

WYROK

z dnia 25 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 11 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BUD-INVENT” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych TRAKT w Szczecinie sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania: Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód-Zachód (Retkinia - Olechów) wraz z systemem zasilania oraz system obszarowego sterowania ruchem – odcinki 1, 2, 4, 5, 6, 7 i 8* (nr postępowania ZDiT-DZ.3322.2.2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi**

przy udziale wykonawcy: **Biuro Usług Inwestycyjnych C..... & H..... sp. j. z siedzibą w Łodzi** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miastu Łódź – Zarządowi Dróg i Transportu w Łodzi: unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Usług Inwestycyjnych C..... & H..... sp. j. z siedzibą w Łodzi oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wezwania tego wykonawcy: po pierwsze – do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w następującym zakresie: *Inspektor nadzoru robót drogowych, Inspektor nadzoru sieci trakcyjnej, Inspektor nadzoru robót elektrycznych, Inspektor nadzoru robót teletechnicznych*; po drugie – o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ**

na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BUD-INVENT” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych TRAKT w Szczecinie sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – Miasta Łódź – Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi na rzecz odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BUD-INVENT” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych TRAKT w Szczecinie sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie kwotę 18598 zł 98 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania: Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód-Zachód (Retkinia - Olechów) wraz z systemem zasilania oraz system obszarowego sterowania ruchem – odcinki 1, 2, 4, 5, 6, 7 i 8* (nr postępowania ZDiT-DZ.3322.2.2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_061-103341 z 27 marca 2014 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://zdit.uml.lodz.pl>), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.078.577,15 zł, co stanowi równowartość 491.982,57 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 479.671,65 zł, co stanowi równowartość 113.534,44 euro.

1 lipca 2014 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BUD-INVENT” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych TRAKT w Szczecinie sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie {zwanym dalej również „Konsorcjum Bud-Invent”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Usług Inwestycyjnych C..... & H..... sp. j. z siedzibą w Łodzi {zwanego również dalej w skrócie „C..... & H..... sp. j.”}.

11 lipca 2014 r. {pismem z tej daty} Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Biuro

Usług Inwestycyjnych C..... & H..... sp. j. z siedzibą w Łodzi.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy C..... & H..... sp. j. z siedzibą w Łodzi.

{zarzuty postawione z ostrożności procesowej}

3. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy C..... & H..... sp. j. z siedzibą w Łodzi do uzupełnienia dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
4. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Wykonawcy C..... & H..... sp. j. z siedzibą w Łodzi do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
2. Wykluczenia z postępowania Wykonawcy C..... & H..... sp. j. oraz uznania jego oferty za odrzuconą.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę C..... & H..... sp. j.
4. Wezwania Wykonawcy C..... & H..... sp. j. do uzupełnienia dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu {w razie nieuwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 lub 2}.
5. Wezwania Wykonawcy C..... & H..... sp. j. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny {w razie nieuwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 lub 2}.
6. Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
7. Dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

I. {zarzuty dotyczące niewykazania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia}

Odwołujący podał, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział 6 dotyczący warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny ich spełnienia) postawił wymóg, aby wykonawca dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym m. in.:

- 1) osobą do pełnienia funkcji inspektora ds. geodezji, która winna posiadać (m. in.) nie mniej niż 3 lata doświadczenia w zakresie: geodezyjnych pomiarów sytuacyjno-wysokościowych, realizacyjnego i inwentaryzacyjnego, rozgraniczenia

i podziałów nieruchomości (gruntów) oraz sporządzania dokumentacji do celów prawnych;

- 2) osobą do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót drogowych, która winna posiadać (m. in.) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej;
- 3) osobą do pełnienia funkcji inspektora ds. sieci trakcyjnej, która winna posiadać (m. in.) uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń;
- 4) osobą do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót elektrycznych, która winna posiadać (m. in.) świadectwo kwalifikacyjne Stowarzyszenia Elektryków Polskich uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru;
- 5) osobą do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót teletechnicznych, która winna posiadać (m. in.) uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej;

Odwołujący zrelacjonował, że Wykonawca C..... & H..... sp. j. wskazał następujące osoby {podnosząc przy tym poniższe zarzuty}:

ad 1) Z..... B..... do pełnienia funkcji Inspektora ds. geodezji

Jednakże zdaniem Odwołującego na podstawie opisu doświadczenia nie można w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości stwierdzić posiadania przez tę osobę wymaganego doświadczenia. Podano bowiem jedynie zadania, na których było zdobywane doświadczenie oraz okres, w których zadania te były realizowane, bez określenia, choćby w przybliżeniu, terminów ich realizacji. Tym samym nie wiadomo, czy doświadczenie uzyskane na poszczególnych zadaniach było zdobywane jednocześnie z doświadczeniem na innych zadaniach i czy łączny czas zdobywania doświadczenia odpowiada wymogowi postawionemu w specyfikacji.

ad 2) T..... S..... do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót drogowych

Odwołujący podniósł, że nie podano jednak, czy posiadane przez tę osobę uprawnienia budowlane są uprawnieniami do projektowania czy też do kierowania robotami budowlanymi.

ad 3) J..... T..... do pełnienia funkcji inspektora ds. sieci trakcyjnej.

Odwołujący podniósł, że nie podano, czy posiadane przez wzmiankowaną osobę uprawnienia budowlane są uprawnieniami do projektowania czy też do kierowania robotami budowlanymi.

ad 4) D..... Z..... na stanowisko inspektora nadzoru robót elektrycznych.

Odwołujący zarzucił, że nie wskazano, jaki podmiot wystawił zaświadczenie kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się dozorem urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru bez ograniczeń.

ad 5) P..... F..... oraz S..... K..... na stanowisko inspektora nadzoru robót teletechnicznych

Odwołujący podał, że każda z tych osób posiada jedynie *uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej, w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń*.

Odwołujący zarzucił, że: po pierwsze – nie zostało określone, czy są to uprawnienia do projektowania czy też do kierowania robotami budowlanymi; po drugie – uprawnienia są, co prawda, uprawnieniami w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, ale tylko w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, nie zaś w pełnym zakresie specjalności telekomunikacyjnej. Według Odwołującego nie sposób pomijać okoliczności, że aktualnie uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń obejmują nie tylko telekomunikację przewodową wraz z infrastrukturą towarzyszącą, ale także telekomunikację radiową. Tym samym należy przyjąć, że, co prawda, P..... F..... oraz S..... K..... posiadają uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, jednakże tylko w zakresie telekomunikacji przewodowej (w zakresie podanym w decyzjach o ich nadaniu), który to zakres jest węższy od wymaganego.

Odwołujący podsumował, że w powyższym zakresie Wykonawca nie udowodnił spełniania postawionych (a zarazem wiążących) wymogów dotyczących spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia, choć to na nim ciążył ciężar dowodu, *a zatem Zamawiający był obowiązany do podjęcia odpowiednich działań przewidzianych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, czego jednak nie uczynił*.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy pzp Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym skutek w postaci wykluczenia z postępowania winien być wiązany z niewykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś z niespełnieniem wzmiankowanych warunków.

Z kolei zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa

w art. 25 ust. 1 pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

II. {zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny}

Odwołujący zrelacjonował, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 7 ofert, z tym że ponieważ jeden z wykonawców został wykluczony, ocenie zostało poddanych 6 ofert. Oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawierała cenę brutto 867.000,00 zł. Z kolei ceny pozostałych ofert przedstawiały się następująco: Getinsa Inżynieria S.L. – 2.425.000,00 zł; Konsorcjum: PM P..... M..... sp. z o.o. oraz Safege S.A. Oddział w Polsce – 2.091.000,00 zł; Konsorcjum: International Management Services sp. z o.o., ZPUH „Primex” mgr inż. M..... Ł..... oraz MP-Mosty sp. z o.o. – 2.152.500,00 zł; Tebodin Poland sp. z o.o. (wykonawca wykluczony z postępowania) – 2.879.184,00 zł; Konsorcjum: Grontmij Polska sp. z o.o. oraz Lafrentz Polska sp. z o.o. – 2.255.820,00 zł; Konsorcjum: „Bud-Invent” sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych Trakt w Szczecinie sp. z o.o. – 1.347.000,00 zł.

Zdaniem Odwołującego już pobieżny przegląd cen w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wskazuje, że cena oferty uznanej za najkorzystniejszą znacznie odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. *Nie sposób również pominąć, że średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosi 1 002 500,57 zł, a wartość środkowa - 2 152 500,00 zł; Tym samym, ponad dwukrotnie przewyższają cenę oferty, złożonej przez Biuro Usług Inwestycyjnych C..... & H..... Sp. j., czego absolutnie nie można nie zauważyć i pominąć w toku badania i oceny ofert.* Istotne jest również, że cena wybranej oferty znacznie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o kwotę podatku od towarów i usług (VAT), czyli kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący powołał się na wyrażony w orzecznictwie pogląd, że zamawiający ma obowiązek wszcząć czynności mające na celu ustalenie czy cena oferty najkorzystniejszej nie ma cech ceny rażąco niskiej, gdy cena taka jest niższa o 25-30 %, a nawet o 20 % od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług {por. wyrok Zespołu Arbitrów z 13 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-656/05 oraz wyrok Zespołu Arbitrów z 4 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-560/05}. Jak z kolei zauważono w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1511/08) drugim przyjętym w orzecznictwie i praktyce zamówień publicznych punktem odniesienia (w zakresie uznawania ceny za rażąco niską) są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym

postępowaniu. Tym samym nie można przyjąć, że Zamawiający może zdecydować o braku podstaw do wszczęcia procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy pzp na podstawie subiektywnych odczuć.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący powołał się na to, że według stanowiska prezentowanego w orzecznictwie {por. wyrok Zespołu Arbitrów z 7 czerwca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1204/05} cena rażąco niska to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, przez co budzi wątpliwości co do zgodności z zasadami konkurencji oraz co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Podobne poglądy zostały zawarte również w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych opublikowanej na stronie www.uzp.gov.pl, w której można przeczytać: (...) ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Jak z kolei miał stwierdzić Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Odwołujący podniósł, że w tym przypadku kwota 867.000,00 zł musiałaby wystarczyć na pokrycie:

- kosztów wynagrodzenia dwudziestu członków zespołu o wysokich kwalifikacjach, spełniających wymogi postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (czterech członków zespołu nadzoru oraz szesnastu członków zespołu w zakresie realizacji robót budowlanych do obsługi odcinków 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8);
- kosztów zabezpieczenia zaplecza socjalno-biurowego niezbędnego do realizacji umowy (por. art. 12 ust. 12.3 Warunków ogólnych umowy, stanowiących załącznik Nr 1 do wzoru umowy);
- kosztów zapewnienia swojemu personelowi sprzętu oraz środków transportu i łączności

wymaganych do wykonania obowiązków personelu wykonawcy w związku z realizacją umowy (por. art. 12 ust. 12.4 Warunków ogólnych umowy).

Biorąc zaś pod uwagę, że przewidywany termin zakończenia realizacji usługi to 31 października 2015 r., a także to, że konieczne jest uwzględnienie przez wykonawcę przy kalkulacji ceny rezerwy na nieprzewidziane wydatki, nie mówiąc już o wypracowaniu zysku, czy udziale dochodów uzyskanych w wyniku wykonania przedmiotowej usługi w finansowaniu kosztów stałych prowadzenia działalności gospodarczej, w ocenie Odwołującego należy uznać, że cena 867.000,00 zł *jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.*

21 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał faksem do Izby odpowiedź na odwołanie {pismo z 21 lipca 2014 r.}, w której oświadczył, że:

1. Uznaje odwołanie w zakresie konieczności wezwania Wykonawcy C..... & H..... sp. j do uzupełnienia dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących osób pełniących funkcje:
 - inspektora nadzoru robót elektrycznych D..... Z..... – w zakresie posiadania świadectwa kwalifikacyjnego Stowarzyszenia Elektryków Polskich;
 - inspektora nadzoru robót teletechnicznych P..... F..... i S..... K..... – w zakresie posiadania uprawnień w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń.
2. Wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Pismem z 15 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował, że 14 lipca 2014 r. przesłał faksem i drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, a także wezwał ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

17 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej {pismo z 16 lipca 2014 r.} – zgłoszenie przez Biuro Usług Inwestycyjnych C..... & H..... sp. j. z siedzibą w Łodzi przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

I. Brak możliwości powoływania się przez Odwołującego na zarzuty sformułowane

na podstawie dokumentów, które Wykonawca zastrzegł do wyłącznej wiadomości Zamawiającego.

Przystępujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że w złożonej 23 maja 2014 r. ofercie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w postaci formularza nr 5 pod nazwą *Wykaz osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia zawierającego dane poszczególnych osób, którymi Wykonawca będzie posługiwał się przy realizacji przedmiotu zamówienia wraz z podaniem ich kwalifikacji oraz doświadczenia*, zobowiązania osób do zawarcia umowy z Wykonawcą oraz oświadczenia o posiadaniu uprawnień przez osoby uczestniczące w wykonaniu zamówienia.

Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień celem uzasadnienia zastrzeżenia informacji w ww. zakresie, co Przystępujący w piśmie z 20 czerwca 2014 r. uczynił.

Według Przystępującego należy przyjąć, że Zamawiający uznał jego wyjaśnienia za wystarczające, a zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za prawidłowe i zasadne. Co prawda, nie poinformował o tym fakcie Przystępującego, jednak odnotowywanie faktu dokonania pozytywnej oceny w tym zakresie nie jest obowiązkiem Zamawiającego {por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1368/11}.

Przystępujący wywiódł na tej podstawie, że Krajowa Izba Odwoławcza nie powinna rozpatrywać zarzutów do oferty złożonej przez niego w części dotyczącej personelu jakim będzie się posługiwał przy realizacji zamówienia, w tym doświadczenia i oświadczeniach o posiadanych uprawnieniach (kwalifikacjach), gdyż informacje w tym zakresie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawcy i Odwołujący weszli w ich posiadanie bezpodstawnie.

Dodatkowo Przystępujący podniósł, że Odwołujący nie podał skąd uzyskał informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, nie ujawnił też, czy zapoznał się ze wszystkimi tak zastrzeżonymi przez Przystępującego dokumentami, w tym dotyczącymi personelu, jego kwalifikacji i złożonych oświadczeń. Odwołujący stwierdził, że jedynie Zamawiający – mając pełny wgląd w złożoną przez Przystępującego ofertę – mógł właściwie ocenić spełnienie wymagań stawianych w SIWZ i – jak widać – uznał prawidłowo, że oferta Przystępującego spełnia jego oczekiwania i jest zgodna ze SIWZ. Powyższe ma potwierdzać fakt, że Zamawiający nie zakwestionował doświadczeń i kwalifikacji osób wskazanych przez Odwołującego i nie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących właśnie tych osób.

Przystępujący podsumował, że mając powyższe na względzie, w szczególności zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego *brak podstawy faktycznej*

i prawnej do rozpatrywania przez KIO odwołania Odwołującego w tej części.

II. Brak rażąco niskiej ceny oferty przystępującego.

W ocenie Przystępującego zarzut braku wezwania go do złożenia wyjaśnień celem ustalenia czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę jest chybiony. Przystępujący pokreślił, że art. 90 ust. 1 ustawy pzp nie nakłada na zamawiającego automatycznego obowiązku zwracania się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tylko w sytuacji gdy zamawiający poweźmie uzasadnioną wątpliwość, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską ma obowiązek wdrożyć taką procedurę wyjaśniającą. Przystępujący powołał się na to, że według wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 230/2010) zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Skoro zatem Zamawiający nie miał podstaw, aby powziąć wątpliwości w zakresie możliwości uznania całości oferty Przystępującego jako zawierających rażąco niską cenę, to nie miał obowiązku stosowania procedury wyjaśniającej.

Przystępujący podniósł, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Przystępującego argumenty Odwołującego są chybione. Odnośnie argumentu, że cena oferty Przystępującego znacznie odbiega od cen ofert złożonych przez innych wykonawców – Przystępujący wskazał, że cena jego oferty stanowi 44,08 % kwoty jaką Zamawiający zdecydował się przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia oraz 63,1 % ceny oferty Odwołującego, sklasyfikowanej jako druga najkorzystniejsza oferta. Zdaniem Przystępującego powyższe zestawienie, stanowiące wyłącznie matematyczne porównanie złożonych w tym postępowaniu ofert Przystępującego i Odwołującego z wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego, w żadnej mierze nie może prowadzić do wniosku, że jego oferta zawiera cenę rażąco niską.

W drugiej kolejności Przystępujący powołał się na wyniki innych podobnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ogłaszanych na przestrzeni kilku ostatnich lat, w tym również postępowań, w których sam brał udział:

- 1) Zarządzanie kontraktem pn. *Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy -węzeł Wrocław(A 1) odcinek 5 (węzeł Sieradz Południe bez węzła - węzeł Łask bez węzła)*, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót – szacunkowa wartość zamówienia: 22.969.522,55 zł, najkorzystniejsza oferta: 7.975.285,47 zł, co stanowi 34,72% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zadania.
- 2) Zarządzanie kontraktami pn. *Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł*

Walichnowy - węzeł Wrocław (A1), odcinek 6 (węzeł Łask - węzeł Róża) od km 174+200 do km 183+350, odcinek 7 (węzeł Dobroń - węzeł Róża), odcinek 8 (węzeł Róża - węzeł Wrocław), odcinek 9 (węzeł Wrocław), w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót – szacunkowa wartość zamówienia: 32.209.384,21 zł, najkorzystniejsza oferta: 10.968.551,16 zł, co stanowi 34,05% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację tych zadań.

- 3) Zarządzanie kontraktem pn. *Budowa obwodnicy miasta Pabianic w rezerwowanym korytarzu drogi krajowej nr 14 bis (łącznie) i S14 na odcinku Ksawerów - Dobroń*, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót – szacunkowa wartość zamówienia: 9.138.190,4 zł, najkorzystniejsza oferta: 3.372.952,3 zł, co stanowi 36,91% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego.
- 4) Budowa S8 odcinek Wrocław - Syców, zamawiający GDDKiA Oddział Wrocław – szacunkowa wartość zamówienia: 40.938.607,74 zł, najkorzystniejsza oferta: 9.326.558,40 zł, co stanowi 22,78% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zadania.
- 5) Budowa A4 Szarów - Krzyż, zamawiający GDDKiA Oddział Kraków, szacunkowa wartość zamówienia: 122.000.000,00 zł, najkorzystniejsza oferta: 22.832.792,88, czyli 18,71% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zadania.

Odwołujący podniósł, że w ww. postępowaniach przetargowych nie stawiano zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wykonawców, bądź też zarzuty te okazywały się chybione. Biorąc pod uwagę przedstawioną analizę, zdaniem Przystępującego cena jego oferty, która stanowi 44,08% wartości szacunkowej zamówienia nie może zostać uznana za zawierającą rażąco niską cenę.

Zdaniem Przystępującego w celu wykazania, że wartość jego oferty nie jest rażąco niska, należy również przyrzeć się orzecznictwu sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiecie rażąco niskiej ceny. Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/2010) *dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame. Co więcej, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert.* {por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 listopada 201 r., sygn. akt KIO 2561/13}

Według Przystępującego nie można również twierdzić, jak to sugeruje Odwołujący, że oferta zawiera rażąco niską cenę, gdyż różni się od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Potwierdzić to miała wyraźnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 lipca 2001 r. (sygn. akt KIO/UZP 691/08) oraz w wyroku z 11 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 273/08), w których stwierdzono, że *oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Samo porównanie cen: ustalonej przez zamawiającego oraz oferty wykonawcy, której cena znacznie odbiega od tej ustalonej przez zamawiającego nie uprawnia do odrzucenia oferty.*

W związku z powyższymi argumentami Odwołującego, że cena oferty złożonej przez C..... & H..... sp. j. w zestawieniu z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu przetargowym oraz kwotą szacunkową zamówienia jest rażąco niska, w opinii Przystępującego nie wytrzymuje krytyki także w świetle zaprezentowanego orzecznictwa.

Przystępujący dodał również, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w Prawie zamówień publicznych. W związku z powyższym konieczne jest stosowanie wykładni językowej tego pojęcia, z której wynika, że chodzi o przypadki *dające się łatwo stwierdzić, wyraźne, oczywiste, niewątpliwe, bezsporne* (Słownik języka polskiego, t. III, s. 24). Ponadto jak wskazano w doktrynie prawa *cena rażąco niska to także cena niewiarygodna, nierealistyczna, ustalona z rażącą dysproporcją do przedmiotu umowy ofertowego przez wykonawcę (np. 1 zł), odbiegająca od cen ogólnie przyjętych na rynku, także wskazująca na wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytwarzania* {M. Olszewska, Obowiązek odrzucenia oferty, cz. 2, s. 43}. Zdaniem Przystępującego brak jest podstaw, aby twierdzić, że cena jego oferty jest wyraźnie, niewątpliwe i bezspornie rażąco niska czy też niewiarygodna lub nierealistyczna.

Już tylko na marginesie Przystępujący wskazał, że jako wykonawca realizuje zadania w ramach nadzoru inwestorskiego i zarządzaniem kontraktami od 2007 r. W związku z powyższym posiada długoletnie doświadczenie, szeroką i doświadczoną kadrę, jak również stałe biuro w Łodzi, usytuowane w odległości około 50 m od miejsca realizacji inwestycji, kompletnie wyposażone w środki łączności, komputery środki transportu przewidziane dla nadzoru, jak też i Zamawiającego. Powyższe spełnia w pełnym zakresie wymagania określone w SIWZ. Mając tak wyposażone biuro oraz posiadając na stanie wskazane powyżej środki Przystępujący nie musi ponosić dodatkowych kosztów z tytułu ich nabywania, jak prawdopodobnie niektórzy z innych oferentów. Wszystkie te czynniki wpłynęły na obniżenie cen jednostkowych oferty, jak również ceny oferty jako całości. Co więcej, personel przypisany do realizacji niniejszego zamówienia publicznego pochodzi z terenu, na którym będzie prowadzona inwestycja objęta nadzorem. To powoduje, że koszty

wynagrodzenia poszczególnych ekspertów oraz pracowników nie zawierają kosztów zakwaterowania, dojazdów, przejazdów, diet. Ponadto zatrudniany personel jest stałym personelem Przystępującego. Strony współpracują na zasadach stałej współpracy już od długiego okresu czasu, co również ma wpływ na wysokość wynagrodzenia tych osób.

Reasumując Przystępujący podniósł, że w sposób wszechstronny, rzetelny i odpowiedzialny skalkulował cenę oferty jako całości, jak również poszczególne jej składniki. Ponadto poinformował, że zaproponowana w ofercie cena uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, została skalkulowana w sposób prawidłowy i odpowiedzialny oraz obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w oparciu o ww. cenę będzie zdolny do wykonania zamówienia. Przystępujący dodał, że ustalona cena zawiera również godziwy zysk.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony przez Odwołującego – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zostały w tym zakresie złożone odmienne wnioski.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiający w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił tylko niektóre zarzuty.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska. Natomiast Przystępujący nie oponował co do uznania w powyżej opisanym zakresie części zarzutów przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania odwoławczego (Stron i Przystępującego), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i dalszym piśmie Odwołującego z 21 lipca 2014 r., odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii

poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, przeprowadzając dowody z tej dokumentacji w następującym zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania: wniosek o wszczęcie postępowania wraz z załącznikiem nr 2 – formularzem ustalenia wartości zamówienia, ogłoszenie o zamówieniu, s.i.w.z., oferta Przystępującego, informacja z otwarcia ofert, zawiadomienie o wynikach postępowania oraz protokół postępowania.

Izba dopuściła również inne dowody z dokumentów wnioskowane przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej oraz znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła uzupełniająco w stosunku do odwołania następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania:

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. Izba ustaliła, co następuje:

Tomu I s.i.w.z. stanowi Instrukcja dla wykonawców, formularz oferty, formularze załączników.

Pkt 6.1.4 Instrukcji dla wykonawców zawiera opis warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać, że dysponuje co najmniej:

I. zespołem nadzoru – w którego skład wchodzi stanowiska: 1) inżynier kontraktu, 2) inżynier rezydent dla odcinków 1, 2, 4, 5, 6 i 7, 3) inżynier rezydent dla odcinka 8, 4) inspektor ds. rozliczeń

II. zespołem w zakresie realizacji robót budowlanych do obsługi odcinków 1, 2, 4, 5, 6, 7 i 8 – w którego skład wchodzi stanowiska: 1) inspektor ds. geodezji, 2) inspektor nadzoru robót geotechnicznych, 3) inspektor nadzoru robót drogowych, 4) inspektor robót mostowych, 5) inspektor nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, 6) inspektor nadzoru robót torowych, 7) inspektor nadzoru sieci trakcyjnej, 8) inspektor nadzoru robót elektrycznych, 9) inspektor nadzoru robót teletechnicznych, 10) inspektor robót wod.-kan. , 11) inspektor robót c.o., 12) inspektor robót gazowych, 13) inspektor ds. ochrony środowiska, 14) inspektor ds. inżynierii ruchu, 15) inspektor ds. sieci i systemów informatycznych, 16) inspektor ds. materiałowych - technolog.

Dla każdego stanowiska określono szczegółowe wymagania w zakresie wykształcenia, uprawnień i wymaganych lat doświadczenia zawodowego, w tym wymagania opisane w odwołaniu.

Zgodnie z uwagami zamieszczonymi na str. 12 - 13 s.i.w.z.:

- Uprawnienia opisane przy większości stanowisk {w tym wszystkich objętych zarzutami odwołania} należy rozumieć jako uprawnienia zgodne z wymogami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1409, z późn. zm.).
- Dopuszczono, aby usługi pełnili ci sami inspektorzy nadzoru, jeśli posiadają właściwe kwalifikacje i przedłożą właściwe dokumenty na potwierdzenie tego faktu, przy czym uszczegółowiono, że możliwość taka dotyczy łączenia następujących stanowisk: po pierwsze – inspektora nadzoru robót elektrycznych i inspektora nadzoru robót teletechnicznych, po drugie – inspektora nadzoru robót elektrycznych i inspektora nadzoru sieci trakcyjnej, po trzecie – inspektora nadzoru robót drogowych i inspektora nadzoru robót torowych, po czwarte – inspektora nadzoru robót wod.-kan., inspektora nadzoru robót c.o., inspektora nadzoru robót gazowych, po piąte – inspektora ds. inżynierii ruchu i inspektora ds. sieci i systemów informatycznych.
- *Wykonawca może przewidzieć zatrudnienie dodatkowych osób, których wynagrodzenie należy uwzględnić w wynagrodzeniu personelu podstawowego. Po podpisaniu umowy Wykonawca jest zobowiązany zapewnić powyższy personel oraz pozostały personel spełniający wymagania określone w niniejszej SIWZ.*
- *Dopuszcza się ważne, odpowiadające obecnym uprawnieniom, nadane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.*

Z pkt 4.1 Instrukcji dla wykonawców wynika, że przedmiotem zamówienia jest:
Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji Zadania „Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód – Zachód (Retkinia – Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem – odcinki 1,2,4,5,6,7,8”, które będzie polegało na świadczeniu usług w okresie wykonywania robót budowlanych przez Wykonawców Zadania dla odcinków 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, w tym zarządzanie, kontrola i nadzór inwestorski nad realizacją Zadania.

Zadanie będzie realizowane w oparciu o “Warunki Kontraktowe dla Budowy dla robót inżynieryjno – budowlanych projektowanych przez Zamawiającego” (4. Wydanie angielsko-polskie niezmiennione 2008 (tłumaczenie 1. wydania 1999), zwane w dalszej części SIWZ „czerwonym FIDIC-iem”.

Przedmiot zamówienia obejmuje pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na etapie realizacji robót dla odcinków: 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, w szczególności: kontrola tego, czy roboty budowlane wykonywane są zgodnie z dokumentacją projektową, obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z przepisami Prawa Budowlanego, w zakresie odcinków 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, współpraca z Inżynierem Kontraktu dla odcinka nr 3, zapewnienie wykonania Zadania

zgodnie z umowami zawartymi z Wykonawcami Zadania, w szczególności w zakresie terminu realizacji i wartości zamówienia.

Termin wykonania zamówienia określono w następujący sposób {pkt 5 Instrukcji dla wykonawców}:

Od dnia podpisania umowy do zakończenia okresu rozliczania umów na roboty budowlane pod nazwą: „Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód - Zachód (Retkinia - Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem – odcinki 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8”

Umowy wykonawców zadania:

- *Umowa dla części 1 zamówienia – odcinki 1, 2,*
- *Umowa dla części 2 zamówienia – odcinki 4, 5, 6, 7,*
- *Umowa dla części 3 zamówienia - odcinek 8.*

Przewidywany termin rozliczenia umów to 31.10.2015r.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym zakres obowiązków i czynności inżyniera kontraktu zawarty został w Tomie II s.i.w.z. – Opis przedmiotu zamówienia, gdzie na wstępie zaznaczono, że inżynier kontraktu zobowiązany będzie wykonywać swoje zasadnicze obowiązki i uprawnienia w opisanych poniżej zakresach, obowiązki i uprawnienia opisane w warunkach umowy zawartej z Zamawiającym (Tom III s.i.w.z.) oraz zarządzać kontraktem, rozpatrując sytuacje zaistniałe w ramach realizacji kontraktu, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności, aktywnie i kompetentnie działając na rzecz realizacji projektu {czyli rozbudowy i modernizacji trasy w relacji Wschód - Zachód (Retkinia Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem).

Następnie opisano zakres usług standardowych inżyniera kontraktu w ramach obowiązków:

- w zakresie spraw ogólnych, wstępnych i organizacyjnych,
- w zakresie nadzoru nad realizacją *Zadania* {rozumianego jako wykonywanie robót budowlanych},
- w zakresie rozpoczęcia i nadzorowania robót na terenie budowy,
- w zakresie pozostałości archeologicznych, ochrony środowiska oraz bezpieczeństwa na terenie budowy,
- w zakresie kontroli jakości,
- w zakresie zarządzania na terenie budowy,
- w zakresie dokumentacji powykonawczej, instrukcji obsługi i konserwacji,
- w zakresie monitorowania postępu i stanu prac,
- w zakresie opóźnień oraz roszczeń wykonawcy zadania,

- w zakresie nieprzestrzegania przez wykonawcę zadania warunków kontraktu i kwestii spornych,
- w zakresie powiadamiania o wadach oraz zakończeniu kontraktu,
- w zakresie płatności dla wykonawcy zadania,
- w zakresie zmian w kontraktach,
- w zakresie zakończenia i rozliczenia zadania,
- w zakresie raportowania.

W szczególności określono w nim, że w zakresie nadzoru nad realizacją zadania {roboty budowlane są wykonywane przez trzech wykonawców}

Inżynier zobowiązany będzie pełnić wszelkie czynności wielobranżowego nadzoru inwestorskiego, w imieniu i na rzecz Zamawiającego, w odniesieniu do Zadania w zakresie wynikającym ze Specyfikacji Zadania i innych dokumentów związanych z realizacją i finansowaniem Zadania, w sposób zapewniający co najmniej bardzo dobrą jakość wykonawstwa, i zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Inżynier zobowiązany będzie do ścisłej współpracy z Inżynierem Kontraktu dla odcinka 3 i koordynacji robót na odcinkach 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 w dostosowaniu do robót prowadzonych na odcinku 3.

Inżynier odpowiedzialny będzie za spójność i zgodność realizacji Zadania z Umową o dofinansowanie Zadania, w zakresie zgodnym z przypisanymi mu przez Zamawiającego obowiązkami i uprawnieniami.

Inżynier zobowiązany będzie dostosować swoje godziny pracy i swojego personelu (szczególnie branżowych inspektorów nadzoru inwestorskiego) do godzin pracy Wykonawcy Zadania, w ramach ogólnie obowiązujących przepisów Prawa pracy i Prawa budowlanego.

Inżynier zobowiązany będzie monitorować postępy w realizacji i stan realizacji Zadania na ich zgodność z zatwierdzoną Dokumentacją projektową, pozwoleniami na budowę, zatwierdzonymi przez Zamawiającego Harmonogramami rzeczowo-finansowymi, Ofertami Wykonawców, Umową o dofinansowanie Zadania oraz obowiązującymi przepisami i zasadami wiedzy technicznej. W tym także identyfikować na bieżąco potencjalne ryzyka, zagrożenia i obszary problemowe oraz podejmować odpowiednie środki zaradcze, a także informować Zamawiającego w przypadku zaistnienia przeszkód i zakłóceń w realizacji Zadania, które mogą spowodować istotne opóźnienie lub mieć inne niekorzystne konsekwencje.

Tom III s.i.w.z. – Formularz aktu umowy – zawiera formularz umowy wraz z załącznikiem nr 1 – Warunkami ogólnymi umowy, które zawierają w szczególności

następujące postanowienia:

Artykuł 13. Zmiany w składzie personelu

13.1. Wykonawca nie może wprowadzać zmian w składzie personelu wskazanego w Schemacie Organizacyjnym Ofercie bez uzyskania wcześniejszej pisemnej zgody Zamawiającego, który może na taką zmianę nie wyrazić zgody powołując się na warunki Umowy.

3.2. W przypadku nieobecności dłużej niż 1 tydzień jednego z członków Zespołu, o którym mowa w artykule 13.1., Wykonawca zapewni zastępstwo przez inną osobę spełniającą wymagania określone w SIWZ (z uwzględnieniem wymagań stanowiska, które jest zastępowane).

(...)

Artykuł 15. Godziny pracy

Roboty budowlane mogą być prowadzone w systemie dwuzmianowym lub trzymianowym gdy narzuca to technologia, a w razie potrzeb technologicznych, organizacyjnych i w sytuacjach, gdy mogą nie zostać dotrzymane terminy harmonogramu sporządzonego przez Wykonawcę Zadania w dodatkowo wydłużonym czasie pracy i w dni wolne od pracy.

W pkt 16 Instrukcji dla wykonawców dotyczący sposobu obliczenia ceny znalazły się w szczególności następujące postanowienia:

16.2. Ustalona przez Wykonawcę cena oferty będzie sumą cen ryczałtowych, które obowiązywać będą przez okres ważności umowy i pozostaną niezmiennione.

16.3. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt usług niezbędnych do prawidłowego wykonania niniejszego przedmiotu zamówienia, o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz koszt ryzyka związanego z okresem trwania przerwy zimowej. W cenie oferty Wykonawca winien uwzględnić w szczególności:

a) wyposażenia zaplecza socjalno-biurowego w sprzęt niezbędny do wykonywania swoich obowiązków,

b) pokrycie kosztów bieżących, w tym:

- opłaty za media (energia elektryczna, telefon, ogrzewanie, woda),*
- koszty utrzymania czystości,*
- koszty materiałów biurowych,*

c) koszty nadzoru w okresie prowadzenia robót wszystkich osób biorących udział w wykonaniu zamówienia, w tym:

- wynagrodzenia wraz z narzutami,*
- urządzenie stanowisk pracy,*
- zakwaterowania i delegacje*

- *wyposażenia BHP,*
- *koszty transportu i łączności,*
- *wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.*

d) *koszty związane z zapewnieniem Zamawiającemu – we własnym zakresie i na własny koszt – samochodu służbowego (pokrycie wszystkich kosztów eksploatacji i utrzymania w tym paliwo, opłaty, przeglądy, utrzymanie czystości).*

Z formularza cenowego (formularz nr 2) wynika, że cena ryczałtowa za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu na etapie realizacji robót budowlanych dla odcinków 1, 2, 4, 5, 6, 7 i 8 stanowi sumę cen ryczałtowych dla trzech części {wyszczególnionych adekwatnie do zadań wykonywanych przez trzech wykonawców robót budowlanych}: części 1 – odcinki 1,2, części 2 – odcinki 4,5,6 i 7, części 3 – odcinek 8.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – w wysokości 1.966.653,76 zł brutto.

W postępowaniu zostało złożonych 7 ofert – nazwy wykonawców i ceny ofert zostały adekwatnie opisane w odwołaniu.

W ofercie C..... & H..... sp. j. jako tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżone zostały – wykaz osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia oraz oświadczenia z 4 kwietnia 2014 r. poszczególnych osób wskazanych w wykazie, że zobowiązują się w razie uzyskania zamówienia przez Przystępującego do zawarcia z nim umowy cywilnoprawnej na wykonanie czynności związanych z pełnieniem danej funkcji na czas trwania umowy pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym oraz oświadczenie z 7 maja 2014 r., *że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.* {str. 50 - 79 dokumentów oferty}

Pismem z 17 czerwca 2014 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności wskazując na konieczność wykazania łącznego spełnienia trzech przesłanek {wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji}.

Pismem z 20 czerwca 2014 r. Przystępujący przesłał wyjaśnienia w tym zakresie.

Pismem z 18 czerwca 2014 r. Zamawiający wezwał Przystępującego m.in. do wyjaśnienia, czy osoby wskazane w wykazie osób do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta oraz inspektora nadzoru robót geotechnicznych spełniają wymagania w określonym w tym wezwaniu zakresie objętym opisem sposobu spełniania zamieszczonym w pkt 6.1.4 s.i.w.z., a w przypadku, gdy wyjaśnienia nie potwierdzą spełniania warunku –

do złożenia nowego wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku.

Pismem z 20 czerwca 2014 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia potwierdzające, że osoby zawarte w wykazie spełniają warunki w zakresie, w którym Zamawiający powziął wątpliwości, a ponadto w załączeniu przekazał uzupełniony – o treść tych wyjaśnień – cały wykaz osób.

Zamawiający udostępnił powyższe dokumenty Odwołującemu, choć nie udostępnił dokumentów oferty w powyższym zakresie.

Wykaz osób zawiera między innymi informacje, które zostały adekwatnie opisane w odwołaniu.

Odwołujący złożył na rozprawie wyciągi z dokumentacji dotyczącej trzech postępowań opisanych w zgłoszeniu przystąpienia – z których wynika, co następuje:

- 1) Zbiorcze zestawienie ofert: z 13 września 2011 r. dla PN GDDKiA-O/BY-R-2/284/68/2011: *Zarządzanie kontraktem p.n.: „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy - Węzeł Wrocław (A1) odcinek 5 (węzeł Sieradz Południe bez węzła – węzeł Łask bez węzła) od km 140+552,05 do km 174+200,00”*, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót – z którego wynika, że zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 22.969.522,55 zł, złożono 14 ofert, których ceny kształtowały się w przedziale od 7.299.890,94 zł do 13.520.307,32 zł, przy czym: C..... & H..... sp. j. w konsorcjum z innym wykonawcą złożyli ofertę z ceną 7.975.285,47 zł (druga w kolejności); poza tym w przedziale od 8 do 9 mln zł były 3 oferty, w przedziale powyżej 9 mln do 10 mln zł – 5 ofert, w przedziale powyżej 10 mln do 11 mln – 2 oferty, wreszcie w przedziale powyżej 11 do 12 mln – 1 oferta.

Wyciąg z SIWZ z sierpnia 2011 r. dla tego postępowania (str. 2, 5 - 7), z którego wynika, że w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagane było dysponowanie łącznie zespołem 7 osób.

- 2) Zbiorcze zestawienie ofert: z 13 września 2011 r. dla postępowania PN GDDKiA-O/BY-R-2/284/61/2011: *Zarządzanie kontraktami p.n.: 1) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy - Łódź (A1) odcinek 6 (węzeł Łask – węzeł Róża) od km 174+200 do km 183+350, odcinek 7 (węzeł Dobroń - węzeł Róża) od km 76+479,94 do km 79+800,00”, 2) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy - węzeł Wrocław (A1) odcinek 8 (węzeł Róża – węzeł Wrocław): od km 183+350,00 do km 202+700,00, 3) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy - węzeł Wrocław (A1) odcinek 9 (węzeł Wrocław): od km 202+700,00 do km 204+00,00, w tym*

pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót – z którego wynika, że zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 32.209.384,21 zł, złożono 12 ofert, których ceny kształtowały się w przedziale od 10.968.551,16 zł do 15.015.998,60 zł, przy czym C..... & H..... sp. j. w konsorcjum z innym wykonawcą złożyli ofertę z ceną 10.968.551,16 zł (oferta z najniższą ceną), poza tym w przedziale powyżej 11 do 12 mln zł były 4 oferty, w przedziale powyżej 12 do 13 mln zł – 4 oferty, powyżej 13 do 14 mln zł – 2 oferty. Wyciąg z SIWZ z lipca 2011 r. dla tego postępowania (str. 2, 6 - 9), z którego wynika, że w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagane było dysponowanie łącznie zespołem 11 osób, przy czym Zamawiający nie dopuszczał tej samej osoby do pełnienia więcej niż 1 funkcji.

- 3) Zbiorcze zestawienie ofert na druku ZP-12 dla sprawy 1/03/2010, czyli postępowania PN: *Zarządzanie kontraktem „Budowa obwodnicy Miasta Pabianic w rezerwowanym korytarzu drogi krajowej nr 14 BIS (łącznik) i S14 na odcinku Ksawerów Dobroń” w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót*, z którego wynika, że złożono 7 ofert z cenami w przedziale od 3.372.952,30 do 5.708.915,62 zł, przy czym: C..... & H..... sp. j. w konsorcjum z innym wykonawcą złożyli ofertę z najniższą ceną, poza tym w przedziale od 4 mln do 5 mln były 4 oferty, a dwie oferty powyżej 5 mln zł. Wyciąg z SIWZ z lipca 2011 r. dla tego postępowania (str. 3, 7 - 11), z którego wynika, że w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagane było dysponowanie łącznie zespołem 7 osób na stanowiska ekspertów kluczowych. Pod hasłem „Personel pomocniczy” zamieszczono uwagę, że w celu realizacji zamówienia wykonawca zapewni ekspertów kluczowych oraz personel niewymieniony w ramach warunku udziału, zatrudniony wg potrzeb wykonawcy, a niezbędny do wykonania przedmiotu zamówienia (wg tabeli z formularza cenowego), np. sekretariat, asystenci, obsługa techniczno-administracyjna, który należy uwzględnić w cenie oferty.

Przystępujący złożył na rozprawie uprawnienia osób wymienionych w pkt 3 i 7 (inspektor ds. sieci trakcyjnej) wykazu osób, których nr zostały podane w ramach opisu posiadanych uprawnień – z których wynika, co następuje:

- 1) Osoba wpisana dla funkcji inspektora nadzoru robót drogowych posiada uprawnienia nr 295/82/WMŁ z 9 grudnia 1982 r. – wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 48) – do

wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie ograniczonym do budowy dróg, w szczególności upoważniającej do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie ograniczonym do budowy dróg.

- 2) Osoba wpisana dla funkcji inspektora ds. sieci trakcyjnej – posiada, po pierwsze – uprawnienia nr 177/89/WŁ z 30 czerwca 1989 r. – wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 48) – do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych, w szczególności upoważniającej do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci i instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego obejmujących instalacje elektryczne, napowietrzne i kablowe linie energetyczne, stacje i urządzenia elektroenergetyczne; po drugie – uprawnienia nr 206/75/Łm z 15 lutego 1975 r. – wydane na podstawie ustawy z 31 stycznia 1961 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 7, poz. 46) – do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowy wszelkiego rodzaju instalacji i urządzeń elektrycznych budownictwa powszechnego.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający przedwcześnie uznał, że Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także zaniechał wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę drugą pod względem najniższej ceny, która stanowi jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Wobec tego Odwołujący, który podniósł w odwołaniu zaniechanie odrzucenia wybranej oferty i wykluczenie Przystępującego z postępowania, wykazał tym samym, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego,

na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba zważyła, że wbrew pogładowi wyrażonemu w zgłoszeniu przystąpienia, zastrzeżenie informacji związanych z osobami wskazanymi w wykazie osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby mieć wpływ na sprecyzowanie zarzutów i sposób procedowania, nie ogranicza natomiast możliwości wniesienia i rozpatrzenia odwołania od czynności lub zaniechania czynności, których zasadność opiera się na tych informacjach. Zgodnie z art. 180 ust 1 pzp odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy. W szczególności objęcie pewnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w żaden sposób nie ogranicza kognicji Izby, gdyż jedyne jej ograniczenie wynika z art. 192 ust. 7 pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przedewszystkim jednak w rozstrzyganej sprawie doszło do ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż Zamawiający potwierdził na rozprawie, że udostępnił Odwołującemu uzupełniony wykaz osób.

I. {zarzuty dotyczące niewykazania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia}

Odwołanie zawiera szereg zarzutów dotyczących niewykazania przez C..... & H..... sp. j. w złożonym wykazie osób warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, spośród których większość okazała się zasadna.

{1}}

Po pierwsze – Odwołujący zarzucił brak wykazania, że inspektor ds. geodezji {poz. 1 wykazu osób} posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie w zakresie geodezyjnych pomiarów sytuacyjno-wysokościowych, realizacyjnego i inwentaryzacyjnego, a także rozgraniczenia i podziałów nieruchomości (gruntów) oraz sporządzania dokumentacji do celów prawnych.

W ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny, gdyż dla osoby wskazanej na to stanowisko w pierwszej kolejności podano w wykazie, że od sierpnia 2010 r. do chwili obecnej, czyli co najmniej do dnia 7 maja 2014 r. (data sporządzenia wykazu) wykonuje ona przy budowie autostrady A1 zakres wymaganych treścią opisu warunku czynności, co już daje blisko 4-letnie doświadczenie w zakresie geodezyjnych pomiarów sytuacyjno-wysokościowych,

realizacyjnego i inwentaryzacyjnego, a także rozgraniczenia i podziałów nieruchomości (gruntów) oraz sporządzania dokumentacji do celów prawnych. W tych okolicznościach nie ma znaczenia, że pozostałe doświadczenie w tym zakresie, zdobywane w latach 1991 - 2009 na rzecz różnych zleceńodawców, zostało opisane w sposób zagregowany, tzn. wyszczególniono 11 inwestycji w których takie usługi geodezyjne były świadczone, ale bez wyodrębnienia dla każdej z nich okresu ich świadczenia.

{2) oraz 3}}

Po drugie – Odwołujący zarzucił brak wykazania, że zarówno inspektor nadzoru robót drogowych {poz. 3 wykazu osób}, jak i inspektor ds. sieci trakcyjnej {poz. 7 wykazu osób} posiadają uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności odpowiednio drogowej oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Zamawiający powołał się na to, że według art. 13 ust. 3 w zw. z art. 12 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi stanowią również podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w zakresie nadzoru inwestorskiego. Ponadto Zamawiający powołał się na treść załączonych do wykazu oświadczeń osób wskazanych w wykazie.

Zdaniem Izby te dwa analogiczne zarzuty należy uznać za zasadne, gdyż rzeczywiście zawarty w wykazie dla tych osób opis posiadanych przez te osoby uprawnień, choć zawiera ich nr, specjalność oraz informację, że są bez ograniczeń, pomija kwestię, czy są to uprawnienia do kierowania robotami (co było wymagane), czy też do projektowania (co nie spełniałoby określonego w tym postępowaniu warunku). Zamawiający nie może domyślać się na podstawie regulacji prawnych przewidujących zależność, że uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi upoważniają w tym zakresie do nadzorowania wykonywania tych robót, czy w przypadku tych dwóch konkretnych osób są one uprawnione do pełnienia funkcji inspektorów nadzoru, gdyż w wykazie brak jest właśnie informacji stanowiącej punkt wyjścia – czy uprawnienia bez ograniczeń tych konkretnych osób dotyczą kierowania robotami. Niczego nie zmienia w tym zakresie podanie nr uprawnień, gdyż to Przystępujący miał obowiązek podać wystarczające dla oceny spełniania warunku informacje, a nie Zamawiający ich poszukiwać na własną rękę. Izba stwierdziła, że w odniesieniu do innych osób opis uprawnień zawiera stosowną informację w tym zakresie. Natomiast ze składanych dodatkowo przez poszczególne osoby oświadczeń wynika jedynie, że w razie udzielenia zamówienia Przystępującemu, zobowiązują się one pełnić daną funkcję, co w żaden sposób, w tym wymagany na mocy opisu sposobu oceny spełniania warunków, nie potwierdza posiadania wymaganych uprawnień do kierowania

robotami budowlanymi bez ograniczeń.

Dowody przedstawione na rozprawie przez Przystępującego – w postaci uprawnień opisanych w wykazie – potwierdzają, co prawda, że osoby te posiadają wymagane uprawnienia, z drugiej strony potwierdzają jednocześnie, że Przystępujący w wykazie nie opisał ich w sposób potwierdzający spełnianie w tym zakresie warunków obowiązujących w postępowaniu.

Izba zważyła, że pominięciu podlegają dodatkowe zarzuty podniesione przez Odwołującego na rozprawie względem uprawnień posiadanych przez inspektora nadzoru robót drogowych, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na marginesie należy zauważyć, że wykaz osób od początku zawierał informację, że są to uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie ograniczonym do budowy dróg, które należy poczytywać według aktualnych przepisów za uprawnienia w specjalności drogowej bez ograniczeń, i nie budziło to wcześniej żadnych zastrzeżeń Odwołującego.

{4}}

Po trzecie – Odwołujący zarzucił brak wykazania, że inspektor nadzoru robót elektrycznych {poz. 8 wykazu osób} posiada wymagane świadectwo kwalifikacyjne Stowarzyszenia Elektryków Polskich uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru.

Zamawiający uznał ten zarzut.

Izba stwierdziła, że powyższy zarzut jest rzeczywiście zasadny, gdyż opis uprawnień zamieszczony w wykazie przez Przystępującego nie precyzuje, czy zaświadczenie kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się dozorem urządzeń, instalacji i sieci zostało wydane przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich.

{5}}

Po czwarte – Odwołujący zarzucił brak wykazania, że którykolwiek z inspektorów nadzoru robót teletechnicznych {poz. 9 i 10 wykazu} posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej, które ponadto obejmowałyby nie tylko telekomunikację przewodową, ale i bezprzewodową.

Zamawiający uznał za zasadny zarzut w zakresie niewykazania dysponowania inspektorem nadzoru robót teletechnicznych, który posiadałby uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej zarówno przewodowej, jak i bezprzewodowej.

W ocenie Izby zarzut nieuznany przez Zamawiającego jest rzeczywiście niezasadny. Zamawiający trafnie zauważył, że uprawnienia osób wymienionych w wykazie, opisane jako uprawnienia w specjalności instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz

z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń, zostały uzyskane w 1999 r. pod rządami obowiązującego wówczas rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Z przepisów tego rozporządzenia – niezależnie od ich szczegółowych zmian w okresie obowiązywania tego aktu prawnego – wynika, że uprawnienia wydane w zakresie nieograniczonym obejmują zawsze łącznie uprawnienie do projektowania i kierowania robotami budowlanymi. Wobec tego Zamawiający mógł nie mieć żadnych wątpliwości na podstawie opisu zamieszczonego w wykazie przez Przystępującego, że obie osoby mają uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w podanej specjalności.

Jednocześnie według powyższego rozporządzenia uprawnienia udzielane były w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń, odrębnie dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą i odrębnie dla telekomunikacji radiowej. Izba zważyła, że Zamawiający dopuścił ważne, odpowiadające obecnym uprawnieniom, nadane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Tymczasem według przepisów aktualnie obowiązującego rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. (Dz. U. Nr 83, poz. 578, z późn. zm.) uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń – a takie były wymagane w przedmiotowym postępowaniu – oznaczają uprawnienia w zakresie zarówno telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, jak i telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Przystępujący nie podał w wykazie żadnych informacji pozwalających na stwierdzenie, że opisane tam uprawnienia należy poczytywać za obejmujące również telekomunikację bezprzewodową (radiową).

W powyżej rozstrzygniętym zakresie należy uznać, że Przystępujący nie uczynił zadość wynikającemu z art. 26 ust. 2a pzp wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania w powyżej opisanym zakresie, Zamawiający jest zobowiązany do wezwania w tym zakresie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Poza wszelkim sporem była bowiem okoliczność, że w zakresie objętym zarzutami odwołania Przystępujący nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów. Z tego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, choć według wyliczenia na wstępie odwołania uznany za podstawowy, nie podlegał rozpatrzeniu jako przedwczesny z uwagi na bezsporny brak przeprowadzenia względem braków wykazu osób objętych zasadnymi zarzutami odwołania procedury opisanej w art. 26 ust. 3 pzp.

II. {zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny}

W odwołaniu obszernie przywołano ze wszech miar słuszne wypowiedzi doktryny i orzecznictwa – przede wszystkim co do rozumienia pojęcia *rażąco niskiej ceny*, ale i na temat kryteriów, którymi zamawiający powinien się kierować przy ustaleniu, czy zachodzi podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. W szczególności rzeczywiście w orzecznictwie i doktrynie wskazuje się na zasadność wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę oferty jeżeli odbiega ona o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby są to generalne wskazówki dotyczące stosowania art. 90 ust. 1 pzp, wprost niewynikające z tego ani innych przepisów dotyczących zamówień publicznych, które nie muszą być adekwatne w okolicznościach każdego konkretnego przypadku. Zostało to dostrzeżone w orzecznictwie Izby, w szczególności w wyroku z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt 814/11) zauważono, że: *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest [na gruncie art. 90 ust. 1 Pzp] możliwe i dopuszczalne (...) Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym („na wszelki wypadek”, czy „z ostrożności) wdrażaniem postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Analogiczne stanowisko pojawia się również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 14 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 230/10) Sądu Okręgowy w Katowicach stwierdził, co następuje: *Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. (...) Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Nie sposób jednak nie zauważyć, że powyższy wyrok zapadł na tle stanu faktycznego, w którym wszystkie złożone oferty zawierały ceny niższe od oszacowania dokonanego przez**

zamawiającego, jednocześnie cena najtańszej oferty odbiegała od pozostałych dwóch ofert nie więcej niż o 16%. Było to podstawą do uznania, że ceny usług na rynku przewozowym uległy obniżeniu.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie ma wątpliwości, że zestawiając cenę oferty Przystępującego zarówno z wartością oszacowaną przez Zamawiającego, jak i cenami pozostałych ofert złożonych w postępowaniu – w obu kryteriach cena oferty Przystępującego znacznie odbiega od tych wartości. Z drugiej strony to samo można powiedzieć o cenie oferty Odwołującego. Z kolei różnica pomiędzy cenami ofert Uczestników tego postępowania odwoławczego nie jest znikoma, gdyż cena oferty Przystępującego (867.000,00 zł) jest niższa od ceny oferty Odwołującego (1.347.000,00 zł) o 480.000,00 zł, czyli niemal 36%. Skład orzekający Izby przy rozstrzyganiu zasadności wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp nie ograniczył się do stwierdzenia powyższych zależności.

W ocenie Izby wyłącznie pomocnicze znaczenie dla oceny kwestii rażąco niskiej ceny w konkretnym postępowaniu może mieć odwoływanie się do innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych dotyczących podobnego przedmiotu zamówienia, zwłaszcza jeżeli stopień tego podobieństwa pozostaje nieustalony. W konsekwencji za bez znaczenia dla tej sprawy należy uznać podnoszoną w zgłoszeniu przystąpienia okoliczność, że w wielu innych postępowaniach ceny ofert były kilkakrotnie niższe niż wartości oszacowane przez zamawiających. Na marginesie zauważyć należy, że nawet Przystępujący nie zastrzegł, że nie w żadnym z nich nie zastosowano procedury z art. 90 pzp. Odwołujący trafnie podniósł na rozprawie, że dwa z tych postępowań nie są w ogóle podobne, gdyż dotyczyły robót budowlanych. Z kolei odnośnie pozostałych trzech Odwołujący wykazał, że ceny złożonych w nich ofert były na dużo bardziej zbliżonym poziomie niż w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności oferta z najniższą ceną nie odbiegała znacząco od średniej cen grupy ofert o zbliżonym do siebie poziomie. Jednakże z uwagi na brak przedstawienia dowodów wykazujących porównywalność tych postępowań do przedmiotowego postępowania zamówieniowego, w szczególności w zakresie szeroko rozumianego przedmiotu zamówienia, należy uznać za pozbawione jakiegokolwiek mocy dowodowej mechaniczne zestawianie przez Odwołującego cen ofert Przystępującego w tamtych postępowaniach z ceną oferty w tym postępowaniu. W szczególności wybiórcze ustalenie takiego podobieństwa wyłącznie na podstawie zestawienia liczby osób wymaganych w ramach warunku udziału w postępowaniu, Izba oceniła wyłącznie jako argument perswazyjny.

Zamawiający na rozprawie powołał się na to, że z uwagi na następujące okoliczności,

które mogły nie być znane Odwołującemu, nie miał podstaw, aby podejrzewać, że cena oferty Przystępującego zawiera rażąco niską cenę. Przystępujący od stycznia 2014 r. pełni funkcję inżyniera kontraktu w zakresie projektowania wszystkich 8 odcinków oraz realizacji robót na odcinku trzecim trasy Wschód-Zachód (Retkinia - Olechów) w Łodzi (odcinek trzeci jest najbardziej skomplikowany, gdyż to na nim ma być wykonany tunel). Przystępujący został wybrany w tamtym postępowaniu przy cenie oferty wynoszącej 1.734.300,00 zł. W ocenie Zamawiającego ponieważ Przystępujący ma najlepsze rozeznanie odnośnie projektowanych prac, a także terenu budowy, mógł najlepiej wycenić ryzyko związane z wykonywaniem udzielanego zamówienia dotyczącego nadzoru nad realizacją pozostałych odcinków. Zamawiający podniósł również, że zsumowanie cen w tych dwóch postępowaniach daje łącznie kwotę 2.601.300,00 zł, co należy zestawić z ceną 2.530.110,00 zł, za którą C..... & H..... sp. j. w konsorcjum z innym wykonawcą zaoferowali w postępowaniu dotyczącym łącznie przedmiotu zamówienia, który został następnie podzielony na te dwa postępowania. W ocenie Zamawiającego takie zestawienie jest uzasadnione, gdyż jest to ten sam teren budowy, te same osoby oraz takie samo zaplecze biurowe może być wykorzystane. Przystępujący ma siedzibę w Łodzi i to w odległości bardzo nieznacznej od miejsca pełnienia nadzorów. Zamawiający powołał się również na to, że ponieważ dotychczasowa współpraca z Przystępującym przebiega wzorowo, stąd nie miał podstaw do podejrzewania, że usługi objęte aktualnie udzielonym zamówieniem będą wykonywane nienależycie. Ponadto poziom wynagrodzeń w Łodzi jest na niższym poziomie niż w innych miastach wojewódzkich, a w szczególności w Warszawie.

W ocenie składu orzekającego Izby w rozstrzyganej sprawie Odwołujący wykazał co najmniej, że cena oferty Przystępującego w aktualnie prowadzonym postępowaniu jest zaniżona w takim stopniu w stosunku do wartości oszacowanej przez Zamawiającego, że rodzi to wątpliwości, czy nie jest ona rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia, a usunięcie tych wątpliwości nie jest możliwe bez przeprowadzenia procedury uregulowanej w art. 90 ustawy pzp.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający ustalił wartość udzielanego aktualnie zamówienia z dużą dozą staranności, biorąc pod uwagę ceny ofert złożonych w poprzednio przeprowadzonych postępowaniach, a także własne rozeznanie co do zakresu przedmiotu zamówienia. Punktem wyjścia była średnia z cen pięciu ofert złożonych w pierwotnie prowadzonym postępowaniu – obejmującym cały zakres przedmiotu zamówienia, który później został podzielony pomiędzy dwa odrębne postępowania – wynosząca 2.902.814,27 zł. Następnie Zamawiający w oparciu o własną wiedzę co do zakresu rzeczowego poszczególnych etapów inwestycji (I A, I B.1, I B.2 oraz II), ustalił,

że etap I.B 2 ma udział 43%, a etap II 53%. Przekładało się to odpowiednio na kwoty 1.248.210,14 zł oraz 1.538.491,56 zł. Pierwsza z tych kwot została przyjęta jako wartość szacunkowa zamówienia na usługi inżyniera kontraktu dla projektowania dla wszystkich odcinków i realizacji robót na odcinku 3, które ostatecznie zostało udzielone na początku br. Przystępującemu w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Ponieważ cena oferty Przystępującego była wyższa o 27,83% od tego oszacowania, Zamawiający uznał za właściwe zwiększenie o taki współczynnik uprzednio wyliczonej dla etapu II kwoty 1.538.491,56 zł {w formularzu ustalenia wartości zamówienia pogrubiono następującą uwagę: *Z uwagi na przyjęcie tych samych założeń dla wyceny IK dla odcinka 3 i wyższej wartości umownej należy zwiększyć procentowo wartość*}. Stąd Zamawiający przyjął jako wartość szacunkową aktualnie udzielanego zamówienia na usługi inżyniera kontraktu nad realizacją robót na odcinkach 1, 2 oraz 4 - 8 kwotę 1.966.653,76 zł.

Izba zważyła, że trudno uznać, aby powyższe założenia Zamawiający przyjął przypadkowo i bez głębszego namysłu. Wbrew temu co zdawał się sugerować Zamawiający na rozprawie, musiał uprzednio brać pod uwagę, że realizacja pierwotnie udzielonego całościowo ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zamówienia za kwotę 2.402.190,00 zł zakończyła się fiaskiem. Racjonalnie tylko w ten sposób można wytłumaczyć, że Zamawiający nie wziął jako punktu odniesienia tej ceny, czy też nieznacznie wyższej ceny Przystępującego, a średnią z wszystkich ofert, spośród których pozostałe trzy oferty zawierały {jak to wynika z tabeli zamieszczonej w formularzu ustalenia wartości zamówienia} ceny na znacznie wyższym poziomie – dwie niemal 3 mln zł, a trzecia ponad 3,5 mln zł. Udzielone następnie Przystępującemu w trybie negocjacji bez ogłoszenia częściowe zamówienie, w którym dał proporcjonalnie wyższą cenę w stosunku do takiej średniej, wyłącznie potwierdziło adekwatność tego założenia, a nawet dało Zamawiającemu asumpt do dalszego zwiększenia wartości oszacowania.

W tych okolicznościach trudno uznać za przekonujące stanowisko Zamawiającego, który – jak to wynika ze stanowiska zaprezentowanego na rozprawie – przy badaniu ceny oferty Przystępującego przyjął diametralnie odmienne założenie, za punkt odniesienia uznając cenę oferty Przystępującego w pierwszym z postępowań, która była nieznacznie wyższa od ceny oferty, za którą inny wykonawca nie zrealizował zamówienia. Izba zważyła, że cena oferty Przystępującego jest nie tylko ponad dwukrotnie niższa niż przyjęta przez Zamawiającego wartość zamówienia, ale również stanowi zaledwie 56% wartości wyliczonej bez owego współczynnika zwiększającego. Z kolei nawet podział ceny oferty Przystępującego {a nie wartości uśrednionej} z pierwotnego postępowania (2.530.110,00 zł) według powyższych założeń daje na etap I B.2 kwotę 1.087.947,30 zł, a na etap II, objęty

aktualnie udzielanym zamówieniem, kwotę 1.340.958,30 zł, czyli wartość odpowiadającą cenie oferty Odwołującego (1.347.000,00 zł). O ile zatem mogło nie być wątpliwości, że zaoferowana przez Przystępującego cena 1.734.300,00 zł za etap I B.2 jest realna, o tyle nie można tego samego powiedzieć o cenie 867.000,00 zł za realizację przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby swoistego odwrócenia cen przez Przystępującego nie tłumaczy przewidywany krótszy okres obowiązywania umowy dotyczącej aktualnie udzielanego zamówienia. Natomiast wydaje się, że podział całościowego zamówienia na dwa odrębne zamówienia powoduje zmniejszenie możliwości optymalizacji wszystkich kosztów, stąd nieuprawnione jest mechaniczne zestawianie zsumowanych cen z dwóch postępowań dotyczących części przedmiotu zamówienia z ceną z postępowania na całość przedmiotu zamówienia.

Poprzeszanie przez Zamawiającego na ustaleniu, że taka suma cen ofert z dwóch postępowań odpowiada, a nawet jest nieco wyższa niż cena, którą oferował Przystępujący w pierwotnym postępowaniu, jest również nieadekwatne z innego powodu. Nie budzi wątpliwości, że wykonywanie zamówienia (nadzór nad projektowaniem wszystkich odcinków i nadzór nad realizacją robót na jednym z odcinków) związanego z przedmiotowym zamówieniem (nadzór nad realizacją robót na pozostałych odcinkach) jest okolicznością dostępną wyłącznie Przystępującemu, dzięki której mógł zaoferować konkurencyjną cenę oferty. Z drugiej strony sprzeciwiałaby się przestrzeganiu zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami tolerowanie sytuacji, w której, co prawda, realizacja obu zamówień rozpatrywanych łącznie jest dla Przystępującego rentowna, jednakże wyłącznie przez to, że zysk wypracowany na pierwszym z nich umożliwia pokrycie straty osiągananej na drugim. Tymczasem przedstawione powyżej wyliczenia, bazujące na metodologii przyjętej przez Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia, wskazują, że nie można wykluczyć zaistnienia takiej sytuacji w odniesieniu do Przystępującego. W szczególności nieznana pozostaje skala oszczędności wynikających z jednoczesnego wykonywania tych zamówień, nie tylko co kwot, ale i rodzaju oszczędności. Na razie można się jedynie domyślać, że chodzi tu o oszczędności wynikające z prowadzenia tego samego biura, wykorzystania tych samych środków transportu, gdyż tylko tyle odnośnie tej kwestii zostało zasygnalizowane w zgłoszeniu przystąpienia.

Odwołujący przedstawił w uzupełnieniu swojego stanowiska sporządzoną przez siebie 9 lipca 2014 r. analizę ceny oferty Przystępującego, w której wyszczególnił jako elementy kalkulacji koszty miesięcznego wynagrodzenia osoby odrębnie dla 18 osób {5 tys. zł dla inżyniera kontraktu; po 4,5 tys. zł dla inżynierów rezydentów; po 3,5 tys. dla inspektorów: 1) ds. rozliczeń, 2) ds. geodezji, 3) nadzoru robót drogowych, 4) nadzoru sieci

trakcyjnej, 5) nadzoru robót wod.-kan., co i gazowych, 6) ds. materiałowych – technologa; po 3 tys. zł dla inspektorów: 1) nadzoru robót mostowych, 2) nadzoru robót torowych, 3) ds. inżynierii ruchu, 4) ds. sieci i systemów informatycznych; po 2,9 tys. zł dla inspektora nadzoru robót elektrycznych i inspektora nadzoru robót teletechnicznych; po 2,5 tys. zł dla inspektorów: 1) nadzoru robót geotechnicznych, 2) nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, 3) ds. ochrony środowiska} oraz miesięczny koszt utrzymania biura {2 tys. zł} – przyjmując, że będą one ponoszone przez 15 miesięcy okresu wykonywania umowy. Ponadto w kalkulacji zostały uwzględnione pozostałe koszty związane z realizacją umowy, takie jak: zabezpieczenie należytego jej wykonania, inne koszty (transport, badania i *inne zgodnie z SIWZ*), gwarancja, rezerwa oraz ubezpieczenie – łącznie na kwotę 86.000,00 zł. Kluczowe znaczenie mają zatem koszty wynagrodzenia osób, które zostały łącznie wyliczone na kwotę 1.174.500,00 zł i obejmują również dla każdej z osób dodatkowy 1 tys. zł miesięcznie z tytułu pracy w systemie dwu lub trzymianowym. Według wyliczeń Odwołującego strata Przystępującego miałaby wynieść 393.500,00 zł, gdyż wyliczony przez niego łączny koszt realizacji zamówienia wynosi 1.260.500,00 zł.

Zamawiający i Przystępujący kwestionowali adekwatność powyższych wyliczeń, przede wszystkim podnosząc, że błędne jest zakładanie 15-miesięcznej pracy na każdym z ww. stanowisk, gdyż nie dotyczy to np. inspektora nadzoru sieci trakcyjnej, oraz zakładanie w każdym z 15 miesięcy pracy w systemie dwu- lub trzymianowym, która ich zdaniem będzie miała charakter sporadyczny. Zamawiający powołał się również na to, że wynagrodzenia w Łodzi są na niższym poziomie niż w Warszawie i innych miastach wojewódzkich. Z kolei Przystępujący określił poziom wynagrodzeń założony przez Odwołującego jako „lekko zawyżony”.

Izba zważyła, że Zamawiający nie kwestionował, że wymagana na mocy przywołanych powyżej regulacji art. 13 i 15 warunków umowy dyspozycyjność personelu inżyniera kontraktu jest istotną okolicznością. Tymczasem art. 13 ust. 2 wymaga przy nieobecności dłuższej niż tydzień osoby zapewnienie zastępstwa. Z kolei z art. 15 wynika zastrzeżenie, że roboty budowlane mogą być prowadzone w systemie dwu- lub trzymianowym, jeżeli będzie taka potrzeba. Zamawiający i Przystępujący, bagatelizując znacznie praktyczne tych regulacji, nie wskazali jednocześnie żadnych konkretnych postanowień s.i.w.z., ani innych dowodów, które potwierdzałyby ich twierdzenia, dość zresztą ogólnikowe, o braku konieczności codziennej i całodziennej obecności personelu inżyniera kontraktu, czy też sporadyczności występowania pracy w zwiększonym wymiarze. Odnośnie tej ostatniej okoliczności zauważyć należy, że założony dodatek do wynagrodzenia z tego tytułu został przez Odwołującego założony, co prawda, w każdym miesiącu, ale nie jako

zjawisko permanentne. Nawet jednak odejmując w całości jego globalną kwotę (270 tys.) kalkulacja opiewałaby na kwotę 990.500,00 zł. Z kolei po odjęciu od tej kwoty innych kosztów niż osobowe (86 tys. zł), daje to kwotę 904.500,00 zł, a więc wciąż niższą niż cena oferty Przystępującego (867.000,00 zł).

Nawet zatem nie akceptując bezkrytycznie wyliczeń Odwołującego, które mogą obrazować sposób kalkulacji jego własnej ceny, niski poziom ceny Przystępującego nie pozwala, z uwagi na wszystkie powyżej opisane okoliczności, bez uzyskania przez Zamawiającego od Przystępującego szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Reasumując, w ocenie Izby okoliczności rozstrzyganej sprawy wskazują na to, że Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać bez zbadania oferty Przystępującego w trybie art. 90 pzp, że nie zawiera ona rażąco niskiej cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, choć według wyliczenia na wstępie odwołania uznany za podstawowy, nie podlegał rozpatrzeniu jako przedwczesny z uwagi na brak przeprowadzenia procedury opisanej w art. 90 ust. 1 pzp. Skład orzekający podziela utrwalone w doktrynie i orzecznictwie, zarówno krajowym, jak i europejskim, stanowisko, że podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny musi zostać poprzedzone procedurą wyjaśnień. W tym kontekście należy podkreślić, że ewentualne próby antycypowania negatywnego rezultatu takiego badania należy uznać za bezskuteczne, gdyż w przeciwnym razie nie miałyby ono żadnego merytorycznego znaczenia, w istocie stanowiąc wymaganie czysto formalne. Wezwany w trybie art. 90 ust. 1 pzp Przystępujący ma w pełni możliwość wykazania w sposób wynikający z art. 90 ust. 2 pzp, że zaoferowana cena jest w jego przypadku realna i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia. Wobec tego ewentualne wywodzenie z faktu uwzględnienia odwołania w tej sprawie potwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego w stosunku do przedmiotu zamówienia jest nieuprawnione.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego, po pierwsze – art. 26 ust. 3, po drugie – art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono we wnioskowane wysokości, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: