

WYROK
z dnia 24 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozP. na rozprawie z udziałem stron w dniu 19 października 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2017 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - **B.R.I.K.I. Sp. z o.o., (...), B.P.K. w P. Sp. z o.o., (...), K.I. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **P.P.L.K. S.A (...)**,

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – **S.C. Sp. z o.o. (...)**;

orzeka:

1. Mając na uwadze regulę z art. 191 ust.2 oraz 192 ust.2 ustawy - Prawo zamówień publicznych:
 - 1.1. w zakresie oferty wykonawcy: S.C. Sp. z o.o. z siedzibą w P. uwzględnia odpowiednio zarzut naruszenia: art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 90 ust.3 ustawy Pzp i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - S.C. Sp. z o.o. z siedzibą w P. oraz ponowną ocenę tej oferty:
 - (1) co do warunku z pkt 8.6.2 specyfikacji w odniesieniu do stanowiska Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym;
 - (2) co do zgodności treści tej oferty ze specyfikacją w zakresie wymaganego zatrudnienia personelu biurowego oraz personelu dodatkowego;
 - (3) co do elementów oferty mających wpływ na cenę oferty –
 - z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych;
 - 1.2. w zakresie pozostałych zarzutów skierowanych do oferty wykonawcy S.C. Sp. z o.o. z siedzibą w P. oraz zarzutów skierowanych do oferty wykonawcy M. S.A. z siedzibą w Tarnowie i do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Konsorcjum: B.P.N.G. i C.O. sp. z o. o. z siedzibą w J. - odwołanie nie podlega uwzględnieniu;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego - wykonawcę **S.C. Sp. z o.o. (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - **B.R.I.K.I. Sp. z o.o., (...), B.P.K. w P. Sp. z o.o., (...), K.I. Sp. z o.o., (...)**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy **S.C. Sp. z o.o. (...)** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - **B.R.I.K.I. Sp. z o.o., (...), B.P.K. w P. Sp. z o.o., (...), K.I. Sp. z o.o., (...)** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **W.**

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2017 r. poz. (...) ze zm.] [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest: „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap I - część przejazdowa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. UE nr (...). Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - B.R.I.K.I. Sp. z o.o. w W., B.P.K. w P. Sp. z o.o. i K.I. Sp. z o.o. w K. (Konsorcjum K. lub Odwołujący) – stwierdził, że Zamawiający - P.P.L.K. S.A. w W. naruszył przepisy ustawy Pzp, a mianowicie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 i ust. 2, i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie z uwagi na zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez S., Konsorcjum N.G. i M. części ofert oraz elementów dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 87 ust 2 pkt 2) z uwagi na dokonanie poprawy omyłek rachunkowych w ofertach S. i Konsorcjum N.G., pomimo że nie zachodziły przesłanki ustawowe do dokonania takiej poprawy;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty S., której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 4) art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 i ust. 2, i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie pierwsze z uwagi na zaniechanie odtajnienia udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Odwołującego w Kryterium Metodologia;
- 5) art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 z uwagi na przyznanie ofercie Odwołującego nieprawidłowej ilości punktów w kryterium „Metodologia” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów;
- 6) art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 z uwagi na zaniechanie oceny oferty Odwołującego w kryterium „Metodologia” we wszystkich jej elementach;
- 7) art. 7 ust. 1 i 3 z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem przepisów Ustawy wskazanych w Odwołaniu),

Z ostrożności procesowej wskazał także na naruszenie:

3

-
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 z uwagi na nieprawidłową ocenę złożonych przez S. wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;
 - 9) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty S., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca S. nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3;
 - 10) art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy S. z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału oraz przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, (2) odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, (3) unieważnienia czynności dokonania poprawy omyłek rachunkowych w ofertach S. i Konsorcjum N.G., (4) udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Odwołującego w Kryterium Metodologia, (5) przyznania ofercie Odwołującego większej ilości punktów w kryterium „Metodologia” zgodnie z uzasadnieniem odwołania, (6) dokonania oceny oferty Odwołującego we wszystkich elementach w kryterium „Metodologia”, (7) dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ, (8) odrzucenia oferty S., (9) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty

najkorzystniejszej. Z ostrożności procesowej: (10) wykluczenia wykonawcy S. z tego postępowania. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz podniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów tej ustawy. Jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku wskazanych bezprawnych czynności został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów Pzp może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

4

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne:

I. Zarzut zaniechania odtajnienia części oferty S. oraz części dokumentacji, a także ofert wykonawcy: N.G. oraz M.

Zdaniem Odwołującego, objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 UoZNK, tj. wykazania, że dana informacja: 1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, 2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że informacjami organizacyjnymi są dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, z kolei informacjami technicznymi czy technologicznymi są informacje dotyczące procesu produkcji czy też usług świadczonych przez przedsiębiorcę - przy czym każda taka informacja musi mieć wartość gospodarczą. Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności przesłanka ta wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa lub gdy są publikowane w powszechnie jawnych rejestrach. Odnośnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. W szczególności za podjęcie takich działań można uznać zawarcie odpowiednich umów o poufności lub umieszczenie stosownych klauzul w umowach. W ocenie Odwołującego dokonane przez S. zastrzeżenie jawności części oferty oraz złożonych wyjaśnień było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21/10/2005 (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający nie dokonał rzeczywistego

5

badania wykazania przez S. spełnienia się w/w przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za prawidłowe na podstawie samego złożenia oświadczenia przez S.. Zdaniem Odwołującego, wykonawca S. w dokumencie „Wyjaśnienie zastrzeżenia złożonych informacji jako Tajemnicy przedsiębiorstwa” w ogóle nie wykazał spełnienia w/w przesłanek, w tym nie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych

informacji, pomijając w ogóle ten niezbędny element albo też nie wykazując w sposób należyty tej gospodarczej wartości. Konieczność takiego wykazania wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2784/14: „Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego> prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadająca określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.” Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią: względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz - a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro S. nie wykazał w uzasadnieniu tej niezbędnej przesłanki, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia części oferty. Ponadto w przedmiotowym uzasadnieniu S. nie wykazał też, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji. Skuteczne wykazanie musi bowiem zawierać zarówno wskazanie tych kroków, jak i przedłożenie dowodów, np. kopie umów zawierających odpowiednie klauzule o poufności, wskazanie wdrożonych procedur, itp. Tymczasem wykazanie takich okoliczności oraz załączenie dowodów jest niezbędne - na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 864/17 i 872/17: „Przystępujący T. nie udowodnił także zamawiającemu drugiej i trzeciej z przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie wykazał, iż w stosunku do zastrzeganych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności i że nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej. Z art. 11 ust. 4 uznano, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań „niezbędnych”. Działania „niezbędne” to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności na każdym etapie. W analizowanej sprawie, z uwagi na rodzaj zastrzeganych informacji (zobowiązania podmiotów trzecich co do udostępnienia potencjału kadrowego, wykazy osób; zawierające opis doświadczenia zawodowego projektantów i wykonanych opracowań) należało wykazać, że niezbędne działania powinny być podejmowane na każdym etapie przetwarzania informacji. (...) Nie ujawniono także

6

zamawiającemu choćby przykładowej treści tych klauzul poufności. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw, aby stwierdzić, czy klauzule te są wystarczające. Nie wiadomo również o jakiej polityce bezpieczeństwa przystępujący wspomina. Jeżeli ochrona informacji poufnych w spółkach przystępującego opiera się na jakichś uznanych normach, czy regulaminach wewnętrznych, to należało tę myśl rozwinąć i poprzeć swe twierdzenie stosownym dowodem.” Odnosząc się do poszczególnych dokumentów, których nie udostępniono Odwoływającemu – podniósł:

(1) Wykonawca S. tajemnicą przedsiębiorstwa objął samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy, że niektóre informacje w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z całą pewnością żadne informacje zawarte w tym dokumencie ani nie mają żadnej wartości gospodarczej, ani też nie są informacją handlową, technologiczną czy też organizacyjną. Stąd też nie powinny w ogóle zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie objęcia tajemnicą danej części oferty może zawierać tylko wykazanie ziszczenia się poszczególnych przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zapewne poparte orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej czy sądów powszechnych. Zamawiający jednak nie udostępnił przedmiotowej części oferty, czym naruszył przepisy Ustawy. Po zaP. się z treścią przedmiotowego uzasadnienia (tj. po uwzględnieniu zarzutu) może dopiero podjąć decyzję co do zasadności podnoszenia zarzutów dotyczących nieskuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa także innych części oferty - np. Metodologii. Odnosnie zastrzeżonego Załącznika nr 5 do oferty - „Załącznik nr 1 do JEDZ - osoby; którymi dysponuje Wykonawca na potrzeby realizacji zamówienia oraz Załącznika nr 6 do oferty - „Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert” Odwoływający wskazał, że: (...) informacje zawarte w w/w załącznikach wcale nie spełniają przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. S. nie wykazał żadnej wartości gospodarczej informacji zawartych w załącznikach, podczas gdy, właśnie wartość gospodarcza jest niezbędnym elementem - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2017, sygn. akt KIO 864/17 i

872/17: „W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) Przystępujący nie wykazał również, aby wymagane w SIWZ osoby i ich doświadczenie miało charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny; usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób.” Nie wykazano również, aby zastrzegane informacje, w tym wymagane przez postanowienia SIWZ osoby i ich doświadczenie, miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. Odwołujący wskazuje, że przedmiotowe wykazy nie zawierają treści unikalnych, czy też specyficznych wyłącznie dla w/w wykonawców. Treść wykazów jest bowiem determinowana przez treść SIWZ, która wyraźnie określa, jakie informacje mają się znaleźć w wykazach. Zwróciła na to

7

uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 385/17: „Dostrzeżenia wymagało, że w wykazie osób wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji. Znajdowały się tam tylko dane odnośnie imienia i nazwiska kilku osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania przez wykonawcę daną osobą, posiadane przez nią uprawnienia i proponowane stanowisko na kontrakcie. W szczególności w

analizowanej

sprawie istotnym było, że należało ujawniać nie całe doświadczenie zawodowe kandydata, ale opis jego doświadczenia w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt 8.5.2. SIWZ). Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc bardzo ograniczony.”

Odnośnie zastrzeżonych wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podał, że udostępniono mu jedynie wezwanie do wyjaśnień wystosowane przez Zamawiającego. Wobec braku udostępnienia w/w wyjaśnień, Odwołujący przyjmuje, że zostały one potraktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przy czym nie udostępniono Odwołującemu nawet treści ewentualnego zastrzeżenia jawności wyjaśnień wraz z uzasadnieniem tego zastrzeżenia. Z całą pewnością samo uzasadnienie objęcia jakiegoś pisma tajemnicą przedsiębiorstwa nie może w ogóle zostać przez Zamawiającego potraktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż ze swej istoty w takim uzasadnieniu nie znajdują się żadne informacje mogące spełniać trzy ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej - z całą pewnością przedmiotowe wyjaśnienia jako całość nie zawierają uzasadnienia dla objęcia tajemnicą samego uzasadnienia. Zatem Zamawiający powinien udostępnić Odwołującemu co najmniej uzasadnienie zastrzeżenia pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał na stanowisko w wyroku KIO 542/17: „Odrębnego omówienia wymaga również zasadność zastrzeżenia przez Przystępującego samego uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Jakkolwiek nie można a limine wykluczyć okoliczności, że takie uzasadnienie może być nierozzerwalnie związane z zastrzeżonymi informacjami, tym niemniej praktyka zastrzegania takich uzasadnień jest przez wykonawców nadużywana, czego przykładem jest przedmiotowa sprawa. Zastrzeżone uzasadnienie, poza tym że - jak wskazano - nie wykazuje zasadności objęcia ochroną informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny; nie zawiera żadnych elementów mogących chociażby potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i ani Zamawiający, ani sam Przystępujący nie odnieśli się w żaden sposób do zasadności zastrzeżenia tego dokumentu w toku rozprawy. Uznanie poprawności odmowy udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny prowadzić musiałoby do uznania, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest chociażby wyliczenie przesłanek wynikających z art. 11 ust 4 Znk, czy wskazane w jego treści orzeczenie SN, z czym nie sposób się zgodzić.” Niezależnie od powyższego zdaniem

8

Odwołującego przedmiotowe wyjaśnienia nie zawierają uzasadnienia, które wykazuje ziszczenia się wszystkich trzech przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący uważa, że S. w ogóle nie odniosło się w treści wyjaśnień do przesłanki podjęcia działań niezbędnych w celu zachowania poufności informacji oraz nie wykazało, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie były uprzednio ujawnione do wiadomości publicznej. Już ten brak uzasadnienia

wykazuje, że nie doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach. A zatem Zamawiający, dokonując oceny zasadności zastrzeżenia złożonych wyjaśnień, powinien zauważyć w/w braki, co z kolei powinno skutkować udostępnieniem obu złożonych dokumentów wyjaśnień Odwołującemu. Dodatkowo wskazał, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Wskazać tutaj należy na cytowanie poglądów orzecznictwa czy doktryny, ogólne informacje o danym wykonawcy czy też ogólne informacje o rynku usług nadzoru i inne podobne. Takie części pism zawsze powinny być udostępnione. Odwołujący wskazał ponadto, że według niego S. nie wykazał też, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą czy też, że są informacjami organizacyjnymi jego przedsiębiorstwa. Opierając się na doświadczeniu wynikającym z dotychczas składanych wyjaśnień i uzasadnień można stwierdzić, że przedmiotowe uzasadnienia są ogólnikowe i w ogóle nie odnoszą się do treści konkretnej oferty złożonej w tym postępowaniu. W konkluzji stwierdził, że wykonawca S. nie spełnił wymagań skutecznego zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający bezkrytycznie uznał samą czynność zastrzeżenia za skuteczną, nie badając w ogóle, czy zostały spełnione wymagania ustawowe. Zarzut naruszenia prawa w zakresie odmowy udostępnienia przedmiotowych wyjaśnień zasługuje zatem na uwzględnienie. Stwierdził ponadto, że podkreślana powyżej kwestia precyzyjnego wykazania przez S. ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W sytuacji takiej jak niniejsza Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś informacje zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu. Odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał na orzecznictwo KIO, przykładowo:

9

sygn. akt KIO 864/17 i 872/17: „Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosek jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Także, że (sygn.

akt: KIO 457/12): ..Ciężar

udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji." Podniósł (wyrok KIO 457/12): „Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób; a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego Skoro zatem objęcie części oferty oraz dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie

dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

W odniesieniu do zaniechania odtajnienia części oferty Konsorcjum Nafta – Gaz podtrzymał wskazaną w tej części całość ogólnej argumentacji i w przypadku oferty Konsorcjum N.G. podał, że Odwołującemu udostępniono uzasadnienie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to liczy 6,5 strony, z czego: - Strona 1 (str. 54 oferty) to wskazanie części oferty objętej tajemnicą oraz zacytowanie przepisu ustawy; - Na kolejnych stronach zacytowano obszernie orzecznictwo oraz poglądy doktryny (łącznie 4 strony); - Jedynie na 1,5 strony przedstawiono próbę argumentacji zasadności zastrzeżenia. W treści uzasadnienia Konsorcjum N.G. konkretnie wskazała jedynie na 3 zastrzeżone dokumenty, tj. Wykaz osób (str. 55 oferty, 1/3 strony), Wykaz osób ((str. 56 oferty, % strony)

10

oraz nazwy i dane adresowe podmiotu udostępniającego zasoby (str. 58, % strony). Tymczasem lista zastrzeżonych dokumentów zawiera aż 13 pozycji. Jak wynika z powyższego odnośnie pozostałych zastrzeżonych dokumentów Konsorcjum Nafta » Gaz nie zamieściło w ogóle uzasadnienia uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym zgodnie z brzmieniem przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w ogóle nie zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż warunkiem skuteczności zastrzeżenia jawności części oferty jest wykazanie wraz ze złożeniem oferty, że dane informacje spełniają przesłanki definicji ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec braku uzasadnienia w tym zakresie odwołanie jest oczywiście zasadne w zakresie wskazanym w uzasadnieniu na stronie 54 oferty w punktach f) - m), tj: f) sprawozdanie finansowe; g) Informacje z banku potwierdzające wysokość posiadanych środków finansowych; h) Formularz kryteria pozacenowe - w zakresie doświadczenia personelu Konsultanta; i) Zobowiązania podwykonawców - udostępniających zasoby; j) Wszelkie dane dotyczące podwykonawców - udostępniających zasoby; k) Dokument uzasadnienie Rażąco niskiej ceny; l) Załączniki nr 1A i IB do formularza ofertowego; m) Metodologia. Odwołujący podał, że zamieszczenie niektórych z w/w dokumentów na liście jest zaskakujące i mało zrozumiałe ze względu na brzmienie SIWZ oraz stosowane przepisy ustawy Pzp. Niemniej jednak Konsorcjum N.G. wyraźnie wskazało w treści oferty, że wyjaśnia „zasadność utajnienia poniższych dokumentów”, a zatem należy przyjąć, że do oferty dołączono np. „Dokument uzasadnienia Rażąco niskiej ceny” czy też sprawozdanie finansowe. Wobec braku pewności, jakie dokumenty są dołączone do oferty oraz jednoznacznej treści oświadczenia Konsorcjum N.G. na stronie 54 oferty - Odwołujący wnosi o nakazanie udostępnienia wszystkich wymienionych tam dokumentów. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że wobec żadnej z zastrzeżonych informacji nie wykazano spełnienia się 2 i 3 przesłanki, tj. faktu, że informacje nie są publiczne dostępne oraz że podjęto do nich stosowne środki. Konsorcjum N.G. powołuje się co prawda ogólnikowo na podjęcie takich kroków, czy też zobowiązania - ale nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie. Samo oświadczenie, bez przedstawienia dowodów nie ma żadnej mocy prawnej i powinno być pominięte przy ocenie zasadności zastrzeżenia jawności oferty. Odnosząc się do niektórych poszczególnych części oferty – wskazał w szczególności:

Załącznik nr 1A do oferty - Cena ofertowa, Załącznik nr IB do oferty - Szczegółowa kalkulacja: Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie reguluje, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. A zatem nie jest możliwe — zgodnie z brzmieniem art. 86 ust. 4 — zastrzeżenie informacji dotyczących ceny. Z całą pewnością zaś informacje zawarte w Załączniku nr 1A i IB to informacje dotyczące ceny - gdyż są to składniki ceny ofertowej. Dodatkowo należy wskazać, że w treści wykazania

11

zasadności zastrzeżenia jawności części oferty Konsorcjum N.G. nie umieściło ani 1 zdania uzasadnienia dla w/w dokumentów.

„Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert - sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 8 do IDW”: Całość uzasadnienia w tym zakresie obejmuje 1/3 strony (strona 56 oferty) i ogranicza się do stwierdzenia, że informacje zawarte w Wykazie mają wartość gospodarczą. Konsorcjum N.G. nie wskazuje jednak tej wartości, nie

podaje żadnych szczegółów. Nie jest też wystarczające ograniczenie się do wskazania, że „inne firmy, funkcjonujące na rynku właściwym, mogą podjąć działania mające na celu przejęcie pracowników i współpracowników”. Po pierwsze samo Konsorcjum N.G. wskazuje jedynie na potencjalną możliwość, bez pewności jakiegokolwiek ryzyka w tym zakresie. Po drugie Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tworząc definicję tajemnicy przedsiębiorstwa nie odwołuje się do kwestii przejmowania pracowników, zatem kwestia ta - w ujęciu przedstawionym przez Konsorcjum N.G. nie ma znaczenia dla możliwości uznania niektórych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

(2) Odnosnie zaniechania odtajnienia części oferty M. także podtrzymał wskazaną w pkt I powyżej całość ogólnej argumentacji dotyczącej kwestii możliwości skutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: Podał, że w przypadku oferty M. Odwołującemu udostępniono uzasadnienie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to liczy niecałe 2 strony i zgodnie z tytułem dotyczy wyłącznie Wykazu osób. Tymczasem zgodnie ze spisem treści (str. 2 oferty) M. jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło nie tylko informacje dotyczące personelu, ale także Szczegółową Kalkulację Wynagrodzenia (pkt 13) i Metodologię (pkt 14). Zdaniem Odwołującego z treści oferty wynika wprost, że odnośnie Szczegółowej Kalkulacji Wynagrodzenia oraz Metodologii M. w ogóle nie spełniło wymogów przepisu art. 8 ust. 3 Pzp - a zatem odwołanie w tym zakresie jest oczywiście zasadne. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że wobec żadnej z zastrzeżonych informacji nie wykazano spełnienia się 2 i 3 przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. faktu, że informacje nie są publicznie dostępne oraz że podjęto do nich stosowne środki. M. powołuje się co prawda ogólnikowo na podjęcie takich kroków, czy też zobowiązania - ale nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie. Samo puste oświadczenie, bez przedstawienia dowodów nie ma żadnej mocy prawnej i powinno być pominięte przy ocenie zasadności zastrzeżenia jawności oferty. Odnosząc się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wykazu osób i listy personelu - Odwołujący wskazał na argumentację podaną powyżej w pkt I i II.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty S. - rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia, brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, nieprawidłowa ocena przez

12

Zamawiającego złożonych wyjaśnień: Odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty S., może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej.

Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinien brać swój początek w wyjaśnieniach (w treści wyjaśnień). Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu (jako przedwczesnego) w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia powyżej. Prawdopodobnie stanowiska Odwołującego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 242/17: „Co do zarzutu wystąpienia w ofercie Konsorcjum M.M. rażąco niskiej ceny, a także nieprawidłowego złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ich nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M.M., Izba stwierdziła, iż zarzut ten trudno poddać ocenie, skoro Odwołujący w ogóle nie miał dostępu do przedmiotowych wyjaśnień, a tym samym w ogóle ich nie widział, co, jak Izba stwierdziła powyżej, nastąpiło z powodu ich nieuprawnionego nieujawnienia przez Zamawiającego. Zarzut zaś, czy to naruszenia art. 90 ust. 3, czy też art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób konieczny musi brać swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Odwołujący, bez odniesienia do realnej, a nie jedynie „podejrzewanej” przez siebie treści tych wyjaśnień, nie mógł prawidłowo sformułować zarzutów. Taki stan rzeczy przeczy podstawom ustanowienia środków odwoławczych. Izba uznała ten zarzut za przedwczesny, który będzie mógł być sformułowany po uzyskaniu możliwości zaP. się z przedmiotowymi wyjaśnieniami”. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku sygn. akt KIO 1713/17, w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności oceny i badania ofert oraz udostępnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem objęcia tych wyjaśnień tajemnicą - resztę zarzutów pozostawiając bez rozP.

jako przedwczesne: „Izba zarzuty te pozostawiła bez rozP. stwierdzając, iż odwołujący dopiero po udostępnieniu mu żądanych dokumentów będzie miał możliwość do konstruowania zarzutów względem zamawiającego”. Zatem poniższa argumentacja wskazywana jest jedynie z ostrożności procesowej. Brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, nieprawidłowa ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu złożonych było w sumie siedem ofert, których ceny brutto kształtowały się następująco:

13

Wykonawca Cena ofertowa brutto

S.C. Sp. z o.o. 13. 246. 422,27 PLN (cena z oferty)

14.136.096,00 PLN (cena po korekcie)

24.324. 878,50 PLN Konsorcjum B.R.I.K.I. Sp. z o.o. / B.P.K.

w P. Sp. z o.o./K.I.

Sp. z o.o.

B.P.N.G. Sp. z o.o./ C.O. Sp. z o.o. 24.380.168,84 PLN (cena z oferty)

24.103.271,20 PLN (cena po korekcie)

M.SA 25 532 192,40 PLN

T. Sp. z o.o./T. G.E. S.L. 25 622 464,56 PLN (cena z oferty)

27 523 946,10 PLN (cena po korekcie)

E.G.P. S.A. 27 511127,10 PLN

J.S. H.P. S.A. 40 411108,06 PLN (cena z oferty)

40 411108,10 PLN (cena po korekcie)

W dniu 28 czerwca 2017 roku Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1a pkt. 1) Ustawy PZP wezwał S. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący podkreślił, że nie mógł zapoznać się z treścią złożonych przez S. wyjaśnień. Jednakże opierając się na doświadczeniu w zakresie składanych wyjaśnień w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego można przyjąć, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Zdaniem Odwołującego S. nie wskazał w wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferował S.. Z kolei Zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy złożonych wyjaśnień, analizy treści i ewentualnych dołączonych dowodów. Jest to zaniechanie Zamawiającego, które narusza przepisy Ustawy. Wskazywał na to Sąd Okręgowy w W. w wyroku z dnia 5.01.2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06: „Znaczenie ma treść złożonych wyjaśnień; istotne jest, czy pozwalają one na rzeczywiste ustalenie, dlaczego właśnie ten wykonawca mógł zaoferować cenę na niższym poziomie, niż pozostali, przy czym nie tylko należy wskazać czynnik (czynniki) umożliwiające obniżenie ceny, ale konieczne jest wyliczenie realnego

14

kosztu. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących.” Odwołujący wskazał, że w cenie oferty wykonawca S. nie ujął między innymi poniżej wskazanych czynników cenotwórczych, tj.: 1. kosztów związanych z zapewnieniem środków transportu, 2. wszystkich kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego na umowę o pracę, 3. kosztów zapewnienia zespołu projektantów (Zespół zmienny przeglądu dokumentacji), 4. Kosztów zapewnienia właściwego nadzoru przyrodniczego i środowiskowego, 5. Kosztów gwarancji należytego wykonania umowy, 6. Kosztów dodatkowego niezbędnego personelu. Dowodem na nie ujęcie powyższych kosztów w cenie oferty jest fakt, że koszty te nie zostały wskazane w przedmiotowych wyjaśnieniach. Sam brak którejkolwiek z w/w kosztów w wyjaśnieniach wskazuje wprost, że cena oferty S. jest ceną rażąco niską, gdyż nie obejmuje wszystkich kosztów, które należy ponieść w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że właściwie nie wiadomo, dla jakiej ceny ofertowej S. w ogóle złożył wyjaśnienia. Otóż w dniu 28 czerwca 2017 r. Zamawiający

wystosował wezwanie do złożenia wyjaśnień. Jednocześnie w tym samym dniu dokonał zmiany ceny oferty S. (o czym dalej poniżej) z kwoty 13.246.422,27 zł na 14.136.096 zł - a zatem zwiększył cenę oferty S., aż o 889.673,73 zł (zwiększenie ceny aż o 6,3%!)). Skoro S. ofertę złożył z ceną 13.246.422,27 zł, to dla takiej ceny powinny zostać złożone wyjaśnienia. Jeśli zostały one złożone dla kwoty wyższej, oznacza to, że wyjaśnienia dotyczą ceny innej niż cena, dla której szacowano wykonanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ - pkt. 13.2 IDW Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz ofertą wypełnionego Załącznika 1B do Formularza ofertowego - tj. szczegółowej kalkulacji wynagrodzenia podstawowego netto („W”) za realizację Etapu 2 (Etap projektowania i realizacji robót budowlanych). Przy czym, w Załączniku tym Zamawiający kolorem pomarańczowym zaznaczył pola do wypełnienia przez Wykonawcę. Dyspozycja wypełnienia pól zaznaczonych kolorem pomarańczowym wynikała z adnotacji Zamawiającego zawartej bezpośrednio pod tabelą Załącznika 1B. W tabeli Załącznika 1B Zamawiający przedstawił wymagane pozycje kosztowo-twórcze, w podziale na koszty ogólne dla projektu oraz w podziale na koszty przypadające bezpośrednio dla poszczególnych pięciu Kontraktów na roboty. Po odpowiednim wypełnieniu pól zaznaczonych kolorem pomarańczowym otrzymano wartość „W” -tj. wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 dla poszczególnych pięciu Kontraktów, którą to wartość „W” należało następnie podstawić do poszczególnych wzorów przedstawionych w Załączniku 1A do formularza ofertowego, celem obliczenia wynagrodzenia stałego w okresie podstawowym, wynagrodzenia stałego w okresie wydłużonym, wynagrodzenia stałego w okresie ponad wydłużony oraz wynagrodzenia zmiennego w całym okresie realizacji Etapu 2 jak również wynagrodzenia w Etapie 3 (Okres gwarancji). Odwołujący wskazał, że S. w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego zawartym

15

w ofercie zaniechał wypełnienia wielu pozycji zaznaczonych kolorem pomarańczowym, bądź też przedstawił kwoty niewystarczające do pokrycia przewidywanych kosztów.

W opinii Odwołującego, S. nie uwzględnił, bądź uwzględnił w sposób nieprawidłowy koszty następujących elementów: 1. Koszty związane z zapewnieniem środków transportu Zgodnie z pkt 2.2 Opisu przedmiotu zamówienia Inżynier w ramach swej umowy zobowiązany jest objąć swym nadzorem realizację pięciu umów na wykonanie robót budowlanych w systemie „projektuj i buduj” realizowanych na obszarze całej Polski w podziale na 5 regionów:

- Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap I - część przejazdowa”. Zadanie nr 1 - Poprawa bezpieczeństwa na wybranych skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami na terenie: IZ Lublin, IZ S., IZ Skarżysko Kamienna, IZ Warszawa - Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap I - część przejazdowa”. Zadanie nr 2 - Poprawa bezpieczeństwa na wybranych skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami na terenie: IZ Białystok, IZ Bydgoszcz, IZ Gdynia, IZ Olsztyn;
 - Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap I - część przejazdowa”. Zadanie nr 3 - Poprawa bezpieczeństwa na wybranych skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami na terenie: IZ Ł., IZ O., IZ P., IZ S., IZ W., IZ Z.
 - Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap 1 - część przejazdowa”. Zadanie nr 4 - Poprawa bezpieczeństwa na wybranych skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami na terenie: IZ C., IZ K., IZ K., IZ N., IZ R., IZ S.
- Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap 1 - część przejazdowa”. Zadanie nr 5 - Poprawa bezpieczeństwa na wybranych skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami na terenie: IZ O., IZ T., IZ W.. Zgodnie z pozycją 1.6.2 Załącznika 1B do formularza ofertowego (szczegółowa kalkulacja wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 2-W) Wykonawca winien był oszacować miesięczny koszt transportu dla Personelu Inżyniera + samochód. S. w swej kalkulacji przedstawiło kwotę 3.500,00 PLN miesięcznie, jako kwotę, która miałaby być wystarczająca na pokrycie miesięcznych kosztów transportu oraz zakupu samochodów dla zespołu specjalistów wymienionych od pozycji 1.1 do 1.4.8 kalkulacji Załącznika 1B, tj. dla 38 osób wchodzących w skład Zespołu Biura Inżyniera. Należy zatem kwotę 3.500 podzielić przez ilość personelu (38) i ilość dni roboczych w miesiącu (średnio

transportu jednego specjalisty mającego poruszać się w ramach realizacji Umowy. A podkreślić należy, że umowa obejmuje nadzór na realizacją pięciu Kontraktów, rozmieszczonych na terenie całej Polski na przestrzeni kilkuset kilometrów. Zgodnie zaś z pozycjami: 3.5.2; 4.5.2; 5.5.2; 6.5.2; 7.5.2 Załącznika IB do formularza ofertowego Wykonawca winien był oszacować koszty transportu

- samochody (w tym koszty paliwa, ubezpieczenia, wynajmu samochodu, etc.) również dla poszczególnych pięciu odrębnych Kontraktów od 1 do 5. W tym przypadku S. w swej kalkulacji przedstawiło kwotę 2.500,00 PLN miesięcznie, jako kwotę wystarczającą na pokrycie miesięcznych kosztów transportu dla poszczególnych pięciu grup po 16 specjalistów przypadających oddzielnie dla każdego z Kontraktów. Po przeliczeniu otrzymamy wartość 7,10 PLN ($2.500,00 \text{ PLN} / 16 / 22 = 7,10$) jako dzienny koszt transportu jednego specjalisty mającego poruszać się w ramach danego, jednego z pięciu Kontraktów na przestrzeni kilkuset kilometrów. Zgodnie z SIWZ wykonawca winien był skalkulować odpowiednie środki transportu, uwzględniając koszty paliwa, ubezpieczenia, wynajmu samochodu, etc. Oczywiście jest, że każdy samochód musi posiadać ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, NNW i Assistance. Wymagane jest, aby Wykonawca zapewnił obsługę związaną z eksploatacją samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa, płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przedłużenia ubezpieczenia, mycia samochodu. Wykonawca może zakupić samochody bądź skorzystać z oferty leasingowej. Przy czym, przy założeniu, że leasinguje się pojazd o wartości około 40 tys. PLN, miesięczna rata leasingowa wynosi około 1.100 PLN przy umowie leasingowej zawartej na trzy lata.

a) Koszt zapewnienia paliwa

Według producenta średnie spalanie najtańszego auta wynosi 5,21 na 100km, wobec czego, przy założeniu, że dane auto pokonywało będzie dystans zaledwie 400 km dziennie przez 22 dni w miesiącu koszty paliwa przedstawiają się następująco:

Ilość km	Cena litra paliwa	Średni koszt miesięczny	Średni koszt brutto miesięczny po odliczeniu 50%
400km * 22 dni =	podatku VAT 4,44	$4,44 \times 5,21 \times 22 = 508,88$	$508,88 - 254,44 = 254,44$
8800 km miesięcznie			

b) Ubezpieczenie OC i AC.

Zgodnie z ofertami ubezpieczycieli najtańsza polisa kosztuje około 1240 PLN brutto rocznie. A więc po odliczeniu 50% podatku Vat daje to koszt 1123,16 PLN, który musi być uwzględniony w cenie oferty. Ponieważ ubezpieczenie opłacane jest w okresach rocznych jego koszt będzie wynosił miesięcznie: 93,60 PLN miesięcznie ($1123,16 / 12$). Jak w

przypadku kosztów paliwa - wykonawca ma obowiązek ubezpieczyć nie tylko auto dla Personelu Inżyniera Projektu, ale także samochody, które będą wykorzystywane w toku realizacji poszczególnych pięciu Kontraktów, jest to zatem niezbędne minimum w ilości sześciu pojazdów.

c) Mycie auta

Wykonawca winien uwzględnić koszty mycia auta co najmniej 2 razy w miesiącu. Koszt jednego mycia na myjni automatycznej to w najtańszym pakiecie 14,80 PLN brutto. Po odliczeniu 50% Vat 13,41 PLN. Miesięczny koszt mycia wynosi średnio 26,82 PLN.

d) Serwis

Zgodnie z przedmiotowymi zapisami SIWZ oprócz eksploatacji Konsultant musi zapewnić między innymi odpowiedni serwis uzależniony w dużej mierze od awaryjności auta, w tym: zakupić komplety opon zimowych. Zapewnić płyny eksploatacyjne oraz regularne przeglądy techniczne. Średni koszt przedmiotowych czynników wynosi około 100 zł miesięcznie.

Podsumowanie kosztów: Składnik Średni miesięczny koszt leasing /amortyzacja 1.100

Paliwo 2.031,74
Ubezpieczenie 93,60
Mycie auta 26,82
serwis 100

Średni miesięczny koszt zapewnienia tylko jednego auta to: 3.352,16 PLN, a więc w przeliczeniu na 6 sześć minimalnie wymaganych pojazdów i 30 miesięcy okresu podstawowego daje kwotę: 603.388,80 PLN i znacznie przekracza wartość przyjętą przez S. - która wynosi, zgodnie z Załącznikiem IB do formularza ofertowego łącznie jedynie 480.000 PLN (pozycje: 1.6.2; 3.5.2; 4.5.2; 5.5.2, 6.5.2 oraz 7.5.2). Odwołujący zaznacza, że w razie takiej konieczności S. nie jest w stanie zapewnić choćby jednego dodatkowego auta.

2. Koszty zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego na umowę o pracę. Zgodnie z zapisami § 9 Umowy pkt 10 i 11 (po modyfikacji nr 7 z dnia 14.04.2017) Wykonawca zobowiązany jest zatrudnić „no podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności związane z realizacją umowy (tj. pracownicy biurowi), w zakresie (obsługi administracyjno- technicznej projektu i Kontraktów 1 - 5J". Wykonawca S., pomimo obowiązku wypełnienia w Załączniku IB do formularza ofertowego pól oznaczonych kolorem pomarańczowym w żadnej z pozycji nie przeznaczył jakiegokolwiek kwoty na sfinansowanie wspomnianego wyżej personelu, pomimo że Zamawiający w tabeli 1B przewidział na ten cel odpowiednie pozycje:

18

- w zakresie Zespołu Biura inżyniera pozycje: 1.3; 1.3.6; 1.4.8 (inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 1 - pozycja 3.3.1; 3.3.2; 3.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 2 - pozycja 4.3.1; 4.3.2; 4.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 3 - pozycja 5.3.1; 5.3.2; 5.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 4 - pozycja 6.3.1; 6.3.2; 6.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb), - w zakresie zespołu dla Kontraktu 5 - pozycja 7.3.1; 7.3.2; 7.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb).

Zgodnie z pkt. 3.2.1 OPZ wykonawca zobowiązany jest utworzyć pięć odrębnych biur zadaniowych zlokalizowanych w W. lub R. (Kontrakt 1), G. lub B.y (Kontrakt 2), P. (Kontrakt 3), K. lub K. (Zadanie 4), K. lub O. (Zadanie 5). Każde z tych biur winno posiadać niezależną logistykę i obsługę administracyjno-techniczną oraz biurową. Zatrudnienie 15 osób na umowę o pracę nakłada na Wykonawcę odpowiedzialność oraz dodatkowe zobowiązania - które są zobowiązaniami kosztotwórczymi, Koszty te w ogóle nie zostały uwzględnione w cenie oferty S. - co wynika z faktu pozostawienia niewypełnionych pozycji w Załączniku IB do Formularza Ofertowego, a następnie koszty te nie zostały wskazane w złożonych wyjaśnieniach. Koszty, jakie ponosi pracodawca przy zatrudnianiu pracownika na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem równym minimalnej - obecnie 2.000,00 zł brutto (przy podstawowych kosztach uzyskania -111,25 zł) - wynoszą:

- składka na ubezpieczenie emerytalne w wysokości 9,76% *2.000,00 zł = 195,20 zł,
- składka na ubezpieczenie rentowe w wysokości 6,50% *2.000,00 zł = 130,00 zł,
- składka na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości 1,80% * 2.000,00= 36,00 zł,
- składka na Fundusz Pracy - 2.000,00 * 2,45% = 49,00 zł,
- składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - 2.000,00 zł * 0,10% = 2,00 zł.

Suma dodatkowych obciążeń to 412,20 zł. Wobec czego realny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu osoby na umowę o pracę to 2412,20zł na osobę.

Wypełniając zapisy SIWZ i zapewniając po 3 osoby dla każdego z pięciu Kontraktów (personel biurowy i pomocniczy) wykonawca S. musi ponieść minimalne koszty w wysokości 36.183 zł miesięcznie, co w przeliczeniu na 30 miesięcy okresu podstawowego Etapu 2 daje kwotę łączną w wysokości 1.085.490,00 (15 osób*30 miesięcy*2.412), która to kwota w całości nie została uwzględniona w ofercie S.. Wskazany koszt należy powiększyć o

19

konieczność zatrudnienia wspomnianych osób również w okresie wydłużonym (6 miesięcy) oraz w okresie wykraczającym poza okres wydłużony (3 miesiące), tj. w sumie: o kolejne 9 miesięcy * 15 osób * 2412,20zł = 325.647 PLN. Łączna kwota niedoszacowania oferty S. w zakresie konieczności zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę wynosi: 1.411.137,00 PLN. Brak uwzględnienia środków finansowych na zapewnienie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy (tj. pracownicy biurowi), w zakresie obsługi administracyjno - technicznej projektu i Kontraktów 1-5, pomimo przewidzenia na ten cel odpowiednich pozycji kosztowo-twórczych przez Zamawiającego w Załączniku 1 B do formularza ofertowego, stanowi także niezgodność treści oferty S. ze Specyfikacją Istotnych Warunków przedmiotowego Zamówienia - o czym poniżej.

3. Koszt gwarancji należytego wykonania umowy

Podany w Załączniku IB przez S. koszt gwarancji należytego wykonania umowy to wartość 30.000 PLN. Nawet zakładając niemożliwą do uzyskania na rynku wysokość rocznej stawki ubezpieczeniowej z tytułu udzielenia przedmiotowej gwarancji na poziomie 1%, w przypadku ceny brutto na poziomie 14 mln PLN całkowity koszt gwarancji dla Projektu wynosił będzie około 70 tysięcy PLN. Wartość została obliczona w następujący sposób, jako suma poniższych pozycji: - w okresie podstawowym: 10% ceny brutto S. *1%*3,5 roku; - w okresie pięcioletniego okresu zgłaszania wad: 30% wcześniejszej sumy gwarancyjnej (wynoszącej 10% całkowitej ceny brutto)*1%*5 lat. Wskazał, że ubezpieczyciele zwykle stosują stawkę 1,5% w skali roku dla klientów preferencyjnych, zaś standardowo stosowana stawka to około 2,3 % w skali roku.

4. Koszt wynagradzania projektantów wchodzących w skład zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji - pozycje od 1.4.1 do 1.4.7 Załącznika IB do Formularza ofertowego Odwołujący wskazał, że każdy z pięciu Kontraktów, które winny być objęte nadzorem w ramach przedmiotowego zamówienia realizowany będzie w systemie „Projektuj i buduj - FIDIC Żółta Książka”, co oznacza, że faza realizacji robót budowlanych poprzedzona będzie okresem projektowania przez wykonawcę robót. Zamawiający w pkt. 4.2.2 OPZ określił dwadzieścia jeden punktów odnoszących się do obowiązków Wykonawcy w tym zakresie. Poczynając od bieżącej weryfikacji i akceptacji dokumentów wykonawcy robót, poprzez weryfikację wykonanej dokumentacji projektowej, weryfikację dokumentów dotyczących interoperacyjności, weryfikację prawidłowości zaprojektowania linii rozgraniczającej inwestycji, rozwiązań projektowych, badań weryfikację optymalnych nadzorowanie geologicznych, weryfikację sporządzenia raportu o oddziaływanie na środowisko, weryfikację dokumentacji niezbędnej do wystąpienia o uzgodnienia formalno- prawne, czynny udział w posiedzeniach Zespołu Oceny Projektów Inwestycyjnych, opiniowanie zmian w dokumentacji podczas realizacji robót, weryfikację kompletności dokumentacji, nadzór nad koordynacją prac projektowych, itd. Odwołujący wskazuje, że pomimo specyfikacji projektu (system

20

„Projektuj i buduj”) oraz pomimo tak obszernie scharakteryzowanych obowiązków Wykonawcy w zakresie opiniowania i koordynacji dokumentacji projektowej, S. w swej ofercie na sfinansowane miesięcznego kosztu pracy Projektanta w danej branży przewidział kwotę od 140 do 250 PLN miesięcznie. Jest to kwota znacząco nieadekwatna do wymaganego przez OPZ miesięcznego zaangażowania danego Projektanta, który zgodnie z

pkt. 3.1.2 OPZ winien posiadać wykształcenie wyższe, uprawnienia bez ograniczeń do projektowania w danej branży oraz co najmniej 5 lat doświadczenia w danej specjalności, jak również w dotychczasowym dorobku opracowanie w charakterze projektanta minimum 2 dokumentacji projektowych (obejmujących zarówno projekt budowlany i wykonawczy).

Projektanci spełniający postawione przez Zamawiającego kryteria z całą pewnością, biorąc pod uwagę aktualnie przeważający „rynek pracownika” nie będą zainteresowani

za które się wykonywaniem odpowiedzialnych obowiązków,

mogą spodziewać

wynagrodzenia na poziomie od 140 do 250 PLN miesięcznie.

5. Koszt wynagradzania Inspektorów Nadzoru wchodzących w skład Zespołów zmiennych Kontraktów 1 - 5+

Odwołujący wskazał, że w przypadku Inspektorów nadzoru w specjalności sanitarnej, konstrukcyjno- budowlanej czy drogowej, miesięczny koszt ich zatrudnienia w ofercie S. waha się od 400,00 do 500,00 PLN. Odwołujący wskazał, że wykaz obowiązków przewidzianych do realizacji przez wykonawcę Zamawiający zawarł na 19 stronach OPZ od

pkt. 4.1 do 4.2.10. Zdaniem Odwołującego, niemożliwe jest sfinansowanie zaangażowania danego Inspektora nadzoru kwotą 400,00, czy 500,00 PLN miesięcznie. Nawet jeżeli jeden i ten sam Inspektor w danym zespole zmiennym wykonywał będzie obowiązki w ramach aż wszystkich pięciu Kontraktów rozmieszczonych na terenie całego kraju, wówczas uzyska za nie kwotę zaledwie 2.000 PLN miesięcznie. Jest to stawka nierealna, biorąc pod uwagę szeroki zakres obowiązków, osobistą odpowiedzialność oraz znaczne odległości do pokonania, celem dokonania codziennej kontroli robót.

6. Koszt wynagradzania Specjalistów ds. Ochrony Środowiska

Odwołujący wskazał, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 13 z dnia 01.03.2017 r., Zamawiający potwierdził że obowiązkiem Wykonawcy będzie zarówno prowadzenie nadzoru w zakresie ochrony środowiska nad realizacją robót, jak również zapewnienie nadzoru przyrodniczego zgodnie z warunkami decyzji, postanowień i zaświadczeń administracyjnych. Jednocześnie Zamawiający, udzielając w dniu 01.03.2017 r. odpowiedzi na pytanie nr 52 uszczegółowił zakres obowiązków każdego ze Specjalistów ds. Ochrony Środowiska, wskazując, że będą oni na bieżąco pracować w terenie i będą nadzorować realizację Kontraktów 1-5, tak aby ich realizacja była zgodna z wymogami prawa oraz niezwłocznie reagować w sytuacji identyfikacji zagrożeń. Szczegółowy opis obowiązków w zakresie ochrony środowiska i badań archeologicznych został dokonany przez Zamawiającego w pkt.

21

4.2.4 OPZ. Pomimo tak szerokiego i pracochłonnego określenia obowiązków spoczywających na Wykonawcy w zakresie ochrony środowiska, w ofercie S. przewidziano kwotę zaledwie 500,00 PLN miesięcznie na sfinansowanie pracy jednego Specjalisty ds. ochrony środowiska w ramach danego Kontraktu.

7. Koszt zatrudnienia dodatkowego personelu

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w pkt. 3.1.1 OPZ podkreślił, że przedstawiona lista Personelu Wykonawcy nie jest wyczerpująca i stanowi minimalne wymagania Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest zwiększyć (w ramach wynagrodzenia) liczbę Personelu samodzielnie lub na wezwanie Zamawiającego. Pomimo tak sformułowanego zastrzeżenia oraz pomimo przewidzenia przez Zamawiającego odpowiednich do tego celu pozycji w Załączniku IB do Formularza ofertowego, w postaci siedemnastu komórek zdefiniowanych „inne osoby w zależności od potrzeb” w ofercie S. pozycje te pozostały niewypełnione, co wskazuje na rażąco niską cenę oferty S.. Zamawiający zgodnie z SWZ uprawniony jest do żądania zwiększenia liczby Personelu, zaś S. nie przewidział w ogóle żadnych kosztów realizacji spoczywającego na nim wskazanego zobowiązania umownego. Ponadto, działanie S. stanowi niezgodność treści oferty ze Specyfikacją, ponieważ Wykonawca został zobowiązany przez Zamawiającego do wypełnienia wszystkich pól oznaczonych kolorem pomarańczowym w narzuconym przez Zamawiającego wzorze Załącznika IB do Formularza ofertowego.

8. Koszty okresu wydłużonego i okresu wykraczającego poza okres wydłużony

Odwołujący wskazuje, że przedstawione przez S. w Załączniku 1 B do Formularza ofertowego łączne koszty dotyczą Okresu podstawowego, zdefiniowanego w § 3 Warunków Umowy - jako okres 30 miesięcy. Jednakże Wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia nadzoru również w okresie wydłużonym (6miesięcy) i w okresie wykraczającym poza okres wydłużony (3 miesiące), w których to okresach poprzez zastosowanie narzuconych przez Zamawiającego wzorów, Wykonawca pomimo pełnienia adekwatnych do okresu podstawowego obowiązków uprawniony będzie do fakturowania mniejszej kwoty wynagrodzenia stałego. W okresie wydłużonym, poprzez zastosowanie wskaźnik „n” na poziomie 0,8, S. uprawnione będzie do fakturowania około 80% wynagrodzenia stałego w okresie podstawowym. Zaś w okresie wykraczającym poza okres wydłużony, poprzez zastosowanie wzoru „ $r \cdot 0,2 \cdot 40\% W$ ” S. uprawnione będzie do fakturowania około 20% wynagrodzenia stałego w okresie podstawowym. Skoro zaś wynagrodzenie w ofercie S. jest niewystarczające na sfinansowanie okresu podstawowego, tym bardziej nie będzie niewystarczające do sfinansowania kosztów wynikających z okresu wydłużonego i okresu wykraczającego poza okres wydłużony.

22

Podsumowując - złożone przez S. wyjaśnienia nie wykazują, że wykonawca ten ujął

w cenie oferty wszystkie koszty, które muszą być poniesione w toku realizacji umowy i które powinny być uwzględnione w cenie oferty. Skoro koszty takie nie zostały wskazane w wyjaśnieniach, to oczywistym jest, że nie zostały one ujęte w cenie oferty. Kwestia zakresu i treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny odnośnie kosztów osobowych była ostatnio

przedmiotem orzekania Sądu Okręgowego w W., który w wyroku z dnia 14 marca 2017 roku, sygn. akt XXIII Ga 967/16 wyraźnie stwierdził, że konieczne jest przedstawienie konkretnych dowodów: „Do oceny czy oferta nie zawiera rażąco zaniżonego składnika jej ceny, tj. kosztów osobowych należało przedstawić dowody odnoszące się wyłącznie do tego konkretnego oferenta, w tym przypadku E spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.. (...) Takie zasady powinny dotyczyć wszystkich kategorii (poziomów zaawansowania) osób; które przedmiotowe zamówienie miało wykonywać. Sądu nie interesowały hipotetyczne czy też uśrednione koszty występujące na rynku, lecz dokładne (co do grosza) koszty ówczesnego H (później już następcy prawnego), to bowiem ta spółka ubiegała się o zamówienie i przedstawiała Zamawiającemu wyjaśnienia odnośnie swojej ceny. Przystępujący na żadnym etapie postępowania - w szczególności na etapie składania wyjaśnień tego nie uczynił. Nie przyjął takiej metody; lecz ograniczył się wyłącznie do głoślowych twierdzeń, że koszt całkowity dotyczący danej kategorii osób wynosi daną wartość; nic więcej. Jako jedyny argument wskazał, że takie wartości były podawane przez spółkę w innych postępowaniach. Ten sam argument był eksploatowany w postępowaniu skargowym.” Zgodnie z powyższym poglądem S. powinien wskazać dla każdego pracownika konkretną umowę i konkretne koszty, jakie będą ponoszone w związku z jego zatrudnieniem.

Wskazał, że zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz, że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Tak przykładowo w wyroku KIO 613/17: „W postępowaniu wyjaśniającym zgodnie z art. 90 ust 2 Wykonawca powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości Zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.” Jak wynika z argumentacji przedstawionej powyżej - S. nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu wykazania, zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe. Izba w w/w wyroku wyraźnie uznała takie wyjaśnienia za niewystarczające: „Zamawiający wskazał w wezwaniu te elementy oferty, które na etapie oceny budzą jego największe wątpliwości i Zamawiający oczekiwał, że te elementy zostaną mocno uzasadnione. Wykonawca nie uczynił zadość żądaniu Zamawiającego, a w szczególności, nie przedstawił dowodów na okoliczności, które mogły znacząco wpłynąć na obniżenie ceny ofertowej. Lakoniczne wskazanie w wyjaśnieniu, że Wykonawca korzysta z atrakcyjnych

23

rabatów na zakup materiałów, posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, ma wprowadzone systemy zarządzania jakością, co pozwoliło usprawnić organizację pracy, w cenie zawarte są obniżone koszty transportu materiałów preizolowanych, posiada wykwalifikowaną i doświadczoną kadrę, że Wykonawca zrealizował w dwóch poprzednich latach roboty za kwotę 175 mln

oraz wypracował zysk na poziomie 2,3

mln zł netto są własnymi deklaracjami nie popartymi żadnymi dowodami. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska, ponieważ ich celem jest wzruszenie przyjętego domniemania. Wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną cenę w ofercie. W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił jedynie ogólnikowe stwierdzenia, które uniemożliwiają pozytywną weryfikację tych wyjaśnień i tego powodu nie można ich uznać za wystarczające. Wyjaśnienia Wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne jedynie jemu uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny - a informacja o wykonaniu podobnych zadań na przestrzeni kilku lat nie jest dowodem przesądzającym o sposobie ich kalkulacji.” Także Sąd Okręgowy w W. sygn. akt XXIII Ga 967/16 podkreślił bardzo istotną kwestię ciężaru dowodu przy rozpatrywaniu zarzutu rażąco niskiej ceny: „W tym miejscu należy wyjaśnić, że to nie skarżący (na etapie przed KIO - odwołujący) mają wykazywać, że oferta konkurenta jest rażąco niska, lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu spoczywa na barkach tego, który oferuje i rozpoczyna się od momentu żądania wyjaśnień przez Zamawiającego i nie ulega on modyfikacji na etapie

postępowania zarówno odwoławczego jak i skargowego. (...) Abstrahując od faktu, iż dowodzenie tego przez skarżących było bardzo utrudnione (nie mieli dostępu do danych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) to jeszcze raz należy powtórzyć - to nie skarżący mieli tego dowodzić. Ich działanie było bezcelowe i jedynie zbędnie pochłaniało czas poświęcony na wyciąganie wniosków ze strzępów danych, które pojawiały się na etapie postępowania przed KIO czy przed sądem."

III. Zaniechanie odrzucenia oferty S., której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający w postanowieniu § 9 ust 10 i 11 Umowy (po modyfikacji nr 7 z dnia 13 kwietnia 2017) wymagał, aby Wykonawca zatrudnił na podstawie umowy o pracę pracowników biurowych: „Wykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności związane z realizacją umowy (tj. pracownicy biurowi), w zakresie (obsługi administracyjno - technicznej projektu i Kontraktów 1 -5)". W celu wskazania wynagrodzenia dla tych osób Zamawiający w tabeli Załącznika IB przewidział odpowiednie pozycje do wypełnienia:

- w zakresie Zespołu Biura Inżyniera pozycje: 1.3; 1.3.6; 1.4.8 (inne osoby w zależności od potrzeb),

24

- w zakresie zespołu dla Kontraktu 1 - pozycja 3.3.1; 3.3.2; 3.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 2 - pozycja 4.3.1; 4.3.2; 4.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 3 - pozycja 5.3.1; 5.3.2; 5.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb), - w zakresie zespołu dla Kontraktu 4 - pozycja 6.3.1; 6.3.2; 6.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb), - w zakresie zespołu dla Kontraktu 5 - pozycja 7.3.1; 7.3.2; 7.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb).

Wszystkie w/w pozycje S. pozostawił bez wypełnienia. Wynika z tego, że S. nie przewidziało w ogóle w ofercie zatrudnienia personelu biurowego na podstawie umowy o pracę. Tym samym treść oferty

S. nie odpowiada treści SIWZ i oferta ta powinna zostać odrzucona.

Podobnie w ofercie nie przewidziano w ogóle zatrudnienia Personelu dodatkowego, zgodnie z pkt 3.1.1. OPZ, co także powinno stanowić podstawę odrzucenia oferty S..

IV. Bezpodstawne dokonanie poprawek omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy S. i w ofercie wykonawcy N.G..

Zgodnie z pkt. 19.11 IDW - w przypadku wystąpienia omyłek w złożonej ofercie (formularz oferty) Zamawiający poprawi omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, tj. przyjmie za prawidłowe wartości jednostkowe i poprawi sumę i/lub iloczyn niniejszych wartości. Zgodnie z pkt. 19.3 IDW Zamawiający poprawi oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe (...) nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z treścią pkt 4. Formularza ofertowego, podana w tym punkcie cena ofertowa winna być przeniesiona z tabeli w pkt 4 Załącznika 1A do Formularza ofertowego. Całkowita cena ofertowa podana przez S. w tabeli w pkt. 4 załącznika 1A do formularza ofertowego to wartość: 10.769.449,0 PLN netto + 2.476.973.27 PLN + 13.246.422.27 PLN brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 28 czerwca 2017 r. poinformował wykonawcę S., że poprawił oczywistą omyłkę rachunkową podnosząc wartości w tabeli w pkt. 4 Załącznika 1A do formularza ofertowego o kwotę 889.673,73 PLN brutto, tj. do wartości brutto: 14.136.096,00 PLN, pomimo że S. w pkt. 4 Załącznika 1A do formularza ofertowego przedstawił kwotę 13.246.422,27 PLN brutto. Uznając nawet, że z tabeli nr 7 w pkt 3 Załącznika 1A do formularza ofertowego wynika kwota 14.136.096,00 PLN brutto, powyższe nie oznacza, że S. ostatecznie nie zadeklarowało ceny 13.246.422,27 PLN brutto, co zostało potwierdzone poprzez podanie takiej wartości w pkt. 4 Załącznika 1A do formularza ofertowego oraz w samym Formularzu Ofertowym. Tak daleko idącą ingerencją Zamawiającego w korektę ceny S. nie można uznać jako niepowodującej istotnej zmiany treści oferty S.. Zamawiający pismem z dnia 13 września 2017 r. poinformował także

25

wykonawcę N.G., że poprawił oczywistą omyłkę rachunkową polegającą na podstawieniu, w Załączniku 1A do Formularza ofertowego, do wzorów służących kalkulacji ceny przez

Wykonawcę N.G. w zakresie Kontraktu nr 5 wartości „W” wynoszącej 3 469 643,00, zamiast prawidłowej zdaniem Zamawiającego wartości „W” dla Kontraktu 5 wynoszącej 3 259 643,00. Odwołujący wyjaśnił, że zasadniczo wartość „W”

- czyli wynagrodzenie podstawowe

w okresie podstawowym uzyskuje się na podstawie narzuconego przez Zamawiającego Załącznika IB do formularza ofertowego - „kalkulacja wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 2-W”. Jeżeli zatem Wykonawca N.G. podstawił do wzorów wartość „W” inną (wyższą) niż ta, którą przedstawił w Załączniku 1B do formularza ofertowego, zdaniem Odwołującego Zamawiający nie powinien być dokonywać poprawki omyłki rachunkowej, ponieważ być może intencją Wykonawcy N.G. było zastosowanie w przypadku Kontraktu 5 wartości „W” wyższej niż wynikało to z kalkulacji Załącznika IB do formularza ofertowego.

V. Zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy S. na podstawie przepisu art. 24 ust. 12, ust. 16 i ust. 17 ustawy Pzp:

Zamawiający ocenił oferty zgodnie z pkt. 19.7 IDW według poniższych trzech kryteriów:

- Kryterium 1 „Cena”-waga kryterium na poziomie 40%
- Kryterium 2 „Doświadczenie personelu Wykonawcy” - waga kryterium na poziomie 30%
- Kryterium 3 „Metodologia” - waga kryterium na poziomie 30%

W ramach Kryterium 2 ocenie podlegało opisane w ofercie doświadczenie pięciu Inżynierów Rezydentów przypisanych do kontraktów 1-5. Każdy z Inżynierów Rezydentów mógł otrzymać maksymalnie 20 punktów z tytułu posiadanego doświadczenia oraz ilości nadzorowanych przedsięwzięć o wartości co najmniej 20 mln PLN netto. W sumie łącznie wszystkich pięciu Inżynierów Rezydentów mogło uzyskać maksymalnie 100 punktów, co po uwzględnieniu wagi Kryterium 2 na poziomie 30% dawało maksymalną ilość punktów w ramach Kryterium 2, wynoszącą 30. Podał, że Odwołujący jest jednym z najbardziej aktywnych i doświadczonych podmiotów na rynku nadzorów realizowanych w ramach inwestycji kolejowych, dzięki czemu posiada bardzo doświadczoną kadrę, mogąca poszczycić się wieloletnim doświadczeniem w ramach wielu inwestycji. Okoliczności te pozwoliły Odwołującemu uzyskać w ramach Kryterium 2 aż 27,6 punktu na 30 możliwych punktów z tytułu posiadanego doświadczenia osób wskazanych na stanowiska Inżynierów Rezydentów w ofercie Odwołującego. Z kolei wykonawca S., jego zdaniem, jest jednym z mniej aktywnych podmiotów akurat na rynku nadzorów kolejowych, stąd zastanawiająca jest punktacja Zamawiającego dla oferty S. w ramach Kryterium 2 - Doświadczenie personelu Wykonawcy, tj. 23,40 punktu na 30 możliwych punktów. Wobec braku aktywności na tym specyficznym rynku S. nie posiada własnego Personelu, który S. mógł przedstawić w ofercie w zakresie Kryterium 2. Zatem S. musiał posłużyć się Personelem użyczonym przez inny

26

podmiot lub też osobami współpracującymi z różnymi wykonawcami, w zależności od projektów. Podkreślił, że osób, które spełniają wymagania postawione w SIWZ dla Kryterium 2 w ogóle jest niewiele na rynku. Zatem w ofercie S. mogły zostać przedstawione osoby, które bynajmniej nie nawiązały przed złożeniem ofert współpracy ze S. i nawet nie są świadome, że

S. umieściło je w swojej ofercie - w szczególności zaś osoby, które nie wyrażały zgody na przedstawienie ich w ofercie S.. Jak wskazano powyżej - Wykaz osób oraz lista Personelu nie została udostępniona Odwołującemu z naruszeniem prawa. Zatem także w przypadku niniejszego zarzutu mamy do czynienia z sytuacją, jak w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny. W pierwszej kolejności Izba powinna rozpatrzyć zarzut nieuzasadnionego nieudostępnienia Odwołującemu Wykazu osób oraz Listy Personelu. W przypadku, gdy zarzut ten potwierdzi się - niższy zarzut powinien zostać pozostawiony bez rozP., jako przedwczesny - gdyż Odwołującemu przysługiwać będzie prawo podnoszenia tego zarzutu po zapoznaniu się z bezpodstawnie nieudostępnioną częścią oferty. Z ostrożności jednak wskazał, że jedną z osób, która mogła zostać wskazana w ofercie S. na stanowisko jednego z pięciu Inżynierów Rezydentów, bądź na inne stanowisko jest pan W.M.. Pan W.M. w okresie 2014 - 2015 współpracował z G. (obecnie S.), ale zaniechał dalszej współpracy i nigdy nie wyraził zgody na uczestnictwo w ofercie S. złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Jeśli potwierdzi się fakt, że S. wskazało Pana W.M. w swojej ofercie - S. powinno zostać wykluczone z postępowania, gdyż Pan W.M. nie wyraził nigdy zgody na współpracę ze S. w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, co wskazuje wprost, że S. wprowadziło Zamawiającego w błąd podając w ofercie nieprawdziwe informacje. W celu zapewnienia Zamawiającego, że osoby wskazane przez Odwołującego

na stanowiska pięciu Inżynierów Rezydentów podlegający punktacji w ramach Kryterium 2 - „doświadczenie personelu wykonawcy” wyraziły zgodę na ich uczestnictwo w ofercie Odwołującego, Odwołujący w dniu 20.07.2017 r. przesłał do Zamawiającego stosowne pismo wraz załączonym oryginalnym oświadczeniem podpisanym przez każdego z Inżynierów Rezydentów w zakresie ich zgody na udział w przedmiotowym postępowaniu w ofercie Odwołującego.

VI. Ocena oferty Odwołującego w Kryterium Metodologia

W dniu 13.04.2017 Zamawiający dokonał modyfikacji nr 7 w SIWZ w zakresie Kryterium 3 wyboru oferty najkorzystniejszej - „Metodologia”. W ramach Kryterium 3-„Metodologia” Zamawiający wyodrębnił: □

Podkryterium PK 1 - Ryzyka Projekt, w formie opracowania pisemnego zawierającego identyfikację ryzyk związanych ze sprawowanym nadzorem inwestorskim oraz propozycję powstrzymania ich wystąpienia /minimalizacji negatywnych skutków ich wystąpienia. Ryzyka winny się były odnosić do 10 kluczowych elementów Projektu wskazanych przez

27

Zamawiającego, które stanowią Załącznik 1C do Formularza ofertowego. Maksymalna możliwa ilość punktów do uzyskania w ramach Podkryterium PK 1 wynosi 15. □

Podkryterium PK2 - Rozmowa z Inżynierem Projektu na którą składały się trzy pytania zadane przez Przewodniczącą Komisji. Maksymalna możliwa ilość punktów do uzyskania w ramach Podkryterium PK 2 wynosi 15.

W sumie w ramach Kryterium 3 - „Metodologia” Wykonawca mógł zdobyć w sumie maksymalnie 30 punktów. Zgodnie z Informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, Wykonawca S. w ramach Kryterium 3 - „Metodologia” uzyskał maksymalną możliwą do uzyskania ilość punktów - 30, to jest po 15 punktów zarówno w ramach Podkryterium 1 (pisemne opracowanie „Ryzyka Projektu”) jak i Podkryterium 2 (Rozmowa z Inżynierem). Z kolei Odwołujący w ramach Kryterium 3 - „Metodologia” otrzymał zaledwie 10,5 punktu, tj. jedynie 3 punkty za Podkryterium 1 (pisemne opracowanie „Ryzyka projektu”) oraz 7,5 punktu za Podkryterium 2 (Rozmowa z Inżynierem Projektu). Odwołujący wskazał, że w postępowaniu rozstrzygniętym w lipcu 2017 r. pn. „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania pn.: Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi na linii kolejowej nr 146 na odcinku Wyczerpy - Chorzew Siemkowice od km 0,000 do km 47,626 w ramach projektu POIiŚ 5.2 - 4 „Prace na linii kolejowej nr 146 na odcinku Wyczerpy - Chorzew Siemkowice” Odwołujący uzyskał 15 punktów na możliwych 15 za załączone do oferty identyczne opracowanie „Ryzyka projektu” w ramach Podkryterium 1 (Kryterium 3). W obu postępowaniach - niniejszym i w/w - Kryteria punktowania ofert ustalone były tak jak w przedmiotowym postępowaniu w ramach Kryterium 3 „Metodologia” - Podkryterium PK1 - pisemne opracowanie „Ryzyka projektu”. Treść SIWZ w zakresie ocen Metodologii była taka sama, a wskutek czego także złożona Metodologia była porównywalna. Odwołujący wskazał również, że w postępowaniu rozstrzygniętym we wrześniu 2017 r. pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku S.-T., etap III - L. T.”, Odwołujący uzyskał 12 punktów na możliwych 15 za załączone do oferty porównywalne opracowanie „Ryzyka projektu” w ramach Podkryterium 1 (Kryterium 3). Także tutaj zachodziła tożsamość postanowień SIWZ i Metodologii. Odwołujący podniósł ponadto, że odpowiednio 26.09.2017r. oraz 28.09.2017r. zostały skierowane do Zamawiającego wnioski o udostępnienie elektronicznych wersji części jawnych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz protokołu, korespondencji, wezwań, wyjaśnień, uzupełnień itp. związanych z przedmiotowym postępowaniem przetargowym. Termin na udostępnienie wnioskowanych informacji powinien być wyznaczony przez Zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu stosownego wniosku (a więc bez zbędnej zwłoki). Zamawiający udostępnił Odwołującemu oferty oraz korespondencję z Wykonawcami w dniu 29.09.2017. Jednakże z zupełnie niezrozumiałych przyczyn dopiero w dniu 4.10.2017 (9 dzień po dokonaniu wyboru

28

oferty najkorzystniejszej) został przekazany protokół postępowania, o który wnioskowano po raz trzeci i czwarty w dniach odpowiednio: 02.10.2017r i 03.10.2017r.. Niestety protokół przekazano bez załączników, w tym tych załączników, w których zawarta jest ocena oferty

Odwołującego w Kryterium „Metodologia”. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że nawet w liście załączników do protokołu Zamawiający nie wskazał żadnych dokumentów, które można by uznać za dokumenty z oceny oferty Odwołującego. Korespondencja - w załączeniu. Celem zobrazowania diametralnie różnego sposobu działania tego samego Zamawiającego w zakresie informowania Wykonawców o sposobie oceny złożonych ofert, można przywołać informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z postępowania rozstrzygniętego we wrześniu 2017 r. pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku S.-T., etap Ml - L. T.”, do której Zamawiający załączył obszerne tabelaryczne zestawienie przyznanych punktów w sposób drobiazgowy przedstawiając punktację zarówno za każdą osobę zgłoszoną w ramach Kryterium 2, jak i za każde ryzyko oraz za każdą odpowiedź Inżyniera w ramach Kryterium 3. Tym samym Odwołujący w ogóle nie może odnieść się do przyznania mu zbyt małej ilości punktów w Kryterium Metodologia - gdyż nie zna w ogóle uzasadnienia ilości przyznanych punktów oraz ilości punktów za poszczególne części. Wobec powyższego - Odwołujący może skutecznie podnieść jedynie zarzut zaniechania udostępnienia mu uzasadnienia przyznania ofercie Odwołującego w Kryterium Metodologia jedynie 10,5 punktu. Po uwzględnieniu tego zarzutu przez Izbę i nakazanie udostępnienia brakującej części dokumentacji postępowania - Odwołujący będzie mógł skutecznie podnosić zarzuty w zakresie niewłaściwej oceny jego oferty w Kryterium Metodologia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca S.C. Sp. z o.o. z P. [Przystępujący lub wykonawca S.] wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w piśmie z dnia 18 października 2017 r. w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty podniesione w odwołaniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca S. w piśmie z dnia 18 października 2017 r. nawiązując do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 18/10/2017 r. oświadczył, że wnosi sprzeciw.

29

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu, albowiem Izba za zasadne uznała zarzuty skierowane do oferty wykonawcy S.C. Sp. z o.o. z siedzibą w P. odpowiednio w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 90 ust.3 ustawy Pzp i nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy oraz ponowną ocenę tej oferty w takim zakresie, w jakim nie mają zastosowania reguły z art. 191 ust.2 oraz 192 ust.2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zarzuty uwzględnione dotyczą: (1) warunku z pkt 8.6.2 specyfikacji w odniesieniu do stanowiska Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym; (2) zgodności treści oferty ze specyfikacją w zakresie wymaganego zatrudnienia personelu biurowego oraz personelu dodatkowego; (3) elementów oferty mających wpływ na cenę oferty.

Izba stwierdziła, że Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - B.R.I.K.I. Sp. z o.o. w W., B.P.K. w P. Sp. z o.o. i K.I. Sp. z o.o. w K. (Konsorcjum K. lub Odwołujący) - miał legitymację procesową wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania. Argumentacja podnoszona przez Przystępującego S. w zakresie możliwego zastosowania art. 93 ust.1 pkt 4Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Ta okoliczność może być rozważana, dopiero po wyborze innej oferty niż oferta Przystępującego S., której cena przewyższałaby kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Dodatkowo Izba zauważa, że Zamawiający nie potwierdził podnoszonej w takim zakresie argumentacji stwierdzając, że definitywna decyzja o ewentualnym zwiększeniu środków nie została podjęta.

(1) Zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 i ust. 2, i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie został skierowany do ofert trzech konkurujących w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców: wykonawcy S., Konsorcjum N.G. i wykonawcy M.

30

W przypadku oferty wykonawcy S., zdaniem Odwołującego informacje zawarte w załącznikach do oferty: nr 4 - „Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, nr 5 - „Załącznik nr 1 do JEDZ - osoby, którymi dysponuje wykonawca na potrzeby realizacji zamówienia, nr 6 - „Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert” oraz wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące rażąco niskiej ceny – nie stanowią w tych dokumentach tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W myśl wskazanego w odwołaniu art. 7 ust.1 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia (...) postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.” Z kolei w myśl drugiego ze wskazanych w odwołaniu przepisów art. 8 tej ustawy - jego ust.1: „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl jego ust.2: „Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie”. Natomiast stosownie do postanowień ust.3 tego przepisu: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4”.

Niewątpliwie nie zasługuje na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadnienie dla zastrzeżenia wymagane ust.3 art. 8 ustawy Pzp, albowiem wykazanie zasadności zastrzeżenia jest adresowane do zamawiającego, oraz do konkurujących wykonawców, którzy powinni dowiedzieć się, jakie to obiektywne czynniki uzasadniały ograniczenie zasady jawności w stosunku do danych informacji.

W stanie faktycznym sprawy wykonawca S. zastrzegł uzasadnienie, jako tajemnica przedsiębiorstwa dwukrotnie. Pierwsze z nich [Załącznik nr 4 do oferty - „Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”] dotyczy dokumentów złożonych w ofercie, a mianowicie: Załącznika nr 5 do oferty - „Załącznik nr 1 do JEDZ - osoby, którymi dysponuje Wykonawca na potrzeby realizacji zamówienia, oraz Załącznika nr 6 do oferty - „Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert”. Drugie z kolei dotyczy wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w piśmie z dnia 4 lipca 2017 r., w którym to piśmie wykonawca S. na str 1 wskazuje, że jest ono odpowiedzią na wezwanie z 28.06.2017

31

r., a w kolejnym akapicie oświadcza i zapewnia, że cena nie jest rażąco niska, z kolei na stronie 2 wskazuje na jego zastrzeżenie na podstawie art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podnosząc, że cyt: (...) zastrzegamy, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu wlv ustawy całą treść udzielonych przez nas wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez nas ceny (wraz ze wszystkimi załącznikami). W dalszej części pisma przedstawimy szczegółowe uzasadnienie tego zastrzeżenia. Podkreślamy i wskazujemy, iż z uwagi na przywołanie przez nas w niniejszym piśmie uszczegółowienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym m.in. poprzez dokładne wyartykułowanie i opisanie danych wchodzących i wychodzących z systemów informatycznych, jak również poprzez wskazanie w piśmie miejsc przenikania się tych systemów, oraz z uwagi na fakt, iż dwa spośród opisywanych systemów to autorskie rozwiązania własne - prawnie chronione, nasze zastrzeżenie jw. winno być respektowane.” Izba, wbrew deklaracjom nie znalazła „w dalszej części tego pisma” dodatkowej argumentacji. Wykonawca S., w jego punkcie I – Informacje wstępne -polemizuje

z treścią wezwania zwraca uwagę na ogólnikowość wezwania, powołuje się na komentarze do ustawy oraz orzecznictwo, na zakończony przetarg, na doświadczenie wykonawcy (str 2 do 7). W cz. II - oznaczonej jako „Szczegółowe wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny” – ponownie zapowiada szczegółowość wyjaśnień i wskazuje od str 8 na wymagane elementy kalkulacyjne według SIWZ, ustawę o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i zapewnia, że przyjęte koszty nie są niższe niż to wynagrodzenie oraz, że w cenie uwzględniono wszystkie wymagane koszty realizacji zamówienia. W kolejnych punktach w tej części ponownie zapewnia, że uwzględniono całościowo koszty zatrudnienia kluczowych zespołów (Stałego i Zmiennego), wskazuje na kadre i jej stabilność oraz lokalizację biur projektowych w regionach i współpracujących, zasady zatrudniania, także personelu administracyjnego. Na str 11 przykładowo wskazuje na metodologię obliczania zryczałtowanych kosztów za realizację obowiązków w odniesieniu do zadania nr 1, nr 2 i nr 3 – czyni to opisowo z komentarzem, które roboty mogą wystąpić incydentalnie lub, które są w jego ocenie drobne oraz, które mogą powodować zmniejszenie zaangażowanie osób na stanowisku inspektora drogowego oraz kolejowego. W dalszej części tego punktu wskazuje ogólnie na zagadnienie opiniowania dokumentacji na doświadczenie personelu, co ma minimalizować ryzyka, na możliwość zatrudnienia dodatkowych ekspertów z osób miejscowych, innych niż etatowi pracownicy wykonawcy. Nadmienia także o posiadaniu certyfikowanego systemu zarządzania jakością. W punkcie 2 tej części [„Sprzyjające warunki wykonywania zamówienia”] wskazuje na: 2.1. Doświadczenie na podobnym projekcie inwestycyjnym i 2.2. Posiadane zasoby na rynku lokalnym — inne czynniki cenotwórcze. W tym obszarze znowu posługuje się ogólnikami wskazuje na § 9 Warunków Umowy i na pkt 4.2.1 OPZ, także na pkt 3.2.1 przypisując do zadań lokalizację 4 biur. Także co do kosztów finansowych

32

wyjaśnienia odnosi do ogólnych stwierdzeń i zapewnień. (tak do str 18]. W punkcie 3 tej części wbrew zapowiedzi w jego tytule - „Specjalizacja i efekt skali - w zakresie kosztów ogólnych i kosztów administracyjnych” – dalej omawia charakterystykę firmy powołując korzyści z funkcjonowania S. w ramach Grupy Kapitałowej S. AB, wskazuje ogólnie na korzyści wynikające z wykorzystywania systemów informatycznych do zarządzania

projektami opierający się na orzecznictwie KIO w innych sprawach i uznają, że taka informacja zasługuje na kwalifikację nowoczesnych metod zarządzania i nowoczesnej technologii oraz zaliczenia usług projektowych do usług intelektualnych. Dalej podaje jakie korzyści dzięki tym systemowym można osiągnąć: cyt. „dzięki temu praca jest wielokrotnie bardziej efektywna i skuteczna”. (str 20). Wskazuje w 5 punktach na Główne zalety systemu informatycznego stosowanego przez S.. W reasumpcji zapewnia, że te opisane w piśmie nowoczesne technologie i narzędzia informatyczne do zarządzania czasem personelu i kosztów funkcjonujących w firmie S. (...) należą one do grupy czynników (mających wpływ na cenę) osiągalnych i charakterystycznych li tylko dla S. — czynniki te, są niedostępne dla innych wykonawców”. (str 22). Dalej zapewniając realność ceny powołuje się na opinię UZP wyrok 1028/ 07. Wreszcie na str 23 wskazuje na zakładany % zysku. W części III. pisma „Uzasadnienie zastrzeżenia niniejszych wyjaśnień jako tajemnicy Przedsiębiorstwa” wykonawca S. przedstawia prawne aspekty wymagane ustawami dla zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazuje na orzecznictwo w tym wyrok SN. A w reasumpcjach wymaganych trzech przesłanek deklaruje i zapewnia, że cyt. (...) przyjęta przez wykonawcę metodologia realizacji zamówienia (mająca bezpośredni wpływ na wysokość zaproponowanej ceny) jest opracowaniem własnym, stworzonym dla tego konkretnego zamówienia publicznego, nie procedowanym wcześniej przez Zamawiającego” (str 26). Wskazuje, że cyt. (...) standardowym, rutynowym działaniem S.C. sp. z o.o. jest w przypadku składania ofert na usługi typu intelektualnego opracowanie metodologii (sposobu) realizacji danego zamówienia, nawet wtedy, kiedy ta metodologia nie jest poddawana ocenie w ramach ustanowionych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, a więc także wtedy, gdy nie ma wymogu opisanego w ofercie w jaki sposób Wykonawca będzie realizował to zamówienie. Szczegóły ustaleń, o których piszemy wyżej nie były ujawniane do czyjejkolwiek wiadomości, w tym w szczególności do wiadomości publicznej. Całość rozmów i ustaleń prowadzonych przez osoby przygotowujące ofertę oraz desygnowane do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadała i nadal posiada klauzulę poufności, a szczegóły są znane tylko wybranym osobom, które poinformowano”. (str 26). W zakresie danych i informacji gromadzonych i archiwizowanych w formie elektronicznej podaje, że: cyt. (...) S.C. sp. z o.o. jest integralną częścią koncernu międzynarodowego S.. Jako Korporacja, S. kładzie wysoki

Korporacyjnej Polityce Bezpieczeństwa, wdrożonej i funkcjonującej we wszystkich firmach Grupy S., zatem również u wykonawcy. Poprzez specjalne aplikacje S. przyznaje poszczególnym osobom dostęp do danych (zgodnie z przyznanymi indywidualnie uprawnieniami) oraz kontroluje kto i w jaki sposób wykorzystuje te dane. Oznacza to, że nie jest możliwy dostęp do jakiegokolwiek zakresu danych osobie zatrudnionej

przez

Wykonawcę, która nie posiada odpowiedniego uprawnienia. Oczywiście jest, że takiego dostępu nie mają osoby trzecie. Funkcjonujący system ochrony danych informatycznych w postaci pełnego pakietu (antywirus, .. serwer, bramka antyspamowa) zapewnia ochronę przed złośliwym oprogramowaniem”. Dodatkowo wskazuje, że dostęp do Internetu jest monitorowany przez stosowane w firmie systemy. Ponadto, do tego pisma załączono tabelę do zał. 1A z formularza ofert oraz zał. 1B – o treści jak w ofercie. Także załączono pełnomocnictwo dla udzielającego wyjaśnień oraz Poświadczenie o świadczeniu usługi przez S. na rzecz P.P.P.L.K. usługi, oraz opinie bankowe (6szt) wystawiane na wnioski S. z różnych dat.

Izba stwierdza, że treść uzasadnień dla tych zastrzeżeń nie pozwala uznać, że zawarte w nich informacje zasługują na ochronę. Powyższe zauważył wykonawca S. i w związku z wniesionym odwołaniem i tym zarzutem podjął samodzielnie decyzję o ujawnieniu treści spornego uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia i wraz z pismem procesowym z dnia 18/10/2017 złożonym do akt sprawy przekazał także Odwołującemu zawarte w zał. Nr 4 w ofercie „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji jak tajemnicy przedsiębiorstwa” – w zakresie zał. Nr 5 , nr 6 i nr 7 – na 7 str w całości. W odniesieniu do zastrzeżenia według pisma z 4/07/2017 udostępnił str 1 i 2 – co do preambuły oraz str 24 do 27 w zakresie cz. III. Dalej w poufności zachowując ostatnie 3 akapity ze str 27, który pierwszy zawiera deklarację, że „Wszystkie rozmowy, uzgodnienia, etc. prowadzone przez Wykonawcę dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia obwarowane były klauzula poufności — co wykazano już w treści niniejszego pisma”. Drugi, że ”Dodatkowe działania podjęte w stosunku do zakresu informacji i dokumentów pisemnych przedkładanych w niniejszym piśmie oraz w jego załącznikach: pierwszej stronie niniejszego pisma poinformowaliśmy Zamawiającego o dokonanym zastrzeżeniu, opatrzyliśmy pismo w nagłówku oznaczeniem „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”, a samo pismo to przekazaliśmy Zamawiającemu w zamkniętej kopercie opatrzonej napisem: „Tajemnica przedsiębiorstwa”. Trzeci z kolei informuje, że nie są znane wykonawcy (...) inne działania umożliwiające dostęp do danych i informacji składających się na nasze wyjaśnienia niż poprzez zapoznanie się z treścią niniejszego pisma”. Z kolei w pierwszym akapicie na str 28 (ostatniej z podpisem pełnomocnika) zamieszczono stwierdzenie wykonawcy S., że „Z przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wynika zatem jednoznacznie, iż zostały spełnione przez niego w sposób łączny

34

wszystkie elementy konieczne dla uznania, iż zastrzeżone informacje należą do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy (...) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Izba stwierdza, że w powyższym zakresie wyjaśnienia z pisma z 4/07/2017 w jego pozostałej części nieujawnionej – z wyłączeniem danej o zakładanym procencie zysku oraz dokumenty bankowe informujące o stanie konta

wykonawcy S. – także nie zasługują na ochronę. Jak wskazano pismo to zawiera ogólne, a w przypadku stosowanych systemach informatycznych, o ile wykonawca żąda ich poufności powinien wykazać z jakiego powodu same nazwy zasługują na taką szczególną ochronę. Jednakże Izba zwraca uwagę, że w tych wyjaśnieniach zastrzeżono dane, co do zysku i informacje o stanie konta wykonawcy i tym samym nie jest możliwe nakazanie ujawnienia całości dokumentu, a jeżeli tak to zarzut w jego w brzmieniu jak w odwołaniu nie mógł być uwzględniony przez Izbę. Nie oznacza to, że Zamawiający może pozostawić tę okoliczność bez analizy wobec braku takiego nakazu, szczególnie w sytuacji gdy może mieć to wpływ na wynik danego postępowania. W każdym przypadku przed zawarciem umowy zamawiający jest zobowiązany usunąć stan niezgodny z prawem.

W konkluzji Izba zwraca uwagę na wskazywane reguły wynikające z art. 191 ust.2 oraz 192 ust.2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, które musi uwzględniać z urzędu rozstrzygając, co do podnoszonych w odwołaniu zarzutów. W myśl pierwszej: „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. W myśl drugiej: „Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Przede wszystkim wykonawca S. ujawnił częściowo żądane w odwołaniu dokumenty. Z kolei w zakresie nieudostępnionym informacje pozostają bez istotnego wpływu na wynik tego postępowania, albowiem jak wskazywano powyżej są ogólnikowe, skutkiem także ogólnikowości wezwania i nie mogły stanowić definitywnego zakończenia badania oferty S. w kontekście oferowanej ceny jako rażąco niskiej. Izba nie znalazła natomiast bezpośredniego uzasadnienia dla uwzględnienia żądania udostępnienia Wykazów, albowiem podobne zastrzeżenia do tych samych dokumentów poczynił w ofercie Odwołujący. Tym samym nie może on twierdzić, że Zamawiający odmawiając mu wglądu do oferty S. w zakresie zał. 5 i 6 naruszył zasadę z art. 7 ust.1 Pzp, w sytuacji gdy ten nie kwestionuje zastrzeżenia, co do Wykazów w ofercie Odwołującego. Izba na marginesie stwierdza, że zastrzeżenie Wykazów kandydatów do realizacji usługi mogą uzasadniać tylko szczególne okoliczności, a nie obawy wykonawców, że kandydaci mogą być w obszarze „niezdrowego zainteresowania konkurencji” i możliwości ich „podkupowania”. Trzeba pamiętać, że rozmowy i ustalenia, co do uczestnictwa w realizacji zamówienia poprzedzają złożenie oferty i to kandydat decyduje o podjęciu współpracy z daną firmą zamierzającą złożyć ofertę. Unikalność specjalności też

35

nie może stanowić kryterium do zastrzeżenia takiego Wykazu, co najwyżej dane osobowe, które podlegają ochronie na gruncie ustawy bądź na żądanie kandydata w zakresie przez niego wskazanym, jednakże bez bezwzględnego ograniczenia możliwości weryfikacji wymaganych na danym stanowisku kwalifikacji i doświadczenia. Izba, w odniesieniu do oferty wykonawcy S., zwraca dodatkowo uwagę, że wykonawca do akt sprawy przesłał dokumenty dotyczące kandydatów otwartą pocztą [mail ogólnie dostępny], a na rozprawie wypowiadając, co do jednego z kandydatów p. M.ego – potwierdzał zamieszczenie tej osoby w Wykazie, co także przeczy idei skutecznego zastrzeżenia z zastosowaniem przez S. właściwych narzędzi.

W przypadku oferty Konsorcjum N.G. w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazano na 3 dokumenty: Wykaz osób (str. 55 oferty), Lista osób (str. 56 oferty) oraz Nazwy i dane adresowe podmiotu udostępniającego zasoby (str. 58). Z kolei lista zastrzeżonych dokumentów zawiera aż 13 pozycji. Jak wynika z powyższego Konsorcjum N.G. odnośnie pozostałych zastrzeżonych dokumentów nie zamieściło w ogóle uzasadnienia uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp pozostałe dokumenty nie mogą korzystać z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa, a mianowicie – jak wskazano w odwołaniu - dokumenty wymienione na str 54 oferty od lit. f) do m). W przypadku trzech pierwszych dokumentów Izba uznała, za zasadny zarzut w zakresie w jakim dotyczy nazwy i danych adresowych podmiotu udostępniającego zasoby (str. 58). Podmiot ten jako potencjalny realny współwykonawca (podwykonawca) tego zamówienia, udostępniając swoją wiedzę i doświadczenie nie może z tego tytułu na etapie składania oferty przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia domagać się nieujawniania jego uczestnictwa w ofercie przyszłego wykonawcy zamówienia. Co do Wykazu kandydatów, Izba podtrzymuje argumentację, jak w przypadku oferty S., podkreślając, że Odwołujący nie może domagać się szczególnego traktowania, co do zastrzeżonych przez niego danych, takich samych jak konkurujący z nim wykonawcy. W odniesieniu do oferty M. i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty na stronach 57 - 136, Izba stwierdza, że nie może korzystać z ochrony wymagany specyfikacją formularz 1B - Szczegółowa Kalkulacja Wynagrodzenia oraz Metodologia, albowiem w uzasadnieniu zastrzeżenia argumentacja podniesiona została tylko co do Wykazu personelu. Tym samym w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – tak jak w analogicznym przypadku Konsorcjum N.G. - pozostałe dokumenty nie mogą korzystać z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co do Wykazu personelu, Izba podtrzymuje argumentację, jak w przypadku oferty S. oraz oferty Konsorcjum N.G..

36

Także w przypadku tych zarzutów skierowanych do ofert tych dwóch wykonawców, Izba miała na uwadze regulę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, uznając, że pomimo ich zasadności w zakresie wskazanym, stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, nie będzie miało istotnego wpływu na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na punktację ofert uzyskaną przez tych wykonawców, plasującą ich na dalszych miejscach, aniżeli wykonawcę S. i Odwołującego.

(2) Zgodnie z pkt. 19.11 IDW - w przypadku wystąpienia omyłek w złożonej ofercie (formularz oferty) Zamawiający poprawi omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, tj. przyjmie za prawidłowe wartości jednostkowe i poprawi sumę i/lub iloczyn niniejszych wartości. Zgodnie z pkt. 19.3 IDW Zamawiający poprawi oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe (...) nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający, zdaniem Izby, prawidłowo skorygował omyłkę w obu ofertach. W przypadku oferty wykonawcy S., korekta wartości ceny całkowitej z tabeli w pkt 4 Załącznika 1A do formularza ofertowego, oparta była m.in. na danych wynikających z pkt 3 tego formularza, przedstawiających ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia dla poszczególnych kontraktów. Skutkiem tego cena oferty łącznej została ustalona w kwocie 14.136.096,00 zł, a nie jak pierwotnie padał wykonawca w kwocie 13.246.422,27 zł. Izba zwraca uwagę, że wskazany art. 87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp pozwala na taką ingerencję, niezależnie od tego, czy takie działanie powoduje istotną zmianę w treści oferty. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, tylko w przypadku innych omyłek przepis ten w jego pkt 3 nie pozwala na poprawienie omyłek powodujących istotną zmianę treści oferty wykonawcy. Podobne stanowisko Izba zajęła, co do podnoszonego zarzutu niezasadnego poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum B.G., uznając, że powyższe uzasadniały kalkulacje w zakresie Kontraktu nr 5 i przyjęta wartość „W” wynikająca z Załącznika 1B do formularza ofertowego. To z kolei mogło powodować obniżenie dla tego kontraktu wartości „W” z 3 469 643,00 zł do wartości 3 259 643,00 zł.

(3) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp, został oparty na twierdzeniu, że wykonawca S. wobec braku aktywności na tym specyficznym rynku, przynajmniej takiej jak Odwołujący, nie posiada własnego Personelu, który mógł przedstawić w ofercie w zakresie Kryterium 2 i tym samym musiał posłużyć się Personelem użyczonym przez inny podmiot lub też osobami współpracującymi z różnymi wykonawcami, w zależności od projektów. W ramach Kryterium 2 ocenie podlegało opisane w ofercie doświadczenie pięciu Inżynierów Rezydentów przypisanych do kontraktów 1-5. Każdy z Inżynierów Rezydentów mógł otrzymać maksymalnie 20 punktów z tytułu posiadanego doświadczenia

37

oraz ilości nadzorowanych przedsięwzięć o wartości co najmniej 20 mln PLN netto. W sumie łącznie wszystkich pięciu Inżynierów Rezydentów mogło uzyskać maksymalnie 100 ppkt, co po uwzględnieniu wagi Kryterium 2 na poziomie 30% dawało maksymalną ilość punktów w ramach Kryterium 2, wynoszącą 30 pkt. Zdaniem Odwołującego, jest niewiele na rynku osób, które spełniają wymagania SIWZ

w Kryterium 2. Zatem S. w Wykazie osób oraz na Liście Personelu [dokumenty zastrzeżone] mogły zostać przedstawione osoby, które nie nawiązały przed złożeniem ofert współpracy ze S. i nawet nie są świadome, że S. umieściło je w swojej ofercie - w szczególności zaś osoby, które nie wyrażały zgody na przedstawienie ich w ofercie S.. Wskazał, że w ofercie S. na stanowisko (1) jednego z pięciu Inżynierów Rezydentów, bądź (2) na inne stanowisko mógł być wskazany p. W.M., który w okresie 2014 - 2015 współpracował z G. (obecnie S.), ale zaniechał dalszej współpracy i nigdy nie wyraził zgody na uczestnictwo w ofercie S. złożonej w przedmiotowym postępowaniu. W toku rozprawy przedłożył z datą 1/06/2017 oświadczenie p. M.ego, w którym ten podaje, że: „W związku z toczącym się postępowaniem o udzielenie zamówienia pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu "Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap I część przejazdowa" POIiŚ 5.2-9, Nr referencyjny/nr postępowania: (...) przez Konsorcjum firm w składzie: ja, niżej podpisany, W.M., oświadczam, że pozostaję do wyłącznej dyspozycji firmy Biuro Realizacji Inwestycji K.E.I. Sp. z o.o. zarówno na etapie przedmiotowego postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego, jaki i realizacji przedmiotowego zamówienia. Powyższe oznacza, że żaden inny podmiot nie jest uprawniony do dysponowania moim potencjałem w jakiegokolwiek formie postaci.”

Izba stwierdza, że p. M. został wskazany w Wykazie osób, którymi dysponuje wykonawca (dysponowanie bezpośrednio) i, który miał być skierowany do realizacji zamówienia na stanowisko inspektora rsk (str 67 oferty) – załącznik nr 5, w którym jako potwierdzenie podstawy bezpośrednio dysponowania wskazano na umowę cywilno-prawną. Jak ustaliła Izba w toku rozprawy, taka umowa cywilno-prawna w związku z ubieganiem się o realizację przedmiotowego zamówienia nie została zawarta. Umowa zawarta 10/07/2014, przedłożona przez Przystępującego S. na rozprawie, która miała świadczyć, o dysponowaniu bezpośrednim wym. kandydatem, przede wszystkim dotyczy konkretnego przedsięwzięcia, Kontraktu nr 2 a zakres świadczenia i jego miejsce wynikały z umowy zawartej przez zlecającego G. z P.P.P.L.K. S.A. nr (...) i zostały wskazane w § 1 ust.1 lit. a) (wojew. podlaskie, mazowieckie i lubelskie) z szacunkowym terminem realizacji usługi – 12 miesięcy od dnia podpisania tej umowy - wg § 1 pkt 7 lit. b. Z kolei w § 9 wskazano, że wszelkie zmiany tej umowy wymagają wyłącznie, pod rygorem nieważności, pisemnego aneksu podpisanego przez obie strony. Z przedłożonego aneksu nr 3 z dnia

38

21/02/2017 do powołanej umowy zawartej pomiędzy S. (G.) a P.P.P.L.K. S.A. wynika tylko wydłużony okres świadczenia dla Kontraktu nr 2. Protokoły odbioru z 2015 r. i korespondencja z 21/06/2017 tylko o kontaktach w sprawie Zadania 2, a nie ustaleń z kandydatem, co do tego przedsięwzięcia, którego dotyczy odwołanie. Tym samym w odniesieniu do tego kandydata wykonawca S. nie potwierdził, że dysponuje bezpośrednio tym kandydatem – także w dacie złożenia oferty. Powoływane dokumenty nie dowodzą tej okoliczności, a przedłożone przez Odwołującego oświadczenie kandydata z 1/06/2017 powodują, że w tym stanie faktycznym należy zgodzić się z Odwołującym, że w tej sprawie wystąpiła przesłanka, o której stanowi art. 24 ust.2 pkt 12 i jednocześnie pkt 17 ustawy Pzp. Pierwsza z nich stanowi o podstawie wykluczenia w sytuacji, gdy wykonawca, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a druga z kolei, gdy wykonawca, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednakże Izba - mając na uwadze regułę z art. 191 ust.2 ustawy Pzp - uznała, że ich zastosowanie na obecnym etapie postępowania byłoby przedwczesne z uwagi na ujawnione na rozprawie okoliczności związane z procedurą „self-cleaningu”. Izba w tym przypadku w kontekście powołanych przez wykonawcę S. okoliczności uznała, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania Zamawiający jest zobowiązany w pierwszej kolejności uwzględnić procedury wynikające z art. 24 ust.8 i ust.9 tej ustawy. Pierwszy z przepisów w odniesieniu do stanu faktycznego tej sprawy, pozwalał wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 17, przedstawić (...) dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić (...) podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania (...) nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy”. W stanie faktycznym tej sprawy, wykonawca S. przyznał, że w październiku br porozumiał się w związku z odwołaniem telefonicznie z p. M.m, który nie potwierdził uzgodnień, i z tego powodu wykonawca S. uznał, że w tej rozmowie kandydat wycofał się z dotychczasowych ustaleń. Wobec zaistniałej sytuacji wykonawca ten, mając na uwadze regulacje wynikające z ustawy Pzp odebrał pisemne oświadczenia od pozostałych kandydatów, także od potencjalnych na stanowisko inspektora rsk. Tak jak oświadczał na rozprawie odebranie takich oświadczeń, to podjęcie tym samym środków technicznych i organizacyjnych, które mają zapobiec takiemu zjawisku jak uchylanie się przez kandydata od ustnych ustaleń w przyszłości. Uwzględniając powyższe okoliczności Izba uznała, że wykonawca S. podjął przewidzianą wskazanym art. 24 ust.8 ustawy Pzp procedurę samooczyszczenia, a ocena skuteczności tych działań zgodnie z regułą art. 24 ust.9 Pzp należy oczywiście do Zamawiającego. W myśl tej reguły bowiem: „Wykonawca nie

39

podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8”.

(4) Izba uznała, że naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wiąże się w istocie z podnoszonym również w odwołaniu zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp i, które to zarzuty zasługują na częściowe uwzględnienie.

Tak jak podniesiono w odwołaniu Zamawiający w § 9 ust 10 i 11 Umowy (po modyfikacji nr 7 z dnia 13/04/17) wymagał, aby wykonawca zatrudnił na podstawie umowy o pracę pracowników biurowych, a wynagrodzenia dla tych osób należało ująć w tabeli Załącznika 1B w odniesieniu do każdego Kontraktu (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb). Te pozycje wykonawca S. pozostawił bez wypełnienia. Podobnie w ofercie nie przewidziano wynagrodzenia (zatrudnienia) Personelu dodatkowego, o którym stanowi pkt 3.1.1. OPZ. Co prawda wykonawca S. zamieścił na formularzu – zał. 1B – uwagę: „Nakłady dla pozycji: 1.3,6, 1.4.8, 3.1.5, 3.2.7, 3.3.1-3, 5.1.5, 5.2.7, 5.3.1-3, 6.1.5, 6.2.7, 6.3.1 -3, 7.1.5, 7.2.7. 7.3.1-3, (o ile wystąpią) zostały przewidziane w ramach funduszu rezerw w poz. 1,6. 8.”, jednakże w tych pozycjach odpowiednio wskazano nie tylko na „inne osoby w zależności od potrzeb”, ale także „odrębnie na: „Obsługa Sekretariatu” i Asystent Inżyniera Rezydenta” dla których to pozycji także wymagane było podanie nakładów odpowiednio dla 1 osoby. Jednocześnie, zdaniem Izby, wobec zamieszczonej w ofercie cytowanej uwagi, nie można na tym etapie postępowania twierdzić stanowczo, że wykonawca S. nie przewidział w ogóle w ofercie zatrudnienia personelu w zakresie wymaganym na podstawie umowy o pracę. Jednakże w tym obszarze oferta powinna podlegać zbadaniu, co do zgodności treści tej oferty ze specyfikacją z uwagi na brak wypełnienia wymaganych w formularzu pozycji innych niż pozycja „inne osoby w zależności od potrzeb”. Oczywiście nie wyklucza to możliwości, w zakresie kompetencji Zamawiającego, badania tej oferty w kontekście wymagań co do innych stanowisk, szczególnie wobec deklaracji wykonawcy S., co do możliwego łączenia funkcji, na które to łączenie, co do zasady nie było w specyfikacji zgody [pkt 8.6.2. akapit 2 na str 14: „Nie dopuszcza się wskazywania przez Wykonawców w ofercie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko”]. Odnośnie drugiego z zarzutów związanych z ceną tej oferty badaniem powinny być objęte wskazywane przez Odwołującego elementy kalkulacyjne mogące mieć wpływ na cenę oferty, w tym wynagrodzenie personelu. Tak jak wskazywała Izba procedura wynikająca z ustawy Pzp nie została na zakończona i stąd zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty S., która to oferta ma zawierać rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i, który to wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 jest przedwczesny.

40

Wezwanie, tak jak podnosił wykonawca S. i, co przyznał Zamawiający na rozprawie, skierowane do Przystępującego było ogólne, bez wskazania, które elementy składowe ceny oraz kalkulacji zawartej w załącznikach 1A i 1 B, budzą jego wątpliwości, i co do których powinny być udzielone wyjaśnienia. Tym samym wykonawca S. wyjaśnieniami objął te elementy, które jego zdaniem tego wymagały, deklarując jednocześnie w piśmie

z dnia

4.07.2017 r. gotowość uszczegółowienia każdego elementu złożonych wyjaśnień bądź odniesienie się do innych, których będzie dotyczyło stosowne wezwanie.

Wobec powyższych ustaleń Izby, ocena oferty wykonawcy S., powinna następować zarówno, co do jej zgodności z wymaganiami specyfikacji, jak i co do oferowanej ceny z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych, w tym art. 87 ust.1 ustawy Pzp, a także wskazywanego art. 90 ust.1 tej ustawy.

(5) Zasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 i ust. 2, i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie pierwsze potwierdził Zamawiający, który udostępnił Odwołującemu – zgodnie z jego żądaniem - dokumentację postępowania w części dotyczącej oceny jego oferty w Kryterium Metodologia. Tym samym, w zakresie tego zarzutu, miała zastosowanie omawiana powyżej reguła z art. 191 ust. 2 Pzp.

(6) Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 tej ustawy, a dotyczących przyznanej ofercie Odwołującego ilości punktów.

Zarzut ten został podniesiony w związku z uzyskaniem maksymalnej liczby punktów w Kryterium 2 - „Doświadczenie personelu Wykonawcy” - waga kryterium na poziomie 30% przez konkurencyjnego wykonawcę S.. Odwołujący stwierdził, że wykonawca S. nie posiada własnego Personelu, który mógł przedstawić w ofercie w zakresie Kryterium 2, a zatem musiał posłużyć się Personelem użyczonym przez inny podmiot lub też osobami współpracującymi z różnymi wykonawcami, w zależności od projektów. Podkreślił, że osób, które spełniają wymagania postawione w SIWZ dla Kryterium 2 w ogóle jest niewiele na rynku i jego zdaniem w ofercie S. mogły zostać przedstawione osoby, które bynajmniej nie nawiązały przed złożeniem ofert współpracy z tym wykonawcą, a nawet mogą nie być świadome, że S. umieściło je w swojej ofercie - w szczególności zaś osoby, które nie wyrażały zgody na przedstawienie ich w ofercie S.. Podkreślił, że Wykaz osób oraz lista Personelu nie została udostępniona Odwołującemu i przypadku, gdy zarzut zaniechania udostępnienia tych dokumentów potwierdziłby się to ostrożności wskazał, że jedną z osób, która mogła zostać wskazana w ofercie S. na stanowisko jednego z pięciu Inżynierów Rezydentów, bądź na inne stanowisko jest p. W.M., który nie wyraził zgody na uczestnictwo w ofercie S. dotyczącej tego postępowania.

41

Izba stwierdza, że p. M. - tak jak już wcześniej podano - nie został wskazany na takie stanowisko. To z kolei oznacza, że ten zarzut oparty został na błędnej przesłance.

Kwestionowaną natomiast przyznaną w tym kryterium zbyt małą liczbę punktów oraz podnoszone zaniechanie oceny jego oferty w tym kryterium we wszystkich jej elementach, Odwołujący oparł na ocenie jego oferty w podobnym kryterium w innych postępowaniach. Wskazał na postępowanie rozstrzygnięte w lipcu 2017 r. pn. „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania pn.: Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi na linii kolejowej nr 146 na odcinku Wyczerpy - Chorzew Siemkowice od km 0,000 do km 47,626 w ramach projektu POLiŚ 5.2 - 4 „Prace na linii kolejowej nr 146 na odcinku Wyczerpy - Chorzew Siemkowice”, w którym Odwołujący uzyskał maksymalną liczbę 15 pkt za identyczne - jak podał - opracowanie „Ryzyka projektu” w ramach Podkryterium 1 (Kryterium 3). Zdaniem Odwołującego, zarówno w rozstrzygniętym jak i aktualnie prowadzonym „Kryteria punktowania ofert ustalone były tak jak w przedmiotowym postępowaniu w ramach Kryterium 3 „Metodologia” - Podkryterium PK1 - pisemne opracowanie „Ryzyka projektu”. Jego zdaniem, treść SIWZ w zakresie ocen Metodologii była taka sama, a wskutek czego także złożona Metodologia była porównywalna. Podobnie, jak w innym postępowaniu rozstrzygniętym we wrześniu 2017 r. pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku S.-T., etap III - L. T.”. Odwołujący uzyskał wówczas 12 pkt na możliwych 15 za załączone do oferty porównywalne opracowanie „Ryzyka projektu” w ramach Podkryterium 1 (Kryterium 3).

Izba zgodziła się, że Odwołujący podnosząc ten zarzut, pominął jedną z istotnych, wskazywanych przez Przystępującego S. w trakcie rozprawy różnic, a mianowicie w pierwszym z postępowań wymagania, co do 10 kluczowych elementów Projektu nie były tożsame, co najmniej co do jednego z nich (szóstego), co nie było przez Odwołującego kwestionowane. Przedstawienie zatem podobnego, a może nawet identycznego, opracowania w ramach dwóch różnych postępowań przetargowych, przy wymaganiu Zamawiającego, aby ryzyka odnosiły się do kluczowych elementów tego konkretnego Projektu, który nie dotyczy przebudowy linii kolejowej, mogło skutkować, mniejszą ilością punktów przyznanych Odwołującemu. Metodologia, co do zasady niewątpliwie powinna odnosić się do konkretnego zamówienia, czyli być niejako opracowaniem jednorazowym, zindywidualizowanym, odnoszącym się do warunków realizacji danego Projektu, a nie powielanym bezkrytycznie w różnych ofertach. Izba zwraca też uwagę, że punktacja w tym Kryterium oparta była na porównaniu ilości cząstkowych punktów uzyskanych w podkryterium PK1/podkryterium PK2, z zastosowaniem określonego w specyfikacji wzoru.

42

Tym samym, liczba punktów uzyskanych w ramach podkryterium PK1 zależała od wartości zawartych w pisemnym opracowaniu informacji — trafności zdefiniowania ryzyk oraz przyjętych sposobów im zapobiegania, minimalizowania ich w przypadku wystąpienia, i od

poziomu złożonych dokumentów.

W konkluzji Izba stwierdza, że podnoszony także w odwołaniu zarzut naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i 3 jest częściowo zasadny, a mianowicie w odniesieniu do uwzględnionych przez Izbę zarzutów w zakresie powyżej wskazanym.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy - Prawa zamówień publicznych oraz mając na uwadze przepis art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) tej ustawy, a także § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....

43

44