

WYROK
z dnia 3 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Beata Pakulska-Banach
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada i 2 grudnia 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa i Mott MacDonald Limited Croydon, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Surrey CR0 2EE, Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa w Polsce Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy
ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz

przy udziale wykonawców:

- A. **GETINSA INGENIERIA S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania,**
 - B. **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECMG GmbH ul. Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń, Austria oraz SGS Polska Sp. z o.o. ul. Bema 83, 01-233 Warszawa,**
 - C. **SAFEGE SAS 15/27 rue du Port, Parc de L'île, 92000 Nanterre, Francja**
 - D. **TPF Sp. z o.o. ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa,**
 - E. **TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. ul. Partyzantów 72A, 80-254 Gdańsk**
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. oraz oferty złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy 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 Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited, w imieniu i na rzecz której działa w Polsce Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited, w imieniu i na rzecz której działa w Polsce Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem: Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK 25” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 112-197441. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited, w imieniu i na rzecz której działa w Polsce Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu:

1. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECMG GmbH oraz SGS Polska sp. z o.o., zwanych dalej „konsorcjum ECMG”, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na niewykazanie przez konsorcjum ECMG spełniania warunków udziału w postępowaniu; ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum ECMG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, niepokrywającą wszystkich kosztów pozycji wskazanych w formularzu oferty,
2. dokonanie nieprawidłowej i niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oceny oferty odwołującego w ramach kryterium „metodyka” poprzez nieprzyznanie odwołującemu w ramach tego kryterium maksymalnej ilości punktów, a tym samym naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, iż oferta ta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy

w obliczeniu ceny; ewentualnie zaniechanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, niepokrywającej wszystkich kosztów pozycji wskazanych w formularzu oferty,

4. zaniechanie wykluczenia wykonawców TPF Sp. z o.o. oraz Getinsa Ingenieria S.L. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na złożenie przez wyżej wymienionych wykonawców, należących do tej samej grupy kapitałowej, odrębnych ofert, co – pomimo wyjaśnień złożonych przez TPF Sp. z o.o. – prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu, ewentualnie zaniechanie wykluczenia Getinsa Ingenieria S.L. na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na nieprzedstawienie wyjaśnień w zakresie pozostawania w grupie kapitałowej; ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TPF Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, niepokrywającą wszystkich kosztów pozycji wskazanych w formularzu oferty,

5. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Safege SAS ze względu na brak przedstawienia dokumentów lub przedstawienie niewłaściwych dokumentów na potwierdzenie braku przesłanek do wykluczenia w zakresie nieorzeczenia wobec podmiotu zbiorowego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia Safege SAS; ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, niepokrywającą wszystkich kosztów pozycji wskazanych w formularzu oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz:
 - a) wykluczenia konsorcjum ECMG, ewentualnie odrzucenia oferty tego konsorcjum;
 - b) odrzucenia oferty wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o.,
 - d) wykluczenia TPF Sp. z o.o., ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy

- e) wykluczenia wykonawcy Getinsa Ingenieria S.L.,
 - f) wykluczenia wykonawcy Safege SAS, ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy,
4. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
 5. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał:

1. w zakresie konsorcjum ECMG

Wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum ECMG nie wykazali samodzielnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, polegali na zasobach podmiotów SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. Konsorcjum ECMG załączyło do oferty jedynie dwa dokumenty oznaczone jako zobowiązania pochodzące od spółek SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o., w celu udowodnienia zamawiającemu, iż konsorcjum ECMG będzie dysponowało zasobami tych podmiotów, niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Zamawiający wezwał konsorcjum ECMG do uzupełnienia poprawnego dokumentu zobowiązania oznaczonego jako pochodzący od SGS Tecnos S.A. oraz do przedstawienia oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. W ocenie zamawiającego fakt polegania na zasobach wiedzy i doświadczenia tych podmiotów oznacza udział SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. w wykonaniu części zamówienia, podczas gdy z treści tych zobowiązań wynika, iż udział tych podmiotów w realizacji zamówienia został wyłączony. W ocenie zamawiającego wskazany sposób uczestnictwa (doradztwo, konsultacje) w czynnościach składających się na realizację zamówienia jednoznacznie wpływa na sposób realizacji zamówienia przez wykonawcę, gdyż podmiot trzeci w istocie będzie miał wpływ na wykonanie zamówienia przez wykonawcę. Natomiast gdyby przyjąć, że w tym przypadku doradztwo i konsultacje nie stanowią uczestnictwa w realizacji zamówienia, wątpliwym pozostaje faktyczna dostępność tego doradztwa i konsultacji, i tym samym faktyczne dysponowanie przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem podmiotu udostępniającego.

W ocenie odwołującego konsorcjum ECMG przedstawiając dokumenty oznaczone jako zobowiązania pochodzące od spółek SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. nie udowodniło zamawiającemu dysponowania odpowiednimi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności z uwagi na fakt, iż podmioty te nie zobowiązały się do uczestnictwa w realizacji części zamówienia, co jest niezbędne w sytuacji polegania wykonawcy na zasobach wiedzy i doświadczenia innych podmiotów. Nawet jednak, gdyby uznać, iż konsorcjum ECMG udowodniło zamawiającemu realność dysponowania zasobami SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o. poprzez udział tych podmiotów

w realizacji części zamówienia, to należy uznać, iż konsorcjum EMCG nie spełniło wymogu punktu 8.2.C tomu I rozdziału I Instrukcji dla wykonawców (dalej „IDW”), poprzez nieprzedstawienie wymaganych przez zamawiającego oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia, zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 8.2.C IDW jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający wymagał przedłożenia w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższy wymóg koresponduje z uprawnieniem zamawiającego do żądania dokumentów od tzw. podmiotów trzecich na podstawie rozporządzenia. Zatem zamawiający powinien był wykluczyć konsorcjum ECMG z postępowania, z uwagi na niewykazanie zamawiającemu, iż będzie ono dysponowało zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Ewentualnie oferta konsorcjum ECMG podlegałaby odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę, w szczególności w zakresie ceny jednostkowej w pozycji „Specjalista ds. promocji” określonej przez konsorcjum ECMG na poziomie 55 zł, który nie pozwala pokryć kosztów wskazanego eksperta.

2. w zakresie oferty odwołującego

W punkcie 14. IDW zamawiający opisał sposób oceny ofert wykonawców w zakresie kryterium „metodyka”. W ramach tego kryterium punkty były przyznawane w skali do 40 punktów, na podstawie opracowania „Metodyka” sporządzonego przez wykonawcę, w oparciu o wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podkryteria. Każde z podkryteriów było indywidualnie oceniane przez poszczególnych członków komisji przetargowej za dodatkowe rozwiązania zaproponowane przez wykonawców, a nie rozwiązania, które powielają działania przewidziane w treści specyfikacji.

Z przekazanej karty oceny „Metodyki” złożonej w ofercie przez odwołującego wynika, iż została ona finalnie oceniona na 36,34 punkty. W ocenie odwołującego ocena ta jest zaniżona. Gdyby zamawiający przyznał punkty w ramach kryterium zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, to w ramach tego kryterium odwołujący powinien uzyskać maksymalną ilość punktów. W ocenie odwołującego zaproponowane rozwiązania nie stanowią powtórzeń działań przewidzianych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, są działaniami adekwatnymi do celu, jaki ma zostać osiągnięty w ramach poszczególnych podkryteriów, a zidentyfikowane obszary ryzyka są adekwatne do przedmiotu zamówienia.

3. w zakresie oferty Transprojekt Gdański Sp. z o.o.

Zgodnie z punktem 10.2 IDW formularz cenowy należało wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto metodą kalkulacji uproszczonej. Zgodnie z punktem 10.4 IDW każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu, w tym również koszty towarzyszące...

Transprojekt Gdański Sp. z o.o. w złożonej ofercie w pozycji 3.5. formularza cenowego w zakresie ceny jednostkowej (dniówki) dla specjalisty ds. promocji wskazał cenę 30 zł netto. Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o wyjaśnienia ceny jednostkowej dla tej pozycji. Jak wskazał zamawiający, konieczność ujęcia w cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji wynika z charakteru zamówienia, gdyż elementy (pozycje) stanowią samoistną podstawę do określenia należnego wykonawcy wynagrodzenia. Wynagrodzenie wykonawcy w zakresie pozycji ekspertów ma charakter kosztorysowy i jest ustalane na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym oraz ilości przepracowanych dniówek dla danej pozycji. Ceny jednostkowe nie są wielkościami, które mają jedynie obrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, lecz są to ceny będące podstawą skalkulowania rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy. Zatem ceny jednostkowe są samodzielnymi cenami za wykonanie poszczególnych pozycji składających się na zamówienie.

W odpowiedzi Transprojekt Gdański Sp. z o.o. przedstawił wyjaśnienia wskazując, iż skalkulowana cena jednostkowa dla pozycji specjalista ds. promocji jest wyższa od wykazanej w ofercie i została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedstawiona w ofercie cena jednostkowa (30 zł za dniówkę) jest efektem arytmetycznych wyliczeń dla całej pozycji 3. formularza cenowego tak, aby nie naruszyć wyznaczonego limitu i nie stworzyć podstawy do odrzucenia oferty.

To pokazuje jednoznacznie, że cena ta nie odzwierciedla realnych kosztów związanych ze świadczeniem usługi. W ocenie odwołującego, w świetle wyjaśnień nie sposób uznać, iż oferta odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wymogom punktu 10. IDW. Wykonawca jednoznacznie potwierdził, że zaproponowana przez niego cena jednostkowa 30 zł, jako zaniżona, nie obejmuje całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu, co było wymogiem zamawiającego opisanym w punkcie 10.2 IDW.

Ewentualnie oferta podlegałaby odrzuceniu na jako oferta zawierająca rażąco niską cenę, niepokrywającą wszystkich kosztów pozycji wskazanych w formularzu oferty.

4. w zakresie wykonawców TPF Sp. z o.o. oraz Getinsa Ingenieria S.L.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania

o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dostrzegł fakt pozostawania w tej samej grupie kapitałowej wykonawców TPF Sp. z o.o. i Getinsa Ingenieria S.L. i wezwał ww. wykonawców na podstawie art. 24b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań między przedsiębiorcami w celu ustalenia, czy zachodziły przesłanki do ich wykluczenia. Z przedstawionych przez TPF Sp. z o.o. wyjaśnień wynika, iż właścicielem TPF Sp. z o.o. w całości jest spółka TPF N.V., która posiada w Getinsa Ingenieria S.L. 70% udziałów.

W ocenie odwołującego wyjaśnienia przedstawione przez TPF Sp. z o.o. nie dowodzą, iż istniejące między tymi wykonawcami powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu, zwłaszcza w sytuacji złożenia przez ww. podmioty dwóch różnych cenowo ofert. Ponadto z uwagi na brak złożenia wyjaśnień przez Getinsa Ingenieria S.L., wykonawca ten powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ewentualnie oferta TPF Sp. z o.o. podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zawierająca rażąco niską cenę, w szczególności w zakresie ceny jednostkowej w pozycji „specjalista ds. promocji” określonej przez TPF Sp. z o.o. na poziomie 45 zł oraz pozostałych cen jednostkowych dla podanych w ofercie TPF Sp. z o.o. ekspertów.

5. w zakresie oferty Safege SAS

Zamawiający wezwał wykonawcę Safege SAS do złożenia wyjaśnień, który z dokumentów potwierdza, że w stosunku do wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi Safege SAS wskazał, iż w kraju, w którym ma siedzibę, tj. we Francji, nie wydaje się dokumentu potwierdzającego, że nie orzeczono wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, a dokumentem złożonym wraz z ofertą na potwierdzenie tej okoliczności jest oświadczenie dyrektora generalnego spółki przed notariuszem.

W ocenie odwołującego we Francji są wydawane urzędowe dokumenty – przez Casier Judiciaire National. Zgodnie z Kodeksem postępowania karnego takie dokumenty mogą być wydawane m.in. prefektom, organom administracji państwowej i samorządom lokalnym

w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym Safege SAS powinien był przedłożyć taki dokument w ofercie, a posłużenie się w tym przypadku oświadczeniem przed notariuszem było nieuprawnione.

Ewentualnie oferta Safege SAS podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferta zawierająca rażąco niską cenę, w szczególności w zakresie ceny jednostkowej w pozycji specjalista ds. promocji, określonej na poziomie 35 zł oraz pozostałych cen jednostkowych dla podanych w ofercie ekspertów, które nie pozwalają pokryć kosztów poszczególnych ekspertów.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości oraz o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał przede wszystkim na chaotyczne, wariantowe i nieprecyzyjne sformułowanie zarzutów, co narusza art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 180 ust. 3 odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zarzut musi być postawiony wyraźnie i wskazywać konkretną czynność zamawiającego oraz określić sposób naruszenia przepisów, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania. Istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu, jak i potencjalnym uczestnikom postępowania odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, tym samym wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego. Niedopuszczalne jest wskazywanie dopiero na rozprawie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej podstawie prawnej bez kwestionowania konkretnej czynności zamawiającego opisanej w odwołaniu. Z uwagi na przewidzianą w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska odwołującego przez zamawiającego i wykonawców, którzy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, ma istotne znaczenie. Tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów powołanych na etapie wnoszenia odwołania, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

Zamawiający ustosunkował się też do poszczególnych zarzutów.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili: GETINSA INGENIERIA S.L., SAFEGE SAS, TPF Sp. z o.o. i TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., a także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECMG GmbH oraz SGS Polska Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Izba przyznała rację zamawiającemu i przystępującym, że sformułowanie zarzutów jest bardzo lakoniczne. Jednak to nie tyle kwestia szerokiego czy wąskiego ujęcia tych zarzutów stanowi podstawową wadę odwołania – gdyż zasadniczo da się z nich wywieść, na jakie działania i zaniechania zamawiającego powołuje się odwołujący – lecz brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów na poparcie twierdzeń odwołującego, czy nawet szerszej argumentacji i poprzestanie na samym zakomunikowaniu zarzutów. I to w tych przypadkach, kiedy, jak słusznie podkreślał zamawiający i przystępujący, ciężar dowodu spoczywał na odwołującym.

Odnosi się to w szczególności do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawców TPF Sp. z o.o. oraz Getinsa Ingenieria S.L. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rzeczywiście, z przepisu tego wynika, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jednak sama podstawa wykluczenia nie jest bezwzględna, gdyż pozwala i nakazuje ocenić występującą sytuację indywidualnie w każdym postępowaniu. Zatem sam fakt złożenia dwóch ofert w jednym postępowaniu nie jest jeszcze podstawą wykluczenia, jeśli wykonawcy wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji. Ma tu więc miejsce klasyczna sytuacja, w której wykonawcy ci muszą wykazać zamawiającemu brak naruszenia konkurencji, a jeśli zamawiający uzna ich wyjaśnienia, to

inny wykonawca kwestionujący ocenę zamawiającego powinien dowieść, że uczciwa konkurencja została naruszona.

Tymczasem odwołujący poprzestał jedynie na wskazywaniu samego faktu złożenia dwóch ofert uznając, że przeprowadzenie dowodu jest zbyt trudne. Oczywiście, Izba nie wymaga tu udowodnienia istnienia pomiędzy oboma wykonawcami zмовы czy innego porozumienia (zresztą zмова lub porozumienie nie jest przesłanką konieczną zastosowania tego przepisu), lecz chociaż wskazania jakichś konkretnych okoliczności – poza faktem złożenia dwóch ofert – które by na to naruszenie uczciwej konkurencji wskazywały. Odwołujący zaś tego nie uczynił.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia Getinsa Ingenieria S.L. na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na nieprzedstawienie przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie pozostawania w grupie kapitałowej – w trakcie postępowania odwoławczego okazało się, że wyjaśnienia takie zostały złożone, lecz nie zostały odwołującemu przez zamawiającego udostępnione ze względu na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, zatem zarzut odpadł.

Kwestia nieudostępnienia odwołującemu wyjaśnień nie stanowiła przedmiotu zarzutu, zatem Izba nie będzie się do niej ustosunkowywała, zwraca tylko zamawiającemu uwagę, iż we własnym interesie powinien informować wykonawców, że dokumenty, o których udostępnienie wnioskowali, istnieją, a jedynie nie zostały im one z danych powodów udostępnione.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – w stosunku do wszystkich ofert, do których odniósł się odwołujący – nie został postawiony prawidłowo. Pomijając już nawet to, że odwołujący nie dowiódł zaistnienia czynów nieuczciwej konkurencji czy wystąpienia w ofertach rażąco niskich cen, to zarzut tego typu co do zasady odnosi się do całości ceny oferty lub ewentualnie cen jednostkowych, ale mających istotny wpływ na globalną cenę, a nie jednej z wielu pozycji formularza cenowego i to pozycji o raczej niewielkim znaczeniu dla całości oferty, jakim jest wynagrodzenie specjalisty ds. promocji. Tak więc, choć rzeczywiście dniówka dla tego specjalisty w granicach 30-55 złotych jest znacznie niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, co nie powinno mieć miejsca, to sama w sobie nie oznacza ona jeszcze rażąco niskiej ceny całej oferty.

Poza tym – jak słusznie podkreślał zamawiający i przystępujący – charakter zarzutu wskazuje raczej na to, że odwołujący zarzuca wykonawcom niezgodność treści oferty

z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie chodzi bowiem o to, że specjalista ds. promocji będzie otrzymywał tak niskie wynagrodzenie (w granicach 600-1200 zł brutto miesięcznie), lecz że koszt jego wynagrodzenia częściowo został przeniesiony do innych pozycji formularza cenowego, co było niezgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. rozdziałem 10 instrukcji dla wykonawców (IDW) „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, punkt 10.4: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące.”

Jednak zarzut niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (oraz ewentualnie błędu w obliczeniu ceny – jednak błąd ten jest „konsumowany” przez niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ na tym właśnie polega) został postawiony jedynie w stosunku do wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. o.o. Rzeczywiście wykonawca ten w piśmie z 20 sierpnia 2014 r., zawierającym wyjaśnienia w kwestii ceny jednostkowej „dniówki” specjalisty ds. promocji wskazał wprost, że „skalkulowana cena jednostkowa dla pozycji Specjalista/s promocji jest wyższa od wykazanej w ofercie i została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich wymogów SIWZ. Przedstawiona w ofercie cena jednostkowa (30 zł za dniówkę) jest efektem arytmetycznych wyliczeń dla całej pozycji 3 formularza cenowego tak aby nie naruszyć wyznaczonego limitu i nie stworzyć podstaw do odrzucenia oferty. To pokazuje jednoznacznie że cena ta nie odzwierciedla realnych kosztów związanych ze świadczeniem usługi. Pozostała część kosztów obciążających tę pozycję została umieszczona w innych elementach oferty. Pragniemy zapewnić że wartość całkowita naszej oferty uwzględnia wszystkie koszty świadczenia zamówienia w tym także część kosztów pracy Specjalisty ds. promocji które nie figurują w poz. 3.5. Formularza Cenowego”.

Wykonawca zatem przyznał wprost, że w poz. 3.5. formularza cenowego dotyczącej ceny jednostkowej za pracę specjalisty ds. promocji nie ujął „całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu”, co było wymagane punktem 10.4 IDW (specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zatem oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Punkt 10.4. IDW był jasny, zrozumiały i jednoznaczny. Przy tym nie była to niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jedynie „formalna”, gdyż zamawiający przewidział niejako kosztorysowe wynagrodzenie za pracę specjalistów, tj. wysokość wynagrodzenia realnie wypłaconego będzie uzależniona od liczby przepracowanych dniówek.

W swoim stanowisku zarówno przystępujący, jak i zamawiający powoływali się na postanowienie punktu 10.5 IDW, zgodnie z którym dla poszczególnych wartości formularza cenowego zamawiający przewiduje limity określone w formularzu. W przypadku, gdy którykolwiek z wymienionych w formularzu cenowym limitów zostanie przekroczony w ofercie wykonawcy, zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z formularza cenowego wynikało zaś, że działania promocyjne (pozycja 3. formularza) nie mogą przekraczać 2% ceny oferty.

Jednak postanowienie to nie usprawiedliwia działań ewidentnie sprzecznych z punktem 10.4 IDW. Pomijając już bowiem kwestię, czy rzeczywiście niemożliwe było złożenie oferty jednocześnie zgodnej z punktem 10.4 i 10.5 IDW – odwołujący twierdzi, że on taką ofertę złożył, a im wyższa cena oferty, tym owe 2% jest wyższe i łatwiej się zmieścić w limicie – to ukrycie kosztów promocji w innych pozycjach oferty jest również obejściem punktu 10.5 IDW i wyznaczonego limitu 2% (koszty promocji ponad owe 2% zostały przeniesione do innych pozycji formularza, a więc za promocję zamawiający zapłaci ponad wskazane 2%). Poza tym, jeśli wykonawcy uznali, że ten wymóg zamawiającego utrudnia im lub wręcz uniemożliwia poprawne obliczenie ceny (zgodnie z rzeczywistymi przewidywanymi kosztami wykonania usługi), to powinni byli albo takie postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oprotestować (złożyć odwołanie), albo chociaż zwrócić zamawiającemu na to uwagę przed upływem terminu składania ofert, a nie obchodzić postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba przyznała rację odwołującemu również w zakresie nieprawidłowego uznania przez zamawiającego za prawidłowe przedłożonych przez konsorcjum ECMG oświadczeń (zobowiązań) złożonych w imieniu podmiotów, na których zasobach konsorcjum polegało w zakresie wykazania dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem, tj. SGS Tecnos S.A. oraz SGS Czech Republic s.r.o.

Ze zobowiązania SGS Czech Republic s.r.o. wynika, że zobowiązuje się ona oddać niezbędne zasoby tj. wiedzę i doświadczenie zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych do dyspozycji SGS Polska Sp. z o.o. „udzielając pełnego wsparcia merytorycznego poprzez pełnienie usługi konsultingowej na rzecz SGS Polska Sp. z o.o. dotyczącej – wydawania opinii oraz stałego doradztwa dotyczących realizacji przedmiotowej usługi (...) Firma SGS Czech Republic s.r.o. nie będzie brać bezpośrednio udziału w realizacji przedmiotowej umowy jako podwykonawca. SGS Czech Republic s.r.o. nie będzie wykonywać w zastępstwie SGS Polska Sp. z o.o. czynności przypisanych SGS jako Wykonawcy w umowie z Zamawiającym.”

Z kolei SGS Tecnos S.A. wskazało, że zobowiązuje się oddać niezbędne zasoby tj. wiedzę

i doświadczenie zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych do dyspozycji SGS Polska Sp. z o.o. „SGS Tecnos S.A. zobowiązuje się do podpisania umowy z SGS Polska Sp. z o.o. na usługi konsultingowe regulującej zasady realizacji zobowiązań wynikających z niniejszego zobowiązania. Firma SGS Tecnos S.A. nie będzie brać bezpośrednio udziału w realizacji przedmiotowej umowy jako podwykonawca. SGS Tecnos S.A. nie będzie wykonywać w zastępstwie SGS Polska Sp. z o.o. czynności przypisanych SGS jako Wykonawcy w umowie z Zamawiającym.”

W wyjaśnieniach z 7 października 2014 r. konsorcjum ECMG potwierdziło, że ww. podmioty nie będą brały udziału w realizacji zamówienia, a firma ECMG GmbH będzie samodzielnie wykonywać wszelkie czynności względem zamawiającego dotyczące realizacji zamówienia, nie zlecając ich samodzielnego wykonania firmom SGS Tecnos S.A. ani SGS Czech Republic s.r.o., a wszelkie opinie oraz analizy wynikające z usługi konsultingowej będą wsparciem merytorycznym podczas czynności i decyzji podejmowanych samodzielnie przez wykonawcę w trakcie realizacji usługi. Zakresem współpracy umożliwiającej przekazanie użyczonego potencjału jest usługa konsultingowa i będzie ona dotyczyć wybranych problemów merytorycznych związanych z zarządzaniem i nadzorem nad realizacją robót budowlanych.

Z powyższych dokumentów, zdaniem Izby, wynika nie tylko że SGS Czech Republic s.r.o. i SGS Tecnos S.A. nie są do niczego konkretnego zobowiązane względem konsorcjum ECMG (i w ogóle względem konsorcjum), ale też, że samo konsorcjum zamierza realizować usługę samodzielnie nie mając wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, a usługa konsultingowa „będzie dotyczyć wybranych problemów merytorycznych”, czyli konsorcjum ECMG będzie się zwracać po owe konsultacje jedynie, gdy uzna to za stosowne i w takim zakresie, jaki uzna za stosowny albo może w ogóle nie korzystać z owej wiedzy i doświadczenia wskazanych przez siebie podmiotów.

Tym samym konsorcjum ECMG rzeczywiście nie udowodniło, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego od przyszłego wykonawcy zamówienia.

Ewidentnie nieprawidłowe jest przy tym stanowisko zamawiającego, że nawet jeśli wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a ma inne doświadczenie oraz doświadczoną kadrę, to tak, jakby warunek spełniał. Przede wszystkim należy przyznać rację odwołującemu – wykonawca albo spełnia warunki udziału w postępowaniu, albo ich nie spełnia i nieistotne są jego inne walory, poza wymaganymi przez zamawiającego. Jeśli zamawiający uważa, że wystarczające jest posiadanie doświadczonej kadry albo innego

doświadczenia samego wykonawcy, powinien być albo warunkiem nie stawiać w ogóle, albo inaczej go sformułować. Obecnie jednak jest zobowiązany go przestrzegać.

Przy tym zasób kadrowy i doświadczenie samego wykonawcy to dwie różne sfery. Oczywiście bowiem decyzje w konkretnych sprawach będą podejmowali poszczególni specjaliści, jednak to nie oni, ale przedsiębiorstwa dźwigają ciężar całego kontraktu.

Z powyższych powodów zamawiający nie mógł uznać oferty konsorcjum ECMG za najkorzystniejszą, zobowiązany jest więc unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej i kontynuować postępowanie zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty odwołującego w zakresie kryterium „metodyka” Izba również uznała, że odwołujący w odwołaniu nie sprecyzował wystarczająco dokładnie, jakie błędy w ocenie zarzuca zamawiającemu. Jednak Izba podczas rozprawy wysłuchała stanowisk obu stron i uznała, że przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie dokonanej oceny jest przekonujące. W pozycjach, w których zamawiający nie przyznał dodatkowych punktów, opracowana metodyka rzeczywiście nie wnosi żadnych wartości dodanych w stosunku do samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub innych punktów „Metodyki” (powieliła je), a niektóre zagadnienia są opracowane zbyt hasłowo, by zamawiający w ogóle był w stanie je ocenić (warunki atmosferyczne, materiały budowlane).

Odwołujący podczas rozprawy wycofał zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Safege SAS ze względu na brak przedstawienia dokumentów lub przedstawienie niewłaściwych dokumentów na potwierdzenie braku przesłanek do wykluczenia w zakresie nieorzeczenia wobec podmiotu zbiorowego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem nie był on rozpatrywany.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: