Sygn. akt: KIO 2267/17 KIO 2290/17

Wyrok
z dnia 14 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 9 listopada 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

1. w dniu 30 października 2017 r. przez wykonawcę: **L. P. Sp. z o. o., ul. (…)** (sygn. akt KIO 2267/17),
2. w dniu 30 października 2017 r. przez wykonawcę **M. P. sp. z o. o., (…)** (sygn. akt KIO 2290/17),

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcje Dróg Krajowych i Autostrad, (…)**

przy udziale wykonawcy **M. P. sp. z o.o., ul. (…)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2267/17 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawców **Konsorcjum: T. Sp. z o.o., T.G. E. S.L. ul. (…)zgłaszających** przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2267/17 po stronie Zamawiającego,

przy udziale wykonawców **Konsorcjum: T. Sp. z o.o., T. G. E. S.L., ul. (…)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2290/17 po stronie Zamawiającego,
przy udziale wykonawcy **L. P. Sp. z o.o., ul. (…)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2290/17 po stronie Zamawiającego

---

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców **L. P. Sp. z o. o. z siedzibą w P.** i **M. P. sp. z o. o. z siedzibą w W.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **L. P. Sp. z o. o. z siedzibą w P.** i **M. P. sp. z o. o. z siedzibą w W.** tytułem wpisów od odwołań,
zasądza od **L. P. Sp. z o. o. z siedzibą w P.** i **M. P. sp. z o. o. z** 2.2. **siedzibą w W.** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W.** kwotę **7 200 zł 00 gr (słownie:** siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) od **L. P.Sp. z o. o. z siedzibą w P.** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) od **M. P. sp. z o. o. z siedzibą w W..**

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

Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2267/17 KIO 2290/17

Uzasadnienie

2

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 O. M. - Obwodnica A., odcinek: obw. S., II jezdnia" znakO.BI.D-3.2410.4.2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (pod numerem 2017/S 061-114072) z dnia 28 marca 2017 roku. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej datowane z 18 października 2017 roku zostało przesłane Odwołującemu e-mailem w tym samym dniu.

Sygn. akt KIO 2267/17
Odwołujący: L. P. sp. z o.o., zarzuca Zamawiającemu:
1. dokonanie niezgodnej z przepisami PZP czynności wyboru oferty T. jako oferty najkorzystniejszej i naruszenie:
2. art. 89 ust.1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez T., podczas gdy z treści tych wyjaśnień wynika, iż oferta T. zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 89 ust.1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty T., pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a T. nie złożyło wyjaśnień odpowiadających wymogom art. 90 ust. 1-3 PZP,
4. art. 8 ust. 1— 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień oraz uzupełnienia T., iż wykazał zasadności zastrzeżenia złożonego przez pomimo faktu, T. nie przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty T., pomimo, iż jest ona niezgodna z SIWZ,
art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez prowadzenie 6. postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
z ostrożności proceduralnej zarzuca:
7. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP przez zaniechanie wykluczenia T. z Postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego. Z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa, oferta odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, pomimo faktu, iż, stanowi ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego i odrzucenia oferty Wykonawcy, oferta Odwołującego okaże się ofertą najkorzystniejszą.

3

Odwołujący wnosi na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt. 1 PZP, o nakazanie Zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty T.,
- ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia KIO w zakresie żądań podanych powyżej;
- dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- odrzucenia oferty T. jako oferty niezgodnej z SIWZ;
- odtajnienia złożonych przez T. wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 PZP oraz uzupełnienia, złożonego przez T. w trybie art. 26 ust. 3 PZP.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.
Zamawiający poinformował biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty Konsorcjum: T. Sp. z o.o. W., T. G. E. S.L. (…), jako oferty najkorzystniejszej.
A/ 1. Nieskuteczne zastrzeżenie złożonego uzupełnienia oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
Dnia 19.10.2017 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo w sprawie udostępnienia akt postępowania. W odpowiedzi Zamawiający przesłał Odwołującemu w

wiadomości e-mail z dnia 19.10.2017 r. dokumenty, w skład których wchodziło wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia wraz uzupełnieniem wykonawcy, a także wezwania wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Wszystkie dokumenty zostały zastrzeżone w związku z tym, iż uznano, że zawierają tajemnicę p-stwa T..
Dnia 26.05.2017 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust.3 PZP wezwał T. do złożenia wykazu personalnego, o którym mowa w pkt 9.7.1 pkt d) IDW, w zakresie osób proponowanych do pełnienia następujących funkcji: Inżyniera Rezydenta, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń oraz Technologa, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie. T. pismem z 29.05.2017 r. przedłożył uzupełnienie. Jednocześnie w treści uzupełnienia T. zawarło zastrzeżenie, że całość niniejszego pisma wraz z załącznikami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11. ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji /znku/.
Główną oś argumentacji wykonawcy stanowiły twierdzenia o charakterze bardzo ogólnikowym. T. podnosił w szczególności, że:
- przedmiotowe dane, polegające na wykazaniu doświadczenia zawodowego i kwalifikacji są unikatowe i świadczą o przewadze konkurencyjnej wykonawcy,
- unikatowość potencjału kadrowego czyni te dane na rynku cennymi, wyjątkowymi i poszukiwanymi przez inne podmioty,

- potencjał o tak unikatowym charakterze - w razie jego rozpoznania przez konkurencję
- pozwoliłby jej na podjęcie wiedzy co do zakresu potencjału, jakim osobiście dysponuje wykonawca, co mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję konkurencyjną.
Dowód: wezwanie Zamawiającego z 26.05.2017 r. do złożenia wykazu osób, pismo T./SR/122/79/2017 z dnia 29.05.2017 r. - uzupełnienie T.
Odwołujący zwraca uwagę na zasadę jawności, w oparciu o którą zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.
Zasada transparentności obowiązuje w całym okresie trwania postępowania i przejawia się w szeregu czynności podejmowanych przez strony, począwszy od publicznego ogłoszenia o zamówieniu, poprzez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu aż po upublicznienie treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Reguła jawności postępowania stanowi fundamentalną regułę rządzącą zamówieniami publicznymi. Stanowi ona prawo uczestników postępowania do uzyskiwania informacji na temat toczącego się postępowania, jednocześnie konstytuując wobec zamawiających obowiązek udostępniania oferentom tych danych.
Orzecznictwo KIO, sądów powszechnych, a także poglądy doktryny wyraźnie wskazują, że wszelkie odstępstwa od zasady transparentności postępowania powinny być ściśle ograniczone i obwarowane określonymi, surowymi przesłankami.
Jak orzekła KIO w wyroku KIO 2784/14: „postępowanie o zamówienie publiczne jest prowadzone w warunkach transparentności - zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności przejawia się w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy. Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Odstępstwa od tej podstawowej zasady należy traktować ściśle i ograniczać do sytuacji, kiedy potrzeba ochrony indywidualnego interesu

wykonawcy, a niekiedy nawet podmiotów nie uczestniczących w postępowaniu, doznaje prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności i prawa do zapoznania się z zawartością ofert. W takim jednak wypadku, spełnione być muszą warunki, jakie przepisy stawiają dla możliwości traktowania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. ”

Zdaniem Odwołującego uznanie informacji stanowiących wyłącznie wykaz osób skierowanych do pełnienia określonych funkcji nie wypełnia przesłanek pozwalających uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UZNK), do którego odsyłają przepisy art. 8 ust.3 PZP. Zgodnie z powyższym przepisem, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bowiem tylko takie informacje, które łącznie spełniają trzy przesłanki:1) są nieujawnione do wiadomości publicznej, 2) posiadają wartość gospodarczą (na przykład informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa), 3) przedsiębiorca podjął co do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia spoczywa obowiązek wykazania, iż dane informacje powinny zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodnie z wyrokiem KIO 64/15 „ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taka 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."

Zamawiający przychylając się do wniosku wykonawcy o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ma możliwość wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp (uchwała SN z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

W odniesieniu do zastrzeżenia dokonanego przez T. należy uznać, że zastrzeżone przez Konsorcjum informacje nie wypełniają powyższych przesłanek.

Odnosząc się na początku do pierwszej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa tj. „nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej” zwrócić należy uwagę na fakt, iż doświadczanie zawodowe posiadane przez określone osoby, przewidziane przez wykonawcę do pełnienia określonych funkcji, znajduje się w dyspozycji tych osób i mogą one

---

korzystać z niego swobodnie, w oderwaniu od wykonawcy. Dysponentem tych informacji jest więc posiadacz doświadczenia (dany specjalista). Należy przy tym wyraźnie podkreślić, iż nie sposób uznać takich informacji za nieujawnione, skoro dana osoba ma pełne i swobodne prawo do powoływania się na zdobyte doświadczenie. Fakt możliwości komunikowania zdobytej praktyki sprawia, że informacje zawarte w wykazie osób, nie są informacjami

do

których dostęp ma ograniczone grono osób, stanowiąc informację, które mogą być ujawnione publicznie. W konsekwencji, T. zastrzegając przedmiotowy dokument, nie spełnił pierwszej z przesłanek art 11 ust. 4 UZNK.

Przedmiotowe stanowisko znajduje swoje uzasadnienie m.in. w wyroku KIO 102/17 i KIO 110/17, gdzie jak Izba zważyła:

„Odnośnie wykazu osób zarówno w ofercie jak i wyjaśnieniach i uzupełnieniach oferty w związku z wykazami osób wykonawcy klasyfikowali te informacje jako organizacyjne przedsiębiorstwa. Co do zasady przyznawali, ze poprzednio nie utajniali wykazów osób, które będą wykonywały zamówienie. Niemniej w wyniku takiej praktyki spotykali się ze zjawiskiem tzw. podkupywania pracowników. Podkreślali również, że są to najczęściej osoby, z którymi współpracują na stałe czy to w formie umów cywilnoprawnych, czy to umów o prace. Dzięki stałej współpracy uzyskują w rozliczeniach z nimi korzystne rozliczenia finansowe w zamian za gwarancję stałej współpracy na kolejnych wygrywanych kontraktach. W związku z tym ujawnienie wykazu osób, w którym jest szereg informacji niedostępnych powszechnie ułatwia konkurencji nawiązywanie kontaktów z tymi osobami a w konsekwencji podwyższenie kosztów współpracy czy nawet braku współpracy w przyszłości. Dlatego też

wykazy osób nie powinny według ich oceny być udostępniane innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby taka argumentacja na wykazanie, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest pozbawiona podstaw w rozumieniu art. 11 ust.4 w związku z art. 1 i art.3 ust. 1 UZNK. Przede wszystkim nie są to informacje stanowiące własność przedsiębiorstwa tylko własność osób współpracujących z przedsiębiorstwem o ich wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym. W związku z tym przedsiębiorstwo nie ma prawa ich zawłaszczać i powoływać się na tajemnice przedsiębiorstwa. Osobami tymi są uprawnieni inżynierowie i geodeci, którzy nie są przedmiotem własności przedsiębiorstwa a informacje o nich można uzyskać czy to poprzez rejestry osób uprawnionych zarówno publikowanych w Internecie jak również przez portale firm pośredniczących w poszukiwaniu uprawnionego personelu o wymaganych kwalifikacjach. Ponadto podmiotem na rzecz którego sporządzane są wykazy jest podmiotem publicznym wydatkującym środki publiczne. W związku z tym obowiązuje zasada jawności postępowania przewidziana art. 10 ustawy pzp., która umożliwia kontrolę prowadzonych postępowań zarówno w trakcie ich przeprowadzania jak i

---

po ich zakończeniu. Przede wszystkim dobro publiczne zagazuje ochrony wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto argumentacja o utracie osoby współpracującej czy też wzrostu kosztów przedsiębiorcy nie może zabraniać innym wykonawcom nawiązywania kontaktów z osobami współpracującymi z innymi wykonawcami. Wymiana pracowników pomiędzy poszczególnymi wykonawcami umożliwia ich stały rozwój i zdobywanie nowych doświadczeń zawodowych co przekłada się z korzyścią dla rynku na którym te osoby funkcjonują to jest rynku zamówień publicznych. W ocenie Izby tak argumentowana tajemnica wykazu osób, z którymi współpracują wykonawcy nie zasługuje na ochronę a wręcz szkodzi dobru publicznemu, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami oraz doświadczeniami. W szczególności odnosi się to do osób posiadających odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, uprawnienia zawodowe co kwalifikuje ich do wolnych zawodów, wobec których podejmowane praktyki utajniania wykazu osób nie chronią tylko szkodzą dobru publicznemu przez pozbawianie wykonawcom specjalistów posiadającymi poszukiwane na rynku kwalifikacje. Tym bardziej, że informacje o tych osobach są dostępne na szeroko rozumianym rynku usług. Rotacja w zatrudnieniu osób reprezentujących zwłaszcza wolne zawody wpisuje się podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców funkcjonujących zwłaszcza na rynku usług pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót jakie prowadzi zamawiający to jest modernizacji linii kolejowych oraz sygnalizacji w ramach modernizacji linii kolejowych.”
Podobne stanowisko w wyroku KIO 2784/14: „Należy zaznaczyć, że to jakie doświadczenie posiadają określone osoby fizyczne, w realizacji jakich inwestycji uczestniczyli jest ich własną sprawą, podlegającej ich wyłącznej dyspozycji, pozostającą poza wykonawcą. Dysponentem tej informacji jest zatem posiadacz tego doświadczenia, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać. Trudno też zaakceptować pogląd, że specjaliści wskazani w wykazie nie komunikują swojego doświadczenia i wiedzy na zewnątrz. Naturalnym bowiem jest, że osoby te upowszechniają swoje zawodowe osiągnięcia bądź to w pracy naukowej, publikacjach bądź to w celu uzyskania kolejnych zleceń. Trudno więc uznać, że informacja o doświadczeniu zawodowym danego specjalisty jest informacją poufną, do której dostęp ma ograniczona i określona liczba osób. Dlatego też w ocenie Izby fakt, że w wykazie osób zamieszczone są informacje o nazwie inwestycji w trakcie której zostało nabyte doświadczenie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a dysponentem tej informacji jest dany specjalista, nie zaś wykonawca, który sporządził wykaz."
W przedmiotowym uzupełnieniu T. nie wykazało również, że zastrzegane przez nich wiadomości posiadają wartość gospodarczą, w rozumieniu art. 11 ust.4 UZNK.

T. podkreślał jedynie w sposób bardzo ogólnikowy, iż informacje dotyczące personaliów, w tym kwalifikacji zawodowych i oświadczenia personelu, mają charakter informacji organizacyjnych i handlowych, przez co przedstawiają istotną wartość gospodarczą.
W opinii Odwołującego, argumentacja T. w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy

wskazać, iż

sam charakter informacji - handlowy czy organizacyjny - nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Kolejno, wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać dotyczyć wyłącznie do danego, konkretnego postępowania. Aby uznać informacje za posiadającą wartość gospodarczą musi ona funkcjonować w stałym obrocie i być względnie uniwersalna. Za informacje posiadające wartość gospodarczą można uznać więc wyłącznie takie informacje, które stanowią dla wykonawcy stały walor, pozwalający na wykorzystanie go więcej niż raz — a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Biorąc pod uwagę fakt, że T. nie wykazał w uzasadnieniu spełnienia przesłanki „wartości gospodarczej" już samo to jest podstawą do uznania bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przedmiotowego uzupełnienia.
Analogiczne stanowisko w tym przedmiocie przedstawiła Izba w wyroku KIO 864/17 i 872/17:
Podobnie 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), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości."
Także w cytowanym orzeczeniu 2784/14, Izba stwierdziła, iż: „Po pierwsze, za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania danej informacji za organizacyjną czy handlową należy przypisać jej wartość gospodarczą. Ustawodawca w art. 11 ust. 4 UZNK wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo zakwalifikowanie określonej informacji do kategorii informacji handlowych czy organizacyjnych nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Dalej Izba wskazuje, że wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do współpracy na użytek jedynie danego postępowania (a dokładniej: złożenia oferty) - w takim bowiem wypadku, z chwilą złożenia ofert wartość ta przestawałaby istnieć. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem

---

wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie. Ponadto, w odniesieniu do wykazu osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia, zasadnym jawi się pytanie, czy wartością gospodarczą miałoby w tym wypadku być zestawienie osób o określonych kwalifikacjach, doświadczeniu (stworzenie zespołu, jako pewnej struktury, która jako całość wyraża pewien walor organizacyjny), czy też może istnienie między danym wykonawcą a poszczególnymi osobami relacji, które skutkują ich wzajemną współpracą. W pierwszym wypadku mielibyśmy jednak, do czynienia na gruncie analizowanej sprawy z zespołem stworzonym ad hoc, dla potrzeb określonego postępowania, spełniających postawione w nim wymagania, przez co trudno rozpatrywać tę sytuację, jako wyrażającą wartość gospodarczą w innym zakresie, aniżeli odnosząca się do konkretnego postępowania, a w istocie stanowiąca koszt przygotowania oferty. W drugim wypadku, jeśli wartością podlegającą ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa miałaby być informacja o tym, że wykonawca współpracuje z daną osobą a wartość tej informacji wyrażać się ma w ewentualnej szkodzie, jaką wykonawca mógłby ponieść w razie zerwania współpracy przez tę osobę (na co wskazywali wszyscy trzej wykonawcy), względnie - w wyniku jej odejścia do konkurencji (wzbogacenie konkurencji o tę osobę i tym samym podniesienie jej konkurencyjnej pozycji na rynku), to należy wskazać, że właściwym narzędziem zabezpieczenie się przez wykonawcę przed utratą danego specjalisty byłoby na przykład zawarcie umów z tymi osobami „na wyłączność", czy wprowadzenie w ramach porozumień kreujących wzajemne stosunki odpowiednich postanowień dotyczących zakazu konkurencji. W takich wypadku te porozumienia powinny zabezpieczać interesy wykonawców. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia w świetle zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznaje za działanie nieprawidłowe i niewłaściwe."
Mając na uwadze szereg przytoczonych powyżej okoliczności, Odwołujący wnosi o

nakazanie Zamawiającemu odtajnienia uzupełnienia złożonego przez Odwołującego, zgodnie z wnioskiem z pisma. Analogicznie, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę pismem z dnia 13.06.2017 r.
2. Nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.
Zgodnie z treścią informacji z otwarcia ofert z 10.05.2017 r. Zamawiający przeznaczył na zrealizowanie zamówienia kwotę 9 574 644,81 zł. Cena oferty T., uznana za ofertę najkorzystniejszą wyniosła 6 314 367,51 zł.
Pismem z 31.05.2017 r. Zamawiający wezwał T. o złożenie wyjaśnień w zakresie niskiej ceny, w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust.1 ustawy PZP.

10

W odpowiedzi T. - pismem z dnia 6.06.2017 r. T./S61/AF1/1/17, przedstawił wyjaśnienia, które w całości zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.
Odwołujący po dokonaniu analizy przedmiotowych wyjaśnień Konsorcjum oraz wezwania Zamawiającego, stwierdza, że zastrzeżenie T. nie mogło zostać uznane za skuteczne, z racji faktu, iż informacje ujęte w zastrzeżeniu nie wykazują ziszczenia się wszystkich trzech
łącznych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 4 UZNK.
Uzasadnienie zastrzeżenia nie zawiera żadnych dowodów, które wskazywałyby, że informacje ujęte w wyjaśnieniach T. można faktycznie uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK.
Na wstępie wyjaśnień T. lakonicznie stwierdził, iż ceny na rynku usług nadzoru nad realizacją robót budowlanych - w związku z - jak określiło Konsorcjum - „korektą rynku" uległy znacznemu obniżeniu, a ich wysokość potrafi być rozbieżna pomiędzy poszczególnymi wykonawcami. Tak przedstawiona argumentacja w żaden sposób nie uzasadnia dlaczego oferta Konsorcjum jest niższa o 34% od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Stwierdzenie, że na rynku obowiązuje „korekta" nie jest możliwe do zweryfikowania i w żaden sposób nie może stanowić podstawy do formułowania twierdzeń, że zaoferowana przez T. cena nie jest ceną rażąco niską.
W dalszej części wyjaśnień, T. - ogólnie - stwierdził, że handlowy charakter informacji znajdujących się w wyjaśnieniach przesądza o uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak podkreślano powyżej sam charakter informacji nie może stanowić o uznaniu jej za tajemnicę przedsiębiorstwa. Również utrzymane w bardzo lakonicznym tonie informacje o komercyjnej działalności, dane kontrahentów czy informacje z działalności marketingowej nie mogą stanowić o uznaniu danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.
Konsorcjum nie wykazało również jakie konkretnie informacje objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, w jaki sposób wypełniają przesłanki określone w art. 11 ust.4 UZNK, a także nie załączyło dowodów podjęcia działań do zachowania ich poufności.
O konieczności przedstawienia konkretnych dowodów, które uzasadniałyby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, wypowiedziała się KIO w wyroku KIO 1713/17, gdzie stwierdziła, że przystępujący w części pisma stanowiącej uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa powołał się jedynie na bliżej nieokreślone dane, w których wskazał, że tylko kilka osób ma dostęp do informacji przedstawionych w wyjaśnieniach. Przystępujący (...) w szczególności nie przedstawił żadnego dowodu, na okoliczności podnoszone w tej części pisma, powołując się jedynie na orzeczenia KIO. Tym samym uznać należało, że okoliczności dotyczące możliwości zastrzeżenia wyjaśnień nie zostały przez przystępującego udowodnione, co z kolei oznacza, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa."

11

Odwołujący zwraca również uwagę na fakt, że zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa - zgodnie z treścią art. 11 ust 4 UZNK - nie podlegają dokumenty, lecz informacje. Za sprzeczne z ustawą należy więc uznać zastrzeganie całości przedłożonych dokumentów, gdyż niektóre z nich mogą nie stanowić informacji w ścisłym rozumieniu. Powyższe potwierdza orzecznictwo, sygn. akt KIO 242/17 i KIO 258/17: ponadto rację ma Odwołujący, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeżeli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce.

Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, nazwy, liczby czy inne dane."
Odwołujący stwierdza, iż w przypadku wyjaśnień T. z dnia 06.06.2017 r. tajemnica przedsiębiorstwa została zastrzeżona niewłaściwie, w związku z czym utajnienie ich treści przez Zamawiającego pozbawione była podstaw prawnych i sprzeczne z przepisami PZP. W konsekwencji, Odwołujący wnosi o nakazanie odtajnienia przedmiotowych wyjaśnień.
Podnosi ponadto, że analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jakich Wykonawca udzielił pismem sygn. T./S61/AF/139/79/17 z dnia 18.07.2017r., udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Wyjaśnienia zawierają tożsame zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie znajduje się w uprzednich wyjaśnieniach z dnia 06.06.2017 r.
W związku z powyższym, Odwołujący, również w tym przypadku, wnosi o nakazanie odtajnienia treści przedmiotowych wyjaśnień T..
3. Zaniechanie odrzucenia oferty T. z powodu rażąco niskiej ceny, niezgodności z SIWZ, braku złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nieprawidłowej oceny wyjaśnień oraz uzupełnień T. przez Zamawiającego.
A\ Odwołujący podkreśla, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny przez T. oraz zarzut ich nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego, podnosi z daleko posuniętej ostrożności procesowej. Zamawiający - bezprawnie - nie odtajnił informacji składanych przez Konsorcjum w wyjaśnieniach. W konsekwencji Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z ich treścią. Przedmiotowy zarzut, mimo, iż sformułowany nieco przedwcześnie, w ocenie Odwołującego również zasługuje na uwzględnienie, gdyż jest konsekwencją wieloletniego doświadczenia L., z którego wynika, że oferenci bardzo często przedkładają wyjaśnienia niezgodne z wymogami odpowiednich przepisów prawa.
Odwołujący podkreśla, że przedmiotowy zarzut zostanie odpowiednio umotywowany w momencie odtajnienia akt przez Zamawiającego.
B\ Kolejno, odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oraz braku złożenia wyjaśnień w tym zakresie przez T., Odwołujący stwierdza, co następuje:

Podobnie jak w stosunku do ww. pkt A, Odwołujący formułując przedmiotowy zarzut - z racji braku odtajnienia wyjaśnień T. - działa z ostrożności procesowej. Niemniej jednak, powołując się po raz kolejny na zdobyte doświadczenie na rynku nadzorów inwestorskich, Odwołujący przyjmuje, że złożone przez T. wyjaśnienia nie zawierają dowodów potwierdzających, iż zaoferowana przez Konsorcjum cena nie jest ceną rażąco niską.
Takie działanie wykonawcy powinno zostać zaklasyfikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiekolwiek wyjaśnienie oferowanej ceny oferty.
Nieprzedstawienie kalkulacji ceny zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, czy też złożenie lakonicznych oświadczeń o prawidłowości kalkulacji ceny może uniemożliwić pozytywną weryfikację wyjaśnienia, ale nie musi potwierdzać oferowania realizacji usługi poniżej kosztów wytworzenia. Zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 tj. bez powoływania się na art. 89 p.z.p.
W podobnym tonie wypowiedziała się KIO także w wyroku (sygn. akt KIO 2031/14): „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Izba uznała, że odwołujący nie sprostał powinności nałożonej przez przepisy ustawy, zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.".
C\ Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający nie udostępnił wyjaśnień T., Odwołujący dokonuje analizy oferty Konsorcjum na informacjach zawartych w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 31.05.2017 r. Biorąc pod uwagę informacje na temat kosztów jakie T. przewidział w określonych pozycjach Formularza Cenowego, Odwołujący nawet bez dostępu do całej treści wyjaśnień jest w stanie stwierdzić, że oferta T. zawiera rażąco niską cenę.
Odnosząc się do przedmiotowych wyjaśnień, Odwołujący stwierdza, że T. nie uwzględnił w swojej ofercie wskazanych poniżej czynników cenotwórczych: Kosztów związanych z Biurem Konsultanta i Biurem Zamawiającego, Kosztów związanych z Personelem Biurowym i Pomocniczym, Kosztów usługi nadzoru i projektowania w okresie: projektowania, realizacji

robót i okresie przeglądów i rozliczenia kontraktu, Kosztów związanych z Działaniami promocyjnymi, Kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.
Ad. 1 Odnosząc się kosztów Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego jakie przyjął w swojej ofercie T., Odwołujący pragnie wskazać, iż są one całkowicie nierealne. Kwotą jaką Konsorcjum przyjęło w pkt 1.1 Formularza Cenowego tj. 5 815,00 zł jako całość kosztów

---

związanych z organizacją Biura Konsultanta odbiega od wszelkich stawek obowiązujących na rynku nieruchomości w okręgu realizacji przedmiotowego zamówienia. W ramach tej kwoty wykonawca ma obowiązek zawrzeć nie tylko czynsz najmu, ale także szereg innych kosztów jak np. internet, koszt zainstalowania urządzeń i ich usunięcia czy koszty ubezpieczeń. Przyjęcie tak niskiej kwoty przez

T. w przedmiotowym zakresie, rodzi więc ryzyko, iż nie będzie ona nawet wystarczająca do opłacenia czynszu, nie mówiąc o dodatkowych kosztach, jakie przewiduje tutaj SIWZ. Obecnie w miejscu realizacji zamówienia, oferty najmu lokali, które odpowiadają wymaganiom SIWZ, rozpoczynają się od ok. 4 000 zł, sięgając do kilkunastu tysięcy zł, to cena TFP w zakresie Biura Konsultanta, istotnego elementu cenotwórczego w rozumieniu art. 90 ust.3 PZP, potwierdza zaoferowanie jej na poziomie rażąco niskiej. Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do Biura Zamawiającego, na które T. przeznaczył jedynie 815 zł miesięcznie.
Ad.2 Koszty związane z Personelem Biurowym i Pomocniczym
Konsultant ma obowiązek zapewnić dla personelu biurowego oraz personelu pomocniczego na okres projektowania oraz wykonania robot budowlanych po minimum 2 osoby. Natomiast zgodnie z SIWZ TOM II - Istotne dla stron postanowienia umowy (WU), w §13 pkt. 6 „Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na umowy o pracę były również osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących personel biurowy oraz personel pomocniczy, tj. czynności biurowe, administracyjne o organizacyjne wskazane w pkt. 2.1 OPZ Zatrudnienie czterech osób na umowy o pracę nakłada na Wykonawcę określone ustawowe wymagania, stanowiące zobowiązania kosztotwórcze. Odwołujący stwierdza, że takie koszty nie zostały uwzględnione w cenie oferty, a Konsorcjum nie odniosło się do tego faktu w późniejszych wyjaśnieniach.
Ponadto, zgodnie z zapisami § 11 pkt 18 WU „Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo w przypadkach: Śmierci, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób personelu Konsultanta.
W przypadku zgłoszenia jako zastępstwo na czas urlopu osób będących już członkiem personelu Konsultanta, Konsultant nie otrzyma wynagrodzenia, o czym stanowi §11 pkt. 20: „Konsultant nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywanych obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej.” Powyższe wskazuje, iż T. w wyjaśnieniach ws. rażąco niskiej ceny winien albo wykazać, że ujął w cenie oferty koszt zapewnienia zastępstwa w postaci osoby na umowy o pracy, albo wskazać, iż nie będzie uzyskiwać wynagrodzenia. W obu przypadkach jest zobowiązany jest ponieść koszty urlopu. W pozycji 1.3 Formularza Cenowego - Personel Biurowy oraz 1.4 - Personel pomocniczy, Konsorcjum przyjęło każdorazowo kwotę 5 200 zł.

Koszty, jakie zgodnie z obowiązującymi przepisami pracodawca ponosi zatrudniając pracownika na podstawie umowy o pracę, z wynagrodzeniem równym wysokości minimalnej — obecnie 2.000,00 zł brutto (przy kosztach uzyskania — 111,25 zł) - wynoszą kolejno:
a) składka na ubezpieczenie emerytalne w wysokości 9,76% *2.000,00 zł = 195,20 zł,
b) składka na ubezpieczenie rentowe w wysokości 6,50% *2.000,00 zł = 130,00 zł,
c) składka na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości 1,80% * 2.000,00= 36,00 zł,
d) stadka na Fundusz Pracy—2.000,00 * 2,45%=49,00 zł,
e) składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych—2.000,00 zł*0,10%=2,00 zł. Suma dodatkowych obciążeń wynosi więc - 412,20 zł.
Wobec powyższego koszt pracodawcy osoby na umowę o pracę to 2412,20 zł na osobę. Realizując jednocześnie obowiązki określone w SIWZ w tym zakresie tj. zapewniając po 2 osoby na każdą z pozycji (personel biurowy i pomocniczy) Wykonawcy muszą ponieść

minimalne koszty w wysokości 4 824.4 zł. Biorąc pod uwagę cenę zaproponowaną w tym zakresie przez T. tj. 5 200 zł, na zapewnienie wszystkich innych wymogów, o których mowa powyżej, łącznie z urlopami, miesięcznie pozostaje kwota 375,60 zł netto, a więc 187,80 zł na osobę. Odnosząc powyższą kwotę do całego okresu trwania kontraktu - 55 miesięcy tj. 187,80 x 55, otrzymujemy rezerwę w wysokości 10 329 zł netto na jedną osobę na cały okres 55 miesięcy. Rezerwa nie pokryje kosztów urlopu wymaganego kp, a w przeciągu realizacji inwestycji każda z tych 4 osób ma prawo 4-krotnego urlopu po 20 dni każdy. 20 dni urlopu to jeden miesiąc pracy, zatem rezerwa powinna wynosić co najmniej 2.412,20 złotych na 1 osobę na 1 rok, a na 55 miesięcy—ok 11 055,92 zł netto.
Złożone przez T. wyjaśnienia nie zawierają żadnego uzasadnienia dla faktu, iż oferta została wyceniona w tym zakresie niezgodnie z zapisami SIWZ.
Ad. 3 Usługi nadzoru i zarządzanie - okres gwarancyjny
Zgodnie z zapisami §3, Wykonawca zobowiązany jest pełnić usługę nadzoru w okresie gwarancji przez 15 miesięcy. Zgodnie z ofertą Wykonawcy w poz. 2.3 Formularza Cenowego przedmiotowe usługi wyceniono na kwotę 624 976,80 zł netto.
W tabeli Odwołujący przedstawia zestawienie podziału kosztów wyłącznie personalnych (samych pensji) w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia za pracę, a także do średniej krajowej w okresie realizacji dokumentacji projektowej.
Uwzględniając, że minimalne wynagrodzenie za pracę w roku 2017 wynosi 2.000 (dwa tysiące) zł brutto, koszty jakie ponosi pracodawca z tytułu zatrudnienia pracownika wynoszą 2.412,20 zł miesięcznie. Gdyby hipotetycznie przyjąć, iż T. miałby zamiar zatrudniać specjalistów wyłącznie w zamian za wynagrodzenie minimalne, ten element ceny oferty wyglądałby następująco:
Eksperci Kluczowi: liczba miesięcy kwota miesięczna kwota za dany etap

---

Inżynier Kontraktu 15 2 412,20 36 183,00
Specjalista ds. rozliczeń 15 2 412,20 36 183,00
Specjalista ds. roszczeń 15 2 412,20 36 183,00
Technolog 15 2 412,20 36 183,00
Główny weryfikator DP drogowej 15 2 412,20 36 183,00
Główny weryfikator DP mostowej 15 2 412,20 36 183,00
Główny Inspektor robot drogowych 2412,20 36 183,00 15
Główny Inspektor robot mostowych 2 412,20 36 183,00 15

suma | 289 464,00

Na podstawie zestawienia, obejmującego personel główny, zatrudniony na umowach o pracę z min. wynagrodzeniem, same wynagrodzenia konsumują ok. 46% kwoty przeznaczonej przez T. do realizacji etapu gwarancyjnego.
Nie ma możliwości, aby wyspecjalizowani eksperci pracowali za wynagrodzeniem stanowiącym minimum na rynku. Są to ludzie wykształceni, z dużym doświadczeniem, nie sposób uznać, że zgodzą się oni na stawkę w wysokości 1 459, 48 zł netto/miesięcznie.
Relatywnie realnym oddaniem sytuacji rynkowej byłoby przyjęcie wynagrodzenia dla przedmiotowych specjalistów na poziomie co najmniej średniej krajowej. Odwołujący przedstawia w tabeli analogiczne zestawianie, uwzględniające stawki średniej krajowej tj. 4 6436 zł brutto (koszt pracodawcy 5 590 zł):
Eksperci kluczowi: Liczba miesięcy Kwota miesięczna Kwota za dany etap
Inżynier Kontraktu 15 5 590.00 83 850,00
Specjalista ds. rozliczeń 15 5 590,00 83 850,00
Specjalista ds. roszczeń 15 5 590,00 83 850,00
Technolog 15 5 590,00 83 850,00
Główny weryfikator DP drogowej 15 5 590,00 83 850,00
Główny weryfikator DP mostowej 15 5 590,00 83 850,00
Główny Inspektor robot drogowych 5 590,00 83 850,00 15
Główny Inspektor robót mostowych 5 590,00 83 850,00 15

Suma 670 800

W przypadku zatrudnienia specjalistów w zamian za wynagrodzenie w wysokości średniej krajowej, kwota przewidziana przez T. za realizację etapu gwarancji jest wyraźnie niewystarczająca. Konsorcjum przewidziało jedynie kwoty rzędu 624 976,80 złotych za realizację tego etapu, z czego wynagrodzenie personelu kluczowego wynosi - przy

powyższych założeniach - 670 800 zł, a więc wyraźnie przekracza cenę wskazaną w tej pozycji i jest równa niemalże 107% tej wartości.

16

Mając na uwadze powyższe, na realizację pozostałych wymagań SIWZ oraz zapewnienia ekspertów niekluczowych, T. nie pozostaje żadna kwota, co świadczy o wyraźnej niezgodność treści oferty z SIWZ i o rażąco niskiej cenie oferty Konsorcjum.
Poza personelem kluczowym, zgodnie z pkt 2.12 OPZ, wykonawca obowiązany jest do zapewnienia na etapie realizacji usługi niemal 40 ekspertów, na co cena oferty przyjęta przez T. w żadnym stopniu nie pozwala.
Ad. 5 Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.W związku z faktem, iż pozycje w części 4 Formularza Cenowego stanowią procent wartości znajdujących się w innych pozycjach Formularza Cenowego, opisanych powyżej, Odwołujący również w tym zakresie stwierdza, iż oferta T. jest; sprzeczna z treścią SIWZ oraz zawiera rażąco niską cenę, której Konsorcjum w żaden sposób nie uzasadniło w składanych wyjaśnieniach.
Reasumując, złożone przez T. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie wykazały ujęcia w cenie oferty wszystkich wymaganych kosztów przewidzianych w SIWZ. Mając możliwość analizy oferty T. jedynie w bardzo wąskim zakresie, Odwołujący był jednak w stanie stwierdzić, że fakt był konsekwencją niewłaściwie sporządzonej oferty, która pozostaje sprzeczna z SIWZ, a jej cena posiada przymiot rażąco niskiej. W takiej sytuacji T., mając prawo jedynie do doprecyzowania/wyjaśnienia, nie zaś zmiany złożonej uprzednio oferty, nie był w stanie wykazać, iż jego oferta jest zgodna z przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego.
Tytułem zakończenia, Odwołujący wskazuje, iż T., mimo spoczywającego na nim - zgodnie z art. 90 ust.1 PZP - ciężaru dowodowego, nie wykazało, że złożona przez Konsorcjum oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej i obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia.
4. Odwołujący podkreśla, że zarzut złożenia zaniechania wykluczenia z Postępowania z uwagi na niewykazanie warunków udziału w Postępowaniu polegających na brak potencjału kadrowego, podnosi z ostrożności procesowej. Zamawiający nie odtajnił informacji składanych przez Konsorcjum w uzupełnieniu i wyjaśnieniach do oferty. W szczególności nie udostępnił wykazu osób złożonego przez T. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z treścią dokumentu. Zarzut, mimo, iż sformułowany nieco przedwcześnie, w ocenie Odwołującego również zasługuje na uwzględnienie, gdyż jest konsekwencją ostatnich doświadczeń L., z których wynika, że oferenci przedkładają wykazy osób, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Sygn. akt KIO 2290/17

17

Odwołujący: M. P.Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na nieprawidłowej ocenie i zaniechaniu odrzucenia ofert Wykonawców:
1. konsorcjum: T. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz T. G. E. S.L. z siedzibą w M. (T.)
2. L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w P.
i w konsekwencji na wyborze oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu.
art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez 1. Zamawiającemu zarzuca naruszenie
zaniechanie ujawnienia wyjaśnień konsorcjum T. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż T. nie wykazał istnienia podstaw zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień T. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, pomimo iż wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta T. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty T., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
art. 90 ust. 1 przez zaniechanie wezwania L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w P. (dalej: „L.") do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny,
art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty L., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty T.,
2) unieważnienia czynności oceny ofert,
3) ponowienia badania i oceny ofert,
4) odrzucenia oferty T. oraz oferty L.,
5) udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień T. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy,
6) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
Odwołujący został sklasyfikowany na trzecim miejscu w rankingu ofert, podczas gdy złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (oferty T. oraz L. skalsyfikowane odpowiednio na pierwszym i drugim miejscu rankingu). Oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą.

UZASADNIENIE
I, Zarzuty dotyczące oferty T.:
1. zaniechanie ujawnienia wyjaśnień T. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie załączników do protokołu w postaci m. in. korespondencji Zamawiającego oraz T. w zakresie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę. Zamawiający udostępnił Odwołującemu treść pism kierowanych do T., natomiast z treści odpowiedzi T. z dnia 06.06.2017r. oraz 18.07.2017r. udostępnił jedynie uzasadnienie objęcia wyjaśnień T. tajemnicą przedsiębiorstwa.
Na podstawie czynności Zamawiającego Odwołujący domniemuje, iż Zamawiający uznał ww. uzasadnienie zastrzeżenia za spełniające wymagania art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.
Mając na uwadze ww uzasadnienie (treść uzasadnienia w obu pismach jest taka sama), Odwołujący podnosi, iż T. nie sprostał obowiązkowi wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, a Zamawiający naruszył ustawę Pzp nie udostępniając Odwołującemu treści wyjaśnień T. z dnia 06.06.2017r. oraz 18.07.2017r.
Na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska, a co najmniej szerokiego i opartego na faktach uzasadnienia, a nie wyłącznie złożenia oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niewątpliwie zaś nie może być uznane za „wykazanie" przedstawienie ogólnej deklaracji, że przedstawione informacje spełniają przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W ocenie Odwołującego T. w swoim uzasadnieniu nie wykazał co najmniej, iż informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą zgodnie z art. 11 ust. 4 znku.
T. nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informuje pozostaną poufne. T. ograniczył się do generalnego stwierdzenia, że „Dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość przedsiębiorcy bowiem bez zachowania powyższych informacji w poufności nie można skutecznie konkurować na wolnym rynku” Stwierdzenie to jednak w żaden sposób nie odpowiada obowiązkowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.
W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że T. nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia treści tych wyjaśnień.

2. nieprawidłowa ocena wyjaśnień T. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp / zaniechanie odrzucenia oferty T., mimo iż oferta zawiera rażąco niska cenę.

Zgodnie z SIWZ 15.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. 15.5. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych. (...)"
Ponadto zgodnie z Instrukcją wypełnienia Formularza cenowego zawartą w dole tabeli pn. „Uwagi Zamawiającego": „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia:1. Dział ma obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ. 2. Pozycja „Personel biurowy" musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta 3. Pozycja „Personel pomocniczy" musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych asystentów i pracowników, którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ"
Usługi nadzoru: 1. Każda pozycja musi obejmować całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia wszystkich Ekspertów, niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ na danym etapie. 2. Wykonawca musi wycenić koszt pełnienia Usługi na poszczególnych etapach uwzględniając koszt zapewnienia wszystkich osób przewidzianych zarówno na konkretne stanowiska Ekspertów, jak i innego personelu Konsultanta."
Zgodnie z powyższymi zapisami wykonawcy zobowiązani byli ująć w cenie oferty wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu wymagań SIWZ.
Analiza wymagań SIWZ co do przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji oraz treści oferty T. (Formularz cenowy - str. 8-9 oferty) prowadzi do wniosku, iż T. nie uwzględnił w cenie oferty co najmniej poniżej wskazanych kosztów: a) zapewnienia środków transportu - poz. 1.2a Formularza cenowego, b) zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego - poz. 1.3 oraz 1.4 Formularza cenowego, c) zatrudnienia personelu w okresie projektowania oraz realizacji robót - poz. 2.1 oraz 2.2 Formularza cenowego, d) wymagań spełnienia ustalonych dla kryteriów pozacenowych.
Ad. a) koszty zapewnienia środków transportu
Zamawiający ustalił następujące wymagania:
„Konsultant niniejszego zamówienia wyposaży swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony komórkowe), zapewniające sprawne pełnienie usługi. (...)
Konsultant użyczy Zamawiającemu 1 sztukę środków transportu do wyłącznej całodobowej dyspozycji Zamawiającego na czas określony poniżej:

---

1. samochód typu SUV - od podpisania Umowy do wystawienia Ostatecznego Świadectwo Płatności - przekazanie pojazdu w ciągu 30 dni od podpisania umowy
Konsultant zapewni Zamawiającemu ciągłość w korzystaniu ze środka transportu. W przypadku ujawnienia wady lub awarii Konsultant zapewni pojazd zastępczy w ciągu 24 godzin od zgłoszenia.
Środek transportu dla Zamawiającego będzie spełniać niżej wymienione warunki:
1. Parametry i wyposażenie pojazdu nie będą gorsze niż określone w poniższej tabeli
Lp. Wyposażenie i parametry Samochód SUV, 5-drzwiowy Napęd 4x4 (stały lub System zapobiegający blokowaniu się kół dołączany) Układ stabilizacji toru jazdy (ESP)
podczas hamowania (ABS) Lusterka zewnętrzne boczne sterowane elektrycznie Minimum 2 poduszki powietrzne Klimatyzacja Radio Komplet podłogowych dywaników gumowych Komplet opon zimowych, Komplet opon letnich Wspomaganie układu kierowniczego Regulowana kolumna kierownicy Lampa błyskowa pomarańczowa na magnes z przedłużaczem (kogut) Polskie świadectwo homologacji Nie dopuszcza się samochodów z homologacją ciężarową (tzw. kratka).
Wymaga się aby użyczony samochód posiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, NNW i Assistance, obsługę związana z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przedłużenia ubezpieczenia, mycia samochodu. Wymaga się by Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu. (...)
Konsultant może użyczyć samochód nowy bądź używany, jednak nie starszy niż czteroletni (4 lata liczone od pierwszej rejestracji) i z przebiegiem nie większym niż 80 tys. km. (...)

Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.2a oraz 4.2a Formularza cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio 5000 km na miesiąc (średnio 3500 km na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej."
Najtańszym pojazdem spełniającym wymagania Zamawiającego jest Dacia Duster 4WD. Najtańsza wersja przedmiotowego samochodu kosztuje 57.967,44 zł brutto (47.128,00 zł netto). Zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz wymaganiem Zamawiającego, iż nie dopuszcza się samochodów z homologacją ciężarową (tj. pojazdu z tzw. kratką) Konsultant może odliczyć jedynie 50% podatku VAT od zakupu i eksploatacji samochodu osobowego wykorzystywanego w firmie. W konsekwencji koszt pojazdu, który powinien być ujęty w cenie oferty wynosi 52.547,72 zł.

21

Uwzględniając wymaganą do kalkulacji ceny liczbę miesięcy (40), koszt miesięczny, jaki powinien być uwzględniony w ofercie wynosi 1.313,69 zł (52.547,72 zł/40 miesięcy).
Zgodnie z Formularzem cenowym T. w poz. 1.2a przeznaczył na środki transportu 1.575 zł netto miesięcznie. W związku z powyższym na pozostałe koszty związywane z eksploatacją pojazdu dla Zamawiającego pozostaje tylko 261,31 zł netto miesięcznie.
Odwołujący wskazuje również, że nawet jeśli T. założyłby kupno powyższego samochodu jako używanego, to nadal najtańszym pojazdem spełniającym wspomniane wymagania jest Dacia Duster 4WD. Zgodnie z ofertami egzemplarz używany nie starszy niż 4 lata i spełniający pozostałe wymagania SIWZ, kosztuje ok. 40.000 zł netto (49.200,00 zł brutto). W związku z wymaganiem Zamawiającego, iż nie dopuszcza się samochodów z homologacją ciężarową Konsultant może odliczyć jedynie 50% podatku Vat od zakupu i eksploatacji samochodu osobowego wykorzystywanego w firmie. Wobec czego koszt auta, który musi być ujęty w cenie oferty wynosi 44.600 ZŁ. Co za tym idzie koszt miesięczny jaki powinien być uwzględniony w ofercie to 1.115 zł (44.600 zł/ 40 miesięcy).
Jak już wyżej wskazano T. w poz. 1.2a przeznaczył na środki transportu 1.575 zł netto miesięcznie. W związku z powyższym przy zakupie używanego samochodu na pozostałe koszty związywane z eksploatacją pojazdu dla Zamawiającego pozostaje 460 zł netto/mc.
Ponadto nawet jeśli T. założył, iż posiada już samochód spełniający wymagania Zamawiającego to w przedmiotowej pozycji winien uwzględnić jego amortyzację, z uwagi na wymaganie, by użyczany pojazd był nie starszy niż 4 lata i spełniający pozostałe wymagania siwz Wobec powyższego należy przyjąć, że cena oferty musiała być kalkulowana dla auta zakupionego na potrzeby wykonania zamówienia.
W związku z powyższym pozostała do dyspozycji T. kwota, tj. 261,31 zł miesięcznie musiałaby wystarczyć na wszystkie pozostałe koszty, których skalkulowania w cenie wymagał Zamawiający.
Odwołujący zwraca zatem uwagę na składniki kosztowe:
zamawiający wymagał (Tom III OPZ, pkt 2.4), by Konsultant ponosił wszelkie koszty związane z utrzymaniem pojazdu, w tym koszty paliwa przy uwzględnieniu limitu przebiegu 5000 kilometrów na miesiąc (średnio 3500 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności).
Według producenta średnie spalanie pojazdu wskazanego powyżej wynosi 5,51/100km, wobec czego koszty paliwa przedstawiają się następująco: Miesięczny przebieg 5000 km, Cena litra paliwa - olej napędowy 4,55 zł Średni koszt miesięczny brutto [zł] 4,55 x5,5 x 5000/100 = 1.251,25, Średni koszt miesięczny po odliczeniu 50% podatku VAT 1.134,26 zł
Do kalkulacji przyjęto średnią cenę oleju napędowego w województwie podlaskim z maja 2017, a więc z miesiąca w którym upływał termin składania ofert.

22

Jak wynika z powyższego już sam koszt paliwa przekracza znacznie kwotę, jaka wykonawca T. mógłby mieć przeznaczona na kupno i eksploatację pojazdu.
• ubezpieczenie OC. NNW i Assistance Zgodnie z ofertami ubezpieczycieli najtańsza polisa wypełniająca wymogi SIWZ kosztuje 2.300 zł brutto rocznie. Po odliczeniu 50% podatku VAT daje to koszt 2.084,96 zł, który musi być uwzględniony w cenie oferty.
Przeliczając powyższą kwotę na okresy miesięczne kalkulowane w ofercie (2084 zł/12 m-cy),

koszt ubezpieczenia będzie wynosił miesięcznie: 173,66 zł miesięcznie.
• mycie samochodu Konsultant zobowiązany jest do zapewnienia mycia pojazdu czterokrotnie w ciągu miesiąca. Koszt jednego mycia na myjni automatycznej w najtańszym pakiecie wynosi 16,00 zł brutto. Po odliczeniu 50% VAT koszt jednego mycia pojazdu jaki powinien być uwzględniony w ofercie to 14,50 zł. Zatem miesięczny koszt mycia pojazdu wymagany do skalkulowania wynosi średnio 58,00 zł.
• materiały i usługi eksploatacyjne Konsultant zobowiązany jest zapewnić także między innymi obsługę związaną z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosić koszty eksploatacji w tym płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, a także zakupu co najmniej 2 kompletów opon i koguta. Średni koszt przedmiotowych czynników wynosi około 200 zł miesięcznie. Podsumowując powyższe dane, Odwołujący podnosi, że średni miesięczny koszt zapewnienia pojazdu przeznaczonego dla Zamawiającego to: 2.878,00 zł, co znacznie przekracza wartość przeznaczoną przez T. która wynosi, zgodnie z pozycją 1.2a Formularza cenowego jedynie 1.575 zł netto.
W tabeli przedstawił elementy kosztowe, które powinny być uwzględnione w ofercie
ŁĄCZNIE 2.878
W przypadku zakupu samochodu używane go, powyższe koszty przedstawiają się jn.
ŁĄCZNIE 2.680

Powyższe obrazuje, że cena wskazana przez T. jest niewystarczająca na pokrycie niezbędnych kosztów. Przyjęta kwota wystarczy najwyżej na koszty paliwa, mycia i ubezpieczenia, nie pozostawiając rezerwy na eksploatację, ewentualne naprawy oraz w trakcie tych napraw zapewnienie samochodu zastępczego.
Ad. b) koszty zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego
Zgodnie z postanowieniami pkt 2.1 Tomu III SIWZ-OPZ:
„W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni: Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, inni Eksperci), Personel Biurowy. Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min. 2 osoby, np.: sekretariat obsługa techniczno-administracyjne, itp. (...) Personel Pomocniczy

---

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min. 2 osoby, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi (...)"
Ponadto zgodnie z postanowieniami Wzór Umowy: § 13 ust. 6: „Zamawiający wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były również osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel
Pomocniczy, tj. czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1 OPZ" § 13 ust. 7: „Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o prace, tj. wskazane w ust 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu (...)". § 13 ust. 8: „Konsultant zobowiązuje się przez cały okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać stan ciągłości zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na zasadach opisanych w ust. 7. W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, o których mowa w ust. 5 lub 6, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, w wymiarze nie mniejszym niż wynikających z zasad określonych w ust 7 (...)". § 11 ust. 18: „Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo w przypadkach :śmierci, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób personelu Konsultanta; § 11 ust. 20: „Konsultant nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywania obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej."
Z powyższego wynika, iż wykonawcy powinni uwzględnić w cenie: - obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę minimum czterech osób, - konieczność zapewnienia każdemu z tych pracowników prawa do corocznego, nieprzerwanego, płatnego urlopu wypoczynkowego, przy czym minimalny wymiar urlopu wynosi 20 dni (art. 154 § 1. Kp),- konieczność poniesienia kosztów wynagrodzenia na umowie o pracę i urlopu osoby zastępującej.
T. winien wykazać, że ujął w cenie oferty koszt zapewnienia zastępstwa, albo też wskazać,

że nie będzie uzyskiwać wynagrodzenia z danego stanowiska. Przy czym w obu przypadkach zobowiązany jest ponieść koszty urlopu.
W ocenie Odwołującego T. nie uwzględnił tych kosztów w cenie oferty.
W Form. cenowym w poz. 1.3 oraz 1.4, T. przyjął koszt po 5.200 zł na każdą z pozycji.
Koszty, jakie ponosi pracodawca przy zatrudnianiu pracownika na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem równym pensji 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 0,67% * 2.000,00= 13,40 zł,
• składka na Fundusz Pracy - 2.000,00 * 2,45% = 49,00 zł,
• składka na Fundusz GŚP - 2.000,00 zł * 0,10% = 2,00 zł. • Składka na PFRON (ponoszona przez pracodawców zatrudniających powyżej 25
osób i nie zatrudniających powyżej 6% osób niepełnosprawnych) koszt ok 107 zł.
Suma dodatkowych obciążeń wynosi zatem 496,60 zł, a realny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu osoby na umowę o pracę stanowi 2.496,60 zł na osobę.
Zakładając, iż T. zapewni jako Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy jedynie wymagane minimum, tj. po 2 osoby na każdą z tych pozycji, to dla każdej z tych pozycji T. powinien skalkulować koszty samego wyłącznie minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę w wysokości po 4.993,20 zł (2x2.496,60 zł). Jeśliby nawet T. był zwolniony z opłacania składki na PFRON to jego koszt dla dwóch osób wyniósłby 4.779,20 zł.
Powyższe wartości mieszą się w założonej kwocie 5.200 zł mc, ale nie uwzględniają pozostałych wymogów wynikających z zatrudniania, w szczególności związanych z urlopami, medycyną pracy, sprzętem związanym z wymogami bhp, czy też rezerwy na ewentualne koszty zwolnień lekarskich. Rezerwa T. na pokrycie kosztów to 206,8 zł, a więc 103,4zł/ osobę (prz ew. zwolnieniu z PFRON odpowiednio 420,80 zł netto, a więc 210,40 zł / osobę).
Przeliczając wskazaną rezerwą T. na czas trwania kontraktu (40 mies. - tj. 103,40 zł x 40, w braku składki PFRON - 210,40 zł x 40), otrzymujemy kwotę w wysokości 4.136,00 zł netto (w braku składki PFRON - 8.416,00 zł netto) na cały czas trwania kontraktu.
Mając na uwadze wskazaną kwotę należy zauważyć, że w przeciągu realizacji inwestycji każda z tych osób ma prawo do 3-krotnego urlopu w wymiarze co min.20 dni. Dwadzieścia dni urlopu w roku oznacza jeden miesiąc pracy, zatem rezerwa tylko na koszty urlopu powinna wynosić co najmniej 2.496,60 zł /osobę/rok, a w okresie zakładanych 40 miesięcy 8.322,00 zł na osobę, co już niemal wyczerpuje całą rezerwę T.. Jak bowiem wyżej wyliczono, rezerwa T.: w okresie 40 m-cy to 4.136,00 zł netto (w braku składki PFRON - 8.416,00 zł netto), a wymagana minimalna rezerwa wynikająca z kosztów zatrudnienia jednej osoby wynosi 8.322,00 zł i odpowiednio w kwotach mc - rezerwa T. to 103,40 zł (w braku składki PFRON - 210,40 zł), a wymagane minimum na jedną osobę to co najmniej 208,05 zł.
Prócz tego koszty medycyny pracy, podstawowych szkoleń chociażby BHP, ew. zwolnień.
Zgodnie z rozpoznaniem rynku Odwołującego średni koszt obsługi BHP to ok. 8 zł/os./m-c, natomiast koszt obowiązkowej obsługi z tytułu medycyny pracy oferowanych przez firmy medyczne to ok. 35 zł/os/mc, przy optymistycznym założeniu że każda z tych osób będzie przebywała tylko 2 tyg. na zwolnieniu w ciągu całego kontraktu, dodatkowy koszt stanowi ok. 1.000 zł, co w przeliczeniu na miesiąc trwania kontraktu daje 25 zł/osoba/miesiąc.

Podsumowanie ww. wyliczeń to łącznie 2.772,65 zł.
Biorąc pod uwagę, że w każdej z pozycji (poz. 1.3 Personel Biurowy i poz. 1.4. Personel Pomocniczy) należało uwzględnić minimum 2 osoby to koszt miesięczny pokrywający minimalne koszty zatrudnienia 2 osób na przedmiotowych stanowiskach wynosi 5.545,30 zł. Jak widać z analizy kwota przyjęta przez
T. (5.200 zł) nie może być wystarczająca na pokrycie kosztów zatrudnienia Personelu biurowego i pomocniczego.
Powyższe obrazuje, że cena wskazana przez T. jest niewystarczająca na pokrycie wszystkich niezbędnych kosztów.
Ad. c) koszty zatrudnienia personelu w okresie projektowania oraz realizacji robót
Okres projektowania: W Formularzu cenowym w poz. 2.1. T. wycenił przedmiotowe usługi na

733.692,50 zł netto.
W ocenie Odwołującego kwota ta nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych zatrudnieniem personelu wymaganego przez Zamawiającego.
W tabeli Odwołujący przedstawia zestawienie podziału kosztów tylko i wyłącznie personalnych (samych pensji) w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz do średniej krajowej w okresie projektowania.
Przedstawiono poglądowo wyliczenie z uwzględnieniem min. płacy, z podkreśleniem, że nie jest możliwe zatrudnienie wysoko wyspecjalizowanego personelu spełniającego wymagania stawiane przez Zamawiającego w przedmiotowym w zamian za wynagrodzenie w wysokości 2.000 zł brutto. Wynagrodzenie, jakie otrzymałby w takim przypadku „na rękę" Inżynier Kontraktu czy Technolog, wynosi 1.459,48 zł. Niewiarygodnym jest by specjalista spełniający warunki określone w SIWZ podjął się pracy w zamian za takie stawki wynagrodzenia.
W przypadku zatrudnienia specjalistów w zamian za wynagrodzenie w wysokości średniej krajowej kwota przewidziana przez T. za realizację etapu projektowania jest już niewystarczająca - T. przewidział jedynie 733.692,50 zł za realizację tego etapu z czego koszty zatrudnienia Ekspertów Kluczowych pochłaniają 690.168,98 zł, ponad więc 94% wartości całej pozycji).
Jednocześnie odwołujący podnosi, iż mało prawdopodobnym jest zatrudnienie Ekspertów Kluczowych spełniających wymagania SIWZ za kwotę wynagrodzenia równą średniej krajowej, a zatem kalkulacja przedstawia i tak koszty zaniżone w stosunku do rynkowych.
Eksperci kluczowi: ilość miesięcy koszt miesięczny łącznie
Inżynier Kontraktu 15 5413,09 81196,35
Inżynier Rezydent 15 5413,09 81196,35
Specjalista ds. rozliczeń 15 5413,09 81196,35
Specjalista ds. roszczeń 15 5413,09 81196,35
technolog 7,5 5413,09 40 598,18

Główny weryfikator DP drogowej 15 5413,09 81196,35
Główny weryfikator DP mostowej 15 5413,09 81196,35
Główny IN robot drogowych 15 5413,09 81196,35
Główny IN robot mostowych 15 5413,09 81196,35 ŁĄCZNIE

690 168,98

Na realizację pozostałych zapisów SIWZ oraz zapewnienia tzw. Innych Ekspertów pozostaje kwota 43.523,52 zł netto, a więc 1.088,09 netto zł/miesięcznie, co nie stanowi nawet jednego minimalnego wynagrodzenia za pracę. Spełnienie wymagań usługi poprzez zapewnienie usług weryfikatorów i inspektorów nadzoru pozostałych branż w tej kwocie jest zdaniem Odwołującego niemożliwe. Należy podkreślić bowiem, że realizacja przedmiotu zamówienia w tym okresie wymaga także zapewnienia usług weryfikatorów robót branżowych, takich jak weryfikatorzy specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych, kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych, ponadto specjalistów ds. nadzoru geotechnicznego, geologicznego, przyrodniczego.
Tym samym koszty nakładów pracy koniecznej do zweryfikowania zakresu prac projektowych objętych zamówieniem znacznie przekraczają koszty założone przez T..
Okres realizacji robót:
W Formularzu poz. 2.2. T. wycenił przedmiotowe usługi na kwotę 2.795.507,77 zł netto.
W ocenie Odwołującego kwota nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych zatrudnieniem personelu wymaganego przez Zamawiającego.
Zgodnie z wymaganymi SIWZ w okresie realizacji robót, trwającym 25 miesięcy, wykonawca powinien zapewnić usługi Ekspertów Kluczowych oraz Innych Ekspertów.
W tabeli Odwołujący przedstawiono analizę bardzo podstawowych kosztów zapewnienia usług na poziomie spełniającym minimalne wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ.
Inżynier Kontraktu 25 1 5.413,09 2,00
Inżynier Rezydent 25 1 5.413,09 1,75 236.822,69
Specjalista ds. rozliczeń 1 5.413,09 1/5 202.990,87 25
Specjalista ds. roszczeń 25 1 5.413,09 1/5 202.990,87

1 5.413,09 1/5 202.990,87 Technolog 25

Główny IN robot drogowych 1 5.413,09 1/5 202.990,87 25
Główny IN robot mostowych 1 5.413,09 1,5 202.990,87 25
Łącznie Eksperci kluczowi: 1.522.431,56

IN robót drogowych 25 1 5.413,09 1,5 169.159,06
IN robót mostowych 25 1 5.413,09 1/5 169.159,06
IN robót
telekomunikacyjnych 25 1 5.413,09 135.327,25
IN robót sieci ciepłych, gazowych etc25 1 5.413,09 135.327,25
IN robót el. 1 5.413,09 135.327,25 i elektroenergetycznych 25
0,1 5.413,09 13.532,72 spec ds. nadzoru geotechnicznego 25
0,1 5.413,09 13.532,72 specds. nadzoru geologicznego 25
0,1 5.413,09 13.532,72 spec ds. nadzoru przyrodniczo 25
spec ds. inżynierii ruchu 0,1 5.413,09 13.532,72 25
spec ds. kontaktów ze
społecznością i promocji 25 1 2.772,65 69.316,25
spec ds. umów z podwykonawcami...25 1 2.772,65 69.316,25
spec ds. sprawozdawczości 1 2.772,65 69.316,25 25
zespół geodezyjny 2 5.413,09 270.654,5 25
Prawnik 0,2 5.413,09 2,00 54.130,9 25
Archeolog 0,1 5.413,09 13.532,72 25
inni specjaliści 0,1 5.413,09 13.532,72 25
asyst. Insp. nadzoru robót
drogowych i mostowych 25 1 2.772,65 69.316,25
asyst. Insp. nadzoru robót branżowych 1 2.772,65 69.316,25 25
Łącznie inni eksperci: 1.496.862,8
Łącznie koszty pozycji 2.2 Formularza cenowego: 3.019.294,44
W wyliczeniu widać, iż nie możliwym jest zrealizowanie w pełni profesjonalnej usługi nadzoru na przedmiotowym kontrakcie za zaproponowaną przez T. kwotę 2.795.507,77 zł netto.
Ad. d) Koszt spełnienia wymagań ustalonych dla kryteriów pozacenowych
Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez T. w ofercie na formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe'1 (str. 10-11 oferty) zobowiązał się do wypełnienia wszystkich stawianych zapisami pkt 19.1.2 IDW wymogów.
Zdaniem Odwołującego, T. w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie uwzględnił bądź uwzględnił w sposób niewystarczający koszty następujących elementów:
• wykonanie cyklicznych zdjęć - ortofotoraport w postaci ortofotomapy oraz DSM wraz z przeglądarką www udostępnioną „on-line" w jakości i częstotliwości wymaganej przez Zamawiającego oraz przy użyciu wymaganego sprzętu (bezzałogowych platform latających lub nalotu lotniczego);

• brak uwzględniania obecności przy 50% badań, pomiarów i pobieraniu próbek przez Wykonawcę robót budowlanych potwierdzonych podpisem na protokole. W opinii
przyjął pół etatu dla stanowiska Technologa, co uniemożliwia odwołującego T. uczestniczenie w deklarowanej liczbie badań i pomiarów; • brak uwzględnienia kosztów wykonania oraz obsługi systemu „Help Desk". W ocenie
Odwołującego T. nie uwzględnił co najmniej kosztów zatrudnienia osoby od powiedzianej za obsługę Help Desk, co wynika z analizy ;
• brak uwzględnienia 2 tyg. okresu dublowania pracy ekspertów w przypadku ich zmiany. W ocenie Odwołującego T. nie uwzględniła w wycenie zatrudnienia personelu Konsultanta kosztów dublowania pracy ekspertów, co wynika z analizy jw.
Podsumowując T. nie ujął w cenie oferty wszystkich kosztów, które muszą być poniesione w toku realizacji umowy i które powinny być uwzględnione w cenie oferty.
W ocenie Odwołującego, T. nie sprostał zadaniu udowodnienia w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że zaoferowana przez Niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast analiza Odwołującego wskazuje, iż cena T. jest rażąco niska i w związku z tvm oferta T. powinna podlegać odrzuceniu.

II. Zarzuty dotyczące oferty L.:
1. zaniechanie wezwania L. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.
Zgodnie z cytowanym przepisem zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień jeżeli cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego do co możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodnie z cytowanym przepisem obowiązek zamawiającego aktualizuje się nie tylko w sytuacji gdy cena całkowita oferty wydaje się rażąco niska, ale także gdy takie wątpliwości budzą jej elementy składowe.
Wobec powyższego Odwołujący podnosi, iż Zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp nie wezwał L. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, iż cena oferty, a w szczególności jej istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący powołuje się w tym miejscu na uzasadnienie odwołania zawarte poniżej w pkt 2.
Poniżej wykazane części składowe ceny oferty L. wskazują, iż zostały skalkulowane na poziomie nieuwzgledniającym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, i przy uwzględnieniu tych wymagań nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną przez L..
Odwołujący podnosi zatem, że Zamawiający nie dokonał badania oferty L. z należytą starannością, zaniechał bowiem weryfikacji realności ceny tej oferty co najmniej w obszarach wskazanych przez Odwołującego, co było Jego obowiązkiem. Działając z należytą starannością, Zamawiający niewątpliwe dokonałby wnioskowania podobnego jak Odwołujący w pkt 2 poniżej i uznał, że wskazane części składowe ceny L. budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, a w konsekwencji podjął czynności określone art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
Odwołujący podkreśla przy tym, że treść wezwań kierowanych do T. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje iż pewien poziom cen za określone elementy kosztowe przedmiotu zamówienia wydały się Zamawiającemu rażąco niskie i budzące wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganymi SIWZ. Zamawiający żądał bowiem w ww. wezwaniach szczegółowe pytania odnośnie elementów ceny oferty T., w tym m. in. dotyczące poz. 1.2a, 1.3. i 1.4. formularza ofertowego.
Tymczasem wskazane pozycje w ofercie L. zostały wycenione niżej niż w ofercie T..
Niezrozumianym jest zatem dlaczego Zamawiający zaniechał zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wobec L. w sytuacji, gdy elementy składowe oferty L. zostały wycenione jeszcze niżej niż budzące wątpliwości Zamawiającego elementy składowe oferty T., co do których wdrożył procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.
Powyższe jednoznacznie wskazuje na niestaranność Zamawiającego w dokonywaniu badania oferty L., a w konsekwencji na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

2. zaniechanie odrzucenia oferty L., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
Analiza wymagań SIWZ co do przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji oraz treści oferty L. (formularz cenowy) prowadzi do wniosku, iż L. nie uwzględnił w cenie oferty co najmniej poniżej wskazanych kosztów:
zapewnienia środków transportu - poz. 1.2a formularza , zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego - poz. 1.3 oraz 1.4, zatrudnienia personelu w okresie projektowania oraz realizacji robót - poz. 2 oraz 4 formularza, spełnienia wymagań dla kryteriów pozacenowych.
W odniesieniu do tych pozycji Odwołujący powołuje się na SIWZ oraz na analizy i wyliczenia kosztów zapewnienia ww. wymagań przedstawione dla zarzutów względem oferty T..

W związku z powyższym przedstawia już tylko porównanie wyliczeń do cen zaoferowanych przez L. w ofercie.
Ad. a) koszty zapewnienia środków transportu.
Jak wykazano powyżej ad zarzutów do oferty T. min koszt m-c pojazdu dla Zamawiającego, jaki powinien być uwzględniony to 2.878,00 zł
mc (przy zakupie pojazdu używanego 2.680,00 zł miesięcznie).
L. w poz. 1.2a Formularza przeznaczył na środki transportu 1.650,00 zł netto mc.
To wskazuje, że cena L. jest niewystarczająca na pokrycie niezbędnych kosztów.
Ad. b) koszty zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego
W formularzu dla poz. 1.3 Personel Biurowy oraz 1.4 Personel pomocniczy, L. przyjął koszty po 4.850 zł netto.
Zgodnie z wyliczeniami przedstawionymi wobec oferty T. w każdej (poz. 1.3 Personel Biurowy i poz. 1.4. Personel Pomocniczy) koszt miesięczny pokrywający absolutnie minimalne koszty zatrudnienia 2 osób wynosi 5.545,30 zł.
Wobec powyższego kwota przyjęta przez L. (4.850 zł) nie może być wystarczająca na pokrycie kosztów zatrudnienia Personelu biurowego i pomocniczego.
Ad. c) koszty zatrudnienia personelu w okresie projektowania oraz realizacji robót
Okres projektowania: W Formularzu w poz. 2.1. L. wycenił przedmiotowe usługi na kwotę 887.000,00 zł netto.
W ocenie Odwołującego kwota nie uwzględnia kosztów związanych zatrudnieniem personelu wymaganego przez Zamawiającego.
Zgodnie z wyliczeniami przedstawionymi wobec oferty T. - okres projektowania minimalna kwota jaka powinna być przyjęta jako koszt zatrudnienia Ekspertów Kluczowych w okresie projektowania to 690.168,98 zł netto. Przy czym mało prawdopodobne jest zatrudnienie Ekspertów Kluczowych spełniających wymagania za kwotę wynagrodzenia równą średniej krajowej, a zatem kwota ta przedstawia i tak koszty zaniżone w stosunku do rynkowych.
Na realizację pozostałych zapisów SIWZ oraz zapewnienia Innych Ekspertów pozostaje kwota 196.831,02 zł netto, a więc 13.122,07 netto zł/miesięcznie. Spełnienie wymagań Zamawiającego poprzez zapewnienie usług weryfikatorów i inspektorów nadzoru pozostałych branż w tej kwocie jest zdaniem Odwołującego niemożliwe. Realizacja przedmiotu zamówienia w tym okresie wymaga także zapewnienia usług weryfikatorów robót branżowych, takich jak weryfikatorzy dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych, kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych, ponadto specjalistów ds. nadzoru geotechnicznego, geologicznego, przyrodniczego.

Tym samym koszty nakładów pracy koniecznej do zweryfikowania zakresu prac projektowych objętych zamówieniem znacznie przekraczają koszty założone przez L..
Okres realizacji robót:
W Formularzu w poz. 2.2. L. wycenił te usługi na kwotę 2.900.000,00 zł netto.
W ocenie Odwołującego kwota nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych zatrudnieniem personelu wymaganego przez Zamawiającego.
Jak przedstawiono wobec oferty T. - okres realizacji robót min. kwota jaka powinna być przyjęta jako koszt zatrudnienia Personelu Konsultanta w okresie realizacji robót to 3.019.294,44 zł netto. To min. koszty konieczne do pokrycia w ramach realizacji tej usługi.
Wobec powyższego niemożliwym jest zrealizowanie w pełni profesjonalnej usługi nadzoru na przedmiotowym kontrakcie za zaproponowaną przez L. kwotę 2.900.000,00 zł netto.
Ad. d) koszty spełnienia wymagań ustalonych dla kryteriów pozacenowych
Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez L. w ofercie na formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe” (str. 7-8 oferty) zobowiązał się do wypełnienia wszystkich stawianych zapisami pkt 19.1.2 IDW wymogów.
Zdaniem Odwołującego, L. nie uwzględnił w cenie oferty bądź uwzględnił w sposób niewystarczający koszty następujących elementów:
wykonanie cyklicznych zdjęć - ortofotoraport w postaci ortofotomapy oraz DSM wraz z przeglądarką www udostępnioną „on-line" w jakości i częstotliwości wymaganej przez Zamawiającego oraz przy użyciu wymaganego sprzętu (bezzałogowych platform latających lub nalotu lotniczego);

brak uwzględniania obecności przy 50% badań, pomiarów i pobieraniu próbek przez Wykonawcę robót budowlanych potwierdzonych podpisem na protokole. W opinii odwołującego L. przyjął pół etatu dla stanowiska Technologa, co uniemożliwia uczestniczenie w deklarowanej liczbie badań i pomiarów;
brak uwzględnienia kosztów wykonania oraz obsługi systemu „Help Desk". W ocenie Odwołującego L. nie uwzględnił co najmniej kosztów zatrudnienia osoby odpowiedzianej za obsługę Help Desk, co wynika z analizy przedstawionej w Ad. c);
brak uwzględnienia 2 tyg. okresu dublowania pracy ekspertów w przypadku ich zmiany. W ocenie Odwołującego L. nie uwzględnił w wycenie zatrudnienia personelu Konsultanta kosztów dublowania pracy ekspertów, co wynika z analizy przedstawionej w Ad. c};.
Podsumowując L. nie ujął w cenie oferty wszystkich kosztów, które muszą być poniesione w toku realizacji umowy i które powinny być uwzględnione w cenie oferty.
W konsekwencji Odwołujący wskazuje, że L. nie ujął w cenie oferty wszystkich kosztów, które muszą być poniesione w toku realizacji umowy i które powinny być uwzględnione w

cenie oferty. Analiza przedstawiona przez Odwołującego jednoznacznie wskazuje zatem, iż cena L. iest rażąco niska i w związku z tvm oferta L. powinna podlegać odrzuceniu.
Podsumowując, Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert T. oraz L., jak również dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób rażąco niezgodny z ustawą Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na wniesione odwołania wniósł o ich oddalenie w całości.
Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisu art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 znku przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień oraz uzupełnienia złożonego przez T. w trybie art. 90 ust. 3 ustawy pzp pomimo faktu, iż T. nie wykazał zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (odwołanie KIO 2267/17 oraz KIO 2290/17) zamawiający wskazał, ze T. w wyjaśnieniach każdorazowo zawierał informacje, iż treść wyjaśnień zawiera i dotyka materii objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, która to nie może i nie powinna być w jakikolwiek sposób ujawniana osobom trzecim. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy pzp zastrzeżenie przedstawianych informacji jest skuteczne w przypadku, gdy wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Samo pojęcie użyte w przepisie tj. wykazanie, w ocenie zamawiającego nie stanowi obowiązku udowodnienia, a jedynie uprawdopodobnienia, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie zamawiającego takiemu obowiązkowi wykazania wykonawca T. sprostał i wykazał, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy znku. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera w swej treści informacje wskazujące, że wyjaśnienia zawierają informacje nieujawnione do wiadomości publicznej, posiadają treść gospodarczą oraz, że zostały podjęte co do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Na poparcie stanowiska wskazał orzeczenie KIO 1015/17, gdzie Izba wskazała, że „Pojęcie „wykazał" użyte w art. 8 ust. 3 ustawy w dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nie jest równoznaczne z pojęciem „udowodnił" lub „przedstawił dowody", które wprost nie zostały w tym przepisie użyte, a uwzględniając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby w omawianym art. 8 ust. 3 chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia, tak jak to uczynił literalnie – w co najmniej kilku przepisach ustawy".
W ocenie zamawiającego rodzaj zastrzeganych informacji jest rzeczą indywidualną każdego wykonawcy powołującego się na tajemnice przedsiębiorstwa. Dodał, że treść wyjaśnień wykonawcy w sposób jasny i niewymagający interpretacji wskazuje na słuszność objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu znku. Treść ta uzasadnia także wykazanie przez wykonawcę, że złożona oferta nie zawiera elementów wobec których możliwe jest uznanie,

że są rażąco niskie. W jego ocenie treść wyjaśnień uzasadnia zastosowane w ofercie ceny i w tej części została właściwie oceniona przez zamawiającego.

Zamawiający wskazał na tożsame zarzuty podniesione przez odwołującego L. P.sp. z o.o. oraz odwołującego M. P. sp. z o.o. dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp przez

zaniechanie ich zastosowania tj zaniechanie czynności
odrzucenia oferty T. zawierającej rażąco niską cenę i brak wyjaśnień odpowiadających wymogom art. 90 ustawy pzp.

Dokonując oceny zamawiający w toku badania ofert zważył na fakt, że ceny zaoferowane przez kilku wykonawców (w tym jednego z odwołujących – spółkę L.) znajdują się na zbliżonym poziomie, oscylującym wokół 10% wartości Kwoty kontraktowej za roboty budowlane. Wykonawcy w postępowaniu składali oferty, które charakteryzował dość wysoki rozrzut cenowy. Ceny zaproponowane przez interesariuszy odwołania tj. T. oraz L. opiewają odpowiednio na 6 314 367,51 zł oraz 6 828 160,50 zł. Jedynie cena oferty M. – 8 966 700 zł odbiega znacząco od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 7 123 206,79 zł (jest wyższa o 25,9%). Różnica między ceną T. a M. wynosi aż 2 652 332,49 zł brutto.
Zamawiający przypomina orzeczenie ETS z 22.06.1989 r. C-103/88 Constanzo o niedopuszczalności wobec sprzeczności z zawadą rzeczywistej konkurencji, automatycznego uznawania za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu.
Wskazuje, że odwołujący dowodzi zasadności zarzutu w oparciu o wartość poszczególnych pozycji cenowych odnosząc to w szczególności do pozycji związanych kosztem prowadzenia biura oraz usług nadzoru (które łącznie stanowią niemal 100% decydujący czynnik cenotwórczy), tymczasem konsorcjum w wyjaśnieniach zapewnia, iż kwoty określone podczas szacowania ceny są rzeczywiste i wynikają z przewagi konkurencyjnej wykonawcy. Mimo, że art. 90 ust. 1 ustawy pzp nakazuje brać pod uwagę przy ustalaniu przesłanki ceny rażąco niskiej całkowitą cenę należną za wykonanie zamówienia, ale również jej istotne części składowe – to porównując złożone oferty w postępowaniu zamawiający stwierdza, że ceny zaproponowane przez konsorcjum w kwestionowanych pozycjach nie są nierealne czy wręcz „oderwane od rzeczywistości", jak twierdzą odwołujący. Równie istotne mogłoby się okazać, że wyniki badania, które pomogłoby ustalić fakt zawyżania pewnych pozycji formularza cenowego, rozumianego jako konsekwencja niskiej efektywności nakładów poniesionych przez wykonawcę, powodowanej przez np. niedostateczne rozeznanie rynku lub niedostateczną aktywność na tym rynku. Powyższe stanowi istotny, choć niewymierny argument obalający zarzuty odwołujących. Projekt i budowa II jezdni obwodnicy S. w ciągu drogi ekspresowej S61 jest kontraktem o najniższej wartości wśród kontraktów bieżąco

realizowanych przez białostocki Oddział GDDKiA. Jest to inwestycja o nie najwyższym stopniu skomplikowania inżynieryjnego, ponieważ stanowi ona formę dowiązania do istniejącej jezdni celem osiągnięcia parametrów drogi ekspresowej klasy S. Wartość kontraktu na roboty budowlane brutto to 75 080 690,60 zł. Mając na uwadze powyższe, kwoty oferowane stanowią: dla oferty L. 9,1% wartości kontraktu na roboty budowlane, dla oferty T. 8,41% wartości kontraktu na roboty budowlane. Doświadczenie zamawiającego wskazuje, że ukazane wartości procentowe stanowią dość znaczny odsetek całości kwoty kontraktowej robót. Dla ukazania kontekstu sytuacji rynkowej, oferta odwołującego L. na innym kontrakcie w ciągu drogi ekspresowej S61 S.-B. opiewa na 8.307.690,60 zł, co przy wartości kontraktowej robót brutto 605.580.962,90 zł stanowi zaledwie 1,37% wartości kontraktu na roboty budowlane dla przedmiotowej inwestycji, przy udziale procentowym oferty z najwyższą ceną (ZBM IZ 16.490.000,54 zł) na poziomie 2,72%. Powołując się na inny przykład – na kontrakcie Projekt i budowa obwodnicy Suwałki Konsultant realizuje wykonanie zleconej usługi za kwotę około 9.969.000 zł, co stanowi 3,33% wartości kontaktu na roboty budowlane dla przedmiotowej inwestycji o wartości robót ok. 299 mln zł brutto.
Zamawiający zaznaczył, że koszty związane ze świadczoną usługą w zależności od wartości robót budowlanych dla takich pozycji formularza cenowego jak realizacja działań promocyjnych tudzież koszty środka transportu dają przyrosty arytmetyczne o relatywnie niewielkiej wartości, o tyle istnieje wyraźna korelacja między wartości Kontraktu a wartością pełnienia usług nadzorczych sensu stricto, ze względu na prostą zależność ilości powstających obiektów inżynierskich czy jednostek długości dróg, a koniecznością pełnienia nadzoru nad prowadzonymi pracami.
Wnioskując dalej – zamawiający w trakcie badania ofert był uprawniony do potraktowania wyjaśnień jako wiarygodnych, gdyż udział procentowy kosztu nadzoru w całej realizacji inwestycji w swojej proporcji znacznie przewyższa udział w innych zadaniach realizowanych przez zamawiającego. Zamawiający miał prawo przypuszczać, że w przedmiotowym

postępowaniu przy średniej arytmetycznej ofert. 7.123.206,79 zł odrzucenie oferty, która zasadniczo spełnia wymogi siwz, byłoby czynem nieuzasadnionym z punktu widzenia art. 90 ust. 1a ustawy pzp.
Odnośnie kosztów związanych z Biurem Konsultanta i Biurem Zamawiającego zamawiający stwierdza, że ocena odwołującego, jakoby koszty Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego, jakie przyjął w swojej ofercie T. były całkowicie nierealne, z jednoczesnym zarzutem do zamawiającego dotyczącym nieodrzucenia oferty T. jako oferty z rażąco niską ceną, zamawiający uważa za nieuprawnione. Odwołujący w sposób ogólnikowy stwierdza, że kwota przyjęta przez T. odbiega od wszelkich stawek obowiązujących na rynku nieruchomości w okręgu realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie odwołujący

35

---

nie podejmuje wysiłku wykazania, że tak jest w istocie; nie dokonuje również prezentacji jakiejkolwiek zaczerpniętej z realiów rynku lokalnego wyceny kosztów najmu, posługując się jedynie wielkością 4000 zł jako wielkością progową najmu w okręgu realizacji przedmiotowego zamówienia. Koszty ponoszone przez wykonawców, w tym przypadku koszty najmu i utrzymania lokalu, w każdym przypadku zależą od wielu czynników.
Dokonując oceny zasadności działań zamawiającego należy mieć na uwadze przede wszystkim czynnik dynamiki życia gospodarczego na analizowanym obszarze. Gmina S. leży w pow. G., w północno-zachodniej części województwa podlaskiego. Jest to gmina o charakterze wybitnie rolniczym, z bardzo niskim stopniem industrializacji i zusługowienia gospodarki lokalnej. Dane z zestawień GUS w B. dla gminy S. wskazują, że w roku 2015 na terenie gminy nie oddano do użytkowania żadnego lokalu przeznaczonego na sprzedaż lub wynajem, a ilość podmiotów gospodarki narodowej z sektora pozarolniczego plasuje się znacząco poniże średniej krajowej, ponadto na obszarze gminy występuje tylko podmiot zarejestrowany jako sp. z o.o. Powyższe stwarza obraz, z którego można dedukcyjnie wnioskować, że z wysokim prawdopodobieństwem na obszarze gminy Szczuczyn występuje niski lub wręcz śladowy popyt na lokale użytkowe przeznaczone na wynajem, których parametry odpowiadają parametrom opisanym w siwz (lokal z przeznaczeniem na biuro dla kilku, kilkunastu osób). Ponadto zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 44 ust. 3 ustawy z 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, wg którego ”wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów /…/” w pełni intencjonalnie określił warunki powołania Biura Konsultanta. Mając na uwadze powyższe, oraz dyspozycję art. 90 ust. 3 ustawy pzp, wg które zamawiający dysponuje prawem do autonomicznej oceny wyjaśnień wykonawcy, zamawiający uznaje zarzut odwołującego za niezasadny. W ocenie zamawiającego i zgodnie z elementarnym prawami mikroekonomii, ceny najmu lokali w gminie Szczuczyn spełniają wszystkie przesłanki skrajnie nieelastycznego (sztywnego) popytu, tj. przy bardzo niskim popycie na najem lokali użytkowych i niskiej dynamice życia gospodarczego ich cena w zasadzie nie jest zależna od incydentalnego popytu na rynku tj. pojawienia się silnego ekonomicznie najemcy. Stan istniejący należy zatem odnieść do ekonomicznego prawa popytu oraz krzywej popytu. Wg tego prawa ekonomii cena najmu lokalu o tych parametrach wydaje się wysoka dla lokalnego i słabego ekonomicznie przedsiębiorcy – stąd popyt nań jest niski i kształtuje on cenę, która w ogólnokrajowym rozrachunku będzie znacznie niższa od średniej. Natomiast dla silnego wykonawcy o ugruntowanej pozycji na rynku cena, jaką musi zapłacić za najem lokalu na obszarze gminy S. będzie ceną niewygórowaną.

36

W zakresie kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego oraz kosztów zatrudnienia personelu w okresie projektowania oraz realizacji robót zamawiający w odpowiedzi na zarzuty podnosi, że wszelkie koszty personelu biurowego i pomocniczego zostały uwzględnione zgodnie z projektem istotnych postanowień umownych i zarazem zgodnie z obowiązującymi regulacjami dotyczącymi zatrudniania na podstawie umowy o pracę. Podnoszony przez odwołującego zarzut, jakoby zamawiający badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny nie uwzględnił wielu czynników mogących potencjalnie wystąpić w trakcie realizacji zamówienia, mając na uwadze w szczególności prawo do urlopu i inne hipotetycznie występujące składniki (szkolenie bhp, badania

medycyny pracy), jest chybiony, gdyż zamawiający udzielając zamówienia publicznego danemu wykonawcy ma na celu zaspokojenie danej potrzeby publicznej, którą w tym przypadku jest pełnienie nadzoru nad realizowaną inwestycją. O ile oczywiste i bezsprzeczne jest, że przy okazji realizowanego zadania zamawiający został wyposażony w instrumenty mające na celu kontrolę jakości pracy świadczonej niejako w interesie publicznym i za publiczne pieniądze, to zamawiający nie może skupiać się na pobocznych następstwach zamawianej usługi. Zamawiający powinien realizować zadania zlecone z pełnym poszanowaniem przepisów prawa, jednakże celem nadrzędnym zamawiającego jest realizacja samego zadania, nie zaś drobiazgowa kontrola wykonawców połączona z wysnuwaniem wniosków obarczonych dużym ryzykiem błędu. Podejmując czynności w toku prowadzenie postępowania zamawiający brał pod uwagę, że konsorcjum T. niewątpliwie należy zaliczyć do grona doświadczonych wykonawców, który posiada wiedzę i rozeznanie rynku pozwalające na osiągnięcie przewagi konkurencyjnej. Stąd uznaje zarzuty odwołujących za niezasadne.

Odnośnie kosztów zapewnienia środków transportu zamawiający bierze pod uwagę analogiczną argumentację dotyczącą kosztów utrzymania personelu biurowego i pomocniczego. Mając na uwadze, że wykonawca w sposób ciągły realizuje usługi nadzoru inwestorskiego na wielu kontraktach w Polsce i za granicą, uprawnione wydaje się założenie, że kalkulacja dotycząca środków transportu niekoniecznie wskazuje na rozbieżność realnych warunków realizacji oraz wartości przyjętej w pozycji cenotwórczej formularza cenowego. Kwestię tę podniósł w treści odwołania odwołujący M. stwierdzając, że wykonawca posiadający prawo własności środka transportu musi uwzględnić przynajmniej amortyzację tego środka transportu. Ani zamawiający ani odwołujący nie sa w stanie ustalić, a tym bardziej wiarygodnie ocenić wszystkich przesłanek i motywów, którymi kieruje się wykonawca w trakcie wyceny danego składnika cenotwórczego.

37

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawcy T. sp. z o.o. i T. G. E.S.L. (dalej: T.) wniósł o oddalenie obydwu odwołań.
Sygn. akt KIO 2267/17
Przystępujący wskazał, że odwołanie bazuje na odwołaniach wnoszonych przez niego w ostatnim czasie, obejmujących zarzut zaniechania

odrzucenia oferty L. w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, co stanowi naruszenie jego prawa własności intelektualnej i dobrych praktyk obowiązujących wykonawców. Wskazał na postępowania KIO 2108/17 i KIO 2039/17.
W zakresie zarzutu bezskutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzupełnienia z dnia 29 maja 2017 r. wskazał, że odwołanie jest spóźnione i podlega pozostawieniu bez rozpoznania jako zarzutu spóźnionego, gdyż termin odwołania w tym zakresie biegnie od powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a taką w przypadku zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej jest poinformowanie przez zamawiającego o wyborze, natomiast co do zarzutu zaniechania udostępnienia dokumentów, a tu wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, taką datą jest data, w której wykonawca mógł powziąć informację o fakcie, że inny wykonawca składał takie wyjaśnienia i że są one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.
W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie ukrywał faktu, że wystąpił do niektórych wykonawców o złożenie wyjaśnień oraz że wyjaśnienia te są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wynika to z maila, jaki zamawiający dnia 5 września 2017 r. wystosował do wykonawcy M., w którym wyraźnie wskazano, że przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia i że są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto z treści odwołania SGS Polska sp. z o.o. w postępowaniu KIO 1805/17 wynika, że zamawiający żądał wyjaśnień i takie zostały złożone. Przystępujący wskazuje, że Izba wskazywała w orzeczenia na termin skutecznego podniesienia zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia informacji jako liczonego od dnia, w którym wykonawca mógł powziąć informację o fakcie istnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. (KIO 1817/13, KIO 1401 i 1403/15. Także wyrok SO w Przemyślu z 15 maja 2015 r. I C 131/15.
Z ostrożności przystępujący wskazuje, że wyjaśnienia zawierają, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy pzp wykazanie, że zawarte informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa, w

szczególności spełniają wszystkie 3 przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Podnosi brak analizy przez odwołującego treści uzasadnienia zawartego w wyjaśnieniach, brak konkretyzacji argumentacji i odniesienia do stanu faktycznego sprawy i ponawia stwierdzenie o skopiowaniu treści uprzednio wnoszonych przez T. odwołań.

38

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, niezgodności z siwz, braku złożenia odpowiednich wyjaśnień i nieprawidłowej oceny wyjaśnień przystępujący stwierdził, że jego wyjaśnienia, w szczególności z dnia 6 czerwca 2017 r. nie są ogólnikowe.
W szczególności zawierają odniesienie się w treści do wszystkich elementów cenotwórczych, jakie miały być zaprezentowane, zawierają kalkulację ceny zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.
Podkreślił, że zawierają szereg szczegółowych wyliczeń dla poszczególnych elementów składowych ceny oferty zgodnie z wezwaniem zamawiającego.
Odnosząc się do konkretnych argumentów wskazanych w odwołaniu przystępujący wskazał, że argumenty te dotyczą treści objętych wyjaśnieniami, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i argumentacja szczegółowa została zawarta w zastrzeżonym załączniku nr 1 do pisma.
Niezależnie od argumentacji z zał. Nr 1 przystępujący wskazał, co następuje.
1/ Odnośnie kosztów Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego (s. 16 odwołania) podkreślił brak dowodów w odwołaniu, że kwota wskazana w ofercie przystępującego jest zbyt niska i nierynkowa; nie wykazano, że kwota 5.815 zł jest niewystarczająca dla wypełnienia wszystkich wymagań siwz. Sam odwołujący wskazał, że min. czynsz najmu to 4.000 zł, a jednocześnie nie wykazał, że pozostała kwota jest niewystarczająca dla pokrycia pozostałych kosztów.
2/ Dla kosztów związanych z Personelem Biurowym i Pomocniczym (s. 16-18 odwołania) przystępujący w poz. 1.3. i 1.4. formularza cenowego wskazał kwotę 5.200 zł – za każdym razem obejmuje to zatrudnienie na podstawie umowy o pracę 2 osób.
Jak wskazał odwołujący min. koszty pracodawcy to 2.412,20 na osobę. On sam w tych pozycjach 1.3 i 1.4 wskazał kwoty po 4.850 zł, a zatem niższe od kwot w ofercie przystępującego aż o 350 zł miesięcznie. W tym zakresie odwołujący nie ma interesu w popieraniu zarzutu, gdyż ewentualne uwzględnienie musiałoby prowadzić także do odrzucenia oferty odwołującego.
3/ Podobnie odnośnie wynagrodzenia za świadczenie usług nadzoru i zarządzania w okresie gwarancyjnym (okres przeglądu kontraktu). Odwołujący wskazuje, że wynagrodzenie rynkowe w tym zakresie powinno wynosić 670.800 zł, a sam przewidział kwotę niższą tj. 669.000 zł. Zatem także w przypadku odwołującego nie istnieje rezerwa przeznaczona na wynagrodzenie ekspertów kluczowych. Tu także przystępujący podnosi brak interesu odwołującego w podnoszeniu zarzutu.
Przystępujący podkreśla, że odwołujący kopiując odwołanie nie zweryfikował obowiązujących zapisów siwz, w której nie przewidziano stanowiska Inżyniera Kontraktu, nie

39

---

ma również wymogu zatrudnienia weryfikatorów na umowę o pracę. Tym samym tabela w odwołaniu nie obrazuje wymogów siwz, a wyliczenia są nierzetelne i nie mające odzwierciedlenia w wymaganiach siwz.
4/ Odnośnie kosztów związanych z działaniami promocyjnymi, poza wyliczeniami na s. 16 odwołania, nie sformułowano zarzutu w treści odwołania.
5/ Odnośnie kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectw Płatności (s. 20 odwołania) przystępujący nie wskazał na żadne kwoty lub argumenty. Cały zarzut ograniczony jest do stwierdzenia, że „Odwołujący również w tym zakresie stwierdza, iż oferta T. jest sprzeczna z treścią siwz oraz zawiera rażąco niską cenę, której Konsorcjum w żaden sposób nie uzasadniło w składanych wyjaśnieniach".
Odwołujący nie wskazał, z którymi postanowieniami siwz sprzeczna jest treść oferty (konkretna treść) oraz nie wskazał, które ewentualnie składniki ceny są nieprawidłowe i dlaczego. Zarzut, zdaniem przystępującego powinien zostać oddalony jako bezzasadny.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego przystępujący wskazał, że zarzut ten został jedynie sformułowany na s. 3 odwołania w pkt 7, natomiast w treści odwołania nie wskazano żadnych podstaw faktycznych, które mogłyby stanowić podstawę uznania zarzutu; zarzut powinien zostać zatem oddalony.

Przystępujący wskazał, że składał wyjaśnienia zamawiającemu zgodnie z treścią otrzymanego wezwania, w odpowiedzi na konkretne pytania.
Stwierdził, że przedstawił umowę najmu lokalu, jakim dysponuje na potrzeby Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego z kwotą najmu 4 000 zł.
Przedstawił wyjaśnienia dotyczące kosztów personelu biurowego i pomocniczego zatrudnianego na podstawie umów o pracę z uwzględnieniem pomocy publicznej, z jakiej korzysta, pomimo iż zamawiający takich informacji nie żądał.
Wskazał, że przedstawił zamawiającemu przykładowy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) dla okresu przeglądu i rozliczenia kontraktu, który to personel zatrudni w wymiarze pełnego etatu z wynagrodzeniem wyższym od minimalnego.
Odnośnie kosztów działań promocyjnych przystępujący przypomina, iż brak jest w odwołaniu zarzutu w tym zakresie, jednakże stwierdza, że wszystkie działania wykonywane są siłami własnymi i przedstawi zestawienie kosztów broszur, zdjęć, materiałów filmowych i strony internetowej.
Sygn. akt KIO 2290/17

W odpowiedzi na odwołanie wniesione przez M. przystępujący T. wniósł o jego oddalenie.
Wskazał, że analogicznie do stanu w sprawie KIO 2267/17 odwołujący posłużył się kopią odwołań wcześniej wnoszonych przez przystępującego naruszając prawa własności intelektualnej.
Zarzut zaniechania ujawnienia wyjaśnień T. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp uznał za wniesiony po terminie, a odwołanie w tym zakresie spóźnione. Za datę początkową biegu terminu uznał dzień 5 września 2017 r.
Podtrzymał argumentację o zasadności zastrzeżenia informacji w wyjaśnieniach jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa spełniając 3 przesłanki takiej tajemnicy.
Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny, niezgodności z siwz, braku złożenia odpowiednich wyjaśnień stwierdził, że przedstawił prawidłowe wyjaśnienia, uzasadnioną wymogami siwz kalkulację ceny, w tym szereg szczegółowych wyliczeń dla poszczególnych elementów składowych ceny oferty, zgodnie z wezwaniem wystosowanym przez zamawiającego.
Odnosząc się do konkretnych argumentów odwołania przypomniał, że dotyczą one treści objętych wyjaśnieniami przystępującego z dnia 6 czerwca 2017 r., które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i w tym zakresie argumenty przedstawił w załączniku nr 1 zastrzeżonym.
Niezależnie od tego wskazał na elementy ceny związane z zapewnieniem środka transportu, personelu, usługi nadzoru i zarządzania, kryteriów pozacenowych, analogicznie do uzasadnienia zawartego w odpowiedzi na odwołanie sygn. akt KIO 2267/17.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili w toku rozprawy stanowiska.
Sygn. akt: KIO 2267/17
Odwołujący L. P. Sp. z o. o. podkreślił obowiązującą zasadę jawności w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia z wyjątkami dopuszczającymi zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z uwzględnieniem przesłanek przewidzianej w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdził, że zastrzeżenia Przystępującego T. były niezasadne w szczególności co do wykazu osób i rażąco niskiej ceny zarówno w treści oferty jak i wyjaśnieniach składanych na wezwanie Zamawiającego. Przypomniał, że ewentualnemu utajnieniu mogą podlegać określone informację, a nie dokumenty, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Przypomniał treść wykonanej w odwołaniu analizy kosztów w tym biura i personelu zatrudnionego na podstawie umowy o prace, w tym ekspertów kluczowych. Stwierdził, że treść pisma procesowego złożonego przez Przystępującego T. nie

zmienia jego stanowiska. Wyjaśnił przy tym, że nie otrzymał od Zamawiającego wcześniejszej informacji o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, mail z 5 września 2017 roku na te okoliczność był skierowany wyłącznie do wykonawcy M. P. sp. z o. o. Wskazał jednak ogólnikowość informacji zawartych w piśmie Przystępującego T. i zauważył, że nie ma podstawy do dokonywania oceny oferty Odwołującego w tym jej kosztów, jako że nie jest to przedmiotem odwołania.
Odnośnie Stanowiska Zamawiającego przedstawionego w piśmie podkreślił, że ciężar dowodu co do skuteczności zastrzeżenia informacji zawierających tajemnice przedsiębiorstwa obciąża podmiot dokonujący takiego zastrzeżenia, a stwierdzenia art. 8 ustawy o wykazaniu tajemnicy przedsiębiorstwa wbrew twierdzeniu Zamawiającego znaczą, że nie jest to uprawdopodobnienie przedmiotowej okoliczności, lecz wymagany jest dowód. Wskazał, iż obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie jako udowodnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał także na powiązanie tej okoliczności z treścią art. 191 ust 1a. Przypomniał, że zastrzeżenia tajemnicy uzasadnienie przedsiębiorstwa było ogólnikowe, a w innych postępowaniach Przystępujący wskazywał na wymóg udowodnienia zastrzeżenia tajemnicy.

Przystępujący po stronie Odwołującego M. P. sp. z o.o. poparł stanowisko Odwołującego L. P. Sp. z o. o. odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zauważył, że Przystępujący T. nie wykazał co najmniej przesłanki wartości gospodarczej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
Odnośnie przedstawionych kosztów cen ofertowych, stwierdził, że nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną. Negował argumentację Zamawiającego w piśmie dotyczącą kosztów biura, w tym najmu i utrzymania oraz pozostałych z uwzględnieniem warunków lokalnych i zasad ekonomii. Poparł argumenty Odwołującego w pozostałym zakresie, w tym także co do minimalnych kosztów do poniesienia w okresie gwarancyjnym. Podkreślił, że wykonawca T. nie wykazał wartości gospodarczej podlegającej ochronie gdyż nie przedstawił na tą okoliczność dowodu i przez to jej nie uprawdopodobnił. W zakresie kosztów związanych z biurem podkreślił, iż oprócz czynszu najmu istnieją inne koszty w tym wynikające ze stawek urzędowych lokalnych lub krajowych a takie, które nie powinny być utajniane.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w piśmie. Stwierdził, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane przez Przystępującego T. skutecznie i zasadnie. Podkreślił, że podstawowym i kluczowym do realizacji przedmiotu zamówienia jest zespół ludzi i informacje ich dotyczące mogą być zastrzegane w sposób taki, jak dokonał

tego wykonawca. Stwierdził, że ocenił ofertę wraz z wyjaśnieniami uznając informację zawartą w tych dokumentach za wiarygodne.
Stwierdził, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach (pismo z dnia 6 czerwca br. na stronie 30) wykazał chronioną wartość gospodarczą, do jakiej należy zaliczyć także wartość wyrażoną w pieniądzu.

Przystępujący po stronie Zamawiającego Konsorcjum: T. Sp. z o.o., T. G. E. S.L. wniósł o oddalenie odwołania. Z porównania treści art. 8, art. 90 i art. 190 ustawy wywodzi, iż wykazanie zasadności zastrzeżeń nie oznacza obowiązku udowodnienia takich okoliczności i stwierdza, że *„uprawdopodobnił”* zgodnie z przepisami. Zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej na str. 28-30 wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego na wezwanie. Stwierdził, że Odwołujący dochowując należytej staranności mógł powiązać wiadomość o uznaniu przez Zamawiającego zasadności zastrzeżenia tajemnicy w dacie 5 września 2017 roku.
Podkreślił brak w odwołaniu wskazania, z jakim postanowieniem w SIWZ oferta Przystępującego T. miała być niezgodna mimo wskazania zarzutu z art. 89 ust 1 pkt 2, również zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 nie została w odwołaniu wykazana.
Odnośnie zarzutu dotyczącego zaoferowanej ceny podtrzymał argumenty zawarte w złożonych wyjaśnieniach Zamawiającemu oraz w piśmie, miedzy innymi wskazał na koszty biura, co do którego ma zawartą umowę najmu lokalu użytkowego, a także przedstawił szczegółowe informacji o pozostałych kasztach.

W zakresie kosztów personelu wskazał na brak interesu Odwołującego wykazany w piśmie, a ponadto przypomniał, że w SIWZ nie postawiono wymogu zatrudnienia inżyniera kontraktu, natomiast Odwołujący uwzględnia taką pozycję kosztową w swoich wyliczeniach.
Poparł stanowisko Zamawiającego wskazując na własną pozycje konkurencyjną. Podkreślił, iż wykazał poprawność zastrzeżenia tajemnicy. Wskazał na treść złożonych wyjaśnień i treść złożonego pisma w tym w części zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Sygn. akt: KIO 2290/17
Odwołujący M. P. sp. z o. o. złożył zestawienie dokumentów dotyczących koszów nabycia środka transportu, utrzymania oraz innych kosztów personelu.
Odnośnie oferty wykonawcy T. podtrzymał zarzuty z uzasadnieniem oraz stanowisko przedstawione do obecnej oferty w postępowaniu o sygn. akt: KIO 2267/17. Wskazał na datę wyboru oferty, jako termin początkowy na wniesienie odwołania od zaniechania Zamawiającego udostępnienia informacji zastrzeżonych, jako zawierających tajemnicę

przedsiębiorstwa. Stwierdził, iż z treści maila z dnia 5 września 2017 roku otrzymanego od Zamawiającego nie wynika ostateczne uznanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przez wykonawcę T.. Wskazał na przedstawione w odwołaniu koszty zapewnienia środków transportu wyliczone jako minimalne. Wskazał na koszt nabycia pojazdu przedstawionego w złożonych wydrukach. Stwierdził, iż w tym zakresie koszty są podobne i porównywalne dla wszystkich wykonawców, z których żaden nie ma przewagi konkurencyjnej. Zauważył, że koszty analogiczne wskazane przez T. są minimalne w innych postępowaniach a wskazanych w dokumentacji są znacznie wyższe, niż przedstawione w niniejszym postępowaniu. Dla przykładu wskazał element zawarty w poz. 4.2a formularza, gdzie przy limicie 3 500 km od przyjęcia w ofercie wskazano 730 zł, co jest wielkością niewystarczającą nawet na pokrycie kosztów paliwa, które wynosiłoby 770 zł (przy założeniu spalania 5,5 l/100 km). Podtrzymał zarzut co do zaliczenia kosztów personelu zatrudnianego w stosunku pracy. Wskazał na własne wyliczenia z uwzględnieniem przewidywanych zwolnień lekarskich. Zauważył, że ewentualne ulgi w kosztach pracy wymagają spełnienia szeregu konkretnych warunków (osoby 50+, osoby 30-, wymogi dotyczące okresu bezrobocia, warunki zatrudnienia osób niepełnosprawnych, w tym czas pracy, badania medyczne).
Podtrzymał przedstawione wyliczenia kosztów personelu w okresie projektowania i realizacji (str. 13 i n.). Zauważył, że także przy pominięciu pozycji inżyniera kontraktu kwota ekspertów to 609 000 zł., a do wykorzystania dla weryfikatorów (innych ekspertów), w której pozostaje kwota 124 720 zł tj. 8 314 zł. na miesiąc jest niewystarczająca. Wskazał na przeciętne wynagrodzenie według GUS załącznik numer 5 dokumentów, zauważając, że jest to kwota znacznie wyższa od przyjętej w ofercie wykonawcy T.. Wskazał na dodatkowe wymagania mające wpływ na wynik oceny w kryteriach, które nie zostały wycenione w ofercie T. np. dotyczące wykonania zdjęć z drona, pobierania próbek materiałów, obsługi HELP DESK, przewidywanych kosztów, przy zmianie pracowników.
Podtrzymał zarzuty dotyczące oferty L. P. Sp. z o.o., w tym co do konieczności wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych elementów cenowych i odrzucenia tej oferty z powodu nie spełnia wymagań dla kryteriów pozacenowych, braku ujęcia oszacowania elementów wskazanych w odwołaniu.
Wskazał na celowość uwzględnienia w kalkulacji kosztów pojazdu ubezpieczenia AC z uwagi na znaczne ryzyko awarii pojazdu z ewentualnością potrzeby wynajmu kolejnego pojazdu.
Stwierdził, że żaden z wykonawców w tym L. P. Sp. z o.o., nie dysponuje przewagą konkurencyjną w zakresie kosztów personelu specjalistów. Potwierdził poprawność wskazania wynagrodzenia statycznego w branży technicznej, a nie budowlanej z uwagi na przedmiot zamówienia. Stwierdził, że użycie przez Zamawiającego w piśmie wskaźnika

procentowego o wartości usług nadzoru w stosunku do wartości robót budowlanych jest niezasadne. Za znaczące uznaje określenie liczby personelu i kosztów.
Przypomniał, że wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu odwoławczym obciąża dowód, że cena jego oferty nie jest rażąco niska zgodnie z art. 190 ust 1a ustawy pzp.

Zamawiający potwierdził, że zaistniały przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

w wyjaśnieniach wykonawcy T., na co wskazał Odwołującemu w mailu z dnia 5 września 2017 roku. Podkreślił brak ustawowych przesłanek do wezwania wykonawcy L. do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny. Kwestionował poprawność obliczeń Odwołującego przedstawionych na stronie 13 i 14 odwołania, gdzie wprowadzono pozycje osoby niewymaganej w SIWZ z uwagi na specyfikę zamówienia.

Przystępujący po stronie Zamawiającego Konsorcjum: T. Sp. z o.o., T. G. E. S.L. wniósł o oddalenie odwołania z argumentami złożonymi w piśmie, w tym co do stwierdzenia o zarzucie dotyczącym zastrzeżenia tajemnicy, jako podniesionym po terminie (na potwierdzenie wskazuje orzeczenie Izby KIO 1926/16, KIO 1938/16). Zauważył, że z treści odwołania jest od str. 5 jest kopią wcześniejszych odwołania Przystępującego z wielkościami wpisanymi przez Odwołującego stosownie w niniejszej sprawie. Wskazał na wymóg w zakresie ubezpieczenia na s. 13 w OPZ, gdzie nie należało uwzględniać ubezpieczenia AC. Powyższego nie uwzględnia Odwołujący w treści odwołania i złożonej polisie. Zauważył przy tym że kwota ubezpieczenia nie podlega podatkowi VAT. Podkreślił, iż są odmienne warunki użytkowania pojazdu przez Zamawiającego i przez wykonawcę ze skutkami kosztowymi w tym zakresie. Zauważył, że zarzut dotyczące pozycji 4.2a formularza nie jest objęty treścią odwołania, lecz był podnoszony w toku rozprawy.
W zakresie kosztów personelu zaznaczył, że nie płaci składek na PRFON. Stwierdził iż w złożonym piśmie w zastrzeżonej tabeli wskazał, iż uwzględnia kalkulacje kosztów personelu, rezerwę na koszty chorobowe urlop i zmianę wynagrodzenia itp. Zauważył, że Odwołujący w kalkulacji na potrzebny odwołania błędnie uwzględnił wyliczenia osoby inżyniera kontraktu. Stwierdził, że nie wszystkie stanowiska personelu wymagały zatrudnienia w całym okresie realizacji umowy. Wskazał na treść swojej oferty i wyjaśnień, gdzie przedstawił osoby w stosunku prac lub na podstawie innej umowy. Podkreślił, iż w złożonych wyjaśnieniach wykazał ujęcie w kosztach oferty kosztów całego wymaganego personelu. Zauważył, że w dokumencie GUS złożonego przez Odwołującego wskazuje się niższą kwotę wynagrodzenia w budownictwie, niż wskazana przez Odwołującego. Wskazał na następstwa rozstrzygnięcia w sprawie z uwzględnieniem art. 192 Pzp.

Przystępujący po stronie Zamawiającego L. Polska Sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że w postępowaniu nie zaistniały podstawy do wzywania go przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Podkreślił, że dokonana przez niego wycena nie ma znamion rażąco niskiej ceny. Wskazał, że koszty pozyskania i używania pojazdu skalkulował z uwzględnieniem preferencyjnych stawek wynajmu płaconych swojemu kontrahentowi jak i niskim kosztom paliwa (gazu). Podkreślił, że dysponuje stałą kadrą specjalistów, co pozwala na optymalizacje ponoszonych kosztów.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych zamawiającemu, jak również stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.
Izba stwierdziła, że odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Odnosząc się do wskazania przez przystępującego, że obydwa odwołania bazują na odwołaniach wnoszonych przez niego w ostatnim czasie, obejmujących zarzut zaniechania odrzucenia oferty L. w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, co stanowi naruszenie jego prawa własności intelektualnej i dobrych praktyk obowiązujących wykonawców (sygn. akt KIO 2108/17 i KIO 2039/17) skład orzekający stwierdza, że ewentualne naruszenie praw własności intelektualnej i ewentualnie innych praw niemajątkowych oraz z nimi powiązanych pozostaje poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej, a jednocześnie nie może mieć znaczenia przy rozpatrzeniu odwołań niezależnie od faktu, iż podmiot wskazujący te okoliczności nie wywodzi z nich żadnych wniosków ani żądań w postępowaniu odwoławczym.

W związku z zarzutem przystępującego – wykonawców T. - podniesionym do obydwu odwołań, wskazującym na uchybienie terminu do podnoszenia zarzutu o niezgodnym z

prawem zaniechaniem zamawiającego ujawnienia informacji jako zastrzeżonych zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, skład orzekający uznaje zarzut za zasadny w odniesieniu do odwołującego M., który dnia 5 września 2017 r. otrzymał od zamawiającego drogą mailową informację, że T. objął swoje wyjaśnienia tajemnica przedsiębiorstwa. Uznać należy, że udzielenie tej informacji z jednoczesnym nieprzekazaniem jakichkolwiek informacji zastrzeżonych oznacza, że zamawiający odmówił udzielenia informacji, a w konsekwencji od

tej daty rozpoczął bieg dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy pzp i upłynął on bezskutecznie.
Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisu art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 znku przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień oraz uzupełnienia złożonego przez T. w trybie art. 90 ust. 3 ustawy pzp pomimo faktu, iż

T. nie wykazał zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co dotyczy odwołania KIO 2267/17 oraz KIO 2290/17, skład orzekający uznaje, ze T. w wyjaśnieniach każdorazowo zawierał informacje, iż treść wyjaśnień zawiera i dotyka materii objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, która to nie może i nie powinna być ujawniana osobom trzecim uzasadniając to stanowisko. Izba, w wyniku analizy treści przedmiotowych dokumentów, uznaje, że wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji spełniający tym samym wymóg z art. 8 ust. 3 ustawy pzp. Uznano, że takiemu obowiązkowi wykazania wykonawca T. sprostał i wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy znku. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy zawiera informacje wskazujące, że wyjaśnienia zawierają informacje nieujawnione do wiadomości publicznej, posiadają treść gospodarczą oraz, że zostały podjęte co do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jednocześnie skład orzekający nie podziela poglądu przedstawionego przez zamawiającego, iż pojęcie użyte w art. 8 ustawy pzp tj. „wykazanie" jest równoznaczne z uprawdopodobnieniem. Bez wątpienia sformułowanie „wykazał" ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie „wykazał" nie jest tożsame z pojęciem „udowodnił", to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie „uprawdopodobnił". Stwierdzenia powyższe nie pozostają w sprzeczności z powołanym w piśmie zamawiającego orzecznictwem, a ponadto nie zmieniają oceny, iż wykonawca skutecznie wykazał zasadność zastrzeżenia przedstawianych informacji z uwzględnieniem spełnienia łącznie trzech przesłanek przewidzianych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Analiza wyjaśnień wykonawcy T. prowadzi do wniosku, że wykazał on, że złożona oferta nie zawiera elementów wobec których możliwe jest uznanie, że są rażąco niskie. Treść wyjaśnień uzasadnia zastosowane w ofercie ceny składowe i w tej części została poprawnie oceniona przez zamawiającego, który podjął szczególne akty staranności w celu wyjaśnienia oferowanej ceny, jak i jej składników cenotwórczych.
W ocenie składu orzekającego na aprobującą uwagę zasługuje analiza dokonana przez zamawiającego na podstawie własnego doświadczenia w zakresie poziomu cen usług stanowiących przedmiot zamówienia porównywalnych pomiędzy poszczególnymi

wykonawcami, jak i relacji tych cen w odniesieniu do cen kontraktowych na roboty budowlane, w odniesieniu do których prowadzone są usługi nadzoru.
Dokonując oceny zamawiający w toku badania ofert zważył na fakt, że ceny zaoferowane przez kilku wykonawców (w tym jednego z odwołujących – spółkę L.) znajdują się na zbliżonym poziomie, oscylującym wokół 10% wartości kwoty

kontraktowej za roboty budowlane. Wykonawcy w postępowaniu składali oferty, które charakteryzował dość wysoki rozrzut cenowy. Ceny przedstawione przez uczestników postępowania odwoławczego tj. T. oraz L. opiewają odpowiednio na 6 314 367,51 zł oraz 6 828 160,50 zł. Jedynie cena oferty M. – 8 966 700 zł odbiega od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 7 123 206,79 zł (jest wyższa o 25,9%). Różnica między ceną T. a M. wynosi aż 2 652 332,49 zł brutto.

Art. 90 ust. 1 ustawy pzp nakazuje brać pod uwagę przy ustalaniu przesłanki ceny rażąco niskiej całkowitą cenę należną za wykonanie zamówienia, ale również jej istotne części składowe; porównując złożone oferty w postępowaniu należy stwierdzić, że ceny zaproponowane przez konsorcjum w kwestionowanych pozycjach nie są nierealne czy wręcz „oderwane od rzeczywistości". Nie bez znaczenia w ocenie realności oferowanych cen jest także fakt, że projekt i budowa II jezdni obwodnicy S. w ciągu drogi ekspresowej S61 jest kontraktem o najniższej wartości wśród kontraktów bieżąco realizowanych przez Zamawiającego w oddziale białostockim. Jest to inwestycja o nie najwyższym stopniu skomplikowania inżynieryjnego, ponieważ stanowi ona formę dowiązania do istniejącej jezdni celem osiągnięcia parametrów drogi ekspresowej. Wartość kontraktu na roboty budowlane brutto to 75 080 690,60 zł. Kwoty oferowane stanowią: dla oferty L. 9,1% wartości kontraktu na roboty budowlane, dla oferty T. 8,41% wartości kontraktu na roboty budowlane.
Wskazane przez zamawiającego, jak i wynikające z orzecznictwa Izby w sprawach o analogicznym przedmiocie zamówienia wielkości wskazują, że przedstawione wartości procentowe stanowią dość znaczny odsetek całości kwoty kontraktowej robót. Koszty związane ze świadczoną usługą w zależności od wartości robót budowlanych dla takich pozycji formularza cenowego jak realizacja działań promocyjnych oraz koszty środka transportu dają przyrosty arytmetyczne o relatywnie niewielkiej wartości, natomiast istnieje wyraźna korelacja między wartości Kontraktu a wartością pełnienia usług nadzorczych sensu stricto, ze względu na prostą zależność ilości powstających obiektów inżynierskich czy jednostek długości dróg, a koniecznością pełnienia nadzoru nad prowadzonymi pracami.
Odnośnie szczegółowych kosztów cząstkowych oferty kwestionowanej w tym związanych z Biurem Konsultanta i Biurem Zamawiającego stwierdzić należy, że ocena, jakoby koszty Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego, jakie przyjął w swojej ofercie T. były całkowicie nierealne, jako zawierające rażąco niską ceną, są nieuprawnione i brak jest na tę

okoliczność przekonujących dowodów. Niewystarczające jest ogólnikowe stwierdzenie, że kwota przyjęta przez T. odbiega od wszelkich stawek obowiązujących na rynku nieruchomości w okręgu realizacji przedmiotowego zamówienia. W rzeczywistości wykonawca wykazał realność przyjętych stawek, w tym rzeczywistego dysponowania stosownym lokalem o wykazanym koszcie najmu i utrzymania przedstawiając aktualną umowę najmu lokalu użytkowego. Kwota wskazana w ofercie przystępującego nie jest zbyt niska i nierynkowa; nie wykazano, że kwota 5.815 zł jest niewystarczająca dla wypełnienia wszystkich wymagań siwz. Sam odwołujący wskazał, że minimalny czynsz najmu to 4.000 zł, a jednocześnie nie wykazał, że pozostała kwota jest niewystarczająca dla pokrycia pozostałych kosztów.
Niesporne jest w sprawie, że zasadnicze koszty realizacji umowy ze względu na jej charakter stanowią koszty osobowe. W zakresie kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego oraz kosztów zatrudnienia personelu w okresie projektowania oraz realizacji robót zamawiający uzasadnione jest stwierdzenie, że wszelkie koszty personelu biurowego i pomocniczego zostały uwzględnione zgodnie z projektem istotnych postanowień umownych i zarazem zgodnie z obowiązującymi regulacjami dotyczącymi zatrudniania na podstawie umowy o pracę. Podnoszony zarzut, jakoby nie uwzględniono czynników mogących potencjalnie wystąpić w trakcie realizacji zamówienia, mając na uwadze w szczególności prawo do urlopu i inne hipotetycznie występujące składniki (szkolenie bhp, badania medyczne, choroby), jest niezasadny w świetle realnych wielkości wskazanych przez wykonawcę i tak ocenionych przez skład orzekający na podstawie przedstawionych wyliczeń, które to szczegółowe dane zostały zastrzeżone przez wykonawcę. Dla kosztów związanych z Personelem Biurowym i Pomocniczym przystępujący w poz. 1.3. i 1.4. formularza cenowego wskazał kwotę 5.200 zł – za każdym razem obejmuje to zatrudnienie na podstawie umowy o pracę 2 osób.
Wskazane wcześniej porównanie cen ofertowych potwierdza, że kwestionowana cena również jest ceną rynkową, co jest wiarygodne także wobec świadomości, że na rynku usług w istocie intelektualnych, różnice (rozrzut) cen mogą być większe niż w innych rodzajach przedmiotu zamówienia.
Poprawność kalkulacji kosztów zapewnienia środków transportu również nie została skutecznie zanegowana przez odwołujących, natomiast realnie przedstawiona przez wykonawców.
Podobny jest wynik oceny w zakresie wynagrodzenia za świadczenie usług nadzoru i

zarządzania w okresie gwarancyjnym (okres przeglądu kontraktu).
Należy zauważyć także, że w opracowanej na potrzeby odwołań kalkulacji przyjęto dodatkowe niewymagane pozycje, w tym w szczególności nie występującej funkcji inżyniera

---

kontraktu, co spowodowało nieuzasadniony wzrost hipotetycznego kosztu globalnego. Nie było również wymogu zatrudnienia weryfikatorów na umowę o pracę. Tym samym tabela w odwołaniu nie obrazuje wymogów siwz, a wyliczenia nie są adekwatne i nie odzwierciedlają rzeczywistych wymogów siwz. Odnośnie kosztów związanych z działaniami promocyjnymi brak jest zarzutu w treści odwołania, natomiast odnośnie kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectw Płatności zarzut ograniczono do stwierdzenia, że „Odwołujący również w tym zakresie stwierdza, iż oferta T. jest sprzeczna z treścią siwz oraz zawiera rażąco niską cenę, której Konsorcjum w żaden sposób nie uzasadniło w składanych wyjaśnieniach".
Tym samym w odwołaniu nie wskazano, z którymi postanowieniami siwz sprzeczna jest treść oferty (konkretna treść) oraz nie wskazano, które ewentualnie składniki ceny są nieprawidłowe i dlaczego.
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego zarzut został jedynie sformułowany, natomiast w treści odwołania nie wskazano żadnych podstaw faktycznych, które mogłyby stanowić podstawę uznania zarzutu, w konsekwencji zarzut podlega oddaleniu.
Treść powyższych ustaleń wskazuje, że mają one odpowiednio zastosowanie do zarzutów podniesionych w odwołaniu wykonawcy M. (Sygn. akt KIO 2290/17) wobec konkurencyjnych ofert.
Ponadto stwierdzić należy, że w odniesieniu do przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy L. P. Sp. z o.o. zarzuty nie potwierdziły się. W tym zakresie w postępowaniu nie zaistniały podstawy prawne do wzywania wykonawcy przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Prawidłowa jest dokonana przez zamawiającego analiza wyceny przedstawionej przez wykonawcę w formularzu cenowym z wnioskami, jak w odniesieniu do ceny oferty T., że zaoferowana przez L. cena nie ma znamion rażąco niskiej.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołania podlegają oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……