

Sygn. akt: KIO 1592/14

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **WS Atkins – Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowaną przez: Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie, ul. Dworcowa 18/6, 43-200 Pszczyna (lider konsorcjum)** i **EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Hiszpanii, AVDA CORTAO 17, 28700 SAN SEBASTIAN DE LOS REYES, MADRID (partner konsorcjum)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1592/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę WS Atkins – Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa. i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WS Atkins – Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, zwaną dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S-7 na terenie miasta Krakowa (tzw. trasy nowohuckiej) odcinek od węzła drogowego „Rybitwy” (Christo Botewa) do węzła drogowego „Igołomska” wraz z przeprawą mostową przez rzekę Wisłę oraz pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2014 r., nr 2014/S 052-087049.

W dniu 25 lipca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę WS Atkins – Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Hiszpanii, zwanych dalej „konsorcjum INKO”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 4 sierpnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2014 r.) od czynności zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum INKO
2. zaniechaniu wykluczenia konsorcjum INKO
3. zaniechaniu wezwania konsorcjum INKO do uzupełnienia oferty w zakresie formularza 3.3. Potencjał Kadrowy - Osoby Zdolne Do Wykonania Zamówienia lp. 4B Inspektor Nadzoru Budowlanego
4. przyznaniu ofercie konsorcjum INKO zbyt dużej ilości punktów w kryterium Metodyka, co skutkowało błędnym uznaniem tej oferty za ofertę najkorzystniejszą
5. dokonaniu wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty konsorcjum INKO

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum INKO i dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w z w. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum INKO i dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia

3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum INKO i dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. nieprawdziwą informację odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia w zakresie formularza 3.3. Potencjał Kadrowy - Osoby Zdolne Do Wykonania Zamówienia lp. 4B Inspektor Nadzoru Budowlanego
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty konsorcjum INKO, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta powinna uzyskać mniej punktów w kryterium Metodyka, a tym samym nie jest to oferta najkorzystniejsza
5. ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów: naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum INKO do uzupełnienia oferty, tj. złożenia formularza 3.3. Potencjał Kadrowy - Osoby Zdolne Do Wykonania Zamówienia lp. 4B Inspektor Nadzoru Budowlanego wskazującego osobę spełniającą wymagania SIWZ w tym zakresie.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności powtórnego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej
3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum INKO
4. ewentualnie w razie nieuwzględnienia wniosku nr 3 o nakazanie zamawiającemu wykluczenia konsorcjum INKO
5. ewentualnie w razie nieuwzględnienia wniosku nr 3 i nr 4 o nakazanie zamawiającemu wezwania konsorcjum INKO do uzupełnienia oferty tj. złożenia formularza 3.3. Potencjał Kadrowy - Osoby Zdolne Do Wykonania Zamówienia lp. 4B Inspektor Nadzoru Budowlanego wskazującego osobę spełniającą wymagania SIWZ w tym zakresie
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż zamawiający w punkcie 10. 2 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” jednoznacznie wskazał w jaki sposób skonstruowane

mają być ceny jednostkowe zawarte w ofercie. Tym samym podkreślił, że znaczenie dla niego ma nie tylko cena całkowita oferty, lecz także jej elementy składowe. Nadto dodał, iż na wynikający już z samego SIWZ fakt, że zamawiający podda badaniu nie tylko cenę całkowitą, ale także ceny jednostkowe oferty, zamawiający zwrócił także uwagę w odpowiedzi na pytania wykonawców (pytania i odpowiedź nr 35, 36, 37, 38 oraz 41). Z treści SIWZ oraz odpowiedzi na ww. pytania wynika, że zamawiający oczekiwał zaoferowania realnych rynkowo cen jednostkowych, które następnie podda badaniu także z punktu widzenia ich ewentualnego rażąco niskiego charakteru. Wobec tego w pełni uzasadnione jest przeprowadzenie analizy wysokości wskazanych w ofercie konsorcjum INKO cen jednostkowych w kontekście art. 89 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z formularzem cenowym konsorcjum INKO wskazał oferowane ceny jednostkowe w odniesieniu do „innych ekspertów”, przy czym część z tych cen już „na pierwszy rzut oka” budzi daleko idące wątpliwości co do ich rynkowego charakteru. Kwota każdego z wykonawców (zakładając, że sposób jej kalkulacji jest zgodny z SIWZ) obejmuje przy tym wszystkie koszty towarzyszące i stanowi całkowity koszt wykonania danej pozycji.

Reasumując wskazał, iż zaproponowane przez konsorcjum INKO ceny jednostkowe są rażąco niskie. Wniosek o rażąco niskim charakterze cen jednostkowych zaoferowanych przez konsorcjum INKO zdaje się być tym bardziej trafny po ich porównaniu z przeciętnymi rynkowymi wynagrodzeniami specjalistów w dziedzinach określonych przez zamawiającego w formularzy cenowym.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż zarówno doświadczenie życiowe, jak i przedstawione w części drugiej uzasadnienia dowody wskazują na to, że ceny zaoferowane przez konsorcjum INKO są na zdecydowanie niższym niż rynkowy poziomie. Konsorcjum INKO, składając ofertę, zobowiązało się więc do sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia, tym samym utrudniając innym wykonawcom dostęp do zamówienia. Głównym poszkodowanym w tym zakresie jest sam dowołujący, który oferując ceny rynkowe pozbawiony był możliwości uzyskania zamówienia.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż konsorcjum INKO do pełnienia funkcji Inspektor Nadzoru Budowlanego (zgodnie z formularzem 3.3. Potencjał Kadrowy - Osoby Zdolne do Wykonania Zamówienia lp. 4B) wskazało pana L..... M..... Zgodnie z oświadczeniem konsorcjum pan L..... M..... nadzorował budowę dwóch obiektów mostowych: W5 oraz WS10 na budowie północno - wschodniej obwodnicy Bielska Białej. Tymczasem z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, iż wskazana przez konsorcjum INKO osoba nie sprawowała nadzoru nad obiektem mostowym WS10. Nadzór nad budową tego

obiekcie sprawował odwołujący, który zatrudniał w tamtym czasie pana L..... M..... Budowa tego obiektu realizowana była w okresie od stycznia 2009 roku do października 2012 roku, niemniej jednak pan L..... M..... został w dniu 12 marca 2009 roku odsunięty od sprawowania nadzoru nad obiektem WS10 na etapie wykonywania robót fundamentowych i wobec tego nie może wykazać się nadzorem nad wymaganymi 2 obiektami mostowymi, na okoliczność czego odwołujący załączył do odwołania kserokopie z dziennika budowy (wpis do dziennika budowy obiektu WS10 w dniu 12.03.2009). Reasumując podniósł, iż konsorcjum INKO złożyło w tym zakresie nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp podniósł, iż oferta konsorcjum INKO oceniona została na maksymalną ilość punktów w kryterium Metodyka. Tymczasem aż trzynaście z działań opisanych w ofercie konsorcjum INKO nie stanowi działań wykraczających poza postanowienia SIWZ, ale jedynie powtórzenie tego, co zamawiający umieścił w specyfikacji. Konsorcjum INKO otrzymało 12 punktów za propozycje, które nie wykraczają poza SIWZ. Punkty te, przy należytej ocenie ofert ze strony zamawiającego, zostałyby odjęte od przyznanych konsorcjum INKO 40 punktów. W rzeczywistości więc konsorcjum to powinno otrzymać 28 punktów, a tym samym złożona przez nie oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W dniu 5 sierpnia 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 8 sierpnia 2014 r. (pocztą elektroniczną) konsorcjum INKO przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty: 1 rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum INKO i 2 czynu nieuczciwej konkurencji nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż zamawiający – zgodnie z punktem 9 SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty”, podpunkt 9.5.1. - wymagał aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożyli wraz z ofertą „Formularz cenowy – Formularz 2.2.”. Wykonawcy w formularzu tym zobowiązani byli wpisać m.in. w pozycji 2 „Usługi nadzoru w okresie budowy (pozycja 2)”, kolumna 5 „ceny jednostkowe netto w PLN” za „dniówkę” zarówno dla wskazanych w tym formularzu ekspertów kluczowych (poz. 2.1.), jak również dla „innych ekspertów” (poz. 2.2.).

Zamawiający w punkcie 10 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” podał:
„10.1. Cena Oferty (w PLN) zostanie wyliczona przez Wykonawcę w Formularzu Cenowym, którego wzór został umieszczony w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ (Formularz 2.2.).
10.2. Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej w Formularzu cenowym jednostce czasu, w tym również wszelkie koszty towarzyszące (...)”.

Szacunkową wartość zamówienia zamawiający ustalił na kwotę 22.690.908,00 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 7.563.636,00 zł. Wartość tę ustalił – jak wynika z protokołu (DRUK ZP-PN) str. 1 – na podstawie cen rynkowych.

W postępowaniu złożono 14 ofert i oferty te opiewały na następujące kwoty: oferta nr 1 – 11.999.787,75 zł brutto; oferta nr 2 – 13.847.477,64 zł brutto; oferta nr 3 – 11.606.895,00 zł brutto, oferta nr 4 - 11.035.560,00 zł brutto; oferta nr 5 – 13.739.936,40 zł brutto; oferta nr 6 – 10.869.510,00 zł brutto; oferta nr 7 – 13.513.296,60 zł brutto; oferta nr 8 – 10.998.713,79 zł brutto; oferta nr 9 – 10.709.100,78 zł brutto; oferta nr 10 – 8.503.969,08 zł brutto; oferta nr 11 – 12.092.874,15 zł brutto; oferta nr 12 (oferta odwołującego) – 9.379.980,00 zł brutto; oferta nr 13 – 10.242.887,23 zł brutto; oferta nr 14 (oferta konsorcjum INKO) – 7.984.784,85 zł brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 27 czerwca 2014 r., wezwał konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując jakie elementy jego oferty winny być wyjaśnione.

Konsorcjum INKO, pismem z dnia 4 lipca 2014 r. złożyło wyjaśnienia, zastrzegając jednocześnie w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, iż podane wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Odwołujący, stawiając zarzut rażąco niskiej ceny, zakwestionował m.in. ceny dniówek podane przez konsorcjum INKO w „Formularzu 2.2.” dla wyszczególnionych ekspertów

wskazanych w następujących pozycjach tego formularza, tj.: 2.2.4.1., 2.2.5., 2.2.6.1., 2.2.7., 2.2.10.2, 2.2.11.1, 2.2.11.2., 2.2.11.3., 2.2.11.4., 2.2.11.5., 2.2.11.6., 2.2.11.7., 2.2.12., 2.2.13., 2.2.14. i 2.2.15, a dla których to za dniówkę konsorcjum INKO podało cenę jednostkową w wysokości 65,00 zł netto.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. A ponieważ ustawa nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny przyjmuje się, że ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Odrzucenie oferty z tego właśnie powodu musi być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, przy czym „Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska” (Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). W tym stanie faktycznym zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty konsorcjum INKO (takie wezwanie skierował także do trzech innych wykonawców), jak i niektórych cen jednostkowych podanych przez tego wykonawcę w „Formularzu 2.2.”, wzywając go do złożenia w tym zakresie szczegółowych wyjaśnień. Konsorcjum INKO udzieliło wyjaśnień, wskazując jakie okoliczności spowodowały, iż cenę oferty, jak i poszczególne ceny jednostkowe skalkulowało w taki a nie inny sposób, dołączając dowody na ich poparcie. Wyjaśnienia te były dla zamawiającego przekonujące i pozwoliły mu na uznanie, iż zaoferowana cena jest ceną realną i rynkową. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. Odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp możliwe jest bowiem tylko wtedy, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień lub, jeśli dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym konkretnym stanie faktycznym, okoliczności te nie zachodzą.

Konsorcjum INKO, dokonując kalkulacji ceny oferty – jak pełnomocnik konsorcjum podniósł na rozprawie – uwzględniło zysk w wysokości, która pozwoli mu nawet na poniesienie dodatkowych kosztów, o ile takie by wystąpiły, nadal nie pozbawiając go zysku. Niemniej jednak – w jego ocenie – takie koszty (nieprzewidywane) nie powinny wystąpić Poszczególni eksperci (z grupy „innych ekspertów”), gdyż – wbrew twierdzeniom odwołującego – kwoty 65,00 zł dotyczą tylko i wyłącznie niektórych z tych „innych ekspertów”, a nie „ekspertów kluczowych”, będą zatrudnieni – jak podniósł przystępujący na rozprawie - okresowo w zależności od aktualnych potrzeb realizacji kontraktu. Tak więc zakazy z § 10 ust. 16 umowy zabraniające podejmowania innych zajęć zarobkowych, na które wskazywał odwołujący, nie dotyczą „innych ekspertów”, o ile ich czas pracy nie

przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu. Jednak niezależnie od powyższego zakaz ten nie znajdzie zastosowania o ile zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. Nie można więc jednoznacznie w stosunku do każdego z tych innych ekspertów już dziś stwierdzić, iż nie będzie on mógł podjąć dodatkowego zatrudnienia.

Konsorcjum INKO podało więc sposób kalkulacji dniówek kwestionowanych ekspertów, jak również sposób kalkulacji wymaganych przez zamawiającego kosztów, w tym także kosztów dodatkowych. Wyjaśnienia te są przekonujące, poparte załączonymi do wyjaśnień dokumentami i w żadnym razie nie dają podstaw do ich kwestionowania.

To odwołujący – zgodnie z regułą zawartą w art. 6 k.c. - winien był udowodnić, że cena podana przez konsorcjum INKO jest rażąco niska. Okoliczności tej odwołujący jednak nie wykazał. Wyjaśnienia konsorcjum INKO są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie zwalania to jednak odwołującego od przedstawienia dowodów na poparcie prezentowanego stanowiska. To odwołujący zakwestionował ceny dniówek niektórych z wymienionych w „Formularzu 2.2.” ekspertów („innych ekspertów”). Nie wykazał jednak, że są one nierealne w świetle przedstawionych przez konsorcjum INKO dowodów. Stwierdził jedynie, iż „już na pierwszy rzut oka” są one nierealne, odnosząc ich wysokość do cen, które sam zaproponował. To w tym postępowaniu wykonawcy oferowali i niższe ceny dniówek tych „innych ekspertów”.

Nie można zamawiającemu zarzucać i tego, iż nie dokonał oceny ceny oferty pod kątem realności zaproponowanych przez konsorcjum INKO cen jednostkowych. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazał bowiem ceny jednostkowe, które wzbudziły jego wątpliwości, żądając przy tym złożenia wyjaśnień w odniesieniu do konkretnych pozycji „Formularza 2.2.”. W takim też zakresie otrzymał szczegółowe wyjaśnienia konsorcjum INKO zawierające zarówno kalkulację ceny oferty, w tym sposób kalkulacji ceny z pozycji 1 formularza cenowego, jak i określonych pozycji dotyczących dniówek „innych ekspertów” (poz. 2.2. formularza cenowego) wraz z dowodami potwierdzającymi ich realność.

Dowodu na zaoferowanie przez konsorcjum INKO nierealnych cen nie może stanowić rozstrzygnięcie zapadłe w innym postępowaniu (prowadzonym przez Oddział GDDKiA w Opolu). Oceny oferty konsorcjum INKO można bowiem dokonać wyłącznie w oparciu o dokumentację tego konkretnego postępowania, w tym złożone przez niego wyjaśnienia. O nierynkowości jego ceny nie może świadczyć bowiem ocena oferty innego wykonawcy w innym postępowaniu, którego wyjaśnienia uznano jako nie dające podstaw do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez tamtego wykonawcę jest realna.

Reasumując stwierdzić należy, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie potwierdził się. Wyjaśnienia złożone przez konsorcjum INKO są rzeczywiście szczegółowe i nie dają

podstaw do stwierdzenia, że cena jego oferty jest rażąco niska a ceny jednostkowe zaniżone.

Nie potwierdził się także zarzut czynu nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Zgodnie z powołanym wyżej przepisem „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku (...)”. Czynem nieuczciwej konkurencji jest więc sprzedaż poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu, tj. sprzedaż ze stratą. Jednak jak wynika z treści szczegółowych wyjaśnień udzielonych przez konsorcjum INKO wykonawca ten nie zaoferował realizacji usługi poniżej kosztów jej świadczenia. W wyjaśnieniach swych uzasadnił bowiem opłacalność realizacji tego zamówienia, pokazując wysokość przewidywanego zysku, jak również sposób jego kalkulacji. A ponadto brak jest podstaw do uznania, że konsorcjum INKO poprzez zaoferowanie cen jednostkowych na określonym poziomie, innym od odwołującego, działało w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, *„czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen i/lub innych warunków umów”* („Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz” pod red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, Warszawa 2006). Aby bowiem można było zarzucić wykonawcy (konsorcjum INKO) dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji poza stwierdzeniem sprzedaży usługi poniżej kosztów jej świadczenia (a tak sytuacja jak wynika ze złożonych wyjaśnień nie ma miejsca) należałoby udowodnić mu, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działającym w określonej branży. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten także się nie potwierdził się.

Zarzuty: 3 dotyczący zaniechania wykluczenia konsorcjum INKO z postępowania i 5 dotyczący zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (formularza 3.3. Potencjał Kadrowy – Osoby Zdolne do Wykonania Zamówienia) nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 7 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, ppkt 7.2. podał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: „3.dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: (..)

b) Potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia (...)

4) osoba proponowana do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót mostowych:

Wymagana liczba osób: 1

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min GP o wartości robót co najmniej 200 mln PLN brutto każde, którego zakres obejmował budowę lub przebudowę łącznie 2 obiektów mostowych, każdy o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m lub długości obiektu co najmniej 300 m na stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych lub Inspektora Nadzoru robót mostowych.”.

Na potwierdzenie powyższego zamawiający żądał złożenia wypełnionego „Formularza 3.3. Potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia”.

Konsorcjum INKO do sprawowania funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych wskazało Pana L..... M.....

Odwołujący zakwestionował doświadczenie wskazanej przez konsorcjum INKO osoby, podnosząc m.in., iż konsorcjum INKO podało, iż pan M..... nadzorował budowę dwóch obiektów mostowych: W5 oraz WS10 na budowie północno - wschodniej obwodnicy Bielska Białej, podczas gdy z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że wskazana przez konsorcjum INKO osoba nie sprawowała nadzoru nad obiektem mostowym WS10.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści warunku niewątpliwie wynika, iż osoba wskazana do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych powinna legitymować się minimum 24 miesięcznym doświadczeniem przy realizacji 1 lub 2 zadań, którego zakres obejmował m.in. „budowę lub przebudowę łącznie 2 obiektów mostowych”, pełniąc na tym wykazywanym zadaniu funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych lub Inspektora Nadzoru Robót Mostowych. Pan L..... M..... wskazany do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych legitymuje się 24 miesięcznym doświadczeniem przy realizacji 1 zadania obejmującego m.in. 2 obiekty mostowe. Zadanie to zostało wskazane w treści „Formularza 3.3.”. Zamawiający wymagał bowiem pełnienia tej funkcji przy realizacji zadania a nie konkretnego obiektu. Pan L..... M..... na realizowanym zadaniu, co jest bezsporne, pełnił funkcję Inspektora Nadzoru Robót Mostowych na obiekcie WS5 przez cały okres realizacji obiektu mostowego, natomiast na obiekcie WS10 przez pewien ściśle określony czas. Niemniej jednak zamawiający nigdzie nie podał, iż wymaga aby wskazana osoba funkcję tę pełniła na określonym obiekcie. Przeciwnie z warunku wynika, iż wymagał on pełnienia tej funkcji na określonym zadaniu, obejmującym 2 obiekty mostowe. I takim doświadczeniem osoba wskazana przez konsorcjum INKO się legitymuje. Pan L..... M..... pełnił bowiem funkcję Inspektora Nadzoru Robót Mostowych przez okres minimum

24 miesięczny na wskazanym w formularzu zadaniu, a zadanie to obejmowało 2 obiekty mostowe. Zamawiający nie wymagał bowiem aby wskazana przez wykonawcę osoba wykazała się 24 miesięcznym doświadczeniem w pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych na określonym obiekcie (w tym przypadku na 2 obiektach mostowych). Takim też doświadczeniem wykonawca się wykazał. Tym samym nie potwierdził się zarzut złożenia przez konsorcjum INKO nieprawdziwych informacji. Wykonawca ten wykazał bowiem doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych na określonym zadaniu, zadaniu, które obejmowało 2 obiekty mostowe. Powyższe jest zgodne ze stanem faktycznym. Pan L..... M..... co jest niewątpliwie pełnił tę funkcję na wskazanym w wykazie zadaniu i posiada referencje dotyczące tego właśnie zadania, wystawione przy tym przez obecnego odwołującego. Natomiast wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe tylko w sytuacji, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje i informacje te będą miały lub będą mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. A ponieważ w tym stanie faktycznym wykonawca nie złożył nieprawdziwych informacji nie może być mowy o zastosowaniu tego przepisu.

Zarzut 4 odwołania dotyczący przyznania konsorcjum INKO zbyt dużej ilości punktów w kryterium Metodyka nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 14.1. SIWZ „Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia” podał, iż będzie stosować dwa kryteria: „cena – 60% = 60 pkt i metodyka – 40% = 40 pkt”. Nadto określił „sposób przyznawania punktów w kryterium Metodyka”, dzieląc to kryterium na cztery podkryteria, opisując jednocześnie sposób przyznawania punktów dla każdego z tych podkryteriów.

Konsorcjum INKO w ramach kryterium Metodyka otrzymało 39 punktów.

Odwołujący zakwestionował przyznaną konsorcjum INKO ilość punktów w ramach tego kryterium (kryterium Metodyka), podnosząc m.in., iż „w poszczególnych podkryteriach (str. 21 i następne SIWZ) zamawiający przewidział dodatkowe punkty za każde rozwiązanie zaproponowane przez wykonawców, które wykraczać będzie poza działania opisane w SIWZ. (...) Tymczasem aż trzynaście z działań opisanych w ofercie INKO nie stanowi działań wykraczających poza postanowienia SIWZ, a jedynie powtórzenie tego, co zamawiający umieścił w specyfikacji.”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z analizy treści SIWZ (str. 20 – 26 SIWZ) w zakresie dotyczącym przyznawania punktów w kryterium Metodyka jednoznacznie wynika, że zamawiający przyznawał punkty za „za każdą propozycję dodatkowych działań, wykraczających poza określone przez zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu

tego działania (...)” tylko i wyłącznie w podkryterium 1, pkt 1.1. „Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta monitorowania postępu robót budowlanych”. Takich zapisów, a tym samym wymogu aby zaproponowane działania wykraczały poza zakres opisany w SIWZ nie przewidział, wbrew twierdzeniom odwołującego, w odniesieniu do pozostałych punktów tego podkryterium, a więc punktu 1.2. i 1.3., jak i w odniesieniu do pozostałych podkryteriów. (podkryterium 2, 3 i 4). Tym samym zamawiający tylko w ramach punktu 1.1. mógł i rzeczywiście dokonywał oceny zaproponowanych działań pod kątem tego czy wykraczają one poza zakres SIWZ, czy też nie. Zamawiający uznał, iż cztery spośród zaproponowanych przez konsorcjum INKO w ramach punktu 1.1. (podkryterium 1) pięciu działań wykraczają poza działania opisane w SIWZ, przyznając im po jednym punkcie (w sumie 4 punkty). Odwołujący zakwestionował dwa z nich, tj. „Dziennik badań laboratoryjnych” i „Monitorowanie postępu działań Projektanta”, podnosząc iż pierwsze rozwiązanie nie jest rozwiązaniem innowacyjnym i wykraczającym poza zakres SIWZ, gdyż dotychczasową praktyką na budowach jest zgłaszania badań laboratoryjnych w formie papierowej, natomiast drugie rozwiązanie pokrywa się z obowiązkami konsultanta wynikającymi z treści § 13 umowy, pkt 1 i 5. Niemniej jednak stwierdzić należy, czemu odwołujący nie zaprzeczył, że elektroniczne zgłaszanie badań laboratoryjnych jest czymś nowym w stosunku zarówno do dotychczasowej praktyki, jak i wymogów przewidzianych w SIWZ. Rozwiązanie to przyspiesza bowiem obieg informacji i wykracza, co jest niewątpliwie, poza ramy określone w SIWZ. A skoro tak prawidłowym było przyznanie temu działaniu 1 punktu. Podobnie ma się sytuacja z działaniem określonym przez konsorcjum INKO jako „Monitorowanie postępu działań Projektanta”. Dotyczy ono bowiem – jak zgodnie podnosili zamawiający i przystępujący - czynności wykraczających poza typowe monitorowanie prowadzenia nadzoru autorskiego wynikającego z przepisów prawa budowlanego i obejmuje stałą kontrolę i nadzór nad projektantem, mimo iż w treści SIWZ tak sformułowanego wymogu faktycznie nie ma.

Natomiast w ramach pozostałych punktów tego podkryterium (podkryterium 1) zamawiający nie wymagał już - jak już wyżej podkreślono - wskazania działań wykraczających poza SIWZ a jedynie wskazania działań „jakie podejmie Konsultant (...)” w określonych sytuacjach (pkt 1.2.), bądź też „zidentyfikowania obszaru ryzyka wraz ze wskazaniem środka (lub środków) służącego do jego omięcia lub zminimalizowania” (pkt 1.3.). Dodatkowych działań wykraczających poza SIWZ zamawiający nie wymagał także w ramach podkryterium 2. Tak więc poza punktem 1.1. podkryterium 1 punktowane było już tylko podjęcie określonych działań i wszystkie z pozostałych kwestionowanych przez odwołującego działań spełniały wymogi tych podkryteriów, gdyż były oceniane pod kątem celu jakiego działanie powinno służyć, a nie – jak błędnie przyjął odwołujący – pod kątem tego czy mają one charakter dodatkowy, czy też nie. Natomiast odwołujący nie wykazał, iż

wskazane działania nie doprowadzą do osiągnięcia zakładanych celów. Podnosił tylko, iż nie wykraczają one poza SIWZ. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten także nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego i przystępującego (konsorcjum INKO), uznając te dokumenty za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: