

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17
Sygn. akt: KIO 102/17
Sygn. akt: KIO 110/17

WYROK

z dnia 6 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 30 i 31 stycznia 2017 r. w W. **odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej** w dniu 16 stycznia 2017 r. **przez odwołujących:**

I. Konsorcjum firm:

1. T. Sp. z o.o. – (...) W. (Lider Konsorcjum)
2. G.P.S.- (...) M.H. (Członek Konsorcjum) w sprawie oznaczonej **Sygn. akt KIO 102/17**

II. B. sp. z o.o. (...) Poznań **Sygn. akt KIO 110/17**

w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** P.P.L.K. S.A. (..) W.
przy udziale wykonawców:

- A. "B." Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 102/17 po stronie zamawiającego;
Konsorcjum: E.G.P. S.A., "K.I." Sp. z o.o. z siedzibą w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 102/17 po stronie zamawiającego;
Konsorcjum: M.M. Sp. z o.o., D.T.Ś. S.A. z siedzibą w K. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 102/17 po stronie zamawiającego.
- B. Konsorcjum: E.G.P. S.A., "K.I." Sp. z o.o. z siedzibą w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 110/17 po stronie zamawiającego;
M.M. Sp. z o.o., D.T.Ś. S.A. z siedzibą w K. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 110/17 po stronie zamawiającego;

1

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Konsorcjum: T. Sp. z o.o., G.P.S. z siedzibą w M. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 110/17 po stronie zamawiającego.

Orzeka

1. Oddala odwołanie Konsorcjum firm: T. Sp. z o.o. – (...) W. (Lider Konsorcjum) oraz G.P.S.- (...) M.H. (Członek Konsorcjum) w sprawie oznaczonej **Sygn. akt KIO 102/17**.
2. uwzględnia odwołanie B. sp. z o.o. (...) Poznań **Sygn. akt KIO 110/17** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert Konsorcjum: M.M. Sp. z o.o., D.T.Ś. S.A. z siedzibą w K. i Konsorcjum: E.G.P. S.A., "K.I." Sp. z o.o. z siedzibą w W. po uprzednim ujawnieniu zastrzeżonych części oferty Konsorcjum: M.M. Sp. z o.o., D.T.Ś. S.A. z siedzibą w K. tj. oświadczenia o nieujawnianiu na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia; wykazu osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia; zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - G.; oświadczenia wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania - w odniesieniu do podmiotów, na zasobach których wykonawca

polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a które to podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia - G.; wykazu wykonanych przez wykonawcę usług w okresie ostatnich 3

lat wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług podanych w wykazie; zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - A.I.A. S.A.; oświadczenia wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania - w odniesieniu do podmiotów, na zasobach których wykonawca polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a które to podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia - A.I.A. S.A.; opinii bankowej; polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oraz w stosunku do oferty Konsorcjum E. tj. uzasadnienia zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz wykazu osób a także ujawnienia zastrzeżonych

2

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

przez Konsorcjum: M.M. Sp. z o.o., D.T.Ś. S.A. z siedzibą w K. oraz Konsorcjum: E.G.P. S.A., "K.I." Sp. z o.o. z siedzibą w W. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: T. Sp. z o.o. – (...) W. (Lider Konsorcjum) oraz G.P.S.- (...) M.H. (Członek Konsorcjum) w sprawie oznaczonej **Sygn. akt KIO 102/17 i**

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum firm: T. Sp. z o.o. – (...) W. (Lider Konsorcjum) oraz G.P.S.- (...) M.H. (Członek Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Konsorcjum firm: T. Sp. z o.o. – (...) W. (Lider Konsorcjum) oraz G.P.S.- (...) M.H. (Członek Konsorcjum) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz P.P.L.K. S.A (..) W. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

4. Kosztami postępowania obciąża P.P.L.K. S.A (..) W. w sprawie oznaczonej **Sygn. akt KIO 110/17 i**

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez B. sp. z o.o. (...) Poznań tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od P.P.L.K. S.A (..) W. kwotę 18.600 zł.00gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz B. sp. z o.o. (...) Poznań tytułem uiszczonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w W..

Przewodniczący:

3

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

4

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Uzasadnienie

Obydwa odwołania dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest:

„Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach następujących zadań”:

- a)** Kontrakt nr 1 - Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150 - 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 29,110 linii nr 133).
- b)** Kontrakt nr 2 - Modernizacja odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 133).
- c)** Kontrakt nr 4 - Sygnalizacja dla obszaru LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia (km 6,847 - 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 67,636 linii nr 133).

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w ramach większego projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30, odcinek Zabrze - Katowice - Kraków, etap IIb”, znak: 6060/ICZ4/17527/02623/16/P.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 kwietnia 2016 roku pod poz. 2016/S 069-120644.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2017 roku zarządzono łączne rozpoznanie odwołań wniesionych w sprawach oznaczonych Sygn. akt KIO 102/17 i Sygn. akt KIO 110/17.

Sygn. akt KIO 102/16

Odwołujący to: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. T. Sp. z o.o. - Lider, (...) W.; na etapie składania ofert G.P. Sp. z o.o. (Lider) (...) W.
 2. G.P.S - Partner, (...) M.H. adres do korespondencji: (...) M;
- zwani dalej „Konsorcjum T. Sp. z o.o.”

Zamawiającym jest P.P.L.K. S.A. Centralne Biuro Zamówień

5

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17
ul. Targowa 74,03-734 W..

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach następujących zadań:

- a) Kontrakt nr 1 - Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150 - 0,000 linii nr 134> km 15,810 - 29,110 linii nr 133);
 - b) Kontrakt nr 2- Modernizacja odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 133);
 - c) Kontrakt nr 4- Sygnalizacja dla obszaru LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia (km 6,847 - 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 67,636 linii nr 133);
- w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30, odcinek Zabrze - Katowice - Kraków, etap IIb”.

ODWOŁANIE WYKONAWCY

I. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T. Sp. z o.o. i G.P.S. (dalej „Konsorcjum T. Sp. z o.o.”) działając na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (dalej „Ustawa” lub „PZP”) w postępowaniu o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest: „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach następujących zadań:

- a) Kontrakt nr 1 - Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150 - 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 29,110 linii nr 133); b) Kontrakt nr 2 -Modernizacja odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 133); c) Kontrakt nr 4 - Sygnalizacja dla obszaru LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia (km 6,847 - 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 67,636 linii nr 133); w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30, odcinek Zabrze - Katowice - Kraków, etap II b” wnosząc niniejszym odwołanie od

1. niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MP - Mosty Sp. z o .o. i D.T.Ś. S.A. (dalej „Konsorcjum M.M.”) jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,

2. niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, pomimo iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

6

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

4. niezgodnej z prawem czynności oceny ofert, tj. oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
3. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez wybór oferty Konsorcjum M.M. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Konsorcjum M.M. nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

III. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert, w tym w szczególności unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego;
4. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

IV. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie z wskazanymi powyżej żądaniami odwołania.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Stan faktyczny

Odwołujący w dniu 5 stycznia 2017 roku otrzymał od Zamawiającego pismo „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej”. Zamawiający informował w przedmiotowym piśmie, iż

7

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum M.M., zaś Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Geodety - Zespół stały Kontraktu 1 oraz Geodety - Zespół stały Kontraktu 2. Zamawiający wskazał, że zwrócił się do Kolejowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Gdańsku o weryfikację zagadnienia, czy prace wykazane w opisie doświadczenia obu Geodetów odpowiadają wymaganiom SIWZ. Zamawiający nie wskazał jednak w Zawiadomieniu ani treści samego zapytania, ani też treści odpowiedzi. W związku z czym nie jest obecnie możliwe wskazanie w odwołaniu w opisie stanu faktycznego, jaka właściwie weryfikacja i czego weryfikacja została dokonana przez Kolejowy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Gdańsku.

Pozostała część uzasadnienia w zakresie stanu faktycznego została zawarta w Załączniku Nr 1 do odwołania ze względu na fakt że treść oferty Odwołującego w zakresie Wykazu osób została skutecznie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś uzasadnienie ze swej istoty odnosi się do tych wyjaśnień.

Pozycja oferty Odwołującego w przypadku dokonania oceny tej oferty.

Odwołujący wskazuje, iż gdyby Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - oferta Odwołującego otrzymałaby największą ilość punktów spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu.

Wykonawca Cena w PLN brutto Nadzór na wykonaniem Zadań Wykonanie badań na rzecz Zamawiającego Konsorcjum T. 14. 884. 230,00 25% zadania Potrójna ilość badań wskazanych w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ

Potrójna ilość badań wskazanych w pkt. Konsorcjum M.M. 17 388

578,88 25% zadania 4.2.5 ppkt 23 OPZ

W pozacenowych kryteriach oceny zarówno Odwołujący jak i Konsorcjum M.M. podali takie same wartości. Z kolei cena oferty Odwołującego jest niższa od ceny oferty Konsorcjum M.M. o 2. 504. 348,88 złotych brutto.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

W pierwszej kolejności Odwołujący oświadcza, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wykazał spełnienie tych warunków. Obaj specjaliści wskazani do pełnienia funkcji Geodetów, odpowiednio dla Zespołu stałego Kontraktu 1 jak i dla Zespołu stałego Kontraktu 2 posiadają wiedzę i doświadczenie zgodne z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ. W szczególności każdy z nich wykonał co najmniej 2 prace zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, obejmujące opracowanie

8

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

materiałów geodezyjnych (w tym numerycznych map do celów projektowych) dla modernizacji (rozbudowy, przebudowy) lub budowy zelektryfikowanej linii kolejowej.

Pozostała część uzasadnienia została zawarta w Załączniku Nr 1 do odwołania - ze względu na fakt, że treść oferty Odwołującego w zakresie Wykazu osób została skutecznie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś uzasadnienie ze swej istoty odnosi się do tych wyjaśnień.

Dopuszczalność odwołania.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 Ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku rozstrzygnięcia Zamawiającego polegającego na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego, a w konsekwencji - zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

-Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów Ustawy - oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący został poinformowany o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu 5 stycznia 2017 roku, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Ustawie.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania oraz uścił wpis od odwołania - dowody w załączeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza w toku rozprawy podjęła decyzję w sprawie dopuszczalności udostępnienia stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego treści dokumentacji postępowania odwoławczego, która może zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (j.t. Dz.U. z 2014 roku poz.964 .

Część odtajniona odwołania o następującej treści:

(całość niniejszego załącznika wraz z załącznikami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.), w związku z czym nie

może ona być ujawniana oraz nie może być udostępniana podmiotom trzecim, w szczególności Odwołujący wnosi o nie przesyłanie niniejszego Załącznika w trybie art. 185 ust. 1 Ustawy PZP innym wykonawcom).

9

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Niniejszy załącznik zawiera tajemnicę ustawowo chronioną - stąd też Odwołujący wnosi na podstawie § 8 ust. 3 Ustawy PZP w związku z § 23 Rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 z późn. zm.) o nieudostępnianie niniejszego pisma stronom i uczestnikom postępowania.

Jak już wyżej Izba wskazała część utajniona odwołania została udostępniona w trybie w.w. § 23 Rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Zamawiający zakwestionował wiedzę i doświadczenie osób wskazanych na stanowisko Geodety:

1. Pana - Zespół stały Kontraktu 1

2. Pana - Zespół stały Kontraktu 2

W obu przypadkach wskazując, że prace wykazane w opisie doświadczenia nie zostały przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, co miało zostać potwierdzone przez Kolejowy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Gdańsku.

Zamawiający rzeczywiście zwrócił się mailem w dniu 15 grudnia 2016 roku do Pana C.D. na adres czeslaw.doroszkiewicz@pkp.pl z pytaniem:

„Wykonawca na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, w treści swojego wyjaśnienia podał następujące doświadczenie, takie samo dla dwóch osób wskazanych na stanowiska geodetów: •Wykonał materiały geodezyjne (w tym numeryczne mapy do celów projektowych) dla zadania pn. Modernizacja Linii **226** Pruszcz Gd. - Gdańsk Port Północny szlak Pruszcz Gd. – Gdańsk Olszynka - stacja Gdańsk Olszynka
- szlak Gdańsk Olszynka - Gdańsk Port Północny
- stacja Gdańsk Port Północny

Linie zelektryfikowane, prace zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego

•Wykonał materiały geodezyjne (w tym numeryczne mapy do celów projektowych) dla zadania pn. Modernizacja Linii **721** Gdańsk Południowy-Motława Most szlak Gdańsk Południowy - Motława Most (Łącznica Kolejowa) - stacja Gdańsk Port Północny.

Linie zelektryfikowane, prace zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego.

10

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy powyższe zadania zostały zrealizowane przez firmę

Biorąc pod uwagę powyższe proszę o sprawdzenie i podanie w odpowiedzi zwrotnej czy powyższe doświadczenie osób wskazanych na stanowiska geodetów jest zgodne ze stanem faktycznym, to znaczy czy prace te zostały zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz obejmowały wykonanie numerycznych map do celów projektowych. Wykonawca przedstawił następujących geodetów, jako wykonawców prac geodezyjnych:

W odpowiedzi Pan Czesław Doroszkiewicz potwierdził wykonanie prac przez firmę, wskazując, że złożyła ona „operaty i mapy”, które są w trakcie weryfikacji.

Zdaniem Odwołującego odpowiedź udzielona przez Kolejowy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Gdańsku dotyczy 2 różnych kwestii - zostały pomyłone lub pomieszane kwestia map do celów projektowych oraz operatów przygotowywanych jako dokumentacja powykonawcza.

Stan faktyczny wykonywania dokumentacji dla przedmiotowych linii kolejowych przedstawia

się następująco:

1. Przedmiotowa dokumentacja została wykonana firmę z siedzibą w, na rzecz której dokumentację przygotowali Panowie i Obejmowała ona prace dla linii 226 i 721 na różnych odcinkach.
2. Wskazane przez Odwołującego materiały geodezyjne obejmowały wykonanie map do celów projektowych - taki był bowiem wymóg SIWZ: opracowanie materiałów geodezyjnych, w tym map dla celów projektowych.
3. Przedmiotowe prace przyjęto do zasobu geodezyjnego i kartograficznego. W KODGIK (Kolejowy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Gdańsku) są one zarejestrowane pod następującymi numerami DER:
 - stacja Gdańsk Olszynka DER NGd 13-7-6510-755/14
 - szlak Gdańsk Olszynka - Gdańsk Port Północny DER NGd 13-7-6510-759/14
 - stacja Gdańsk Port Północny DER NGd 13-7-6510-759/14 i DER: NGd.13.7.6310.434/15

Odwołujący wskazuje, że sam Zamawiający - znając już w/w numery, pod którymi odpowiednie dokumenty zostały przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego - powinien sprawdzić tę informację. Zwłaszcza, że Zamawiający otrzymuje szybko odpowiedzi od KODGIK, co jest wynikiem tego, że de facto są to instytucje powiązane ze sobą. Odwołujący przypuszcza, że odpowiedź KODGIK dotycząca braku włączenia do zasobu wynika z faktu, że firma w grudniu 2016 roku złożyła operat z pomiaru

11

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

powykonawczego remontu linii 226 (całej), który to operat rzeczywiście nie ani sprawdzony, ani przyjęty do zasobu. Jednakże te operaty złożone w grudniu 2016 roku dotyczą pomiaru powykonawczego budowy, której obsługę prowadziła firma, a nie map do celów projektowych - które zostały wykonane w 2014 roku. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Osoby wskazane na stanowisko Geodety posiadają wiedzę i doświadczenie wskazane w SIWZ.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje
Sygn. akt KIO 102/17**

Izba ustaliła

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego zgodnie z wnioskami stron i uczestników z dokumentacji postępowania zamawiającego oraz dowodów z dokumentów przedstawionych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie Izba ustaliła jak poniżej.

Zawiadomienie od zamawiającego z dnia 5 stycznia 2017 rok o wyborze najkorzystniejszej ofercie i wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Z uwagi na to, że dokument nie został odtajniony na rozprawie a nosi pieczęć „Tajemnica Przedsiębiorstwa” Izba opisując ustalenia na podstawie tego dokumentu nie będzie wskazywała na imiona i nazwiska oraz nazwy wykonawców, instytucji, co również uczyniła powyżej do części tajnej odwołania.

Zamawiający - P.P.L.K. S.A. w W. w dniu 5 stycznia 2017 roku poinformował, że po dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, wybrał jako najkorzystniejszą ofertę nr 6 złożoną przez konsorcjum firm:
1) M.M. Sp. z o.o. (Lider), (...) i 2) „D.T.Ś.” SA, (...) z ceną netto: 14.137. 056,00 PLN ceną brutto: 17. 388. 578,88 PLN spełniającą wszystkie warunki określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz SIWZ. Jednocześnie poinformował, że odwołujący został wykluczony z postępowania a jego oferta została odrzucona. Zamawiający w piśmie z dnia 5 stycznia 2017 roku w stosunku do odwołującego przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

12

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Zamawiający przedstawił treść ppkt 8.4.2 IDW (Instrukcji dla Wykonawców), zgodnie z którą wymagał od Wykonawcy dysponowania osobą na stanowisko Geodety - 1 osoba (Zespół stały Kontraktu 1), który winien legitymować się, między innymi, następującym doświadczeniem:

„wykonał, co najmniej 2 prace, zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, obejmujące opracowanie materiałów geodezyjnych (w tym numerycznych map do celów projektowych) dla modernizacji (rozbudowy, przebudowy) lub budowy zelektryfikowanej linii kolejowej.”

Z informacji będących w posiadaniu Zamawiającego wynika, że opracowywanie materiałów geodezyjnych (dla zadania „Opracowanie dokumentacji projektowej - winno być „przedprojektowej” - dla prac na liniach kolejowych 31, 32 i 52 na obszarze województwa (.....) - strona 142 oferty) wchodzących w zakres prac zadania podanego w pozycji pierwszej opisu doświadczenia Pani (.....) wskazanej na stanowisko geodety, nie zostało jeszcze zakończone, a tym samym nie może być mowy o przyjęciu materiału do zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Jednocześnie przedmiotowe opracowanie dotyczy nieelektryfikowanej linii kolejowej, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w treści SIWZ. Wykonawca w treści swojej oferty nie podał również czasookresów realizacji poszczególnych zadań wskazanych w opisie doświadczenia. W tym stanie rzeczy Zamawiający za pismem nr ICZ4c-0816~CEF-NAD-39/2016 wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 UPZP do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie lub uzupełnienia dokumentów.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca w punkcie 8 pisma nr GET/E30/AF/53/25/16 stwierdził,

że „nie zgadza się z opinią Zamawiającego w kwestii braku ukończenia zadania przedstawionego w pozycji pierwszej opisu doświadczenia. Składając jednakże wyjaśnienie w dalszej części pisma, podał dwie inne prace, które wykonane zostały przez osobę wskazaną na stanowisko Geodety.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający, wykonując wprost dyspozycję art. 26 ust. 3, za pismem nr ICZ7c-0816-CEF-NAD-46/2016, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia treści Załącznika nr 4 - potencjał kadrowy, o opis doświadczenia przypisanego enumeratywnie geodecie ujętego w Zespole Stałym Kontraktu nr 1, które będzie potwierdzało spełnianie przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca winien wykazać, że osoba wskazana na stanowisko Geodety wykonała co najmniej 2 prace, zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, obejmujące opracowanie materiałów geodezyjnych (w tym numerycznych map do celów projektowych) dla modernizacji (rozbudowy, przebudowy) lub budowy zelektryfikowanej linii kolejowej. Z treści zawiadomienia zamawiającego z dnia 5 stycznia 2017 roku wynika, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca

13

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

pismem nr GET/E30/AF/7/16 uzupełnił Załącznik nr 4 - potencjał kadrowy podając nową osobę, Pana na stanowisko Geodety (Zespół stały Kontraktu 1) wraz z następującym opisem doświadczenia: Wykonał materiały geodezyjne (w tym numeryczne mapy do celów projektowych) dla zadania pn. Modernizacja Linii 226 Pruszcz Gd. - Gdańsk Port Północny szlak Pruszcz Gd. - Gdańsk Olszynka

-stacja Gdańsk Olszynka

- szlak Gdańsk Olszynka - Gdańsk Port Północny

-stacja Gdańsk Port Północny

Linie zelektryfikowane, prace zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego.

Wykonał materiały geodezyjne (w tym numeryczne mapy do celów projektowych) dla zadania pn. Modernizacja Linii 721 Gdańsk Południowy- Motława Most

szlak Gdańsk Południowy - Motława Most (Łącznica Kolejowa) - stacja Gdańsk Port

Północny. Linie zelektryfikowane, prace zakończone i przyjęte do zasobu

geodezyjnego i kartograficznego.”

Zamawiający w trakcie oceny doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Geodety, zwrócił się o weryfikację przedmiotowego zagadnienia do Kolejowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Gdańsku. Z informacji przekazanej drogą elektroniczną przez KODGiK w Gdańsku wynika jednoznacznie, że prace wykazane w opisie

doświadczenia tego geodety nie zostały przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego. W związku z powyższym, Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Geodety (Zespół stały Kontraktu nr 1) posiadającego doświadczenie w wykonaniu, co najmniej 2 prac, zakończonych i przyjętych do zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Kolejno Zamawiający w pkt 8.4.2 IDW wymagał od Wykonawcy dysponowania osobą na stanowisko Geodeta - 1 osoba (Zespół stały Kontraktu 2), który winien legitymować się, między innymi, następującym doświadczeniem:
„wykonał, co najmniej 2 prace, zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, obejmujące opracowanie materiałów geodezyjnych (w tym numerycznych map do celów projektowych) dla modernizacji (rozbudowy, przebudowy) lub budowy zelektryfikowanej linii kolejowej.”
Z informacji będących w posiadaniu Zamawiającego wynika, że opracowywanie materiałów geodezyjnych (dla zadania „Opracowanie dokumentacji projektowej - winno być „przedprojektowej”- dla prac na liniach kolejowych 31, 32 i 52 na obszarze województwa podlaskiego - strona 143 -144 oferty) wchodzących w zakres prac zadania podanego w pozycji pierwszej opisu doświadczenia Pana, wskazanego na stanowisko geodety

14

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

nie zostało jeszcze zakończone, a tym samym nie może być mowy o przyjęciu materiału do zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Jednocześnie przedmiotowe opracowanie dotyczy nieelektryfikowanej linii kolejowej, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w treści SIWZ.

Wykonawca w treści swojej oferty nie podał również czasookresów realizacji poszczególnych zadań wskazanych w opisie doświadczenia.

W tym stanie rzeczy Zamawiający za pismem nr ICZ4C-0816-CEF-NAD-39/2016 wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 UPZP do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie lub uzupełnienia dokumentów.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca w punkcie 9 pisma nr GET/E30/AF/53/25/16 w stwierdził, że „nie zgadza się z opinią Zamawiającego w kwestii braku ukończenia zadania przedstawionego w pozycji pierwszej opisu doświadczenia. Składając jednakże wyjaśnienie w dalszej części pisma, podał dwie inne prace, które wykonane zostały przez osobę wskazaną na stanowisko Geodety.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający wykonując wprost dyspozycję art. 26 ust. 3 za pismem nr ICZ7c-0816-CEF-NAD-46/2016, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia treści Załącznika nr 4 potencjał kadrowy, o opis doświadczenia przypisanego enumeratywnie geodecie ujętego w Zespole Stałym Kontraktu 2, które będzie potwierdzało spełnianie przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca winien wykazać, że osoba wskazana na stanowisko Geodety wykonała co najmniej 2 prace, zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, obejmujące opracowanie materiałów geodezyjnych (w tym numerycznych map do celów projektowych) dla modernizacji (rozbudowy, przebudowy) lub budowy zelektryfikowanej linii kolejowej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca pismem nr GET/E30/AF/7/16 uzupełnił Załącznik nr 4 - potencjał kadrowy podając nową osobę, Pana na stanowisko Geodety (Zespół stały Kontraktu 2) wraz z następującym opisem

doświadczenia: Wykonał materiały geodezyjne (w tym numeryczne mapy do celów projektowych) dla zadania pn. Modernizacja Lini 226 Pruszcz Gd. - Gdańsk Port Północny szlak Pruszcz Gd. - Gdańsk Olszynka

- stacja Gdańsk Olszynka
- szlak Gdańsk Olszynka - Gdańsk Port Północny
- stacja Gdańsk Port Północny

Linie zelektryfikowane, prace zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Wykonał materiały geodezyjne (w tym numeryczne mapy do celów projektowych) dla zadania pn. Modernizacja Lini 721 Gdańsk Południowy - Motława Most szlak Gdańsk Południowy - Motława Most (Łącznica Kolejowa) - stacja Gdańsk Port

15

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Północny Linie zelektryfikowane, prace zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego."

Zamawiający w trakcie oceny doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Geodety, zwrócił się z prośbą o weryfikację przedmiotowego zagadnienia do Kolejowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Gdańsku. Z informacji przekazanej drogą elektroniczną przez KODGIK w Gdańsku wynika jednoznacznie, że prace wykazane w opisie doświadczenia tego geodety nie zostały przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego.

W związku z powyższym Zamawiający stwierdza, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Geodety (Zespół stały Kontraktu 2) posiadającego doświadczenie w wykonaniu, co najmniej 2 prac, zakończonych i przyjętych do zasobu geodezyjnego i kartograficznego.

W świetle powyższego, Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania przetargowego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 UPZP.

Na mocy art. 24 ust. 4 Ustawy ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Opisane okoliczności w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 stycznia 2017 roku oferty znajdują potwierdzenie w dokumentacji postępowania zamawiającego.

Izba oprócz ustaleń na podstawie wskazanych dokumentów w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty uwzględniła następujące okoliczności wynikające z dowodów przeprowadzonych na rozprawie.

Izba na rozprawie odtajniła na podstawie powyżej przywołanego § 23 Regulaminu postępowania odpowiedź na odwołanie oraz załączone dowody, na podstawie, których ustaliła jak poniżej.

Zamawiający pismem z dnia 18 stycznia 2017 roku wystąpił do Wydziału Geodezji i Regulacji Stanów Prawnych Zamawiającego w związku z wniesionym odwołaniem celem

wyjaśnienia twierdzeń odwołania odnoszących się do wskazanych powyżej linii kolejowych 226 i linii 721w zakresie czy prace geodezyjne zostały wykonane przez wskazanych geodetów, zostały wykonane i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, a zakres tych prac obejmował wykonanie map do celów projektowych.

Uzyskana odpowiedź z dnia 25.01.2017 roku wskazuje na zakończenie i zarejestrowanie prac ale ze wskazaniem w zgłoszonych operatach innego geodety niż nazwiska wskazane przez odwołującego w uzupełnionym na wezwanie zamawiającego Wykazie osób.

Z kolei z odpowiedzi na pismo odwołującego z dnia 09.01.2017 roku do firmy wskazanej w Wykazie osób na rzecz której były wykonywane były prace w związku z pracami wskazanymi dwóch geodetów w uzupełnionym wykazie osób co do wykonania przez nich dokumentacji

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

projektowej z zakresu robót geodezyjnych i nie przyjęcia jej do zasobów geodezyjnych wynika jak poniżej. Pismem z dnia 19.01.2017 roku przywoływana firma geodezyjna na rzecz której wskazani geodeci mieli wykonywać dokumentację projektową z zakresu robót geodezyjnych potwierdziła, że jako firma geodezyjna wykonywała operaty powykonawcze dla linii 226 i 721 i dokumentacja została złożona w m-cu 11.2016 roku a jeden ze wskazanych geodetów w uzupełnionym Wykazie osób opracowywał dane cyfrowe i w wersji cyfrowej je dostarczał.

Odwołujący równolegle pismem z dnia 09 stycznia 2017 roku wystąpił do Kolejowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Gdańsku z pytaniem czy dla zadań modernizacji linii 226 i linii 721 przyjęto do zasobu geodezyjnego i kartograficznego prace materiałów geodezyjnych w tym numerycznych map do projektowania. Z odpowiedzi uzyskanej od wyżej wymienionej Instytucji z dnia 11.01.2017 roku wynika, że prace zostały zgłoszone w roku 2014 a operaty przyjęte do zasobu w roku 2015 przy czym wykonawcą była wskazywana w uzupełnionym Wykazie osób firma geodezyjna.

Z przedłożonej na rozprawie korespondencji mailowej z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy z m-ca grudnia 2016 roku (15; 22; 29 grudnia 2016 roku) między zamawiającym a ośrodkiem dokumentacji geodezyjno – kartograficznej zamawiającego wynika, że operaty i mapy złożyła firma wymieniona w uzupełnionym Wykazie osób a przegląd operatów nie wykazał wymienionych nazwisk przez

odwołującego oraz operaty i mapy nie zostały jeszcze włączone do zasobu co nastąpi po pozytywnej weryfikacji lub ewentualnych poprawkach.

Izba na posiedzeniu w toku postępowania odwoławczego ustaliła, na podstawie wpisu z KRS na dzień 20.01.2017 roku, że G.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą (...) W. została przejęta przez inną spółkę. Z wypisu KRS wynika, że Uchwałą NZW z dnia 03.06.2016 roku zaprotokółowaną przez Notariusza, w przedmiocie połączenia spółki pod firmą T. sp. z o.o. z siedzibą w W., jako spółki przejmującej, ze spółką pod firmą G.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., jako spółki przejmowanej poprzez przejęcie całego majątku spółki G.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., na warunkach opisanych w planie połączenia z dnia 12.04.2016 roku. Na wezwanie Izby odwołujący przedłożył zawiadomienie zamawiającego z dnia 27.07.2016 roku o połączeniu spółek, uchwałą NZW Rep.6343/2016 podjętą na podstawie art.491§1, art.492 § 1 pkt 1 oraz art.506 §1 i 4 kodeksu spółek handlowych, „Umowę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością” oraz odpis z KRS z 22.07.2016 roku spółki T. Sp. z o.o. z adnotacją o przejęciu innej spółki przez połączenie w trybie art.492 § 1 pkt 1 ksh (łączenie przez przejęcie) t.j. przez przeniesienie całego majątku spółki przejmowanej na spółkę przejmującą w zamian za udziały w podwyższonym kapitale, które spółka przejmująca wyda

17

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

wspólnikom spółki przejmowanej. W rubryce dane podmiotu, którego majątek jest przejmowany wskazano G.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Z przywołaniem art.493 § 5 wykreślenie z rejestru spółki przejmowanej następuje z urzędu nie wcześniej niż po zarejestrowaniu podwyższenia kapitału zakładowego spółki przejmującej co nastąpiło (wypis z KRS z dnia 22.07.2016 r. TPS Sp. z o.o.).

W związku z powyższym brak wykreślenia G.P. sp. z o.o. na dzień rozprawy czy też zawiadomienia zamawiającego przez odwołującego o przejęciu spółki nie przedłuża bytu prawnego przejętej spółki to jest G.P. Sp. z o.o. Wobec powyższego spółka T. Sp. z o.o. skutecznie wstąpiła do postępowania przed zamawiającym w miejsce przejętej spółki G.P. sp. z o.o.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w niebudzący wątpliwości dla wykonawców sposób określił wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego dla geodetów pracujących w stałych zespołach nr 1 i nr 2. Każdy z geodetów miał się wykazać doświadczeniem na dwóch co najmniej zadaniach związanych z modernizacją linii kolejowych zelektryfikowanych. Żadna ze stron nie kwestionowała okoliczności, że podstawą do przyjęcia, że geodeta wykonał operaty oraz mapy jest ich przyjęcie do właściwych zasobów geodezyjnych w tym przypadku branżowych zasobów kolejowych a co wynikało z cytowanego powyżej postanowienia SIWZ. W związku z tym oczywistym było, że zamawiający chcąc mieć pewność i jednocześnie obowiązek sprawdzenia doświadczenia przedstawionego w Wykazie osób zwracał się do dysponentów zasobów geodezyjno kartograficznych celem potwierdzenia prawdziwości złożonych w oświadczeń. Odwołujący był dwukrotnie wzywany do uzupełnienia Wykazu osób, ponieważ w pierwotnym Wykazie przedstawił geodetów z doświadczeniem w województwie podlaskim, które po sprawdzeniu okazało się, że nie zostało zakończone jak również nie dotyczyło linii kolejowych zelektryfikowanych oraz nie podano okresów zdobywania doświadczenia. Odwołujący odpowiadając na wezwanie zaprzeczył ustaleniom zamawiającego ale jednocześnie przedstawił doświadczenie dwóch kolejnych geodetów, którzy każdy z nich miał takie zbieżne doświadczenie to jest na dwóch liniach 226 i 721 na obszarze gdańskim. W związku z tym zamawiający wezwał do uzupełnienia Wykazu osób co też odwołujący uczynił składając nowy Wykaz osób z nazwiskami geodetów, którzy wykonywali pracę na liniach 226 i 721 na rzecz firmy geodezyjnej z Gdańska działającej na zlecenie

18

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

zamawiającego. Zamawiający wystąpił do branżowego zasobu geodezyjno- kartograficznego celem potwierdzenia, że wskazani geodeci sporządzali dokumentację przy modernizacji linii kolejowych, która została przyjęta do kolejowych zasobów geodezyjnych. W miesiącu grudniu 2016 roku zamawiający drogą mailową wystąpił o potwierdzenie, że operaty i mapy zostały włączone do zasobów geodezyjnych i zostały wykonane przez geodetów wymienionych w uzupełnionym wykazie osób. Zamawiający uzyskał negatywną odpowiedź co do przyjęcia do zasobów operatów i map jak również co do osób wskazanych w wykazie osób. W tym stanie rzeczy zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący z kolei składając odwołanie wykazywał, że dokumentacja została zweryfikowana i przekazana do zasobów geodezyjnych kolejowych oraz, że wymienieni geodeci w Wykazie osób ją wykonywali. Z udzielonych odwołującemu odpowiedzi zarówno przez zasób geodezyjny jak i firmę geodezyjną na rzecz której geodeci mieli wykonywać pracę na liniach 226 i 721 wynika, że prace zostały przyjęte ale wykonywanie tych prac nie było udziałem wskazanych w Wykazie geodetów a udziałem przedstawiciela gdańskiej firmy geodezyjnej. Przy czym tylko jeden z ujętych w wykazie geodetów uczestniczył w pracach polegających na „opracowywaniu danych cyfrowych i dostarczania wersji cyfrowej” co w zakresie wymaganego doświadczenia nie odpowiada wymogowi SIWZ („wykonał, co najmniej 2 prace, zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, obejmujące opracowanie materiałów geodezyjnych (w tym numerycznych map do celów projektowych) dla modernizacji (rozbudowy, przebudowy) lub budowy zelektryfikowanej linii kolejowej.”)

Potwierdzające informacje z poprzednio uzyskanymi informacjami uzyskał zamawiający już po wniesieniu odwołania, które przedstawił w odpowiedzi na odwołanie, w wersji pisemnej odpowiedzi, z której wynikało zakończenie prac. Niemniej jednak na dokumentacji i operatach, przyjętych do zasobów geodezyjnych, nie byli wymienieni działający na zlecenie firmy geodezyjnej z Gdańska geodeci tylko przedstawiciel firmy zlecającej prace geodetom wymienionym przez odwołującego w uzupełnionym Wykazie osób.

W związku z powyższym odwołujący nie wykazał wymienionego doświadczenia zawodowego geodetów w uzupełnionym Wykazie osób na liniach 226 i 721 z rejonu gdańskiego.

W związku z powyższym decyzja zamawiającego o nie uwzględnieniu doświadczenia jest prawidłowa, ponieważ okoliczność wykonania dokumentacji geodezyjnej na linii 226 i 721

19

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

należy do innej osoby (przedstawiciela działającego w imieniu gdańskiej firmy geodezyjnej) niż osoby wskazane w Wykazie odwołującego.

W tym stanie rzeczy zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy w tym art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu a był dwukrotnie wzywany w trybie art.26 ust.3 ustawy do jego uzupełnienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 ze zm.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 3.600,00 od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 110/17

Odwołanie wniesiono w dniu 16 stycznia 2017 r. za wpływem bezpośrednim

I. Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, w imieniu wykonawcy B. sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, dalej „Odwołujący” lub „B.”, wniesiono odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego - P.P.L.K. S.A., dalej:

„Zamawiający”, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie którego przedmiotem przetargu nieograniczonego, jest Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach następujących zadań: a) Kontrakt nr 1 - Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150 - 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 29,110 linii nr 133). b) Kontrakt nr 2 - Modernizacja odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 133). c) Kontrakt nr 4 - Sygnalizacja dla obszaru LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia (km 6,847 - 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 67,636 linii nr 133); W ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30, odcinek Zabrze - Katowice - Kraków, etap IIb”, znak: 6060/ICZ4/17527/02623/16/P,

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 8 kwietnia 2016 r., pod numerem 2016/S 069-120644.

III. ZARZUTY

20

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj.: M.M. sp. z o.o. z siedzibą w K. (Lider konsorcjum) i „D.T.Ś.” S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej zwani łącznie: „Konsorcjum M.M.”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj.: E.G.P. S.A. z siedzibą w W. (Lider konsorcjum) i „K.I.” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej zwani łącznie: „Konsorcjum E.”), mimo iż oferty złożone przez tych wykonawców zawierają cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy Konsorcjum M.M. i Konsorcjum E. nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej „uznfc”, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum M.M. i Konsorcjum E., mimo, iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
3. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia całości ofert Konsorcjum M.M. i Konsorcjum E. oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy w/w wykonawcami, a Zamawiającym po dniu otwarcia ofert, mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawcy - Konsorcjum M.M. i Konsorcjum E. - nie wykazali zasadności dokonanego zastrzeżenia;
4. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum M.M. do uzupełnienia pełnomocnictwa dalszego udzielonego przez Lidera konsorcjum dla osoby, która podpisała ofertę pomimo, że zostało ono udzielone przed datą podpisania pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum;
5. art. 26 ust. 3 Pzp i ust. 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum E. do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanej w wykazie usług wartości zamówienia, ewentualnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy tj. Konsorcjum M.M., a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

21

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej
2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
3. ujawnienia zastrzeżonych części oferty:
 - a) Konsorcjum M.M. tj. oświadczenia o nieujawnianiu na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia; wykazu osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia; zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - G.; oświadczenia wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania - w odniesieniu do podmiotów, na zasobach których wykonawca polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a które to podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia - G.; wykazu wykonanych przez wykonawcę usług w okresie ostatnich 3 lat wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług podanych w wykazie; zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - A.I.A. S.A.; oświadczenia wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania - w odniesieniu do podmiotów, na zasobach których wykonawca polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a które to podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia - A.I.A. S.A.; opinii bankowej; polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej;
 - b) Konsorcjum E. tj. uzasadnienia zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz wykazu osób, - w zakresie, w jakim nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa;
4. ujawnienia zastrzeżonych przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z ewentualnymi załącznikami oraz pozostałej korespondencji prowadzonej pomiędzy w/w wykonawcami, a Zamawiającym po dniu otwarcia ofert - w zakresie, w jakim nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa;
5. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum M.M.; ewentualnie wezwania Konsorcjum M.M. do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę, a w przypadku jego nieuzupełnienia odrzucenia oferty z uwagi na jej podpisanie przez osobę nieuprawnioną oraz z uwagi na rażąco niską, a w przypadku

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

uzupełnienia odpowiedniego pełnomocnictwa odrzucenie oferty Konsorcjum M.M. z uwagi na rażąco niską cenę;

6. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum E.; ewentualnie wezwanie Konsorcjum E. do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości zamówienia wskazanej w wykazie usług lub uzupełnienia wykazu usług, a w przypadku nielożenia wyjaśnień lub nieuzupełnienia wykazu wykluczenie Konsorcjum E. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, z kolei w przypadku złożenia odpowiednich wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu odrzucenie oferty Konsorcjum E. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;
7. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 5 stycznia 2017 r. W tym dniu w załączeniu do korespondencji e-mail Odwołujący, otrzymał o wyborze oferty najkorzystniejszej, z którego wynika, że Zawiadomienie że najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum M.M.. Dzień 15 stycznia przypadał w niedzielę. Zgodnie z art. 14 Pzp w zw. z art. 115 Kodeksu cywilnego, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. Odwołanie zostaje, zatem wniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

2. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES ORAZ SZKODA Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego w Zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej zestawieniem ofert, oferta złożona przez

Odwołującego plasuje się na 3 pozycji w rankingu ofert. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum M.M. oraz oferty Konsorcjum E., Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nie może, zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia. Ponadto, zaniechanie ujawnienia całej treści złożonych przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. ofert oraz treści udzielonych przez nich wyjaśnień rażąco niskiej ceny utrudnia Odwołującemu ocenę prawidłowości późniejszych czynności Zamawiającego, w szczególności - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Pozbawienie Odwołującego możliwości zapoznania się z ofertami konkurencji naraża go zatem na szkodę poprzez

23

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

pozbawienie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Skuteczność wykazania interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, we wniesieniu odwołania w powyższych okolicznościach, potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 26 stycznia 2012 r, sygn. KIO 100/12.

UZASADNIENIE

I. Do postępowania mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

II. W zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

1. W załączeniu do pisma z dnia 10 stycznia 2017 r. Zamawiający, w odpowiedzi na wniosek Odwołującego, przesłał Odwołującemu skany części jawnej ofert oraz wadium złożonych przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E.. W ramach udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji Odwołującemu przekazane zostały również: kopia wezwania skierowanego do Konsorcjum M.M. w dniu 28 października 2016 r. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, kopia wezwania skierowanego do Konsorcjum M.M. w dniu 28 października 2016 r. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, kopia wezwania skierowanego do Konsorcjum M.M. w dniu 11 sierpnia 2016 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz kopia wezwania skierowanego do Konsorcjum E. w dniu 11 sierpnia 2016 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Przy czym, Odwołującemu zostały jedynie przekazane treści wezwań skierowanych przez Zamawiającego, bez treści udzielonych przez w/w wykonawców odpowiedzi na wezwania.

2. Odwołujący kwestionuje zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie Konsorcjum M.M. i Konsorcjum E. oraz w korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym, a tymi wykonawcami po dniu otwarcia ofert, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. 3. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp, wykonawca chcący zastrzec jawności zawartych w ofercie informacji stanowiących dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest zastrzec, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one udostępniane i wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego

24

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

4. W myśl art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne,

technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

a. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

b. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

c. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

5. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji.

6. Jako szczególnie przypadek takiego działania, zmierzającego przede wszystkim do utrudnienia innym wykonawcom skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego, jest utajnienie samego uzasadnienia czy też wyjaśnień dołączonych do oferty w celu wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, mimo iż one same nie zawierają lub zawierają w stopniu znikomym, jakiegokolwiek informacji, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

a. Zważywszy, iż takie uzasadnienie dotyczące informacji zastrzeżonych w przedmiotowym postępowaniu zupełnie lub też w znikomym stopniu ujawnia jakiegokolwiek

informacje ujawnione w zastrzeżonej części dokumentacji, nie sposób uznać za zasadne zaniechania ich ujawnienia. Zwłaszcza, że w wielu przypadkach przedkładane przez wykonawców wraz z ofertą wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią wywody dotyczące interpretacji przepisu art. 11 ust. 4 uznk, poparte przeglądem stanowisk doktryny i orzecznictwa.

b. Zważyć należy, iż w sytuacji, w której wykonawca zastrzega jawność całej treści przedmiotowego uzasadnienia, konieczne jest również wykazanie, iż cała ich treść również spełnia wszystkie z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp.

c. W związku z powyższym, Odwołujący wskazuje na nieprawidłowość podtrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w ofercie Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E..

d. Przy czym, brak dołączenia do oferty jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa lub też dołączenie uzasadnienia niewykazującego zaistnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, powinien skutkować ujawnieniem przedmiotowych informacji, ze względu na niedopełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 Pzp, jak również - wobec zaniechania podjęcia przez przedsiębiorcę koniecznych kroków w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

7. Uzasadniając zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę.

8. Niezależnie od kwestionowania przez Odwołującego skuteczności wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, Odwołujący wskazuje, iż zastrzeżenie jawności nie może być skuteczne w zakresie w jakim obejmuje:

a. informacje wskazywane w wykazie wykonanych przez wykonawcę usług oraz

potwierdzających ich należyte wykonanie, a dotyczące zamówień dokumentach realizowanych na rzecz podmiotów publicznych lub innych, zobowiązanych do stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej. Takie informacje, jako podlegające udostępnieniu na wniosek jakiegokolwiek podmiotu, nie posiadają przymiotu poufności i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasada ta dotyczy jakichkolwiek umów zawieranych z podmiotami zobowiązanymi do stosowania wyżej wskazanej ustawy, a więc nie tylko tych, podlegających regulacjom Prawa zamówień publicznych. Wykonawca dokonujący zastrzeżenia jawności informacji związanych z tego rodzaju zamówieniami, nie ma zatem możliwości obiektywnego wykazania zaistnienia w stosunku do nich wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Poza tym, przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa nie spełniają również automatycznie zamówienia wykonywane dla podmiotów prywatnych, gdyż w stosunku do takich usług,

26

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

również konieczne jest wykazanie zasadności uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, co zostało potwierdzone m.in. w wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 594/14.

b. informacje zawarte w wykazie osób - w zakresie wykazu osób, do informacji nie podlegających zastrzeżeniu mogą należeć w szczególności informacje dotyczące kwalifikacji i doświadczenia osób (wymóg zawarty

w specyfikacji), zajmowanych przez nich stanowisk i ilości „zaoferowanych” osób na poszczególne stanowiska. Każdorazowo badaniu powinna też podlegać zasadność zastrzeżenia imion i nazwisk, jak również podstaw dysponowania daną osobą, bowiem mogą występować okoliczności, w których fakt dysponowania daną osobą przez wykonawcę został ujawniony do publicznej wiadomości (a zatem nie spełnia ustawowych przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa), np. w sytuacji wskazania wykazu osób w jawnych umowach o zamówienie publiczne zawartych przez danego wykonawcę;

c. informacje o sytuacji ekonomicznej i finansowej - opinia bankowa i polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej - które stanowią wyłącznie potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie ujawniają informacji posiadających istotną wartość gospodarczą, których ujawnienie może narażać wykonawcę na poniesienie szkody;

d. informacje zawarte w oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia - w odniesieniu do podmiotów, na zasobach których wykonawca polega wykazując spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a które to podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia oraz informacje zawarte w zobowiązaniach do udostępnienia zasobów, gdyż brak podstaw dla uznania ich wartości gospodarczej, a Konsorcjum M.M. wskazując na str. 5 oferty dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wskazało kogo przedmiotowe dokumenty dotyczą tj. G. oraz A.I.A. S.A., a zatem de facto

ujawniło zastrzeżone informacje. Korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego nie jest okolicznością wyróżniającą wykonawcę, która może stanowić o jego przewadze nad innymi wykonawcami. Okoliczność ta ma charakter neutralny, gdyż każdy z wykonawców

ubiegających się o udzielenie zamówienia pozostaje w relacjach handlowych z innymi podmiotami. Uzasadnienia objęcia tych informacji ochroną nie może również stanowić fakt, że wykonawca został zobowiązany do objęcia tych informacji ochroną, jako tajemnica przez podmioty udostępniające zasoby. Klauzule o zachowaniu poufności nie mogą być przyjmowane automatycznie, musi istnieć jakiś powód ich zastosowania i musi zostać on wykazany przez wykonawcę, który się na nie powołuje. Przyjęcie ich za uzasadnione bez dogłębnej krytycznej analizy powoduje, że stają się one nieuzasadnionym pretekstem do nieudostępnienia zastrzeżonych informacji.

e. informacje nie zastrzeżone skutecznie, jako tajemnica przedsiębiorstwa w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w innych postępowaniach, w tym w tych

27

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego. Nawet jednorazowe udostępnienie danej informacji w innym postępowaniu powoduje, że staje się ona dostępna dla innych podmiotów, a zatem nie spełnia jednej z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk.

Należy mieć to szczególnie na uwadze, np. w przypadku zamówień realizowanych dla podmiotów prywatnych oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (polisa OC, informacja z banku), które mogły zostać udostępnione przez wykonawcę w innym postępowaniu;

f. informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami - brak jest podstaw do objęcia ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa wszystkich informacji zawartych w tego typu wyjaśnieniach. Zwłaszcza w zakresie, w którym dotyczą one kwestii ogólnych, takich jak np. porównanie cen złożonych oferty, odniesienie do treści wezwania czy też stanowią przytoczenie stanowisk doktryny i orzecznictwa. Nie sposób również uznać za zasadne zastrzeżenia informacji o charakterze uniwersalnym - właściwym wszystkim podmiotom działającym na określonym rynku;

g. informacje zawarte w korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcami po dniu otwarcia ofert, gdyż dotyczą one informacji, które jak wykazano powyżej nie powinny zostać objęte ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

9. Zamawiający uznając skuteczność zastrzeżenia przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zastrzeżonych w ofertach złożonych przez tych wykonawców oraz w przedstawionych przez nich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, w sposób rażący naruszył przepisy regulujące prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje zastrzeżone przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa art. 11 ust. 4 uznk. W związku z tym, zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu treści zastrzeżonych przez tych wykonawców informacji stanowi naruszenie art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk. III. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny.

1. Odwołujący znajduje się w specyficznej sytuacji procesowej, gdyż charakter postawianego przez niego zarzutu rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. oraz fakt, że jak już wyżej wskazywano nie zostały mu udostępnione wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez w/w wykonawców, powodują że Odwołujący zmuszony był podnieść przedmiotowy zarzut w oparciu o stan faktyczny, co do którego nie ma pełnej wiedzy (nie jest mu znana treść udzielonych przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. wyjaśnień).

2. W przedmiotowej sprawie, Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zobowiązany był do wezwania wykonawcy Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. do złożenia wyjaśnień

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

rażąco niskiej ceny, gdyż ceny złożonych przez tych wykonawców ofert były istotnie niższe niż wartość zamówienia i średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert. Różnica tych wartości znacznie przekroczyła 30%. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 50 662 953,71 zł brutto, podczas gdy ceny zaoferowane przez w/w wykonawców wynosiły odpowiednio:

a. Konsorcjum M.M. - 17 388 578,88 zł brutto (cena wskazana w formularzu ofertowym), co stanowi jedynie 34% kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; W ofercie M.M. występuje omyłka rachunkowa i cena tej oferty jest niższa - wynosi 17 384 894,78 zł brutto.

Wynagrodzenie stałe netto w Okresie wydłużonym wpisane w Tabeli 5 załącznika A do Formularza Ofertowego wylicza się wg. wzoru $p \cdot n \cdot 40\%W$, gdzie:

p - jest wyrażonym ułamkowo stosunkiem okresu wydłużonego do okresu podstawowego (z danych z Tab. 1, kolumna 3/2). Zgodnie z pytaniem nr 111 i odpowiedzią Zamawiającego udzieloną w dniu 8 czerwca 2016 r. Wartość wskaźnika p należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wartość wskaźnika p w ofercie Konsorcjum M.M. wynosi zatem $12/36 = 0,33$.

n - wskaźnik, mieszczący się w granicach od 0,7 do 1 którego wartość Konsorcjum M.M. określiło dla wszystkich Kontraktów na takim samym poziomie - 0,72.

W - wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 (Wykonawca ustala wynagrodzenie w oparciu o Okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia). Konsorcjum M.M. dla Kontraktu nr 4 określiło to wynagrodzenie na poziomie 3 120 000,00 zł, wskaźnik $40\%W$ wynosi zatem 1 248 000,00 zł.

W świetle powyższego, prawidłowo wyliczone wynagrodzenie stałe netto w Okresie wydłużonym dla Kontraktu nr 4 (Tab. 5) powinno wynosić 296 524,80 PLN ($0,33 \times 0,72 \times 1\,248\,000$ zł), a nie jak podało

Konsorcjum M.M. 299 520,00 zł. Co za tym idzie prawidłowo
wyliczona całkowita cena ofertowa brutto powinna wynosić 17 384 894,78 zł.
b. Konsorcjum E. - 18 288 132,00 zł brutto, co stanowi jedynie 34% kwoty, jaką
Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
3. W przypadku skierowania do wykonawcy wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny
spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Na Konsorcjum M.M. i
Konsorcjum E. spoczywało zatem wykazanie, iż zaoferowana cena ma charakter realny,
znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu
zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tych wykonawców obiektywne czynniki, które
umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zaniżenie ceny oferty.

29

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Wykonawcy powinni byli przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z
dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

4. Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień,
tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności
wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a
jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego
rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać
brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Zważywszy na
szczególny charakter przedmiotu zamówienia oraz praktykę zamówień publicznych (por. np.
potwierdzone ostatnio wyrokiem Sądu Okręgowego orzeczenie Krajowe Izby Odwoławczej z
dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14), wyjaśnienia powinny być
wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a
także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego
zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej
ceny. Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla
pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej
zbliżone do poziomu rynkowego. Nie wystarczające przy tym jest jedynie ogólnikowe
stwierdzenie, iż dany czynnik obniża koszty, ale konieczne jest, co najmniej wskazanie, w
jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty wykonawcy, i jakie
przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Powyższe stanowisko
potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO
(wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego W.- Praga sygn. akt IV Ca
1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX
179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość
ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami.
Ponadto, wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na
wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim
stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do
poziomu wskazanego w ofercie.

5. Ceny zaoferowane przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. wskazują na to, iż
mają one charakter rażąco niski - nie wynika to przy tym jedynie z faktu odbiegania tej ceny
od poziomu cen rynkowych, ale również z faktu, że w/w wykonawcy nie uwzględnili
wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia w celu należytej realizacji przedmiotu
zamówienia. Poziom zaoferowanych przez nich ceny jest zbyt niski, aby zapewnić pokrycie
kosztów obiektywnie koniecznych do poniesienia w przypadku przedmiotowego zamówienia.
Przyjęta metodyka wyliczenia zaoferowanej ceny

30

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Podstawowe założenia

Całkowita cena ofertowa składa się z sumy cen zaoferowanych za Usługę świadczoną dla
każdego z trzech Kontraktów. Na całkowitą cenę dla każdego z Kontraktów składa się:

1) Wynagrodzenie za Etap 1, stanowiące ekwiwalent za Usługi Inżyniera na Etapie 1 -

prowadzenia postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót dla Kontraktu 1 i 2, nie niższe niż 1% i nie wyższe niż 3% wartości Usługi dla Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.

2) Wynagrodzenie za Etap 2, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 2 - realizacji prac projektowych i Robót dla Kontraktu 1, 2 i 4.

3) Wynagrodzenie za Etap 3, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 3 - w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmujące również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie, tj. łącznie przez okres 5 lat), nie niższe niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu, w tym nie niższe niż:

i. 4% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla okresu

minimalnego wykonywania usługi w Etapie 3 tj. przez okres 2 lat;

ii. 1% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla każdego kolejnego roku wykonywania usługi w Etapie 3.

W przypadku kontraktu nr 4 czas realizacji Etapu 3 wynosi 12 miesięcy i nie ma do niego zastosowania Prawa Opcji.

Wartość usługi dla Etapu 3 dla kontraktu 4 nie może być niższe niż 2% wartości Etapu 2 dla tego kontraktu. Tabela 1. Koszty elementów składające się na całkowitą cenę ofertową.

Numer

Kontraktu Nazwa Etap 1 wsparcia w wprowadzeniu postępowania przetargowego i Etap 2 realizacji prac projektowych i Robót Etap 3 w okresie wyboru Wykonawcy Robót gwarancji i zgłaszania wad

1 „Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150 - 0,000 linii nr

Tak Tak Tak 134, km 15,810 - 29,110 linii nr 133)”

2 „Modernizacja odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 -46,700 linii nr 133)” Tak

Tak Tak

4 „Sygnalizacja dla obszaru LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia (km 6,847 -

Tak Tak 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 67,636 linii nr 133) Nie

Źródło: Opracowanie własne na podstawie SIWZ

Dodatkowe założenia

31

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Długość okresów podstawowych i okresów wydłużonych realizacji Etapu 2 dla

poszczególnych Kontraktów celem wyliczenia ceny oferty wynosi odpowiednio:

Tabela 2. Długość okresów podstawowych i okresów wydłużonych realizacji Etapu 2

Numer

Kontraktu Długość okresu podstawowego w miesiącach Długość okresu

wydłużonego w miesiącach Przekroczenie o 50% okresu wydłużonego w miesiącach (§14)

Razem czas realizacji Kontraktu

1 30 12 6 48

2 30 12 6 48

4 36 12 6 54

Źródło: Opracowanie własne na podstawie SIWZ

Jako podstawowy czynnik cenotwórczy w kalkulacji ceny ofertowej należy określić całkowity koszt Personelu, na który składają się miesięczne

wynagrodzenia każdej z osób wchodzących w skład Personelu pomnożone przez czas realizacji Kontraktów (odpowiednio 48 i 54 miesiące) oraz zaangażowanie każdej osoby w

miesiącu. Zgodnie z przywołanymi poniżej postanowieniami SIWZ należy przyjąć, że

zaangażowanie Personelu wchodzącego w skład Zespołów Stałych wyniesie 100% w czasie realizacji Etapu 2. Tylko w taki sposób wykonawca jest w stanie zapewnić należyte

wykonywanie obowiązków przewidzianych w Umowie i OPZ przez Personel o kwalifikacjach

wskazanych w SIWZ w liczności i czasie dostosowanym do czasu pracy Wykonawcy

Robót. W celu optymalizacji kosztów można przyjąć zaangażowanie Zespołów Zmiennych na poziomie około 40-50%

przy zastosowaniu odpowiedniej alokacji czasu pracy Personelu

w ramach innych realizowanych przez wykonawcę usług.

TOM II SIWZ - Projekt Umowy, § 9 Personel 1. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia Personelu w całym okresie

realizacji

Usługi, w liczebności i o kwalifikacjach wskazanych w OPZ, gwarantującego wykonanie Usługi z najwyższą starannością, na zasadach określonych w Umowie i OPZ. Wskazana w Umowie i OPZ liczebność Personelu stanowi minimalne wymaganie i Wykonawca zobowiązany jest w zakresie Wynagrodzenia zapewnić dodatkowy Personel bez wezwania ze strony Zamawiającego w sytuacji gdy jest to niezbędne do prawidłowego wykonywania a /wykonania a Usługi. Brak zapewnienia Personelu zgodnego z wymaganiami SIWZ stanowi rażące naruszenie postanowień Umowy.

2. Wykonawca jest zobowiązany zapewnić pracę Personelu w taki sposób i w takiej liczebności, aby zachować wymaganą Umową jakość Usługi oraz ciągłość realizacji wszystkich obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy w celu realizacji Umowy

32

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

zgodnie z HRF i HPPI. Liczebność i czas pracy Personelu Wykonawcy zostanie dostosowany do czasu pracy Wykonawców Robót, w szczególności w zakresie niezbędnym do bieżącego nadzorowania wykonywanych Robót. W tym zakresie Wykonawca zobowiązany jest m.in. do zapewnienia wykonywania Usługi w systemie zmianowym i zgodnie z czasem pracy Wykonawcy Robót określonym Subklauzulą 6.5 SWK.

9. Zamawiający zastrzega, iż osoby:

- 1) Inżyniera Projektu;
- 2) Inżyniera Rezydenta Kontraktu nr 1;
- 3) Inżyniera Rezydenta Kontraktu nr 2;
- 4) Inżyniera Rezydenta Kontraktu nr 4 - SRK.

nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 2 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 2 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

14. Świadczenie Usługi przez Personel na Etapie 2, będzie potwierdzane Listą obecności. Lista obecności obejmuje świadczenie Usługi przez jeden miesiąc kalendarzowy i powinna być uzupełniana systematycznie, poprzez dokonanie własnoręcznego podpisu przez członka Personelu w wyznaczonym miejscu dokumentu, w każdym Dniu jego obecności. Lista powinna znajdować się w biurze danego Kontraktu. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wglądu i weryfikacji Listy obecności w każdym czasie. § 14 Przesłanki Wypowiedzenia Umowy

4. Wykonawca może wypowiedzieć Umowę w przypadku wystąpienia przynajmniej jednego ze wskazanych niżej Naruszeń/Zdarzeń: 3) Okres wykonywania Robót wykraczający poza Okres wydłużony przekroczy o 50%

Okres wydłużony. W tym przypadku Wykonawca ma prawo do wypowiedzenia umowy w zakresie Kontraktu, którego dotyczy przesłanka wypowiedzenia w terminie do 30 Dni od dnia zaistnienia zdarzenia. Okres wypowiedzenia wynosi 30 Dni.

TOM III SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, 3. WYMAGANIA, 3.1. Personel

5) Osoby wymienione w Zespole stałym i zmiennym Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem rozpoczęcia realizacji Usług na danym Etapie, wyznaczonym Poleceniem Zamawiającego, odrębnie dla każdego Kontraktu;

6) Osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy. Na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU

33

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Inżynier jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu HPPI, który w szczegółowy sposób będzie określać dostępność poszczególnych osób Personelu stałego i zmiennego Inżyniera; Zgodnie z badaniami opublikowanymi przez różne specjalistyczne portale, m.in:

<http://www.iobs.Dl/wvnaifrodzenia/vvvnafrodzenia-inzvnirovv-vv-2014-rokii>

<http://wynagrodzenia.Dl/moia-Dlaca/ile-zarabia-inspektor-nadzoru-budovnictwo>

<http://antal.pl/trendv/raportv-rvnku-pracv>

Mediana zarobków dla Inspektorów Nadzoru oraz Magistrów Inżynierów wynosi około 5

000,00 zł brutto, a koszt pracodawcy w związku z takim wynagrodzeniem wynosi nieco ponad 6 000,00 zł i na takim poziomie przyjęto średnie wynagrodzenie na potrzeby dalszego dowodu. Równocześnie należy zauważyć, że skalkulowanie w ofercie wynagrodzeń na poziomie średnich krajowych lub poniżej tych kwot nie zapewnia Zamawiającemu wysokiego poziomu jakości pełnionej usługi, przy uwzględnieniu wciąż rosnącej na rynku kolejowym ilości zleceń z zakresu pełnienia nadzoru inwestorskiego i zarządzania kontraktami. Takie podejście nie gwarantuje ciągłości nadzoru i pełnej dyspozycyjności Personelu.

Sposób obliczenia wynagrodzenia

Ustalenie całkowitego wynagrodzenia oparte jest o przedmiot zamówienia oraz o Okres podstawowy i zostało wyliczone zgodnie z poniższym tokiem postępowania:

- Krok 1 - Wyznaczenie kosztów wynagrodzeń personelu za realizację Etapu 2.
- Krok 2 - Wyznaczenie pozostałych składników ceny za realizację Etapu 2.

Krok 1. Wyznaczenie kosztów wynagrodzeń personelu za realizację Etapu 2

Tabela 3. Koszty wynagrodzeń przypadające na poszczególnych członków Personelu Inżyniera dla Etapu 2

Nazwa stanowiska Liczba miesięcy realizacji [m-cy] Liczba roboczo-miesięcy [m-cy]

Koszt [zUm-c] Koszt [zł] Zespół stały Biura Inżyniera (ZsBI) Inżynier Projektu 54 54 15 000,00 810 000,00

54 8 000,00 432 000,00 Inżynier Materiałowy 54

54 324 000,00 Specjalista ds. raportowania 54 6 000,00

54 6 000,00 324 000,00 54 Specjalista ds. obmiarowo -

rozliczeniowych

54 432 000,00 Koordynator dostępu do torów 54 8 000,00

432 000,00 54 Kierownik zespołu przeglądu

dokumentacji 54 8 000,00

Ekspert ds. roszczeń 54 54 8 000,00 432 000,00

Zespół stały Kontraktu 1 (ZsERKI):

Inżynier Rezydent K1 48 48 10 000,00 480 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów

budowlanych 48 48 6 500,00 312 000,00

34

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej mostowej 48 48 6 500,00 312 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności konstrukcyjno - budowlanej 48 48 6 500,00 312 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej 48 48 6 500,00 312 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym 48 48 6 500,00 312 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych

48 i elektroenergetycznych z

doświadczeniem w zakresie kolejowych sieci trakcyjnych

48 6 500,00 312 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych

48 48 6 500,00 312 000,00 i elektroenergetycznych

48 6 Inspektor nadzoru w specjalności

instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji 48

500,00 312 000,00

azwa stanowiska Liczba miesięcy realizacji [m-cy] Liczba roboczo- miesięcy [m-cy]

[zł] i urządzeń wentylacyjnych, gazowych, Koszt [zł/m-c] Koszt ciepłych,

wodociągowych i kanalizacyjnych Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie

sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych 48 48 6 500,00 312 000,00

Geodeta 48 48 6 500,00 312 000,00

Zespół stały Kontraktu 2 (ZsERK2):

48 480 000,00 Inżynier Rezydent K2 48 10 000,00 Inspektor nadzoru w specjalności

inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów

budowlanych 48 48 6 500,00 312 000,00

48 6 500,00 312 Inspektor nadzoru w specjalności

inżynierskiej mostowej 48 000,00
 Inspektor nadzoru w specjalności konstrukcyjno - budowlanej 48 48 6 500,00
 312 000,00
 Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej 48 48 6 500,00 312
 000,00
 Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem
 kolejowym 48 48 6 500,00 312 000,00
 Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych
 48 i elektroenergetycznych z
 doświadczeniem w zakresie kolejowych sieci trakcyjnych
 48 6 500,00 312 000,00

35

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych
 i elektroenergetycznych 48 48 6 500,00 312 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń
 48 6 ciepłych, wentylacyjnych,

gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych 48
 500,00 312 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń
 telekomunikacyjnych 48 48 6 500,00 312 000,00

Geodeta 48 48 6 500,00 312 000,00

Zespół stały Kontraktu 4 (ZsERK4):

54 540 000,00 Inżynier Rezydent K4 54 10 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem
 kolejowym 54 54 6 500,00 351 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych
 54 54 6 500,00 351 000,00 i elektroenergetycznych

Liczba roboczo- miesięcy [m-cy] Nazwa stanowiska Liczba

miesięcy realizacji [m-cy]

Koszt [zł/m-c] Koszt M

Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń
 telekomunikacyjnych oraz urządzeń radiolączności 54 54 6 500,00 351 000,00

54 54 6 500,00 Inspektor nadzoru w specjalności

konstrukcyjno - budowlanej
 351 000,00

Geodeta 54 54 6 500,00 351 000,00

Zespół zmienny Biura Inżyniera (ZzBI): Geolog 54 24 6 000,00 144 000,00

24 144 000,00 Inżynier Materiałowy 54 6 000,00

24 144 000,00 6 000,00 Specjalista ds. raportowania 54 24 6 000,00 144 000,00 54

Specjalista ds. obmiarowo - rozliczeniowych

24 6 000,00 144 000,00 Specjalista ds. zabezpieczeń

przeciwpożarowych 54

Koordinator ds. BHP 54 24 6 000,00 144 000,00

144 000,00 24 Specjalista ds. Ochrony Środowiska 54

6 000,00

Specjalista ds. archeologii 54 24 144 000,00 6 000,00

Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej mostowej z doświadczeniem w zakresie

24 8 000,00 192 000,00 54 budowy lub przebudowy obiektów

zabytkowych

24 8 000,00 192 000,00 54 Inspektor nadzoru specjalności

wyburzeniowej

Zespół zmienny przeglądu dokumentac. i (Zzpd):

osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności
 architektonicznej bez ograniczeń 54 24 6 000,00 144 000,00

36

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

osoba, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyj no- budowlanej 54 24 6 000,00 144 000,00

osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym

54 24 6 000,00 144 000,00

osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych oraz urządzeń radioł łączności 54 24 6 000,00 144 000,00

osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej wyburzeniowej 54 24 144 000,00 6 000,00

24 6 000,00 osoba posiadająca uprawnienia

budowlane do projektowania bez 54

Liczba miesięcy realizacji [m-cy]Liczba roboczo- 144 000,00 Nazwa

stanowiska

miesiące [m-cy] Koszt [zł/m-c] Koszt W ograniczeń w specjalności instalacyjnej w

zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych

osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

54 24 6 000,00 144 000,00

Razem Personel (Ad 1) 15 225 000,00

Całkowity koszt wynagrodzeń Personelu, z uwzględnieniem zarówno Okresu podstawowego jak i wydłużonego wynosi 15 225 000,00zł bez VAT. Krok 2 - Wyznaczenie pozostałych składników ceny za realizację Etapu 2.

1) Badania laboratoryjne (Ad 2)

Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu zadeklarowali wykonanie potrójnej ilości badań wskazanych w pkt.4.2.5 pkt 23. Koszty wykonania badań laboratoryjnych i opracowania ich wyników według najbardziej korzystnych stawek rynkowych opiewają na łączną kwotę ok. 2 135 000,00 zł netto. Zakładając, że wykonawcy udało się uzyskać bardziej korzystną ofertę oraz znając realia rynku i wymagania Zamawiającego możliwe jest wynegocjowanie ceny na poziomie 2,0mln zł netto, jednakże wykonanie pełnego zakresu badań opisanych w OPZ poniżej kwoty wskazanej kwoty wydaje się być niemożliwe.

2) Polisa ubezpieczeniowa (Ad 3)

W ofercie należy uwzględnić koszty zawarcia dedykowanej umowy ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej z tytułu prowadzenia działalności zgodnie z §18 Projektu Umowy (TOM II SIWZ) oraz zabezpieczenia należytego wykonania Umowy zgodnie z §26

37

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Projektu Umowy (TOM II SIWZ). Zgodnie z doświadczeniem Odwołującego oraz uzyskanymi w tym zakresie ofertami koszt ten należy przyjąć na poziomie ok. 400 000zł.

3) Biuro i organizacja Inżyniera (Ad 4)

Pozostałe koszty ofertowe, wśród których należy w szczególności wymienić koszty działalności wykonawcy (koszty operacyjne wykonawcy - między innymi szkolenia, delegacje, druk, opłaty, koszty ogólne), zostały zawarte w kosztach zorganizowania i utrzymania zaplecza Inżyniera zgodnie pkt. 3.2. OPZ. Oprócz powyższego, w cenie należy uwzględnić także koszty związane z transportem i komunikacją (samochody, telefony komórkowe, mobilne komputery, itp.)

Tabela 4. Koszty zorganizowania i utrzymania zaplecza Inżyniera

Lp. Nazwa stanowiska Liczba miesięcy Liczba roboczymiesiące (m-cy) Koszt zł/m-c Koszt zł -18-realizacji (m-cy)

54 54 14 000,00 756 000,00 Biura Inżyniera Kontraktu (ad 2)

4) Pozostałe składniki ceny za realizację Etapu 2

Kalkulacja nie uwzględnia innych kosztów, został pominięty również zysk. Kalkulacja zakłada ryzyko wydłużenia okresu realizacji usługi o 18 miesięcy jednak wystąpienie takiego zdarzenia dla wszystkich kontraktów jednocześnie jest mało prawdopodobne. Przy

zastosowanie wysokiego poziomu monitoringu i nadzoru nad realizacją kontraktów ogranicza się do minimum możliwe opóźnienia. Ukończenie nadzorowanych kontraktów w czasie podstawowym realizacji usługi lub skrócenie okresu wydłużonego będzie stanowiło zysk Wykonawcy.

5) Razem koszty Wartość pozostałych składników ceny za realizację Etapu 2, zgodnie z informacjami zawartymi powyżej, przedstawia Tabela 6:

Tabela 6. Koszty składników ceny za realizację Etapu 2 Wyszczególnienie Ad Koszt zł bez VAT (razem)

Koszty Personelu 1. 15 225 000,00

756 000,00 Biuro i organizacja Inżyniera 2.

2 000 000,00 3. Badania laboratoryjne

400 000,00 4. Polisa ubezpieczeniowa

RAZEM: 18 381 000,00

Powyższe wyliczenia pokazując, że koszty związane z realizacją Etapu 2 znacznie przewyższają ceny zaoferowane przez Konsorcjum M.M. i Konsorcjum E., za realizację całości zamówienia, a zatem nie tylko etapu 2 ale również etapu 1 i 3.

38

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

6. Konieczność poniesienia ww. kosztów wynika wprost z przedmiotu zamówienia, zatem nieuwzględnienie lub nienależyte uwzględnienie przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. wskazanych elementów kosztowych uniemożliwia uznanie wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę za odpowiadające wymogom przepisu art. 90 Pzp i wykazujące rzetelność zaoferowanej ceny. Elementy te powinny również znaleźć odzwierciedlenie w załączonej przez Konsorcjum M.M. oraz Konsorcjum E. do wyjaśnień kalkulacji.

IV. W zakresie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji.

2. Złożenie przez Konsorcjum M.M. i Konsorcjum E. oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w

celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3. Przedstawione powyżej stanowisko Odwołującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: Na wstępie należy wskazać,

że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają

klausulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy.

Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków

39

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. ”

4. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp:

a. Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07: „Niewątpliwie w procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców, jednocześnie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej. ”

b. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O- 3740/05: „Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. ”

V. W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum M.M. do uzupełnienia pełnomocnictwa.

1. Na stronie 22 i 23 oferty Konsorcjum M.M. zostało dołączone pełnomocnictwo udzielone Liderowi konsorcjum, czyli M.M. sp. z o.o. do działania w imieniu „D.T.Ś.” S.A. jak i całego konsorcjum. Przedmiotowe pełnomocnictwo zostało udzielone w dniu 5 lipca 2016 r.

2. Z kolei na stronie 21 i 22 oferty Konsorcjum M.M. znajduje się pełnomocnictwo dalsze udzielone przez M.M. sp. z o.o. działającą, jako Lider Konsorcjum M.M. - Pani E.R., która podpisała ofertę w imieniu Konsorcjum M.M.. Pełnomocnictwo to datowane jest na dzień 5 lipca 2015 r., a zatem na równo rok przed udzieleniem pełnomocnictwa M.M. sp. z o.o. - Liderowi konsorcjum. W dniu udzielenia pełnomocnictwa Pani E.R. M.M. sp. z o.o. nie była zatem uprawniona do działania w imieniu konsorcjum, a tym samym nie mogła - działając w imieniu konsorcjum udzielić dalszego pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum M.M. w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

3. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania Konsorcjum M.M. do uzupełnienia tego dokumentu. Zaniechanie dokonania przedmiotowej czynności stanowi rażące naruszenie szeregu przepisów Pzp, zaś w szczególności art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp.

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

VI. W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum E. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu usług.

1. W sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu wskazano, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej jednej usługi polegającej na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy w rozumieniu ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane - tekst jednolity - Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm.) linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi, co najmniej 400 000 000 PLN brutto.

2. W dołączonym do oferty Konsorcjum E. wykazie usług wskazano jedną usługę realizowaną dla P.P. S.A., (...). W kolumnie 3 wykazu, w której należało podać wartość zamówienia w PLN dla tej usługi Konsorcjum E. podało następującą informację: „Wartość robót budowlanych: 439.291.381,95 PLN brutto.” W przedstawionym na kolejnych stronach oferty Poświadczeniu z dnia 9 maja 2016 r. podano: „Wartość projektu: 357 147 465,00 PLN netto, 439 291 381,95 PLN brutto”. Wskazana w wykazie wartość robót budowlanych jest zatem taka sama jak wartość podana w poświadczeniu jako wartość całego projektu. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że wartość projektu i wartość robót budowlanych to dwie zupełnie odrębne wartości. Wartość projektu może bowiem obejmować nie tylko wartość

robót budowlanych, ale także np. wartość projektu, nadzoru itd. 3. Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej wątpliwości należy stwierdzić,

że

Zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum E. co najmniej do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości robót budowlanych w ramach wskazanej w wykazie usługi lub do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zaniechanie dokonania przez Zamawiającego przedmiotowej czynności stanowi naruszenie szeregu przepisów Pzp.

VII. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona w ocenie odwołującego potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła
Sygn. akt KIO 110/12**

**Izba dokonała następujących ustaleń w zakresie zarzutu odwołującego
nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie jak i w**

41

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

**wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz wykazu osób przez wykonawcę
wybranego Konsorcjum: M.M. Sp. z o.o. – Lider konsorcjum (...) i „D.T.Ś.” S.A.
– Członek konsorcjum (...) zwani dalej „Konsorcjum M.M.”.**

W samej treści formularza ofertowego w jego punkcie 14 znajduje się postanowienie na temat „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”. Wymienia się tam takie dokumenty, załączone do oferty, jak: oświadczenie wykonawcy złożone na podstawie art.8 ust.3 ustawy pzp.; wykazy osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, zobowiązanie G. o udostępnieniu niezbędnych zasobów; oświadczenie wykonawcy udostępniającego zasoby G. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, na podstawie art.21 ust.1 ustawy pzp., który to podmiot będzie realizował zamówienie; wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług, które to wykonawca wykonywał; zobowiązanie do oddania na rzecz wykonawcy zasobów, które będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia – A.I.A. S.A.; oświadczenie wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art.21 ust.1 ustawy pzp, którzy będą brali udział w realizacji zamówienia, udostępniając zasoby - A.I.A. S.A.; opinia bankowa, polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej .

Na stronach 54-57 oferty znajduje się dokument, który wymienia dokumenty zastrzeżone jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wskazując strony oferty na których te dokumenty znajdują się. Dokument ten zawiera uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z przywołaniem art. 8 ust.3 ustawy pzp. Na podstawie przeprowadzonego badania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba ustaliła jak poniżej.

Przywołano zarówno treść art.8 ust.3 ustawy pzp, zgodnie z którym najpóźniej w dacie składania ofert wykonawca powinien zastrzec tajemnicę złożonych dokumentów ale również powinien wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca przywołał też treść art.11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w którym „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”

I tak w pierwszej kolejności wykonawca odniósł się do wykazów osób znajdujących się na stronach 58-66 oferty stwierdzając, że są to osoby współpracujące na stałe z konsorcjantami i współpracują na zasadach preferencyjnych dla wykonawcy. W ofercie zostały zastrzeżone informacje wykonawcy o charakterze organizacyjnym i nie zostały ujawnione na jego stronie internetowej. Informacje zawarte w ofercie (wykazy osób, nazwy firm) oprócz imion i nazwisk czy nazw zawierają dane o wykształceniu tych osób oraz zdobytych kwalifikacjach a także o

42

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

posiadanym przez nich doświadczeniu zawodowym. Wykonawca podkreśla, że nie ma

powszechnego dostępu do informacji o jego firmie w takiej formie jak to wynika z treści wykazów, oświadczeń. Obawia się, że konkurenci uzyskując dostęp do wykazów osób, którymi dysponuje wykonawca, mogą podjąć działania konkurencyjne mające na celu przejęcie tych pracowników czy osób współpracujących. Taka sytuacja może w konsekwencji pozbawić wykonawcę przywileju dysponowania tymi osobami jak również może spowodować wzrost kosztów prowadzenia działalności w związku z konkurencyjnymi dla tych osób ofertami współpracy z innymi wykonawcami.

Zbieżną argumentację wykonawca przedstawił w związku z osobami, które zostaną udostępnione jemu do współpracy przez podmiot trzeci, ponieważ zawierają podobne informacje o osobach jak również identyfikują podmiot udostępniający zasoby ludzkie. Wykonawca obawia się jak powyżej działań konkurencyjnych, które mogą pozbawić prawa dysponowania tymi osobami albo przynajmniej spowodować wzrost kosztów ich utrzymania w jego zasobach. W tym celu przywołuje strony 67-77 oferty jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Idąc dalej wykonawca wskazuje kolejno informacje zawarte na stronach 78-128 oferty na których znajdują się dane podmiotu udostępniającego doświadczenie co wynika z wykazu usług. Współpraca z tymi podmiotami odbywa się na zasadach poufności i przedstawia jego doświadczenie zawodowe oraz szczegółowe informacje o nim. Ponadto również podnoszonym argumentem jak przy osobach współpracujących z wykonawcą jest okoliczność, że ujawnienie danych podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie może spowodować po stronie wykonawcy utratę współpracy z nimi albo też wzrost kosztów współpracy. Powyższe może zostać spowodowane podjęciem działań konkurencyjnych innych wykonawców zainteresowanych również uzyskaniem doświadczenia i wiedzy od podmiotu udostępniającego. Na tę okoliczność wykonawca przywołuje wyrok z dnia 12 stycznia 2012 roku o Sygn. akt IO 2801/11 popierający jego argumentację co do ochrony danych osobowych współpracowników uznając informacje o nich jako wartość gospodarczą przedsiębiorstwa.

Podobnie w ocenie wykonawcy należy chronić informacje zawarte w opinii bankowej, która zawiera informacje organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające wartość gospodarczą a w szczególności, że informacje te wskazują na kondycję finansową przedsiębiorstwa, która wyznacza pozycję wykonawcy na rynku. Ujawnienie informacji konkurentom wyrządziłoby partnerom konsorcjum istotną szkodę. W związku z tym informacje, zawarte na stronie 129 - 131 oferty na których znajdują się opinia bankowa, zasługują na ochronę jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Podobną argumentację zamieszcza wykonawca wybrany Konsorcjum M.M. w stosunku do kopii polisy ubezpieczeniowej str.132-148 z której wynikają szczegółowe informacje o zasadach współpracy z ubezpieczycielem w tym o wysokości stosowanych stawek.

Upowszechnienie stawek groziłoby wzrostem kosztów współpracy z ubezpieczycielem w związku z powoływaniem się przez konkurentów na indywidualnie wynegocjowane stawki przez partnerów konsorcjum.

W podsumowaniu, uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wskazanych informacji, wykonawca oświadcza, że tylko wysoki poziom kierownictwa zna zastrzeżone informacje co stanowi gwarancję ich nie udostępnienia do wiadomości powszechnej.

Wykonawca wybrany Konsorcjum (...) w toku prowadzonego postępowania przez zamawiającego powoływał się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawiając stosowne uzasadnienie w kolejnych wystąpieniach do zamawiającego i tak: w piśmie z dnia 19.08.2016 roku wyjaśnienie rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi kalkulacjami na poszczególne etapy przedstawiającymi wyszczególnienie elementów rozliczeniowych w ujęciu jednostkowym, maksymalnej liczby miesięcy realizacji kontraktu, kosztu jednostkowego i całkowitego z podziałem na koszty administracyjne, usługi nadzoru – personelu, rezerwy na koszty nieprzewidziane, zysk, kalkulacje z podziałem na poszczególne kontrakty; w piśmie z dnia 04.11.2016r. wyjaśniającym w zakresie personelu wraz z wykazem osób zawierającym imię i nazwisko, opisem doświadczenia z podaniem nazwy i adresu firmy, okresu trwania wykonanej usługi, zajmowanego stanowiska, nazw kontraktów oraz stanowiska na które osoba jest proponowana, podstawie dysponowania osobą oraz w piśmie z dnia 30.11.2016 roku wyjaśniającym kalkulację kosztów wraz z podaniem ofert z cennikami,

dowodami rejestracyjnymi, polisami ubezpieczeń komunikacyjnych, zobowiązaniami do pełnienia obowiązków z podaniem wynagrodzenia miesięcznego, koszty eksploatacji samochodów, które stanowią podstawę sporządzonej kalkulacji. Izba ustaliła, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy w wymienionych powyżej trzech pismach wykonawcy wybranego Konsorcjum M.M. wskazano następującą argumentację formalną i prawną. Przywołano art.8 ust.3 ustawy pzp., wskazano, że obowiązujące zasady kalkulacji kosztów mają wartość gospodarczą, informacje w nich zawarte nie są informacjami powszechnie dostępnymi, konsorcjum podjęło kroki do ich zabezpieczenia między innymi przez ograniczony w spółce do nich dostęp, zawierając stosowne umowy z pracownikami spółki, przywołano art.11 ust.4 UZNK oraz wyrok KIO z 14 lutego 2011 roku KIO 228/11. Przy czym argumentacja na zastrzeżenie tajemnicy we wszystkich wskazanych pismach jest tożsama zarówno w przedstawiających wyjaśnienie rażąco niskiej ceny to jest kalkulacje kosztów jak i dokumenty potwierdzające sporządzone kalkulacje kosztów tym

44

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

wynagrodzenia osób, które będą wykonywać zamówienie, kosztu wynajmu lokali, koszty transportu jak również do uzupełnionego wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie.

Izba dokonała następujących ustaleń w zakresie zarzutu odwołującego nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy konsorcjum: E.G.P. S.A. – Lider Konsorcjum (...) W. oraz „K.I.” Sp.

na z o.o. – Członek

**Konsorcjum (...) zwani dalej „Konsorcjum E.G.P.”
podstawie oferty tego wykonawcy i złożonych wyjaśnień.**

Wykonawca ten zastrzegł informacje w zakresie objętym wykazem osób, przy pomocy których będzie wykonywał zamówienie jak również wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W zakresie wykazu osób wykonawca ten stwierdził, że wykaz stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.4 UZNK. Przy czym wykaz sporządzony został według ustalonego wzorca w SIWZ i zawiera te same pozycje jak w ofercie wykonawcy wybranego (imię i nazwisko osoby, opis doświadczenia w tym nazwa i adres firmy, okres trwania usługi, zajmowane stanowisko, nazwa kontraktu, stanowisko proponowane, podstawa dysponowania).

Z kolei w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca podniósł jak poniżej. Przywołał art.11 ust.4 UZNK; Powołał się na okoliczność, że informacje nie były publikowane, w firmie stosuje się ograniczony dostęp do informacji i są to informacje chronione z uwagi na ich charakter to jest gospodarczy, handlowy i organizacyjny. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał na: załączony do wyjaśnień arkusz kalkulacyjny, który uwzględnia wszelkie opcje wskazane przez zamawiającego w SIWZ w tym wycenę pracy personelu, koszt logistyki wykonani usługi, ubezpieczenia, zysk, rezerwy oraz przedstawił kosztorys ofertowy a także oświadczenia osób, mających brać udział w wykonaniu zamówienia i umowa o udzielenie ubezpieczeniowych gwarancji kontraktowych w ramach określonego limitu gwarancyjnego.

Z treści oferty złożonej przez Konsorcjum E.G.P. wynika, że zastrzeżenie dotyczy Wykazu osób. Z załączonego do oferty uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wynika co następuje poniżej. Posiadany zespół ludzki umożliwia uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych. Zastrzeżenie tajemnicy co do osób mających uczestniczyć w wykonaniu zamówienia gwarantuje dysponowanie nimi w wykonaniu zamówienia, ponieważ chroni przez tzw. podkupywaniem przez innych wykonawców. Przy czym wskazuje on na wartość intelektualną posiadanego zasobu ludzkiego. Przywołuje również orzeczenia sądów w tym KIO, które potwierdzają możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wykazu osób wraz z posiadanym przez nich doświadczeniem.

45

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Wykonawca przywołuje orzeczenie SN, zgodnie z którym nie tylko tajemnice może stanowić informacja techniczna, technologiczna ale również handlowa. Główna argumentacja w tym

zakresie sprowadza się do negatywnych doświadczeń w związku z przypadkami utraty zasobów kadrowych przez ich upublicznianie w składanych wykazach w postępowaniach przetargowych.

Izba zważyła

W zakresie zarzutu nieuprawnionego uwzględnienia przez zamawiającego zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa zgłoszonych przez wykonawcę wybranego Konsorcjum (...) oraz wykonawcę Konsorcjum E.G.P. to jest naruszenia art.8 ust.1-3 w związku z art. 7 ust.1 i art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe zarzuty oparto o postanowienia art.8 ust.1-3 ustawy pzp zgodnie z którym wykonawca powinien w dacie złożenia oferty zastrzec informacje, które stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa oraz wykazać swoje zgłoszenie stosownym uzasadnieniem. Z kolei art.7 ust.1 ustawy pzp stanowi gwarancję dla wykonawców prowadzenia postępowania w sposób nie naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Merytoryczną regulację prawną odpowiadającą zagadnieniu uczciwej konkurencji oraz okoliczności jej naruszeń w tym przez brak ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003rok Nr 153 poz. 1503 ze zm. 2009r. Nr 201; poz.1540) zwanej dalej UZNK. Oprócz przywoływanego powyżej art. 11 ust.4 regulującego jedną z form naruszania uczciwej konkurencji w zakresie prawa do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jest art.1 tejże ustawy, który statuuje cel ustawy sprowadzony do zapobiegania i zwalczania nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej zarówno w interesie publicznym jak i przedsiębiorców oraz klientów. Z kolei art.3 ust.1 UZNK wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli takie działanie narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Porzućmyś rozważania na temat definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wywodzącej się z ochrony know-how to jest informacji technicznych i technologicznych z czasem rozwiniętych na informacje organizacyjne a nawet inne mające cechę braku ujawnienia o ile mają wartość gospodarczą, należy z formalnego punktu widzenia rozważyć kwestię skuteczności zastrzeżenia tajemnicy w ofertach ww wykonawców.

46

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

Izba na podstawie przeprowadzonego badania ofert, wyjaśnień, uzupełnień ofert i w wyniku tego badania ustaleń opisanych powyżej stwierdza, że obydwaj wykonawcy nie wyczerpali obowiązku wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno co do wykazu osób jak i wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.

Odnosnie wykazu osób zarówno w ofercie jak i wyjaśnieniach i uzupełnieniach oferty w związku z wykazami osób wykonawcy klasyfikowali te informacje jako organizacyjne przedsiębiorstwa. Co do zasady przyznawali, że poprzednio nie utajniali wykazów osób, które będą wykonywały zamówienie. Niemniej w wyniku takiej praktyki spotykali się ze zjawiskiem tzw. podkupywania pracowników. Podkreślali również, że są to najczęściej osoby, z którymi współpracują na stałe czy to w formie umów cywilnoprawnych, czy to umów o prace. Dzięki stałej współpracy uzyskują w rozliczeniach z nimi korzystne rozliczenia finansowe w zamian za gwarancję stałej współpracy na kolejnych wygrywanych kontraktach. W związku z tym ujawnienie wykazu osób, w którym jest szereg informacji niedostępnych powszechnie ułatwia konkurencji nawiązywanie kontaktów z tymi osobami a w konsekwencji podwyższenie kosztów współpracy czy nawet braku współpracy w przyszłości. Dlatego też wykazy osób nie powinny według ich oceny być udostępniane innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby taka argumentacja na wykazanie, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest pozbawiona podstaw w rozumieniu art. 11 ust.4 w związku z art.1 i art.3 ust.1 UZNK. Przede wszystkim nie są to informacje stanowiące własność przedsiębiorstwa tylko własność osób współpracujących z przedsiębiorstwem o ich wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym. W związku z tym przedsiębiorstwo nie ma prawa ich zawłaszczać i powoływać się na tajemnice przedsiębiorstwa. Osobami tymi są uprawnieni inżynierowie i geodeci,

ktorzy nie są przedmiotem własności przedsiębiorstwa a informacje o nich można uzyskać czy to poprzez rejestry osób uprawnionych zarówno publikowanych w Internecie jak również przez portale firm pośredniczących w poszukiwaniu uprawnionego personelu o wymaganych kwalifikacjach. Ponadto podmiotem na rzecz którego sporządzane są wykazy jest podmiotem publicznym wydatkującym środki publiczne. W związku z tym obowiązuje zasada jawności postępowania przewidziana art.10 ustawy pzp., która umożliwia kontrolę prowadzonych postępowań zarówno w trakcie ich przeprowadzania jak i po ich zakończeniu. Przede wszystkim dobro publiczne zakazuje ochrony wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto argumentacja o utracie osoby współpracującej czy też wzrostu kosztów przedsiębiorcy nie może zabraniać innym wykonawcom nawiązywania kontaktów z osobami współpracującymi z innymi wykonawcami. Wymiana pracowników pomiędzy poszczególnymi wykonawcami umożliwia ich stały rozwój i zdobywanie nowych doświadczeń zawodowych co przekłada się z korzyścią dla rynku na którym te osoby funkcjonują to jest

47

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

ryнку zamówień publicznych. W ocenie Izby tak argumentowana tajemnica wykazu osób, z którymi współpracują wykonawcy nie zasługuje na ochronę a wręcz szkodzi dobru publicznemu, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami oraz doświadczeniami. W szczególności odnosi się to do osób posiadających odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, uprawnienia zawodowe co kwalifikuje ich do wolnych zawodów, wobec których podejmowane praktyki utajniania wykazu osób nie chronią tylko szkodzą dobru publicznemu przez pozbawianie wykonawcom specjalistów posiadającymi poszukiwane na rynku kwalifikacje.

Tym bardziej, że informacje o tych osobach są dostępne na szeroko rozumianym rynku usług. Rotacja w zatrudnieniu osób reprezentujących zwłaszcza wolne zawody wpisuje się podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców funkcjonujących zwłaszcza na rynku usług pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót jakie prowadzi zamawiający to jest modernizacji linii kolejowych oraz sygnalizacji w ramach modernizacji linii kolejowych.

Podobnie jak przy wykazie usług wykonawcy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kwitując również przez oznajmienie, że zastrzegają tajemnicę i na poparcie swojego stanowiska przywołują szereg wyroków czy to KIO, czy to sądów okręgowych, czy to Sądu Najwyższego, w których stwierdza się, że informacje w zakresie rażąco niskiej ceny mogą być zastrzeżone. Izba nie akceptuje takiego stanowiska wykonawców, ponieważ wydane orzeczenia były w konkretnych sprawach gdzie prawdopodobnie wykonawcy przedstawili stosowne uzasadnienie żądania objęcia informacji przedsiębiorstwa z uwagi na uzasadnioną ich ochronę. Po pierwsze orzeczenia sądów nie stanowią prawa, ponieważ przepis art. 8 ust.3 ustawy pzp. stawia wymóg każdorazowego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy a po drugie art.8 ustawy pzp jak i art.11 ust. 4 UZNK nie przesądza o tym czy dana informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna z mocy prawa jest informacją objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba badając przede wszystkim samo uzasadnienie do tajemnicy przedsiębiorstwa nie stwierdza aby wykonawca żądając ochrony udowodnił, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca przywołuje wyroki i uważa, że spełnia wymogi co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno z art.8 ust.3 pzp jak i art.11 ust.4 UZNK przez sam fakt przywołania wyroków. Poza tym sam stwierdza w uzasadnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, że stawki przyjęte do kalkulacji usługi nie odbiegają od stawek rynkowych czyli powszechnie występujących i powszechnie znanych. Wykonawcy w żaden sposób nie wykazali a nawet nie podjęli próby wskazania w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, że oferty czy to jednostek laboratoryjnych, czy to oferujących lokale, czy to stawek zatrudnienia osób, czy to kosztów

48

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

utrzymania środków transportu, czy to kosztów paliwa odbiegają od stawek funkcjonujących na rynku i w związku z tym podlegają ochronie w uzasadnionym interesie wykonawcy. W związku z tym nie wykazali, że zarówno w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny jak i

przedstawionych kalkulacji kosztów odnoszą się jakieś wiadomości specjalne, czy nieznane reguły kalkulacji kosztów czy inne okoliczności uprawniające do przedstawienia wynagrodzenia podanego w ofercie. W związku z tym Izba po pierwsze, nie uznała, że udowodniono zasadność objęcia tajemnicą informacji czy to podanych w wyjaśnieniach czy to w załącznikach do wyjaśnień. Reasumując skoro według wyjaśnień zaoferowane stawki nie odbiegają od stawek obowiązujących na rynku to Izba nie widzi podstaw aby takie informacje chronić jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei argumentacja, że oferenci, których oferty załączono do wyjaśnień mogą być nakłaniani przez innych wykonawców do uzyskania podobnych stawek wynegocjowanych przez wykonawców żądających ochrony a czego ci oferenci sobie nie życzą nie zostały udowodnione ani w wyjaśnieniach ani w załączonych ofertach. Pozostają tylko twierdzeniami wykonawcy domagającego się ochrony otrzymanych ofert od innych wykonawców a nie okolicznościami udowodnionymi. W związku z tym Izba stwierdza brak wykazania pod względem formalnym przyczyny żądania prawa do ochrony samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak również załączonych do wyjaśnień ofert. Bowiem jak już wyżej Izba stwierdziła samo tylko powoływanie się, że przedsiębiorca chroni te informacje, że mają one wartość gospodarczą, że nie były publikowane i że ogranicza dostęp do tych informacji pracownikom, nie może być zakwalifikowane jako udowodnienie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art.8 ust.3 ustawy pzp („oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”).W związku z tym,

że przedsiębiorca żądając ochrony wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i załączonych do niej ofert, kalkulacji nie podjął próby udowodnienia, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art.8 ust.3 ustawy pzp w związku z art. 11 ust.4 i art.7 ust.1 pzp.

Pomimo braku merytorycznego uzasadnienia, w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, żądania zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno co do samych wyjaśnień jak i załączonych do niej ofert, kalkulacji, Izba z ostrożności dokonała przeglądu informacji. Izba dokonując przeglądu informacji, zawartych w ofertach Konsorcjum M.M. i Konsorcjum E.G.P. oraz w wyjaśnieniach i uzupełnieniach dokumentów rażąco niskiej ceny jak i wykazu osób, nie stwierdziła informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba również uznała za uzasadnione zarzuty odwołującego co do nieuprawnionej ochrony w ofercie Konsorcjum MP – Mosty informacji na temat podmiotów udostępniających zasoby to

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

jest G. jak i A.I.A. S.A. i wynikającą z tego powodu zastrzeżoną informację co do ich zobowiązania do udostępnienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zasobów, oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – w odniesieniu do podmiotów, na zasobach których wykonawca polega wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu , o których mowa w art.22 ust.1 ustawy pzp, a które to podmioty będą brały udział w realizacji zamówienia jak również wykazu usług wykonanych przez tego wykonawcę . W związku z tym Izba nakazała odtajnienie również tych części oferty nie uznając prawa wykonawcy do utajnienia nazw podmiotów udostępniających zasoby jak również informacji wynikających z tych dokumentów.

Izba również nakazała odtajnienie wykazu wykonanych przez wykonawcę usług gdzie wykonawca Konsorcjum (...) uzasadnia, że ma porozumienie o poufności a utrzymanie w poufności nazwy tego podmiotu wiąże się z potencjalnym podjęciem współpracy z tym podmiotem przez innych wykonawców konkurentów. Przy czym z treści wykazu wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług wynika, że było to zarządzanie projektem przedłużenia FCG (Koleje Regionu Katalonii) do Terrassa. Zdaniem Izby wykaz usług co do zasady nie może być ochraniający jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ służy wykazaniu warunku udziału i każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo się z nim zapoznać w myśl art. 8 ust.1 ustawy pzp. Argumentacja wykonawcy o poufności jak i możliwości tzw. podkupienia kontrahenta przez konkurentów nie może przesądzać o utajnieniu informacji zawartych w Wykazie jak również załączonych referencji należytego wykonania usługi w myśl art.11 ust.4 w związku z art.1 UZNK.

Izba również nakazała odtajnienie polisy ubezpieczeniowej jak i opinii bankowej są to dokumenty wymagane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu tak jak wykaz wykonanych usług czy też wykaz osób, które będą wykonywały zamówienie. Postanowienia SIWZ określają wymagania co do formy jak i treści tych dokumentów. Obowiązkiem wykonawcy jest przedłożenie tych dokumentów celem potwierdzenia zdolności wykonania przedmiotu zamówienia. Zasada jawności postępowania określona art.8 ust.1 ustawy pzp (postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne) wymaga i gwarantuje wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu prawo konfrontowania złożonych dokumentów konkurentów do wymagań SIWZ. Żądanie utajnienia dokumentu polisy ubezpieczeniowej oraz opinii bankowej, z powodu zawartych w nich informacji o zasadach współpracy jak i wynegocjowanych preferencyjnych stawkach, nie zasługuje na uwzględnienie. Fakt zawarcia w tych dokumentach informacji, które mogą decydować o szczególnie uprzywilejowanych warunkach współpracy, nie może skutkować prawem do żądania utajnienia całego dokumentu, który jest wymagany dokumentem w SIWZ. Wykonawca wybrany odnosząc

50

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

się do tych dokumentów nie wskazał, które konkretnie wymienione w nim informacje powinny być chronione w sytuacji gdy dokument jest składany w celu potwierdzenia warunków udziału i jako taki ma potwierdzić zdolność wykonawcy w zakresie wskazanym w SIWZ. W związku z powyższym również zarzut odwołującego co do nieuprawnionego utajnienia dokumentu polisy ubezpieczeniowej jak i opinii bankowej wykonawcy wybranego zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu co do pełnomocnictwa dalszego udzielonego przez Lidera Konsorcjum dla osoby, która podpisała ofertę w związku z jej udzieleniem przed datą podpisania pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum jak również zaniechania wezwania Konsorcjum E.M. do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanej w wykazie usług wartości zamówienia

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum M.M. do uzupełnienia pełnomocnictwa dalszego udzielonego przez Lidera Konsorcjum dla osoby, która podpisała ofertę w związku z jej udzieleniem przed datą podpisania pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum jak również zaniechania wezwania Konsorcjum E.M. do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanej w wykazie usług wartości zamówienia (jest 05.07.2015 rok a powinno być 05.07.2016 rok).

Na rozprawie zamawiający przedstawił pismo z dnia 25.01.2017 r. otrzymane od Konsorcjum M.M., z którego wynika wyjaśnienie omyłki w datach w zakresie roku podanego na pełnomocnictwie. Na pełnomocnictwie złożonym do oferty widnieje rok 2015 a powinien być 2016 rok. W pozostałym zakresie pełnomocnictwo jest prawidłowe. Celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości wykonawca przedłożył wspomniane pełnomocnictwo z prawidłową datą jego wystawienia. W związku z podniesionymi na rozprawie wątpliwościami odwołującego co do okoliczności funkcjonowania dwóch równoległych pełnomocnictw, według Izby ważnym pozostaje pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą oraz z dokumentem wyjaśniającym okoliczności omyłki w dacie (wyżej wymienione pismo z dnia 25.01.2017 roku.)

Kolejnym zarzutem odwołania, którego Izba nie uwzględniła jest żądanie wezwania Konsorcjum E.G.P. do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości zamówienia wskazanej w wykazie usług lub uzupełnienia wykazu usług. Na rozprawie pełnomocnik wykonawcy Konsorcjum E.G.P. przedstawił podsumowania kosztorysów, z których wynikała wartość opracowań projektowych w ogólnej wartości robót w systemie zaprojektuj i wybuduj. Odwołujący przedstawiony na rozprawie dowód zakwestionował z uwagi na jego

51

Sygn. akt KIO 102/17 Sygn. akt KIO 110/17

niejednoznaczny charakter co do tytułu jego wystawienia to jest bliżej nieokreślonego postępowania. Na rozprawie zamawiający potwierdził dowód jako przedstawiający wartość prac projektowych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Izba uznała prawa

zamawiającego do potwierdzania robót wykonanych na jego rzecz jako uprawnione potwierdzenie dokumentu złożonego na rozprawie. Z kolei odwołujący nie udowodnił, że dokumenty te nie poświadczają wartości robót w tym wartości dokumentacji projektowej wykonywanej na rzecz zamawiającego.

Izba nie orzekła co do zarzutu rażąco niskiej ceny wykonawcy wybranego to jest Konsorcjum MP – Mosty Sp. z o.o. jak i Konsorcjum E.G.P. S.A. a tym samym co do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji w związku ze złożonymi ofertami, uznając jako przedwczesne orzekanie w tym zakresie, z uwagi na odtajnienie dokonane niniejszym wyrokiem wyjaśnień oraz załączonych do wyjaśnień dowodów na brak rażąco niskiej ceny.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ wskazane naruszenia przepisów ustawy zasługują na uwzględnienie jako mające istotny wpływ na wynik postępowania co jest zgodne z treścią art.192 ust.2 ustawy pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 ze zm.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600,00 złotych

Przewodniczący: