sprzętu i oświetlenia o około 25%. Przy wystawie tego typu - czyli wystawie na

EXPO, dodatkowo trwającej 6 miesięcy dostawa dodatkowego, zapasowego sprzętu jest konieczna, chociażby z uwagi na ilość zwiedzających dziennie. Na dużo mniejszym EXPO w Kazachstanie było to nawet 3500 tysiące osób dziennie. W Dubaju organizatorzy spodziewają się 25 milionów zwiedzających, co przy wystawie trwającej 172 dni daje średnią ponad 145 000 zwiedzających EXPO dziennie.

5. jak wyżej - brak zapasowych elementów wystawy, elementów rzeźby kinetycznej, ścian diodowych itp. Mimo że Zamawiający zakłada, że taka wymiana będzie konieczna (sposób szybkiej wymiany był poddany ocenie w tabeli oceny próbek). Elementy wymienne to 20% kosztów danego elementu.

6. zaniżony koszt pracy serwisantów. W przedmiarze założono pracę tylko dwóch serwisantów, mimo że Zamawiający wymaga: *„wykonywanie bieżących napraw w okresie użytkowania obiektu w trakcie wystawy, serwisu, przeglądów oraz konserwacji wszystkich instalacji i urządzeń w celu utrzymania ciągłej sprawności i zachowania warunków gwarancyjnych w okresie gwarancji jakości oraz utrzymanie i pielęgnacja zieleni ”*, co przy wskazanej wyżej ilości zwiedzających jest niewykonalne przy dwóch osobach. Utrzymanie techniczne pawilonu to konieczność pracy minimum 8 techników (2 zmiany) - 172 dni, dzień z hotelem i dietą to koszt minimum 900 PLN netto - 1 238 400 PLN netto, ponadto wymiana pracowników, przeloty sumują się na kwotę dla jednego serwisanta zgodną z kosztorysem, tj. 300 000 pomnożoną o ilość serwisantów: 2 400 000 zł netto.

7. brak kosztów na nieprzewidziane wydatki (wzrost cen pracowników, stali, paliwa) w związku z inflacją oraz rosnącymi kosztami budowlanymi — co Zamawiający sam zauważył w wyjaśnieniach dotyczących kwoty - minimum 5%,

8. brak jakichkolwiek kosztów związanych z zarządzaniem projektem — minimum 5%,

9. brak kosztów ochrony - wymóg Self Build Pavilion Guide (Przewodnik Budowania Pawilonu), 3.5.4. Pavilion Security (Bezpieczeństwo Pawilonu) — „Uczestnicy muszą wziąć pełną odpowiedzialność za bezpieczeństwo własnych pawilonów, uczestnicy muszą przedstawić Organizatorowi szczegóły swoich systemów bezpieczeństwa i zintegrować je z centralnym centrum dowodzenia. ”

10. Niedoszacowanie robót budowlanych - w przedmiarze pomocniczym nie uwzględniono:

a. ZEZWOLENIE NA PRACĘ /work permits/ w opisie Self Build Pavilion Guide (Przewodnik Budowania Pawilonu) jest to bardzo restrycyjne i będzie przestrzegali/ ;

b. ZEZWOLENIE NA BUDOWĘ od Civil Defense (Obrony Cywilnej) na przykład w zakresie ochrony przeciwpożarowej np. dopuszczalność użycia materiałów na elewację, bez takich zgód nie można rozpocząć prac.

c. Niedoszacowana ilość i wartość stali użytej do budowy (wzrost poziomu cen stali na poziomie 25-30% w stosunku do 2018 roku). Według wycień Odwołującego

niedoszacowanie w przedmiarze na poziomie 6 322 721 min PLN. Dla potwierdzenia prawidłowości tych wyliczeń Odwołujący zwrócił się do firmy zarejestrowanej w Emiratach Arabskich, specjalizującą się w dostarczaniu i instalacji konstrukcji stalowych dla budynków. Ich wycena po otrzymaniu rysunków architektonicznych pawilonu polskiego.

11. Przy liczbie zwiedzających kilkunastu tysięcy dziennie należy zainstalować odpowiedniej jakości meble, albo ze względu na ich szybkie zużycie je wymieniać — nastąpiło tutaj niedoszacowanie w przedmiarze pomocniczym na poziomie: Meble Stałe — 25% ; Meble Ruchome — 30% , Wyposażenie Biurowe 27% , Wyposażenie Sanitarne 57%

12. W wycenie instalacji elektrycznych w przedmiarze robót nie uwzględniono pozwoleń DEWA / Dubai Electric ity & Water Authority / - dla instalacji elektrycznych koszt na poziomie między 300 000 PLN a 750 000 PLN - niedoszacowanie na poziomie 1 656 654 PLN netto, tj. 28%

13. W wycenie instalacji sanitarnych w przedmiarze robót nie uwzględniono pozwoleń DEWA / Dubai Electric ity & Water Authority / - dla instalacji sanitarnych jak Instalacja zaopatrzenia w wodę — 20 000 PLN. Niedoszacowanie na poziomie 16%

14. W wycenie zagospodarowania terenu w przedmiarze robót nie uwzględniono pozwoleń DEWA / Dubai Electric ity & Water Authority / Instalacji wody chłodzonej dla systemu chłodzenia - około 100 000 PLN, drenażu - około 25 000 PLN, bardzo wysokich kosztów nawadniania roślin. Nie doszacowano kosztów kamiennej nawierzchni, koryt na całej szerokości drogi, w tym drenażu — specyfika drenażu oraz budowy koryt jest inna niż w Polsce ze względu na piach, a nie na ziemię. Nie doszacowano kosztu kruszywa.— ze względu na warunki znacznie więcej kruszywa wykorzystuje się do budowy niż w Polsce. Niedoszacowane koszty nasadzeń oraz doprowadzenia wody. Koszty wody oraz doprowadzenia odsalanej znacznie większe niż w Polsce. Niedoszacowanie w wysokości 2 339 835 PLN netto, tj. 69%

15. Nie uwzględniono kosztów pozwoleń podłączeń telekomunikacyjnych Etisalat — ok. 5 000 PLN netto

16. Nie uwzględniono w przedmiarze robót prac rozbiórkowych oraz właściwego .serwisu technicznego. Niedoszacowanie w wysokości 942 471 PLN netto, tj. 61%

17. Nie uwzględnione w polskim przedmiarze pomocniczym kosztów konsultanta do komunikacji z Zamawiającym.

18. Nie uwzględniono różnic walutowych.

Najtańsza ofertę złożyło Konsorcjum Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o. o. ul. Głogowska 14 60-734 Poznań i FM Aldentro sp. z o. o. ul. Wał Miedzeszyński 384 03-994 Warszawa opiewała na kwotę 36 967 000,00 zł brutto. Odejmując podatek VAT 23% otrzymujemy kwotę 28 464 590 zł netto.

Odejmując następnie kwoty wynikające z prawa opcji tj. kosztów rozbiórki i testów ogniowych (bez testów ogniowych Civil Defense - Obrona Cywilna nie dopuści do użytkowania budynku - jest to przestrzegane bardzo restrykcyjnie) o sumie 6,4 % wartości oferty otrzymujemy kwotę 26 642 856,24 zł netto.

Odejmując koszty uprawnionego konsultanta z niezależnej oferty 3 500 .000 netto, otrzymujemy kwotę 23 142 856,24 zł netto.

Zgodnie z projektem Pawilonu oraz kosztorysem inwestorskim, wykonawca musi dostarczyć do wyposażenia Pawilonu sprzęt multimedialny o wartości 6 214 454,00 zł netto. Dostarczenie mniejszej ilości sprzętu lub jego zamiana na sprzęt gorszej jakości będzie niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, w oparciu o który wykonawcy wyceniają elementy projektu. Po odjęciu kwoty samego sprzętu i oświetlenia wykonawcy zostaje 16 928 402,24 zł netto na wybudowanie trzykondygnacyjnego budynku o powierzchni użytkowej 1 430,41 m<sup>2</sup>, jego podłączenie do mediów, wyposażenie w reprezentacyjne sale konferencyjne, edukacyjne oraz wystawę, która musi wytrzymać przejście i interakcje z kilkoma milionami gości, utrzymanie przez pół roku, w trakcie trwania największego w historii EXPO oraz jego rozbiórkę.

Podał, że dla porównania koszt ekspozycji na znacznie mniejszym EXPO w Kazachstanie, na którym wystawy były montowane w budynkach wybudowanych przez Organizatorów wynosił ponad 15 000 000 zł brutto, bez budynku.

Należy stwierdzić zdaniem Odwołującego, że przy uwzględnieniu dodatkowych kosztów wykazanych powyżej, nie jest możliwe przeprowadzenie budowy i wyposażenia wystawy polskiego pawilonu na EXPO 2020 w Dubaju. Tym bardziej, iż Zamawiający informował, iż zamierza przeznaczyć kwotę 47 450 000 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe zastrzeżenia stwierdził, że wszystkie te okoliczności powinno spowodować, że Zamawiający nabierze wątpliwości co do zaoferowanej przez MTP ceny i wezwie MTP do wyjaśnień w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w szczególności kosztów wynikających przepisów obowiązujących w Zjednoczonych Emiratach Arabskich oraz organizatorów EXPO.

W zakresie kolejnego zarzutu ozn. jako 4a, a dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy MTP w zakresie braku aneksu umowy spółki GRAN GALAXY CONTRACTING L.L.C wskazał, że zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy MTP podlega wykluczeniu i odrzuceniu, Odwołujący stawia zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Rozdział VI Warunki udziału w postępowaniu pkt 1 ppkt 2) lit. a), ponieważ wykonawca nie wykazał, że podmiot użyczający zasoby firma GRAN GALAXY CONTRACTING L.L.C. zrealizował zamówienia polegającego na budowie budynku o

kubaturze brutto min. 7000 m<sup>3</sup>, o wartości nie mniejszej niż 25 mln zł brutto. Odwołujący zapoznał się z obydwoma dokumentami Referencji, udostępnionymi Odwołującemu w dniu 24 czerwca 2019 r. (Referencja z dnia 6 maja 2019 r. wystawiona przez DUBAI WORLD TRADE CENTER i Referencja z dnia 5 maja 2019 r. wystawiona przez Fresh Fruits FZCo), które nie potwierdzają realizacji budowy budynku o kubaturze min. 7000 m<sup>3</sup>. Z obu referencji wynika, że prace były prowadzone w budynkach. W tym zakresie wskazał, że z analizy referencji wynika, że w oryginalnym dokumencie nie występuje fraza „prace budowlane”, a zakres prac odnosi się do wykonania powierzchni komercyjno-przemysłowej, a więc wewnątrz budynku, a nie budowy samego budynku. Wobec powyższych zastrzeżeń Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania wykonawcy MTP w zakresie uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1 ppkt 2) lit. a) SIWZ.

W kolejnych zarzutach ozn jako 4b i 5 Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawcy MTP w zakresie braku aneksu umowy spółki GRAN GALAXY CONTRACTING L.L.C. W tym zakresie Odwołujący stawia zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Rozdział VI Warunki udziału w postępowaniu pkt 1 ppkt 2) lit. a), ponieważ wykonawca nie wykazał, że podmiot użyczający zasoby firma GRAN GALAXY CONTRACTING L.L.C. był prawidłowo umocowany do podpisania zobowiązania do użyczenia zasobów, oświadczenia JEDZ i innych dokumentów, w tym przedłożonych referencji, zatem nie doszło do wykazania spełnienia warunków przez MTP.

Nadto Odwołujący podnosił naruszenie przepisu art. 26 ust. 3a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia pełnomocnictw do reprezentowania firmy GRAN GALAXY CONTRACTING L.L.C. przez Pana H. A. H. K., ponieważ jak wynika z oświadczenia JEDZ, uprawnienie do reprezentacji jednoosobowej wynika z Umowy Spółki- aneks z dnia 14.05.2018 numer repertorium 60134/1/2018, które nie zostało przedłożone Zamawiającemu. Wskazał, że właściwe umocowanie do jednoosobowej reprezentacji spółki osoby, która nie jest Przewodniczącym spółki (Prezesem Zarządu) musi wynikać z zapisów umowy spółki. Zamawiający weryfikując umocowanie do podpisania zobowiązania do użyczenia zasobów oparł się tylko na oświadczeniu członka zarządu złożonym w JEDZ, co jest niewystarczające.

**Zamawiający** w pisemnej odpowiedzi na odwołanie oprócz stanowiska co do podniesionych w odwołaniu zarzutów wniósł o zwrot przedmiotowego odwołania na podstawie art. 187 ust 6 i 7 Pzp z uwagi na nieuiszczenie wpisu od odwołania w terminie. W tym zakresie wskazał na otrzymaną z Prokuraturii Generalnej opinię z której należy wywieść, że wykonawca wezwany do uzupełnienia braków formalnych - musi uzupełnić te braki w taki

sposób, aby nie było wątpliwości co do faktu złożenia wpisu w terminie. W niniejszym zaś przypadku - wątpliwości co do uzupełnienia braków istnieją. Wskazał, że nie jest w żaden sposób uzasadnione, aby wykonawca składający odwołanie w Krajowej Izbie Odwoławczej w Warszawie o godzinie 15,41 na Słowacji uiszczał wpis o wartości 20,000 zł w taki sposób, że składał odręczny przelew, a jednocześnie - równolegle uiszczał wpis o wartości 15.000 (niewłaściwej) - w banku polskim dokonując transakcji elektronicznej. W takiej sytuacji - dokument ze słowackiego banku „VUB Banka”, który został złożony - potwierdza, że data zlecenia przelewu nie mogła być wcześniejsza niż 26.06.2019 r. - potwierdzają to Warunki płatności typu „standard” - zawarte w samym dokumencie przelewu. Natomiast pieczęć „wpływu” tego zlecenia do banku - 24.06.2019 r. - oznacza jedynie, że bank przyjął zlecenie. Powstaje pytanie — dlaczego przed złożeniem odwołania odwołujący wpłacił właśnie tam kwotę 20.000 zł, pomimo, że równolegle wpłacił kwotę 15.000 zł w Narodowym Banku Polskim w Warszawie. Nadto stwierdził, że odwołanie jest całkowicie bezzasadne - w związku z czym wniósł o jego oddalenie w całości.

W zakresie odpowiedzi na zarzut pierwszy dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo iż została złożona przez podmiot nieuprawniony do jej złożenia wskazał, że Wykonawca Międzynarodowe Targi Poznańskie Sp. z o.o. („MTP”) w świetle postanowień SIWZ oraz regulacji prawnych obowiązujących na obszarze Zjednoczonych Emiratów Arabskich oraz Emiratu Dubaj nie może zostać przez Zamawiającego uznany za nieuprawnionego do realizacji zamówienia. Podkreślił, że przedmiotowe zamówienie mające być realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” zostało podzielone na 3 etapy. W związku z wieloetapowym i skomplikowanym przebiegiem zamówienia i możliwością uzyskiwania uprawnień w trakcie wykonywania oraz posługiwaniem się podmiotami posiadającymi uprawnienia - Zamawiający nie wymagał i nie miał żadnych intencji, aby jedno, kilka bądź wszystkie uprawnienia związane z wykonywaniem poszczególnych czynności - były załączane do oferty. Zamawiający - ustalił, jakie uprawnienia wymagane są do wykonania zamówienia i wskazał, że będą to kwalifikacje i uprawnienia niezbędne do etapu wykonania zamówienia. Dlatego też te wskazane wymagania nie były wymagane na etapie postępowania przetargowego do przedłożenia w zakresie oferty, ani przed zawarciem umowy o zamówienie. Zamawiający wskazuje, że pierwszym etapem realizacji zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału V SIWZ, wykonawca jest zobowiązany do wykonania całości prac z zakresu etapu I w ciągu 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W tym okresie nie jest niezbędne aby Wykonawca posiadał uprawnienia wskazane w treści odwołania tj. licencję na budowę budynku kategorii G+2. Co więcej - w tym okresie Wykonawca będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowych uprawnień.

Podkreślił, że sam Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że „firmy ubiegają się o zmianę kwalifikacji, która trwa od 2 do 4 miesięcy”, zatem zgodnie z tą informacją czas konieczny na uzyskanie uprawnień nie przekracza 4-miesięcznego okresu realizacji etapu I zamówienia tj. etapu projektowego, co za tym idzie procedura uzyskania uprawnień nie wpłynie na czas realizacji zamówienia. Stwierdził, że odrzucenie oferty wykonawcy z powodu nieposiadania odpowiedniej licencji byłoby nieuzasadnione ze względu na fakt, iż licencja jest wymagana do rozpoczęcia budowy, a nie samego sporządzenia dokumentacji projektowej - jak wskazano wyżej okres przeznaczony na prace projektowe może być wykorzystany na uzyskanie odpowiednich uprawnień i nie spowoduje przekroczenia terminów wskazanych na realizację zamówienia w postanowieniach SIWZ. Podkreślił, że Zamawiający nie wymagał od żadnego z Wykonawców przedstawienia licencji, w której zawarte byłyby szczegółowe informacje o uprawnieniach budowlanych przysługujących Wykonawcom na terenie planowanej inwestycji. Zamawiający w toku postępowania nie oceniał tego czynnika, a co za tym idzie nie mógł odrzucić oferty Wykonawcy, który takiej licencji w ogóle nie przedstawił lub przedstawił licencję z mniejszym zakresem uprawnień niż wymagane do budowy obiektu będącego przedmiotem zamówienia.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp podał że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca MTP nie dopuścił się wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a tym samym przedmiotowy zarzut jest niezasadny. Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że wykonawca MTP przedłożył Zamawiającemu tłumaczenie z języka arabskiego i częściowo angielskiego Commercial Licence (Licencji Komercyjnej) podwykonawcy GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C., w którym to nie został przetłumaczony fragment o zakresie przedmiotowym licencji tj. o uprawnieniu na budowę budynków kategorii G+1 (parter i 1 piętro). Takie zachowanie Odwołujący nazywa wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, z czym nie sposób się zgodzić.

Zamawiający podkreślił, że złożenie dokumentu licencji nie było obowiązkiem wykonawców ustanowionym w SIWZ. Zamawiający nie wymagał złożenia takich dokumentów wraz z ofertą, nie wzywał również wykonawców w trakcie postępowania do uzupełnienia dokumentów o licencję. Przedłożenie dokumentu licencji było inicjatywą wyłącznie wykonawcy MTP. Tym samym w żaden sposób informacje te nie mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd, ani tym bardziej nie mogły mieć żadnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

W kolejnym zarzucie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień i wykazania czy zaoferowana cena za wykonanie zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający przedmiotowy zarzut uznał za całkowicie niezasadny i podał, że Zamawiający po otrzymaniu cen zaoferowanych w ofertach wykonawców - zbadał je z uwzględnieniem czynników mających znaczenie w sytuacji

wykonywania roboty budowlanej poza granicami kraju, z uwzględnieniem czynników dotyczących Zjednoczonych Emiratów Arabskich oraz uwarunkowań faktycznych i prawnych związanych z Expo 2020. Zamawiający analizował różne możliwości projektowania i kosztów z tym związanych i uznał, że cena wykonawcy - jest realna i możliwa do uzyskania. Wskazał, że dokonując oceny realności zaoferowanej ceny brał pod uwagę koszty wykonania podobnych inwestycji na terenie Dubaju. Pozyskane ogólne dane wskazują, że zaproponowana cena ofertowa jest realna - ogólna średnia cena wybudowania 1m<sup>2</sup> w ZEA wynosi wg danych za 2016 r. ok. 6 500,00 zł/m<sup>2</sup> (1 725,70 USD), zaś cena zrealizowania 1m<sup>2</sup> inwestycji budowlanej o zbliżonym charakterze (powierzchnia magazynowa, salon wystawowy) wynosi pomiędzy ok. 4 500 zł/m<sup>2</sup> (1 199 USD) (hala wystawowa) a ok. 10 000 zł/m<sup>2</sup> (2 665 USD) (Prestige car showroom). Nawet w przypadku bardzo prestiżowej inwestycji - takiej jak Etihad Museum, Dubaj, ZEA, 2016 r. - średni koszt za 1m<sup>2</sup> ok. 24 700,00 PLN, natomiast średni koszt za 1m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej w ramach oferty Wykonawcy wynosi 24 523,17 PLN. Zamawiający przeprowadził analizę i ustalił, że cena realizacji 1m<sup>2</sup> inwestycji przyjęta przez wykonawcę MTP w ofercie - odpowiada stawkom rynkowym za realizację 1 m<sup>2</sup> inwestycji budowlanych o zbliżonym charakterze w Zjednoczonych Emiratach Arabskich.

Podał, że w postępowaniu Zamawiający otrzymał 6 ofert o zróżnicowanych cenach, jednakże: dwie oferty złożono na kwotę poniżej 40 mln zł brutto; dwie oferty złożono na kwoty w przedziale od 40 mln zł do 60 mln zł oraz dwie oferty złożono na kwoty powyżej 60 mln zł. Oferta nr 3 (Pico International LLC, Dubaj, ZEA) na kwotę 39 255 243,99 zł brutto była tylko o ok. 6% droższa niż oferta MTP. Zamawiający miał prawo uznać, że skoro dwa niezależne podmioty, w tym jeden z Polski, a drugi lokalny, składają oferty na zbliżone kwoty, realne jest zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie

Zdaniem Zamawiającego podkreślenia wymaga kwestia, że Zamawiający prowadził analizę w kontekście ceny za zrealizowanie 1m<sup>2</sup> inwestycji budowlanej w Zjednoczonych Emiratach Arabskich i ustalił, że ogólna średnia cena wynosi mieści się w cenie oferowanej przez Przystępującego. Dodał, że analizując cenę zaoferowaną przez MTP miał na względzie także kwestię, iż oferta została złożona przez wiarygodny podmiot, posiadający znaczny potencjał stały i doświadczenie w tego typu przedsięwzięciach, a ponadto - opierający się o podwykonawstwo profesjonalnego podmiotu z terenu Dubaju. MPT były trzykrotnie operatorem dużego międzynarodowego wydarzenia, jakim jest Konferencja Stron Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w Sprawie Zmian Klimatu („COP 14” w Poznaniu, „COP 19” w Warszawie oraz ostatni „COP 24” w Katowice), w przypadku których zlecającymi byli Ministerstwo Środowiska oraz Organizacja Narodów Zjednoczonych.

Zwrócił uwagę także na kwestie, iż Odwołujący manipuluje i bezpodstawnie wpisuje do odwołania koszty, które nie występują lub też koszty, które w istocie zostały uwzględnione w

kosztorysie i kwocie przeznaczonej na finansowanie zamówienia. Odwołujący - w istocie próbuje zakwestionować czynność oszacowania przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że kwestionowana przez Odwołującego wartość była podawana już przy publikacji SIWZ - tj. 03.04.2019 r.

Podniósł, że Odwołujący albo tworzy koszty nie występujące w praktyce, albo zawyża koszty, które występują i nie uwzględnia pojęcia kosztów pośrednich i kosztów ogólnych budowy i tego, że w kosztorysie zostały one ustalone na wysokim poziomie - 65%. Podał, że Odwołujący podnosi, że cena zaoferowana przez Wykonawcę MTP jest niższa niż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 47 450 000,00 zł. Stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego kwota 47 450 000,00 zł nie jest kwotą minimalną, poniżej której wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Kwota została wyliczona przez Zamawiającego w oparciu o kosztorys opracowany przez projektantów pawilonu i jest to jedynie orientacyjna wartość przedmiotu zamówienia. W żadnym z dokumentów postępowania, Zamawiający nie określił, że nie można wykonać zamówienia za cenę niższą niż wyliczona. Co więcej kwota 47 450 000,00 zł została określona jako ta, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - a zatem należy ją traktować jako kwotę maksymalną, jaką Zamawiający planuje przeznaczyć na finansowanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw, aby kwestionować wiarygodność wykonawcy MTP i ceny jego oferty.

W zakresie kolejnego zarzutu oznaczonego jako 4a podał, że zauważyć należy, iż Odwołujący manipuluje treścią referencji, nie wskazując ich fragmentów potwierdzających wykonanie prac konstrukcyjnych - w obydwu referencjach wskazano potwierdzenie : „prace konstrukcyjne” lub „prace budowlane” - w zależności od tłumaczenia. W związku z powyższym Zamawiający nie miał wątpliwości co do potwierdzenia tego warunku. To, że prace dotyczyły „BUDOWY” - znajduje się również w pozwoleniu na budowę, które stanowiło element tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów tj. 4b oraz 5 podał, że informacje w zakresie Umowy sprzedaży i aneksu umowy spółki „GRAND GALAXY - Contracting L.L.C/- i stanowi to tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże w celu oddalenia wszelkich wątpliwości przedstawił fragment zastrzeżonego dokumentu z którego wynika, iż:

Cyt.: „Strony uzgodniły, że na Członków Zarządu zostają powołani:

1- Pani/R. H. H. K.

2- Pan/H. A. H. A. K.

*Członkowie Zarządu otrzymują wszelkie uprawnienia do zarządzania spółką, składania podpisów w jej imieniu, podejmowania wszelkich czynności związanych z prowadzeniem spółki i jej działalnością (wspólnie lub samodzielnie).*

**Przystępujący** do postępowania wykonawca Konsorcjum Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o. o. ul. Głogowska 14 60-734 Poznań i FM Aldentro sp. z o. o. ul. Wał Miedzeszyński 384 03-994 Warszawa, poparł w całości stanowisko Zamawiającego i to zarówno w zakresie złożonego wniosku o zwrot odwołania jak i tego, że podniesione zarzuty są niezasadne i odwołanie winno zostać oddalone.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania, treść odwołania oraz stanowisk Zamawiającego, Przystępującego i Odwołującego złożone na piśmie, jak i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wstępie odniesienia Izby wymaga kwestia podniesiona przez Zamawiającego i Przystępującego na etapie posiedzenia, iż odwołanie winno zostać zwrócone z powodu nieuiszczenia w terminie wpisu od odwołania.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że na konto Urzędu Zamówień Publicznych Odwołujący dwukrotnie dokonał wpłaty wpisu. Pierwszy wpis został dokonany za pomocą banku z terytorium Polski, lecz był to wpis w nieprawidłowej wysokości, gdyż obejmował kwotę 15 tysięcy złotych w sytuacji kiedy prawidłowa wysokość wpisu dla robót budowlanych przy zamówieniu powyżej progów unijnych wynosi 20 tysięcy złotych. Druga dyspozycja przelewu kwoty wpisu już w prawidłowej wysokości została złożona w banku na terenie Republiki Słowacji. Niespornym w sprawie jest fakt, że ww. dyspozycje przelewu kwoty wpisu wpłynęły na konto Urzędu Zamówień Publicznych, przy czym wpływ dyspozycji złożonej w banku słowackim wpłynął na konto UZP dopiero w dniu 1 lipca 2019 roku w sytuacji, kiedy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 24 czerwca 2019 roku.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisem art. 187 ust.2 Pzp wpis uiszcza się najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania. Z brzmienia powyżej wskazanego przepisu wynika, iż brak jest możliwości uzupełniania wysokości wpisu od odwołania po upływie terminu na jego wniesienie, zaś ustawa Pzp przewiduje wyłącznie tryb wezwania do przedłożenia dokumentu potwierdzającego dokonanie płatności. Niewątpliwym jest, że Odwołujący został wezwany do wykazania wniesienia wpisu w terminu i w odpowiedzi na wezwanie przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kopie dyspozycji dokonania przelewu wraz z adnotacją Banku o jego przyjęciu.

W tak zaistniałej sytuacji osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy faktycznie konto bankowe Odwołującego zostało obciążone przed upływem terminu na wniesienie odwołania. W tym zakresie zasadnym jest przywołania treści Postanowienia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2013-08-13 sygn. akt I FZ 299/13 LEX nr 1360693 w którym sąd uznał, że *„W przypadku przelewu bankowego decydujące znaczenia dla zachowania terminu ma data złożenia przez stronę jego dyspozycji, ale jedynie wówczas, gdy w dacie tej istnieje pokrycie na rachunku bankowym”*. Nadto wskazać należy, że zgodnie z przepisem § 2 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz.U. z 22 maja 2010r. poz. 972 .) termin na uiszczenie wpisu od odwołania zostanie zachowany, jeśli przed upływem daty do jego wniesienia zostanie obciążony rachunek bankowy odwołującego się w wysokości odpowiadającej wysokości wpisu.

Wobec powyższego Izba uznała, że nie zostało wykazane w jakikolwiek sposób, że konto Odwołującego nie zostało obciążone w dniu złożenia dyspozycji tj. w dniu 24 czerwca 2019 roku. Ciężar dowodu w tym zakresie zadaniem Izby, obciąża Zamawiającego i Przystępującego, gdyż to te podmioty wywodzą z twierdzeń o nieuiszczeniu przez Odwołującego wpisu w terminie korzystny skutek w postaci zwrotu odwołania i tym samym utrzymania czynności Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty w mocy. Tym samym Izba oddaliła wniosek Zamawiającego i Przystępującego o dokonanie zwrotu odwołania. Na marginesie tego stanu faktycznego Izba wskazuje, że czynność np. odrzucenia odwołania, jego zwrotu, czy też wykluczenia wykonawcy może nastąpić tylko wtedy gdy zostanie wykazane w sposób niewątpliwy, że zaistniały ku temu podstawy prawne wskazane w ustawie Pzp. Stwierdzić należy, że aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategorię wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17. W tej sprawie takich dowodów nie przedstawiono Izbie, a Zamawiający jak i Przystępujący wskazywali tylko, iż jest mało prawdopodobne, aby konto Odwołującego zostało obciążone w dniu 24 czerwca 2019 roku, a więc w dniu złożenia dyspozycji przelewu.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego odwołania w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum pomimo, iż treść tej oferty jest nieważna na podstawie innych przepisów, Izba uznaje niezasadność tego zarzutu.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp wymaga wykazania, że oferta jest nieważna na podstawie odrębnego konkretnego

przepisu prawa. Przepis ten musi ustanawiać sankcję nieważności czynności dokonanej z naruszeniem określonego przepisu. Podmiot zarzucający brak odrzucenia oferty z powodu jej nieważności zobowiązany jest do wskazania przepisu prawa, który stanowi o nieważności danej oferty. Nieważność oferty może wynikać z przepisów kodeksu cywilnego lub z innych przepisów. Najczęstszymi przypadkami nieważności oferty wynikającej z przepisów kodeksu cywilnego, a mających odniesienie do sytuacji zamówień publicznych jest niezachowanie formy pisemnej oferty (zob. KIO 1617/17, KIO 1189/17, KIO 2222/16), brak (niewykazanie) umocowania do złożenia oferty (zob. KIO 2222/16); bezprawność czynności (zob. KIO 1066/17; KIO 758/17; KIO 353/17); umowa o świadczenie niemożliwe (zob. KIO 2184/16).

W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący wywodzi nieważność oferty z tego powodu iż wykonawca – Odwołujący nie wykazał wraz z ofertą, że posiada uprawnienia - licencję do wybudowania budynku o odpowiedniej ilości kondygnacji. Podmiot mający realizować to zamówienie w imieniu Przystępującego posiadał na dzień składania ofert licencję na realizowanie robót w zakresie G+1, co oznacza, że jest to uprawnienie do realizacji budynku 2-kondygnacyjnego (czyli parter + piętro). Natomiast niewątpliwym jest, że pawilon objęty przedmiotem zamówienia będzie miał 3 kondygnacje. Tym samym zdaniem Odwołującego oferta złożona została przez podmiot nieuprawniony i nie jest możliwe, by na etapie po podpisaniu umowy wykonawca ten uzyskał uprawnienia w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia. Wskazywał, że jego zdaniem, oferta wykonawcy jest weryfikowana na etapie jej złożenia i tym samym wykonawca winien wykazać na tym etapie, że dysponuje odpowiednim potencjałem i zezwoleniami umożliwiającymi mu wykonanie zamówienia.

Zauważyć należy zdaniem Izby, że po pierwsze omawiana licencja została złożona przez Przystępującego wraz z ofertą z jego inicjatywy, a po drugie, kwestia w zakresie tego, iż podwykonawca Przystępującego na etapie składania ofert posiada tylko zezwolenie G+1 była niesporna pomiędzy stronami. Zamawiający wskazał, że nie określił w SIWZ jakiegokolwiek wymagania, aby na etapie składania ofert wykonawcy przedkładali w ofercie uprawnienia do budowania budynków na terenie Dubaju o określonej wysokości. Tym samym Izba uznała, że brak było podstaw do badania spełniania warunku w zakresie posiadania na określonym etapie postępowania odpowiednich licencji, gdyż Zamawiający w SIWZ nie żądał przedłożenia jakichkolwiek licencji na etapie ofertowania. Takie badanie byłoby naruszeniem treści SIWZ przez Zamawiającego. Nie jest dopuszczalne wywodzenie obowiązków wykonawcy ponad treść wynikającą z postanowień SIWZ.

Nawiązując do powyższego Izba wskazuje, że zgodnie z treścią SIWZ - rozdział VI- Warunki udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (w rozumieniu art 22 ust. 1b pkt 3 Pzp) nie przewiduje się wymogu wykazania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. W związku z powyższym brak licencji na etapie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego nie

oznacza, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że dokonana w 2016 roku zmiana art 22 ust 1 Pzp oraz dodanie nowych ust. 1a i ust. 1b oznacza, że w obowiązującym stanie prawnym posiadanie przez wykonawcę stosownych uprawnień w postaci koncesji, licencji czy zezwolenia nie stanowi warunku udziału wykonawcy w postępowaniu w sytuacji, w której realizacja przedmiotu zamówienia wymaga posiadania takich uprawnień. W związku z powyższym brak licencji na etapie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego nie oznacza, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wskazana okoliczność nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga także fakt, iż na etapie rozprawy Przystępujący złożył dokument nowo wydanej licencji dla podmiotu mającego realizować przedmiotowy Pawilon EXPO, która uprawnia do wykonywania robót budowlanych na budynkach pięcio kondygnacyjnych – parter + cztery piętra.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż niezbędne jest wykazanie się przez wykonawcę stosownymi uprawnieniami już na etapie składania ofert Izba wskazuje, że potrzebę taką należy odnosić do konkretnego postępowania i stanu faktycznego. Inna jest sytuacja wykonawcy, który wraz z podpisaniem umowy rozpoczyna świadczenie usług/robót dla których wykonywania niezbędne jest posiadanie określonych uprawnień, od sytuacji, kiedy dane uprawnienia będą niezbędne dopiero na dalszym etapie realizacji zamówienia. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu, gdzie pierwszy etap obejmuje czynności projektowe mające trwać cztery miesiące, a więc jest to czas wystarczający według przepisów w ZEA, aby uzyskać licencję do wykonywania robót w zakresie szerszym niż to wynika z licencji G+1. W tym przypadku jak wykazano niezbędne uprawnienia podwykonawca MTP uzyskał w ciągu 5 dni. Tym samym przedmiotowy zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

W kolejnym zarzucie dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji, co winno skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania wskazać należy, że Odwołujący powyższy zarzut wywodził z faktu przedłożenia Zamawiającemu wraz z licencją G+1 jej tłumaczenie z języka arabskiego i częściowo angielskiego Commercial Licence (Licencji Komercyjnej) podwykonawcy GRAND GALAXY CONTRACTING L.L.C., w którym to nie został przetłumaczony fragment o zakresie przedmiotowym licencji tj. o uprawnieniu na budowę budynków kategorii G+1 (parter i 1 piętro). Podkreślić należy, że Zamawiający nie wymagał złożenia takiego dokumentu wraz z ofertą, nie wzywał również Przystępującego w trakcie postępowania do uzupełnienia dokumentów o licencję. Przedłożenie przedmiotowego dokumentu licencji wraz z ofertą było inicjatywą wyłącznie wykonawcy MTP.

Dlatego też Izba uznała, że z dokumentu niewymaganego przez Zamawiającego nie można wywodzić zarzutu braku wykluczenia wykonawcy. Nadto niewątpliwym jest, że Przystępujący

wraz z tłumaczeniem przedłożył dokument licencji. Zdaniem Izby trudno jest racjonalnie zarzucić wykonawcy zamiar wprowadzenia Zamawiającego w błąd, kiedy poza błędnym tłumaczeniem dołącza tekst oryginału, który zawiera pełną informację co do zakresu licencji. W tej sytuacji informacje zawarte w przedstawionym przez wykonawcę MTP dokumencie licencji nie miały żadnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Tym samym zarzut ten został uznany za niezasadny.

W zarzucie trzecim Odwołujący zarzucił zamawiającemu niewezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp w zakresie zaoferowanej ceny oferty. Odwołujący przyjął założenie, że zaoferowana cena jest zbyt niska i nie jest możliwe aby pokryła wszystkie koszty realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał kilkanaście grup rodzajowych kosztów, które jego zdaniem zostały w ofercie Przystępującego zaniżone. Na część z tych podniesionych okoliczności przedstawił przykładowe oferty cenowe od podmiotów zewnętrznych utrzymując, że są to najniższe koszty które wykonawca musi ponieść, aby zamówienie wykonać. Zamawiający odnosząc się do tych zarzutów i przedłożonych na rozprawie dokumentów wskazywał, że analizował różne możliwości projektowania inwestycji i kosztów z tym związanych i doszedł do przekonania, że cena wykonawcy podana w ofercie - jest realna i możliwe jest za wskazaną kwotę wykonanie zamówienia. Podkreślił, że przy ocenie realności wskazanej ceny miał na względzie także okoliczności, że przy formule realizacji zamówienia „zaprojektuj i wybuduj” wykonawcy mogą samodzielnie ukształtować oferty, przy uwzględnieniu indywidualnych korzyści wizerunkowych wynikających ze specyfiki przedsięwzięcia. W tym zakresie wskazał przykładowo na regulacje szczególne, jak np. Rozporządzenie Rady Ministrów 1/2019 o zwrocie Vat-u płaconego za dobra i usługi związane z Expo 2020 w Dubaju. Podkreślił, że Zamawiający posiada wieloletnie doświadczenie w zakresie organizacji wystaw i konferencji – w tym i zagranicznych i ustalił, że cena realizacji 1m2 inwestycji przyjęta przez wykonawcę MTP w ofercie - odpowiada stawkom rynkowym za realizację 1 m2 inwestycji budowlanych o zbliżonych charakterze w Zjednoczonych Emiratach Arabskich. Odnosząc się do wskazywanych przez Odwołującego wielkości rodzajowych kosztów stwierdził, że Odwołujący dokonał co najmniej kilkukrotnie sztucznego zawyżenia wskaźników kosztów.

Izba po szczegółowej analizie zarówno podniesionych w odwołaniu zestawień kosztów jak i dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie uznała, że brak jest uzasadnionych podstaw do nakazania wezwania Zamawiającemu Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie prawidłowości kalkulacji zaoferowanej za wykonanie zamówienia ceny. Zdaniem Izby z analizy wielkości kwot kosztów, których niezbędne jest poniesienie dla wykonania zamówienia wynika, że Odwołujący bazuje na poziomie cen i kosztów które przyjął do kalkulacji ceny jego oferty, która jest niemal dwukrotnie wyższa od ceny w ofercie Przystępującego.

Podkreślić należy fakt, że Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę 47 450 000 zł brutto (wartość szacunkowa zamówienia). W ramach powyższego postępowania złożono 6 ofert w tym ofertę na wykonanie zamówienia złożyło m. in. konsorcjum spółek reprezentowane przez lidera konsorcjum spółkę Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o. o wartości 36 967 000 zł brutto i spółka Silver Coast Construction & Boring LLC w wysokości 63 467 861,77 zł brutto. Nadto wskazać należy, że Zamawiający wraz z podaniem treści SIWZ udostępnił wykonawcom kosztorys inwestorski sporządzony przez projektantów pawilonu, a także PFU opiewający na kwotę 36.218.633,34 zł netto, którą to Odwołujący swoimi wyliczeniami kwestionuje, jak kwotę realną.

Wskazać należy, że przepis art 90 ust. 1 Pzp stanowi samoistną podstawę określającą przesłania do zainicjowania postępowania wyjaśniającego. Przesłankami tymi jest powzięcie przez zamawiającego uzasadnionych wątpliwości, czy za cenę podaną w ofercie wykonawca ma możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, iż nieprawidłowym byłoby wzywianie wykonawców do składania wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, tylko po to, aby Zamawiający mógł wykazać się, że podjął wszelkie czynności dla ustalenia prawidłowości zaoferowanej ceny ofertowej. Niewątpliwie Zamawiający winien poddać każdą cenę ofertową pełnej /rynkowej/ i krytycznej ocenie. Jednakże wystąpienie do wykonawcy o złożenie wyjaśnień winno nastąpić wtedy kiedy z ustalonych realiów rynkowych, porównania cen innych ofert i szacunku zamawiającego oraz doświadczenia i rozeznania rynku przez Zamawiającego wynika iż istnieją uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty (podobnie KIO w wyrokach z dnia 20 marca 2018 t., KIO 435/18, z dnia 17 kwietnia 2018 r., KIO 633/18) .

Analizując wielkości pozycji kosztowych zarówno wskazanych w ofercie Przystępującego, jak i wyliczanych przez Odwołującego Izba stwierdziła, że Odwołujący założył, iż nie jest możliwe wykonanie zamówienia poniżej kwoty, jaką Zamawiający wskazał iż przeznacza na realizację zamówienia oraz kwoty ujętej w cenie swojej oferty. Wskazując przykładowo podać należy, iż zdaniem Izby niezasadne jest twierdzenie, że cena stali w ZEA wzrosła w związku z organizacją EXPO o ponad 30%. Przystępujący w odpowiedzi na powyższe twierdzenia Odwołującego wskazał – zdaniem Izby w sposób racjonalny, iż ZEA nie są producentem stali, stal jest importowana. Podał, że do ceny oferty przyjął ceny stali jakie można nabyć na rynkach rosyjskich i ukraińskich, gdzie cena stali jest dużo niższa nie tylko jeśli chodzi o Dubaj, ale także o rynek Polski, a nadto koszt jej transportu z tych rynków do ZEA jest niższy niż z terytorium Polski. Nadto wskazał, że szereg robót będzie zleczanych do realizacji nie w Polsce, a państwach ościennych ZEA, gdzie koszty pracy i materiałów są dużo niższe niż przykładowo w Dubaju, a ponadto powoduje że koszty transportu tych wyrobów czy materiałów są dużo niższe do ZEA niż twierdzi Odwołujący. Wskazał także, że

Odwołujący wskazując na koszty transportu materiałów i urządzeń z Polski do ZEA oraz, po rozbiórce z ZEA do Polski 823 477 zł pomijając fakt, że zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia nie obejmuje kosztów transportu do Polski po zakończeniu EXPO. W zakresie kosztowym wskazać należy również na kwestie, że Odwołujący przyjął założenie, iż cena oferty MTP uwzględnia 23% podatek VAT. Tymczasem przedmiotowe zamówienie nie podlega polskiemu podatkowi w wysokości 23% lecz tylko stawce 5% obowiązującej na terenie ZEA.

Wskazać należy także, że cena oferty Przystępującego stanowi 78,88% kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz 71,78% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wskazać należy także, że zbliżoną cenowo ofertę złożyła firma Pico International LLC, Dubaj, ZEA na kwotę 39 255 243,99 zł brutto była tylko o ok. 6% wyższa od ceny ofertowej Przystępującego. Z powyższego należy wywieść fakt, że cena jaką skalkulował za wykonanie tego zamówienia podmiot z terenu ZEA wskazuje na realność ceny zaoferowanej w ofercie MTP.

Biorąc pod uwagę ustalenia Izba uznała, że brak było podstaw do przyjęcia, że zaoferowana przez Przystępującego cena nie jest ceną realną i tym samym brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy MTP do złożenia wyjaśnień pod kątem rażąco niskiej ceny złożonej oferty.

W kolejnych zarzutach ozn. nr. 4a, 4b i 5 Odwołujący wskazywał na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz brak należytego umocowania osoby podpisującej zobowiązanie firmy Grand Galaxy do udostępnienia Przystępującego zasobów w oparciu o które wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Izba po analizie dokumentów będących zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa okazanych przez Zamawiającego na rozprawie uznała, że stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie jest zasadne i tym samym podniesione w tym zakresie zarzuty nie mogą zostać uwzględnione

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że podniesione w odwołaniu zarzuty nie znalazły potwierdzenia w stanowisku Odwołującego i przedłożonych dowodach.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....