

Sygn. akt: KIO 199/12

WYROK
z dnia 8 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **ARCADIS sp. z o.o., Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **EGIS Poland sp. z o.o., Halcrow Group Limited, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **ARCADIS sp. z o.o., Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **ARCADIS sp. z o.o., Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **ARCADIS sp. z o.o., Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH Inwestor sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**, na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, kwotę **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław - granica województwa dolnośląskiego, w ramach projektu POIiŚ 7.1-4 „Modernizacja Linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław - Poznań Etap II - odcinek Wrocław - granica województwa dolnośląskiego” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 7 września 2011 roku pod numerem 2011/S 171-281635.

Zamawiający dnia 19 stycznia 2012 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Egis Poland sp. z o.o. oraz Halcrow Group Limited z siedzibą dla lidera: 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182 (zwane dalej „Konsorcjum Egis”).

Dnia 30 stycznia 2012 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Arcadis sp. z o.o. oraz Biuro Realizacji Inwestycji Koltech Inwestor sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182 (zwany dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że konsorcjum Egis wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz wiedzy i doświadczenia,
- 2) przepisu art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Egis zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru Konsorcjum Egis niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, oraz innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów, gdyż złożył ofertę, która zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert. Gdyby nie błędna decyzja

Zamawiającego w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Egis, a także zaniechanie uznania, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Wskutek wadliwych czynności Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony przedmiotowego zamówienia, co stanowi szkodę dla Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
3. Wykluczenie konsorcjum Egis z postępowania.
4. Odrzucenie oferty konsorcjum Egis jako zawierającej rażąco niską cenę.
5. Wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zarzut Nr 1. Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie trzy spośród wskazanych w Wykazie osób, wbrew postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia, są aktualnie zatrudnione na innym kontrakcie. Osoby te zostały bowiem wymienione w ofercie złożonej przez Konsorcjum Egis w postępowaniu o udzielenie zamówienia na *Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E65 Warszawa - Gdynia na odcinku od km 184,800 do km 287,700 - obszar LCS Iława, LCS Malbork w ramach projektu POIiŚ 7.1-1.3 „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Iława, LCS Malbork*, w którym to postępowaniu oferta Konsorcjum Egis została wybrana, jako najkorzystniejsza w dniu 14 grudnia 2011 r. Zamawiający odmawiając po raz kolejny udostępnienia Odwołującemu Wykazu osób przyznał, że 3 nazwiska wymienione w przedmiotowym postępowaniu były także zawarte w Wykazie osób dla wyżej wymienionego zamówienia uzyskanego przez Konsorcjum Egis.

Powyższe wskazuje, że osoby te nie spełniają warunków postawionych przez Zamawiającego. Oprócz doświadczenia i kwalifikacji wyspecyfikowanych względem każdego członka Zespołu Stałego Wykonawcy, Zamawiający wymagał bowiem, aby byli oni do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania umowy. Niezasadnym byłoby więc twierdzenie, że mimo, iż osoby te zostały wymienione w składzie zespołu dla pełnienia innej usługi, to jednak usługi tej nie pełnią. Przyjęcie takiego założenia i dopuszczenie do takiej sytuacji przez Zamawiającego byłoby wprost niezgodne z ideą weryfikacji kwalifikacji osób w celu powierzenia im następnie określonych funkcji w realizacji zamówienia. Konsorcjum Egis nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie ma też prawa wzywać Konsorcjum Egis w drodze art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu osób w zakresie tych 3 osób, gdyż, oferta Konsorcjum Egis podlega także odrzuceniu.

Zarzut Nr 2. Konsorcjum Egis wykazało się realizacją zamówienia: „*Kontynuacja nadzoru i zarządzania projektem „Modernizacja linii kolejowej E 30 na odcinku Węglińiec-Legnica”*”.

Zdaniem Odwołującego zamówienie powyższe nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż Konsorcjum Egis przedstawiło kontynuację nadzoru. Takie zamówienie nie potwierdza spełniania warunku, gdyż usługa nadzoru nie jest świadczeniem ciągłym czy powtarzającym się okresowo, w ramach której wykonuje się takie same czynności bez względu na to, czy realizacja zamówienia dopiero się zaczęła, czy właśnie się kończy. Usługa nadzoru wiąże się z wykonywaniem różnych czynności w zależności od etapu robót budowlanych, nad którymi jest sprawowana (np. rozliczenie kontraktu jest to obowiązek inżyniera nadzoru w końcowej fazie pełnienia nadzoru). Wskazane przez Konsorcjum Egis zamówienie z racji tego, że jest kontynuacją pełnienia nadzoru nie stanowi pełnej usługi nadzoru i jako takie nie potwierdza spełniania postawionego warunku. Warunku tego nie można też czytać w inny sposób jak tylko taki, że Zamawiający wymaga wykazania się wykonaniem jednej pełnej, kompleksowej usługi nadzoru. Tylko takie rozumienie warunku koreluje bowiem z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Odmienne, mniej restrykcyjne rozumienie postawionego wymogu (że spełnienie warunku jest możliwe poprzez wykazanie się pełnieniem niepełnej usługi nadzoru), godziłoby w powołany art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i nie zabezpieczałoby w żaden sposób interesów Zamawiającego.

Dodatkowo, w odniesieniu do przedmiotowego wymogu Odwołujący podniósł, iż wątpliwości budzi podana wartość robót nadzorowanych w ramach kontynuacji nadzoru. Dla spełnienia warunku niezbędnym jest, aby wartość ta wynosiła co najmniej 150 000 000,00 PLN netto. Z treści załączonej do oferty referencji wynika, że Konsorcjum Egis podaje pełną wartość kontraktów na roboty budowlane jako wartość robót objętych usługą nadzoru (131 128 105,49 EURO netto czyli - zgodnie ze wskazanym do przeliczeń kursem EURO z dnia 01.09.2011 r. 4,1452 – 543 552 222,88 PLN netto). Należy jednak pamiętać, iż nadzór nad wymienionymi w referencji kontraktami na roboty budowlane w ramach projektu Modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węglińiec -Legnica nie był realizowany w ramach jednej umowy.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Egis nie wykazało także spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie ma też prawa wzywać Konsorcjum Egis w drodze art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu prac, czynności i zamówień wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat, gdyż, oferta Konsorcjum Egis podlega także odrzuceniu.

Zarzut Nr 3. W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez Konsorcjum Egis jest ceną nierealną i nie gwarantuje wykonania zamówienia na poziomie wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ, natomiast wyjaśnienia Konsorcjum Egis udzielone Zamawiającemu - jednak nieudostępnione wykonawcom ze względu na utajnienie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa - nie mogą zawierać obiektywnych czynników realnie wpływających na obniżenie kosztów wykonania zamówienia i wynikającą stąd możliwość zaoferowania aż tak niskiej ceny.

Punktem wyjścia dla uwidocznienia, że zaoferowana przez Konsorcjum Egis cena nie jest wystarczająca dla realizacji przedmiotowego zamówienia, mogą być dane zawarte w opracowaniu Głównego Urzędu Statystycznego Zatrudnienie i wynagrodzenie w gospodarce narodowej w I - III kwartale 2011 r., zgodnie z którymi przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze działalności profesjonalnej, naukowej i technicznej dla sektora prywatnego wynosiło 5 451,29 PLN (brutto). Znając jednak praktykę w branży, której bezpośrednio dotyczy przedmiot zamówienia, która obejmuje usługi inżynierskie na najwyższym poziomie, świadczone przez wysoce wykwalifikowanych ekspertów (chodzi bowiem o realizację dużych i prestiżowych projektów infrastrukturalnych dofinansowywanych ze środków UE), Odwołujący stwierdził, że stawki są dużo wyższe, stanowią nawet dwukrotność wskazanego przeciętnego wynagrodzenia (tj. ok. 10 500,00 PLN (brutto)). Odnosząc powyższe założenie do oferty Konsorcjum Egis, z której wynika średnie wynagrodzenie dla członka Zespołu na poziomie 8 500,00 PLN (wyliczone z kosztu netto realizacji usługi nad robotami budowlanymi — 5 797 650,00 PLN, czasu realizacji robót budowlanych 31 m-cy i pełnej liczby członków Zespołu - 22 osoby obecne codziennie) wynika, iż kwota zaproponowana przez Konsorcjum Egis nie obejmuje wszystkich niezbędnych kosztów realizacji zamówienia, tj.

- kosztów biura,
- kosztów obsługi biura,
- kosztów środków komunikacji,
- kosztów zakwaterowania,
- kosztów środków łączności,
- kosztów inżyniera tymczasowego,
- kosztów ryzyka,
- marży,
- zysku, itp.

Uwzględnienie wszystkich powyższych składników cenotwórczych powinno odpowiednio powiększać kwotę średniego wynagrodzenia eksperta. Wyliczona kwota (8 500,00 PLN) nie w pełni wystarcza na wynagrodzenie dla ekspertów na poziomie cen rynkowych, nie mówiąc już o tym, że w ogóle nie uwzględnia ww. kosztów realizacji. Powyższe w pełni potwierdza, że wykonanie zamówienia w zgodzie z wymaganiami Zamawiającego nie jest realne za cenę

zaoferowaną przez Konsorcjum Egis. Nie jest możliwe bowiem wykazanie obiektywnych okoliczności, które pozwoliłyby na tak drastyczne obniżenie ceny, zwalniając Konsorcjum Egis z uwzględnienia w niej wyżej wymienionych kosztów.

Niemożliwe jest także udowodnienie twierdzenia, że koszty te zawarte są w wyliczonej średniej stawce wynagrodzenia eksperta. Taka argumentacja prowadziłaby do wniosku, że na zatrudnienie ekspertów spełniających wymagania postawione przez Zamawiającego, Konsorcjum Egis przewidziało stawki niższe niż te opublikowane przez GUS, co w warunkach rynkowych jest niewykonalne.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że zgodnie z zapisami w s.i.w.z. (Część III - Opis przedmiotu zamówienia, pkt 3.1 ppkt 2) koszt zatrudnienia inżyniera tymczasowego ma pomniejszać cenę wybranej oferty. Na dzień 30.12.2011 r. pomniejsza wartość oferty Konsorcjum Egis o 217 081,00 PLN, a do dnia zawarcia umowy może jeszcze wzrosnąć.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 30 stycznia 2012 roku.

Zamawiający, dnia 31 stycznia 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 1 lutego 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Konsorcjum Egis.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

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

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Zarzut Nr 1. Zamawiający w pkt III.2.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, a także w specyfikacji istotnych warunków zamówienia część I pkt 8.4.2 zawarł wymóg, aby osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Wykonawcy były do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych. Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy Zamawiający dopuścił równoległą pracę osób Zespołu Stałego Wykonawcy na wcześniejszych kontraktach tylko, jeżeli dotyczyła ona okresu zgłaszania wad.

Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, jak i Przystępującego, uznając je za własne.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż zawarcie przez Zamawiającego wymogu, aby osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Wykonawcy były do pełnej dyspozycji Zamawiającego z dniem podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych i nie pracowały równolegle na innych kontraktach, z wyjątkiem okresu zgłaszania wad, jest wymogiem wyraźnie dotyczącym dopiero etapu realizacji umowy. Innymi słowy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zapis zawarty na str. 12 s.i.w.z. nie jest warunkiem udziału w postępowaniu, ale warunkiem dotyczącym wykonywania umowy zawartej z Zamawiającym. Trudno bowiem wymagać, aby wskazywane w ofercie osoby pozostawały bez zatrudnienia wyłącznie na wypadek uzyskania tego właśnie kontraktu (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1731/11, KIO 1757/11). Przyjęty przez Odwołującego sposób rozumienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do wniosku, że wykonawcy w każdym postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK zmuszeni byłiby wykazywać za każdym razem inny personel, podczas gdy po pierwsze nie mają gwarancji wygrania wszystkich postępowań, a po drugie liczba personelu spełniającego wymagania s.i.w.z. funkcjonującego na rynku usług inżynierskich w sektorze kolejowym musiałaby być nieograniczona. W praktyce żaden z wykonawców, w szczególności ubiegających się o wysoko specjalistyczne zamówienia wymagające dysponowania specjalistyczną kadrą, nie dysponuje zespołem osób zdolnych do realizacji wyłącznie danego zamówienia (tj. nie dysponuje zespołami osób odrębnymi, dedykowanymi wyłącznie dla danego zamówienia, o które wykonawca się ubiega). Oczywiście jest bowiem, że nie każda składana przez wykonawcę (Przystępującego) oferta będzie uznana za najkorzystniejszą, co doprowadzi do zawarcia umowy z zamawiającym.

Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, iż sam Odwołujący w ofertach składanych w różnych postępowaniach organizowanych przez PKP PLK wykazuje w swoich ofertach te same osoby (dowód zgłoszony przez Przystępującego). W ocenie Izby sporne postanowienie s.i.w.z. nie jest elementem warunku udziału w postępowaniu, a odnosi się do fazy robót, gdyż z punktu widzenia procedury udzielania zamówienia publicznego, czym innym jest przedmiot zamówienia, który będzie wykonywany dopiero po zawarciu umowy, a czym innym warunek udziału w postępowaniu, którego spełnieniem wykonawcy mają się wykazać na etapie samej procedury udzielania zamówienia (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 584/09).

Wykaz osób, o którym mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817), służy zaprezentowaniu przez potencjalnych wykonawców posiadanych zasobów kadrowych potrzebnych do realizacji zamówienia. Nie wymaga się, aby w rzeczywistości - w razie zawarcia umowy - osoby te uczestniczyły następnie w realizacji zamówienia. W trakcie realizacji zadania skład osób faktycznie zaangażowanych przez wykonawcę siłą rzeczy może się zmieniać (zwłaszcza przy zamówieniach długoterminowych). Na etapie oferty istotne jest jedynie wykazanie potencjalnej możliwości zaangażowania odpowiedniej kadry, nie zaś udowodnienie okoliczności podjęcia się uczestniczenia w realizacji umowy przez konkretne osoby (vide: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 9 września 2009r., sygn. akt: X Ga 227/09). Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, badanie, czy dana osoba poradzi sobie w praktyce z podjętymi obowiązkami, wykracza poza ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu (nie jest to przewidziane przez ustawodawcę w zakresie przedstawianych zamawiającym informacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2011r., sygn. akt: KIO 1731/11, KIO 1757/11).

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający oczekuje jedynie, że będzie zapewniony należyty nadzór przez Stały Zespół Wykonawcy od momentu zawarcia umowy.

Ponadto wskazać należy, że Zamawiający pismem z dnia 10 października 2011 roku w odpowiedzi na pytanie Nr 68 wyjaśnił, iż wymaga codziennej obecności inspektorów nadzoru poszczególnych branż w czasie, kiedy realizowane są roboty budowlane w zakresie dotyczącym tych inspektorów, w celu zapewnienia należytej kontroli i tym samym wysokiej jakości wykonania robót budowlanych.

Tym samym zarzut Odwołującego należało uznać za niezasadny.

Zarzut Nr 2. Zamawiający w pkt III.2.3 ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz części I specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 8.4.1. wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 10 000 000, 00 PLN netto polegającą na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji lub budowy linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia robót wynosi co najmniej 150 000 000,00 PLN netto.

Konsorcjum Egis wykazało się realizacją zamówienia: „Kontynuacja nadzoru i zarządzania projektem „Modernizacja linii kolejowej E 30 na odcinku Węgliniec-Legnica”.

Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, jak i Przystępującego, uznając je za własne.

W ocenie Izby realizacja wskazana w wykazie potwierdza spełnienie postawionego warunku w każdym aspekcie wymaganym s.i.w.z., co znajduje dodatkowe potwierdzenie w treści załączonej do wykazu referencji z dnia 29.12.2009 r., gdzie zamawiający wskazuje wprost, co było przedmiotem umowy (zakres usługi) i jaka była wartość nadzorowanych robót budowlanych.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego, wbrew regule dowodowej z art. 6 k.c, wywodząc wnioski jedynie z brzmienia tytułu wskazanej umowy („kontynuacja nadzoru”). W przedmiotowej referencji Zamawiający nie ograniczył zakresu przedmiotowego umowy tylko do niektórych czynności z zakresu zarządzania projektem i pełnienia funkcji inżyniera, co sugeruje Odwołujący. W ramach umowy nr FS 2001/PL/16/P/PT/013-08 z dnia 26.01.2007r. na kontynuację nadzoru i zarządzania projektem „Modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węgliniec - Legnica” Przystępujący wykonywał pełen zakres usług związanych pełnieniem funkcji inspektora nadzoru oraz związanych z zarządzaniem projektem, o czym świadczą postanowienia umowy - załącznik Nr 1 do Umowy - Opisu Przedmiotu Zamówienia, w szczególności pkt. 4 - Zakres prac – dowód złożony na rozprawie.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga także, że umowa pt. „Kontynuacja nadzoru i zarządzania projektem „Modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węgliniec - Legnica” potwierdzająca samodzielnie spełnienie warunku udziału w postępowaniu, została zawarta przez Przystępującego w ramach usługi świadczonej na podstawie trzech odrębnych, lecz kolejno zawieranych przez te same podmioty z tym samym zakresem przedmiotowym umów: z dnia 24.09.2003r (umowa nr 2001/PL/16/P/PT/013-07), 26.01.2007r. (umowa nr FS 2001/PL/16/P/PT/013-08) oraz z dnia 29.12.2009r (umowa nr 60/005/072/001313/09/1/1).

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do badanej treści warunku udziału w postępowaniu, nie użył w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określenia „zamówienie” lub „umowa”, a posłużył się w pkt 8.4.1 pojęciem „usługa”. Przyjąć więc należy, iż usługa ta może być świadczona w ramach odrębnych zamówień (umów).

Za właściwe przyjęć należy stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2011 roku o sygn. akt KIO 2286/11, KIO 2303/11, KIO 2309/11, w którym Izba wskazała, iż „(...) W ocenie Izby pozwala to stwierdzić (...), iż kolejno zawierane po sobie umowy, których przedmiotem było sprawowanie nadzoru nad tymi samymi robotami budowlanymi realizowanymi przez tego samego Zamawiającego na podstawie jednego kontraktu, uznać można za jedną usługę i jako taką wykazywać. (...) Wystarczającym było, że choć jeden z konsorcjantów realizował każdą z dwóch powołanych umów. Skoro bowiem, zgodnie z utartym poglądem, każdy ze współwykonawców może legitymować się doświadczeniem zdobytym w trakcie wspólnie realizowanej usługi, skład orzekający nie dostrzegł powodów, by odmówić zastosowania tej zasady także w tym przypadku. (...) Izba uznała, że konsorcjum Egis Poland w sposób uprawniony wykazało świadczenie realizowane na podstawie dwóch kolejno po sobie podpisanych umów, jako jedną usługę.”

Tym samym zarzut powyższy uznać należało za bezzasadny.

Zarzut Nr 3. Zamawiający w § 7 (Wynagrodzenie) ust. 2 Projektu umowy wskazał, iż wynagrodzenie wymienione w § 7 ust. 1 obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca w tytułu wykonania przedmiotu niniejszej umowy i jest stałe do końca realizacji umowy, z zastrzeżeniem § 8 ust. 4 i 5.

Określenie przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rodzaju wynagrodzenia: ryczałtowego albo kosztorysowego, ma niezwykle istotne znaczenie. Zapłata wynagrodzenia stanowi bowiem jeden z głównych obowiązków Zamawiającego. Instytucja wynagrodzenia jest elementem przedmiotowo istotnym umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na podstawie przepisu art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). W umowie o dzieło uregulowanej w k.c. wskazano dwa podstawowe rodzaje wynagrodzenia: wynagrodzenie ryczałtowe (art. 628 k.c.), oraz wynagrodzenie kosztorysowe (art. 629-631 k.c.).

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach

jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie Zamawiający ponosi ryzyko, co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Natomiast wynagrodzenie kosztorysowe *de facto* ustalane jest dopiero na podstawie kosztorysu powykonawczego, a więc po zakończeniu i odbiorze robót zleconych w umowie.

Tym samym stwierdzić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 11 ofert, których ceny zawierają się w przedziale od 7 377 109,50 PLN (brutto) do 35 870 000,00 PLN (brutto) przy czym ceny 8 ofert są zbliżone i zawierają się w przedziale od blisko 10 mln do niespełna 14 mln PLN, ceny dwóch ofert są znacząco wyższe i kształtują się na poziomie 19 274 100,00 PLN (brutto) oraz 35 870 000,00 PLN (brutto). Cena oferty, którą złożyło Konsorcjum Egis wynosi 7 377 109,50 PLN (brutto). Oferta Odwołującego zawiera cenę 9 717 000,00 PLN (brutto). Różnica pomiędzy ceną najniższą (Konsorcjum Egis) i kolejną ceną zaoferowaną przez Odwołującego wynosi 2 339 890,50 PLN. Oferta najniższa jest więc o 24,08% niższa od ceny oferty kolejnej.

Zamawiający, pismem z dnia 24 listopada 2011 roku, zwrócił się do Przystępującego o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Przystępujący, pismem z dnia 30 listopada 2011 roku złożył stosowne wyjaśnienia, zastrzegając, iż ich treść wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być udostępniane osobom trzecim.

Odwołujący na rozprawie przedstawił dowód w postaci odwołania z dnia 21 października 2011 roku, jakie złożył Przystępujący w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, identyfikując się z argumentacją tam przytoczoną, dotyczącą wynagrodzenia kadry eksperckiej oraz sporządzoną samodzielnie kalkulację, w której do jej obliczenia przyjęto założenie średniego wynagrodzenia kadry eksperckiej na poziomie 11 010, 42 zł w okresie realizacji umowy, tj. 31 miesięcy. Odwołujący złożył również, jako dowód, kalkulację porównawczą ceny oferty Przystępującego, jak i własnej oferty, z której wynika, iż średni

koszt wynagrodzenia kadry eksperckiej, dla oferty Przystępującego, wynosił będzie 5 088,86 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonując analizy zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności biorąc pod rozwagę treść, utajnionych przez Przystępującego wyjaśnień stwierdziła, że zarzuty Odwoływającego są niezasadne.

Izba zwróciła uwagę na fakt, iż Odwołujący błędnie założył stałość wynagrodzenia kadry eksperckiej, gdyż w zależności od etapu prac, wymagane jest uczestnictwo określonego kręgu ekspertów (odpowiedź na pytanie Nr 68), co oznacza, że przez okres 31 miesięcy nie będzie konieczności zatrudniania, a tym samym wynagradzania, całego zespołu składającego się z 22 osób. Ponadto z kalkulacji ceny ofertowej, stanowiącej załącznik Nr 1 do wyjaśnień Przystępującego wynika, iż Przystępujący prawidłowo i rzetelnie przedstawił okoliczności mające wpływ na cenę, w tym konieczny okres zatrudnienia, wysokość wynagrodzenia, koszty związane z logistyką i w żadnym z tych elementów nie zachodzi podejrzenie, które mogłoby statuować prawo do stawiania zarzutu rażąco niskiej ceny.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 000,00 zł.

Przewodniczący: