

Sygn. akt: KIO 2343/17
Sygn. akt: KIO 2344/17

WYROK
z dnia 28 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik
Członkowie: Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 listopada 2017 r. oraz 23 listopada 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2017 r. przez:

- A. wykonawcę **M. Spółka Akcyjna z siedzibą w T.** – sygn. akt KIO 2343/17;
B. wykonawcę **A. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.** – sygn. akt KIO 2344/17;

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w W.** działającego przez **Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny w G.**

przy udziale wykonawców:

- 1) **T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17 oraz KIO 2344/17 po stronie Zamawiającego;
- 2) **A. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17 po stronie Zamawiającego;
- 3) **M. Spółka Akcyjna z siedzibą w T.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2344/17 po stronie Odwołującego;

1

orzeka:

1.

A. Uwzględnić odwołanie wykonawcy **M. Spółka Akcyjna z siedzibą w T.** w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17 w zakresie niewykazania przez wykonawcę **T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.** spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, opisanego w punkcie 8.9.2. Lp. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja Dla Wykonawców i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie wykonawcy **T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.** w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w punkcie 8.9.2. Lp. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja Dla Wykonawców.
W pozostałym zakresie nie uwzględnić zarzutów odwołania wykonawcy **M. Spółka Akcyjna z siedzibą w T.** w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17.

B. Uwzględnić odwołanie wykonawcy **A. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.** w sprawie o sygn. akt KIO 2344/17 w zakresie niewykazania przez wykonawcę **T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.** spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do funkcji Koordynatora

branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, opisanego w punkcie 8.9.2. Lp. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja Dla Wykonawców i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie wykonawcy **T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.** w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w punkcie 8.9.2. Lp. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja Dla Wykonawców.

2

W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania wykonawcy **A. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.** w sprawie o sygn. akt KIO 2344/17.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna 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 wykonawcę **M. Spółka Akcyjna z siedzibą w T.** (sygn. akt KIO 2343/17) oraz wykonawcę **A. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.** (sygn. akt KIO 2344/17) tytułem wpisów od odwołań;
- 2.2 zasądza od Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w W.** kwotę **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), w tym:
- A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w W.** na rzecz wykonawcy **M. Spółka Akcyjna z siedzibą w T.** (sygn. akt KIO 2343/17) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania;
- B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w W.** na rzecz wykonawcy **A. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.** (sygn. akt KIO 2344/17) stanowiącą koszty postępowania poniesione wpisu od odwołania i odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

4

Sygn. akt: KIO 2343/17 Sygn. akt: KIO 2344/17

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej dla realizacji robót na odcinku M – K. linii kolejowej (...) wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Prace na alternatywnym ciągu transportowym B. – T.(2) o numerze referencyjnym 9090/IREZA2/11127/04882/17/P.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lipca 2017 r. poz. 2017/S 124-252903. Postępowanie prowadzone jest

w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej „Ustawa Pzp”), wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

A. Sygn akt KIO 2343/17

6 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy M. Spółka Akcyjna z siedzibą w T. (dalej jako „Odwołujący M.” lub „M.”) wobec czynności oraz zaniechania czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej jako „T.”);
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy T. z postępowania, pomimo że oferta tego wykonawcy zawierała informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
3. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy T. z postępowania, pomimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia co dotyczy funkcji Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym;
4. ewentualnie zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do osoby, która miała pełnić funkcję Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym;
5. nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego M. w kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” tj. przyznanie zbyt małej liczby punktów w ramach ww. kryterium, pomimo że Odwołujący M. wskazał w swojej ofercie osoby,

5

których uprawnienia i doświadczenie zawodowe odpowiadały w pełni wymaganiom Zamawiającego w tym zakresie;

6. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego M. jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący M. zarzucił:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z postępowania, pomimo że złożona oferta wykonawcy zawierała informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu a dotyczące doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, a w następstwie także naruszenie art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp;
2. ewentualnie naruszenie art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z postępowania ze względu na niewykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia co dotyczy funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, a w następstwie także naruszenie art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp;
3. ewentualnie naruszenie art 26 ust. 3 Ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, pomimo że wykonawca T. nie wykazał spełniania warunku dysponowania osobą mającą pełnić funkcję Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, legitymującą się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ
4. naruszenie art. 91 Ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego M. tj. przyznanie zbyt małej liczby punktów w ramach kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” i w konsekwencji dokonanie wadliwej oceny oferty Odwołującego M. i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu ofercie Odwołującego M. powinna zostać przyznana maksymalna ilość punktów (20) w tym kryterium;
5. naruszenie art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Ustawy Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Ustawy, polegające na wybraniu jako najkorzystniejszej oferty T. w sytuacji, gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego M..

W związku z powyższym, Odwołujący M. wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;

6

2. nakazanie Zamawiającemu przyznania ofercie Odwołującego M. dodatkowych 10 punktów w kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”;
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy T. z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem zarzutów opisanych w niniejszym odwołaniu i wyników powtórzonych czynności oceny ofert;
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego M. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący M. wskazał, iż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza na skutek dokonania przez Zamawiającego niezgodnej z przepisami Ustawy Pzp czynności oceny i wyboru ofert. Odwołujący M. spełnia wszelkie warunki udziału w niniejszym postępowaniu, a jego prawidłowo przygotowana i wyceniona oferta powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu a niepodlegających wykluczeniu i uzyskać najwyższą punktację. Odwołujący M. uzyskałby zamówienie, gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził działania zmierzające do wyboru oferty najkorzystniejszej tj. czynność badania i oceny ofert i działając zgodnie z przepisami Ustawy przyznał M. S.A. maksymalną liczbę punktów w kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” oraz wykluczył Wykonawcę T. G. Sp. z o.o. z postępowania. Tym samym, na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, Odwołujący M. poniósł szkodę. Gdyby bowiem Zamawiający postąpił zgodnie z wymogami określonymi przez Ustawę Pzp, to oferta Odwołującego M. uzyskałaby najwyższą punktację i tym samym zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Czynności Zamawiającego doprowadziły do utraty przez Odwołującego M. szansy na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysków, które planował on osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia i to w sytuacji gdy Odwołujący M. poniósł już koszty udziału w postępowaniu. Tym samym Odwołujący M. posiada interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący M. może pozyskać i wykonać przedmiotowe zamówienie publiczne.

Odwołujący M. następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

7

Uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy T. G. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, Odwołujący M. wskazał, iż określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający między innymi zawarł wymóg, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, w tym osobą mogącą pełnić funkcję Koordynatora branży zabezpieczenie i

sterowanie ruchem kolejowym.

Zgodnie z pkt 8.9.2.6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja dla Wykonawców („IDW”) osoba przewidziana na to stanowisko przez wykonawcę musiała posiadać uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym oraz wykazać się opracowaniem w charakterze projektanta w danej branży w ciągu ostatnich siedmiu lat przed upływem terminem składania ofert co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (obejmujących projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych przy czym w zakresie opracowań winny znaleźć się łącznie: dwa szlaki z samoczynną blokadą liniową oraz jedna stacja kolejowa obejmująca przynajmniej dwa tory główne, dwie krawędzie peronowe wyposażona w komputerowe systemy urządzeń stacyjnych srk (sterowania ruchem kolejowym).

Odwołujący M. wskazał, iż Zamawiający w toku postępowania zwrócił się do wykonawcy T. G. Sp. z o.o. o wyjaśnienie treści załącznika nr 9 do IDW w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.8.2.6 IDW tj. dotyczącym Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, wskazując, że nie jest w stanie zweryfikować doświadczenia osoby wskazanej przez T. pomimo, że był inwestorem dla projektu, który wskazał wykonawca. W odpowiedzi wykonawca T. wyjaśnił, że w oparciu o informacje pochodzące od osoby wskazanej do pełnienia funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym omyłkowo w ofercie wskazano doświadczenie tej osoby w ramach jednego projektu, w sytuacji gdy faktycznie były to dwie odrębne dokumentacje. Jednocześnie wykonawca stwierdził, że w jego opinii osoba wskazana w załączniku nr 9 spełnia warunki określone przez Zamawiającego pomimo, że jej doświadczenie dotyczy odrębnych projektów budowlanych i odrębnych wykonawczych.

W ocenie Odwołującego M. wykonawca T., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Odwołujący M. zastrzegł, iż co prawda nie zna treści załącznika nr 9 do IDW spółki T., gdyż został on objęty tajemnicą przedsiębiorstwa i jako taki nie jest dostępny innym uczestnikom postępowania, niemniej jednak treść korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą wskazuje jednoznacznie, że w ofercie

wykonawca ten podał wprowadzające w błąd
informacje co do doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Koordynatora branży

8

zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. Informacja ta mogła mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, gdyż dotyczyła okoliczności, które miały potwierdzać dysponowanie przez wykonawcę personelem o doświadczeniu wymaganym w SIWZ, a więc stwierdzać czy wykonawca posiada wystarczające zasoby, wiedzę i doświadczenie aby brać udział w postępowaniu. Nie może też być wątpliwości, że podanie wprowadzających w błąd danych było co najmniej skutkiem lekkomyślności czy niedbalstwa. Sam wykonawca potwierdza to w swoich piśmie skierowanym do Zamawiającego wyjaśniając, że nie zweryfikował danych podanych mu przez osobę, której dotyczyły. Sprawdzenie informacji pochodzących od podmiotów trzecich należy bowiem, w ramach przygotowania do udziału w postępowaniu, do obowiązków wykonawców. Sprawdzenie prawidłowości danych zawartych w składanej ofercie jest wyrazem należytej staranności wykonawcy, wymaganej od podmiotu profesjonalnego, prowadzącego zawodowo działalność gospodarczą. Trzeba podkreślić, że ocena czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonywana przy zastosowaniu przepisów Kodeksu cywilnego (art. 14 Ustawy Pzp). Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności przy przygotowywaniu swojej oferty, przy czym trzeba uwzględnić, że mamy tu do czynienia z podmiotem profesjonalnym, prowadzącym działalność gospodarczą. Na potwierdzenie swojej argumentacji Odwołujący przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 14 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1085/17), a także w wyroku z dnia 20 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 382/17).

Dodatkowo Odwołujący M. podniósł, iż złożenie oświadczeń o spełnianiu ściśle określonych wymagań lub kryteriów kwalifikacji przez podmiot trzeci (tu osobę mającą pełnić funkcję Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym) bez zweryfikowania czy są prawdziwe może być zakwalifikowane nawet jako rażące niedbalstwo. Przypisanie określonemu podmiotowi niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności, a jak wynika z powyższego T. nie dokonując weryfikacji danych jej nie dochował.

Ponadto Odwołujący M. wskazał, iż Zamawiający nie ma ani prawa, ani obowiązku do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do złożenia informacji niewiadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia. Przepisy Ustawy Pzp nie przewidują możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje

nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych lub poprawienia informacji złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, dlatego też Wykonawca T. G. Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania.

Dodatkowo Odwołujący M. zwrócił uwagę, że z treści przywołanej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą T. G. Sp. z o.o. wynika, że osoba proponowana do pełnienia funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym nie może się wykazać opracowaniem projektu budowlanego i wykonawczego dla co najmniej dwóch dokumentacji projektowych dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych. Warunek ten został jednoznacznie określony w pkt. 8.9.2.6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja dla Wykonawców. Zapis nie budził wątpliwości na etapie przed złożeniem ofert - żaden z wykonawców go nie zakwestionował ani też nie pytał o jego znaczenie. Tym niemniej wykonawca wskazał osobę, która nie brała udziału w opracowaniu dla danej dokumentacji zarówno projektu budowlanego jak i wykonawczego. Sytuację taką T. tłumaczył specyfiką branży sterowania ruchem kolejowym i faktem, że projekty wykonawcze opracowywane są zwykle przez inny podmiot niż opracowujący projekt budowlany. Takie tłumaczenie, nie może jednak usprawiedliwiać przedstawienia osoby, która nie spełnia warunku określonego przez Zamawiającego ani też akceptacji takiej osoby przez Zamawiającego. Jest to istotne złagodzenie warunku, które, gdyby było opisane w SIWZ rozszerzyłoby znacznie krąg osób, które mogłyby brać udział w ewentualnej realizacji zamówienia a tym samym mogłoby zwiększyć liczbę podmiotów ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Działanie Zamawiającego polegające na złagodzeniu wymagań co do doświadczenia personelu w trakcie postępowania stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien co najmniej wezwać wykonawcę do przedstawienia osoby spełniającej w pełni wymagania określone dla funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym.

Uzasadniając zarzuty odnoszące się do przyznania niewłaściwej punktacji ofercie odwołującego w kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego,” Odwołujący M. wskazał na punkt 19.7.3. IDW, gdzie Zamawiający określił warunki przyznania punktami we wskazanym kryterium (waga kryterium to 20 % - każda z badanych ofert mogła otrzymać maksymalnie 20 punktów w tym kryterium). Punktacja była przyznawana za doświadczenie osób sprawdzających w danej branży. Zamawiający opisał minimalne doświadczenie sprawdzających w branżach mostowej, kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, kolejowe sieci trakcyjne zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. Za każdą wskazaną osobę wykonawca mógł otrzymać 5 punktów. Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego M. w przedmiotowym kryterium jedynie 10

punktów pomimo, że Odwołujący M. wykazał dysponowanie osobami sprawdzającymi spełniającymi wymogi Zamawiającego dla każdej z czterech branż. Informacje dotyczące personelu Odwołującego M. zostały zastrzeżone w postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego M., wobec czego szczegółowa argumentacja w powyższym zakresie została przez Odwołującego M. wyłączona do załącznika nr 1 objętego tajemnicą przedsiębiorstwa.

B. Sygn akt KIO 2344/17

W dniu 6 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej jako „Odwołujący A.” lub „A.”) od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego, w którym zarzucono niezgodność z przepisami Ustawy zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy T. G. Sp. z o.o. z postępowania, mimo że T. nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, tj. w odniesieniu do osoby zdolnej do wykonania Zamówienia - Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp oraz art. 3 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp;

2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy T. z postępowania mimo, że T. brał udział w przygotowaniu postępowania i nie zostały wykazane okoliczności, które wyeliminowałyby zakłócenie konkurencji, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 pkt 2 i 3 Ustawy Pzp oraz art. 3 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy T., pomimo iż: (i) treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Postępowania (ii) oferta zawiera rażąco niską cenę, (iii) oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podnosząc naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 1 a, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez nierzetelną oraz nieprawidłową ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, złożonych w postępowaniu przez T. oraz uznanie, iż wyjaśnienia te potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty T., jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz pomimo tego, że wykonawca nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska (tj. nie złożył wyjaśnień, które dowodziłyby uznania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska zgodnie z art. 90 ust. 1-3 Pzp), a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

11

wykonawców;

4. zaniechaniu wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego A., pomimo, iż oferta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, zawiera najniższą cenę, brak jest podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ i/lub rażąco niską cenę i/lub czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp, w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp;
5. zaniechaniu ujawnienia dokumentu w postaci załącznika nr 9 do IDW zawierającego potencjał kadrowy, pomimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i T. nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, a nadto uniemożliwiają Odwołującemu dokonania kontroli prawidłowości stanowiska Zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełnienia przez osobę wskazaną przez T. doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, a tym samym naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dalej Odwołujący A. zarzucił niezgodność z przepisami Ustawy działań Zamawiającego polegających na:
 1. dokonaniu wyboru oferty T. jako oferty najkorzystniejszej mimo, że T. podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp oraz art. 3 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp;
 2. dokonaniu wyboru oferty T. jako oferty najkorzystniejszej mimo, że T. podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, iż brał udział w przygotowaniu postępowania, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 Ustawy Pzp oraz art. 3 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 3. wadliwej ocenie ofert złożonych w postępowaniu i następczym wskutek zaniechania odrzucenia oferty T. - wadliwym wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T., co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3) i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Pzp w zw. z art. 3 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1-3 Ustawy Pzp.Z uwagi na powyższe Odwołujący A. wniósł o:
 1. uwzględnienie odwołania złożonego przez Odwołującego A. w całości;
 2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako

12

najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy T.;

3. ujawnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty T. w zakresie wskazanym powyżej, dotyczących wykazu potencjału kadrowego T.;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz:
 - a) nakazanie wykluczenia T. z Postępowania; ewentualnie
 - b) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy T.; oraz
 - c) nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący A. wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych i wymienionych w odwołaniu na okoliczności w nim wskazane, a także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy kolejowego w zakresie projektowania, realizacji obiektów budowlanych, kosztorysowania i rozliczania robót budowlanych w warunkach ofertowych i przetargowych na okoliczności wskazane szczegółowo w treści odwołania.

Odwołujący A. wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego, w szczególności kwoty wynagrodzenia pełnomocników według norm przepisanych, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Uzasadniając spełnienie przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Odwołujący A. wskazał, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, która została oceniona na drugim miejscu przez Zamawiającego. Uwzględnienie zarzutów odwołania skutkować będzie ponowną oceną ofert i odrzuceniem oferty T. i tym samym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego.

Odwołujący A. następująco uzasadnił podnoszone zarzuty.

Uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia T. z postępowania wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący A. wskazał, iż zgodnie z pkt 8.2.3 Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z pkt 8.9.2 Lp. 6 IDW, na potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę tego warunku wymagane jest wykazanie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jedną z osób wskazanych przez Zamawiającego jest Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, który powinien spełniać następujące wymagania:

„W okresie ostatnich siedmiu [7] lat przed upływem terminu składania ofert opracował

w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe (obejmujące projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych. W zakresie wyżej wymienionych opracowań winny znaleźć się łącznie: □

dwa [2] szlaki z samoczynną blokadą liniową;

- ☐ *jedna [1] stacja kolejowa obejmująca przynajmniej dwa [2] tory główne dwie [2] krawędzie peronowe, wyposażona w komputerowe systemy urządzeń stacyjnych srk (sterowania ruchem kolejowym).*

Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.”

Odwołujący A. zwrócił uwagę, iż pismem z dnia 19 października 2017 r., Zamawiający wezwał T. do złożenia wyjaśnień dokumentu - Załącznika nr 9 do IDW - Wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia - złożonych w dniu 29 września 2017 r. mających potwierdzić spełnianie powyższego warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z treści powyższego wezwania Zamawiający nie był w stanie zweryfikować doświadczenia osoby wskazanej jako Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym w zadaniu pierwszym, mimo że Zamawiający był inwestorem tego zadania inwestycyjnego. Zamawiający wezwał T. do złożenia szczegółowych wyjaśnień poprzez wskazanie: numeru linii, nazwy szlaku oraz w ramach której umowy wskazywana osoba opracowała w charakterze projektanta usługę projektową obejmującą 1 szlak i stację kolejową (zakres wezwania z części udostępnionej Odwołującemu). W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 23 października 2017 r., T. podniósł, iż w Załączniku nr 9 do IDW w zadaniu 1 wskazał projekt, który w rzeczywistości powinien zostać

przedstawiony

jako dwie odrębne dokumentacje. Omyłka polegająca na połączeniu dwóch dokumentacji w jedną nie jest wynikiem jakiegokolwiek zamierzonego działania Wykonawcy.

Odwołujący A. wskazał, iż jak wynika z treści powyższego pisma T., na potwierdzenie spełnienia przez osobę wskazaną przez T. do pełnienia funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym wymagań Zamawiającego zostały wskazane odrębne dokumentacje projektowe obejmujące projekt budowlany i wykonawczy. Powyższe doświadczenie osoby wskazanej przez T. do pełnienia ww. funkcji nie odpowiada jednak treści warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w pkt 8.9.2 Lp. 6 IDW. Powyższy warunek przewiduje bowiem, iż Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym powinien posiadać doświadczenie w zakresie opracowania w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwóch [2] dokumentacji projektowych (obejmujących projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy

14

zelektryfikowanych linii kolejowych. Przez dokumentację projektową należy jednak rozumieć łącznie projekt budowlany i projekt wykonawczy. Zamawiający użył bowiem w treści przedmiotowego warunku spójnik „i”, który oznacza, iż aby wypełnić wymóg opracowania dokumentacji projektowej, niezbędne jest wykonanie łącznie projektu budowlanego wraz z projektem wykonawczym. Co więcej, taki sposób sformułowania przedmiotowego warunku zakłada ponadto, iż konieczne jest wykonanie dokumentacji projektowej dla tego samego inwestora - opracowanie jednocześnie projektu budowlanego i wykonawczego następuje bowiem najczęściej w ramach jednej umowy łączącej wykonawcę z jednym inwestorem.

Odwołujący A. podkreślił, iż zakres projektów wykonawczych został określony w § 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1129) i przywołał treść ww. przepisu. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez T. w dniu 23 października 2017 r., wskazał on na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku, odrębne dokumentacje projektowe obejmujące projekt budowlany i wykonawczy. Dodatkowo, z treści wyjaśnień wynika, że projekt wykonawczy został opracowany dla innego podmiotu niż inwestor (Zamawiający). Dodatkowo T. wskazał, że nie istnieją prawne wymogi co do zakresu, kształtu i składu projektu wykonawczego. W związku z tym mając na uwadze definicję projektu wykonawczego przyjętą przez T. w ww. piśmie, przy uwzględnieniu stopnia szczegółowości rysunków wykonanych przez osobę zaproponowaną na stanowisko Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym w ramach zadania nr 1 oraz zakres wykonanych prac (m.in. rysunki uszczegóławiające, przedmiar robót, kosztorysy inwestorskie, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych), zasadnym jest twierdzenie, że dokumentacja ta wypełnia tę definicję. Mając powyższe na uwadze Odwołujący A. wskazał, iż doświadczenie osoby przedstawionej przez T. na stanowisko Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym nie spełnia jednak warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.9.2 Lp. 6 SIWZ. Zgodnie z literalną treścią tego warunku, potwierdzenie jego spełnienia nie jest bowiem możliwe poprzez przedstawienie dwóch odrębnych dokumentacji, z których jedna obejmuje projekt budowlany, a druga projekt wykonawczy, dodatkowo z których każda została sporządzona dla innego podmiotu. Mając na uwadze § 5 ww. Rozporządzenia, nie można również uznać, iż dokumentacja opracowana przez T. w ramach zadania nr 1 spełnia wymagania dotyczące zakresu i formy projektów wykonawczych. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego A., T. nie spełnił warunku w zakresie przedstawienia osoby Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, a zatem jego oferta winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

15

Uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia T. z postępowania wobec udziału T. w przygotowaniu postępowania, Odwołujący A. zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na

podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Ogólną zasadą zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp jest zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czynności związane z przygotowaniem postępowania opisane są w rozdziale 2 Działu II PZP, w art. 29 - 38 Ustawy Pzp. Do najważniejszych z tych czynności należy opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia i sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący A. wskazał, iż niniejsze postępowanie jest kontynuacją działań Zamawiającego podjętych w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym B. - T.(2).” W ramach tego projektu zostało już bowiem przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji przedprojektowej. Wykonawcą zamówienia na opracowanie dokumentacji przedprojektowej było konsorcjum złożone z Z. D. G. T. Sp. z o.o. oraz T. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący A. przedłożył dokumenty, tj. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji przedprojektowej. Zgodnie z pkt 2.3 OPZ dla postępowania na opracowanie dokumentacji przedprojektowej, głównym rezultatem realizacji tego zamówienia jest opracowanie elementów dokumentacji przedprojektowej niezbędnej dla przygotowania realizacji projektu pn. Prace na alternatywnym ciągu transportowym B. - T.(2), obejmującym linie (...) i (...), w tym m.in. OPZ / PFU będącego elementem SIWZ, niezbędnego dla dokonania wyboru wykonawców dla następnych etapów projektu. Odwołujący A. wskazał również, że T. nie tylko był autorem OPZ dla niniejszego Postępowania, ale wykonał także szereg analiz, badań i czynności, które w istotny sposób wpływają na wykonanie przez niego zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem. Zgodnie z pkt 3.6. OPZ dla postępowania na opracowanie dokumentacji przedprojektowej, opracowanie dokumentacji przedprojektowej było realizowane w etapach, w tym w ramach Etapu II wykonawca zobowiązany był do przeprowadzenia analizy stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru obejmującej m.in. badania geologiczne i geotechniczne. Jak wynika z pkt 4.3.3. OPZ dla postępowania na opracowanie dokumentacji przedprojektowej - Badania geologiczne i

16

geotechniczne podtorza oraz odwodnienie, wykonawca zobowiązany był do przeprowadzenia na etapie rozpoznania wstępnego:

- 1) badań georadarowych dla całej długości linii,
- 2) szczegółowych badań geotechnicznych dotyczących podtorza na całej długości linii i oceny jego stanu technicznego w odniesieniu do planowanych, nowych parametrów linii dla poszczególnych wariantów (zgodnie z Id-3 Warunki techniczne utrzymania podtorza kolejowego, Warszawa 2009) ze szczególnym uwzględnieniem miejsc w których występują dysfunkcje lub w których mogą wystąpić dysfunkcję, które należy zidentyfikować na podstawie:
 - a) badań georadarowych i otworów geotechnicznych, zapewniających rzetelną ocenę budowy i właściwości podłoża gruntowego, budowli ziemnych oraz sposobu ich posadowienia, jak również odnajdywanie stref zawodnionych, miejsc uprzywilejowanej filtracji, przecieków, poziomów wodonośnych, z uwzględnieniem pasa, w którym będą posadowione konstrukcje wsporcze sieci trakcyjnej;
 - b) szczegółowej oceny stateczności nasypów o wysokości większej niż 3 m oraz skarp przekopów, w oparciu o właściwości gruntów uzyskane na podstawie badań geotechnicznych, dla projektowanej odległości między otworami geotechnicznymi (badawczymi) nieprzekraczającej 100 m oraz w miejscach występowania gruntów słabych i wątpliwych, przy głębokości otworów sięgającej warstw nośnych i obejmującej strefę oddziaływania budowli (linii kolejowej), lecz nie mniejszej niż 1/3 wysokości nasypów i nie mniej niż 3 m poniżej ich podstawy;
 - c) kwalifikacji gruntów do określonej kategorii geotechnicznej, w oparciu o stopień złożoności warunków gruntowych, wielkość budowli, rozkład i stopień przekazywania obciążeń na podłoże, możliwość występowania różnic osiadań, oddziaływanie podłoża na budowlę;
 - d) innych własności uwzględniających charakterystykę warunków gruntowo-wodnych.

Jako dowód na powyższe Odwołujący A. wskazał na opis przedmiotu zamówienia na opracowanie dokumentacji przedprojektowej.

Dodatkowo Odwołujący A. wskazał, iż jak wynika z Raportu Etapu II pn. Analiza stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru, opracowanego przez T. w ramach dokumentacji przedprojektowej i stanowiącego załącznik nr 2 do OPZ objętego niniejszym Postępowaniem, pkt 1.10 Studium geologiczno - inżynierskie, w odniesieniu do linii kolejowej (...), zakres wykonanych prac przez T. obejmuje wykonanie małośrednicowych otworów geotechnicznych, sondowań dynamicznych oraz badań georadarowych dla wstępnego rozpoznania warunków gruntowo - wodnych podtorza oraz płytkiego podłoża gruntowego na trasie wyżej wymienionych Unii kolejowych dla potrzeb opracowania dokumentacji

17

przedprojektowej. W celu wstępnego określenia warunków gruntowo - wodnych, wykonano 1407 otworów geotechnicznych o łącznym metrażu 5455,9 mb. Dla określenia stanu zagęszczenia gruntów niespoistych wykonano sondowania dynamiczne sondą lekką (DPL). Wykonano 1292 sondowania dynamicznych sondą lekką (DPL) w sąsiedztwie wykonanego wcześniej otworu geotechnicznego, w którym występowały utwory niespoiste. Dla określenia wytrzymałości na ścinanie bez odpływu wykonano badania „in situ” sondą krzyżakową FVT. Sondowania FVT wykonano w sąsiedztwie wcześniej wywierconego otworu geotechnicznego, w którym występowały utwory spoiste. Sondowania wykonano w interwale nie mniejszym niż co 0,5 m, ze względu na możliwość naruszenia struktury gruntu w takiej strefie. Sumarycznie wykonano 62 sondowania FVT. Badania laboratoryjne wykonano na liczbie 402 próbek NW i 20 próbek NNS pobranych z otworów geotechnicznych w czasie prowadzenia wierceń. Zgodnie z tabelą 4-8 lgo-1 przebadano 402 próbki kategorii pobierania B o klasie jakości 3 oraz 20 próbek kategorii pobierania A o klasie jakości 1. Dla potrzeb niniejszej dokumentacji zaprojektowano i wykonano pomiary geofizyczne metodą georadarową. Pomiary geofizyczne wykonano wzdłuż osi toru kolejowego. Pomiarom podlegało podtorze i podłoże linii kolejowej nr (...) na odcinku M. – S. – B.(2) – W.(2) – L. – B.(3) – K. od 32+000 do km 138+000. Najczęściej występującymi niekorzystnymi zjawiskami dla badanych odcinków są zjawiska: jednostajne osiadania, undulacje i ugięcie podtorza lub podłoża, rozluźnienia i mieszanie materiału (np. podsypka - podtorze). Lokalnie pojawia się również zjawisko, które związane jest z tak zwanym efektem progowym w miejscach o zmiennej sztywności podłoża np. najazdy na mosty, przepusty, rozjazdy oraz wychłapy.

Odwołujący A. wskazał, iż porównując powyższy zakres prac już wykonanych przez T. w stosunku do zakresu prac objętego niniejszym postępowaniem, należy mieć na uwadze, iż zgodnie z pkt 4.3.8 OPZ dla niniejszego Postępowania, Wykonawca wykona badania umożliwiające prawidłowe rozpoznanie warunków gruntowych podłoża i podtorza w celu prawidłowego zaprojektowania i wykonania przedmiotu Zamówienia, zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego, w tym w szczególności z Wytycznymi badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej lgo-1 i uwzględnieniem sytuacji ruchowej. Przedmiotowe Wytyczne umożliwiają wykorzystanie badań archiwalnych na potrzeby opracowania nowej dokumentacji, przy uwzględnieniu konieczności zaprojektowania ewentualnych badań uzupełniających. Powyższe oznacza zmniejszenie dla T. kosztów opracowania dokumentacji geotechnicznej i geologiczno inżynierskiej z uwagi na to, iż możliwe jest wykorzystanie przez T. na potrzeby wykonania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem badań geologicznych i geotechnicznych (odwiertów, sondowań dynamicznych, badań georadarowych, badań laboratoryjnych) już wykonanych na etapie opracowania dokumentacji przedprojektowej. Wiedza uzyskana przez

18

T. na etapie realizacji zamówienia na opracowanie dokumentacji przedprojektowej umożliwiła zatem T. na znaczące obniżenie ceny ofertowej, w szczególności w zakresie geologii. Powyższe stanowi jednak wyraźny przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie miał dostępu do wyników badań geologicznych i geotechnicznych. Zgodnie z pkt 6 OPZ, Studium geologiczno - inżynierskie dla linii kolejowej nr 201 na odcinku M. – K. w km 32,000 - 138,000 zostanie udostępnione wykonawcy przez Zamawiającego dopiero po podpisaniu umowy. Pozycja T. w niniejszym postępowaniu była zatem w sposób znaczący uprzywilejowana w stosunku do pozycji innych

wykonawców. T. nie tylko opracował OPZ dla niniejszego postępowania, ale także dysponował szczegółowymi badaniami, nieudostępnionymi innym wykonawcom, mającymi istotne znaczenie dla kalkulacji ceny ofertowej. Powyższe fakty przesądzą zatem, iż udział T. w przygotowaniu postępowania zakłócił konkurencję w niniejszym postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty T. z uwagi na rażąco niską cenę, Odwołujący A. wskazał, iż średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi 30.503.044,95 zł brutto. Tym samym cena oferty T. stanowi 43,2 % wartości zamówienia oraz 60,96 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jeśli weźmiemy pod uwagę cenę zaakceptowaną przez Zamawiającego po wyjaśnieniach. Oferta T. znacznie odbiega ponadto od pozostałych ofert w Postępowaniu, których ceny są zbliżone. Kolejną ofertą pod względem zaoferowanej ceny jest oferta M. S.A. - 27 166 168,42 zł, a zatem również znacznie wyższa (o ponad 30 %) od oferty T..

Odwołujący A. wskazał, iż kluczowe znaczenie dla przedmiotowego postępowania ma fakt, iż zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Powołał się w tym kontekście na wyroki Krajowej Izby odwoławczej z dnia 15 stycznia 2015 r. (KIO 2766/14) z dnia 27 lutego 2015 r. (KIO 267/15), z dnia 7 listopada 2014 r. (KIO 2184/14; KIO 2185/14), z dnia 9 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 343/15). W świetle aktualnego brzmienia przepisu art. 90 Ustawy Pzp, jak również przywołanego powyżej orzecznictwa istnieje domniemanie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień, zaś ciężar dowodu, iż cena nie jest rażąco niska oraz ciężar obalenia tego domniemania spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Zatem z treści złożonych przez T. wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że chociażby cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną wiarygodną i porównywalną z cenami obowiązującymi na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. Do zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest zatem wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz muszą to

19

być wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej i nie jest nierealistyczna. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., KIO 2659/12). Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w świetle celowościowej wykładni powyższych przepisów. Celem art. 90 Ustawy Pzp jest wyeliminowanie z postępowania ofert tych wykonawców, którzy proponują realizację przedmiotu zamówienia na warunkach niemożliwych do spełnienia, nierealnych, nierzeczywistych. Uwzględniając bowiem konieczność ochrony szeroko definiowanego interesu publicznego, jak i ochrony naczelnej zasady systemu zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niedopuszczalne jest powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy, który nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią złożonej oferty.

Odnosząc się do treści pisma z dnia 5 września 2017 r. zawierającego wyjaśnienia, T., gdzie jako koszt bezpośredni T. wskazał wynagrodzenia pracowników, Odwołujący A. zwrócił uwagę na fakt, iż w przedstawionym wyliczeniu T. podał jedynie wynagrodzenia projektantów oraz asystentów projektantów, zupełnie pomijając wynagrodzenia członków organów spółki oraz personelu pomocniczego, między innymi kierowców, sekretarek, osób odpowiedzialnych za utrzymanie porządku. Co więcej T. na dowód wysokości wynagrodzeń przedstawił jedynie umowę o pracę asystenta projektanta oraz oświadczenie pracodawcy o przyznaniu wynagrodzenia miesięcznego zaliczkowego brutto. Sam fakt, iż pracodawca - T. wskazuje, iż jest to wynagrodzenie zaliczkowe już sugeruje, iż jest to jedynie część wynagrodzenia wypłaconego na poczet wynagrodzenia przyszłego przed terminem jego wymagalności. Toteż samo określenie wynagrodzenia jako zaliczkowego sugeruje, iż wynagrodzenie to zostaje zaliczone na poczet przyszłych świadczeń, a zatem jest to jedynie zaliczka na poczet wynagrodzenia i pracownikowi przysługuje ponadto wynagrodzenie uzupełniające. Uzasadnione jest zatem założenie, iż w wyjaśnieniach T. celowo wprowadził w błąd Zamawiającego i pozostałych oferentów w celu uzyskania korzystnego dla siebie

rozstrzygnięcia postępowania przetargowego.

Nadto T. do kosztów bezpośrednich zaliczył „pozostałe koszty bezpośrednie związane z opracowaniem dokumentacji tj. koszty uzgodnień, delegacji, koszty obsługi gwarancji bankowej, itp. Zaliczenie takie, zdaniem A., nie jest uzasadnione, bowiem sam koszt obsługi gwarancji bankowej był Wykonawcy znany w chwili przygotowania oferty, bowiem zgodnie z treścią 20.1. SIWZ - Tom I wybrany Wykonawca zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie

20

w formie przewidzianej w art. 148 ust. 1 Ustawy Pzp przed podpisaniem umowy. Stwierdzić należy, iż ujęcie tego kosztu w sposób zaprezentowany przez T. służy wyłącznie stworzeniu nieprzejrzystego obrazu przedstawionej przez T. kalkulacji uniemożliwiającej jakąkolwiek weryfikację przedstawionych wyliczeń kosztów. Nadto zdaniem Odwołującego wyjaśnienia T. z dnia 5 września 2017 roku nie są spójne w swej treści. Z

jednej strony T. wskazuje, iż koszty edycji i reprodukcji dokumentacji stanowią element kosztu bezpośredniego, zaś w tabeli przedstawiającej rozliczenie kosztów wskazuje osobną pozycją, tj.: „Koszty materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia”, a w tym papier do wydruków (9.191,00 zł), tusz (8.060,00 zł), pozostałe materiały biurowe (4.499,00 zł). Co więcej na uzasadnienie ich wysokości T. nie przedstawił żadnych dowodów. T. wskazał ponadto, iż koszty stałe związane z działalnością biura obejmują w szczególności: koszty utrzymania nieruchomości, energii elektrycznej, licencji na oprogramowanie, ubezpieczeń, itp. Koszty te zostały ustalone na poziomie 10-15%. W wyjaśnieniach nie uzasadnił natomiast szczegółowo struktury tych kosztów i ich wysokości. Samo wskazanie, iż koszty te zostały ustalone na poziomie 10-15% nie jest wystarczające. Co więcej T. w treści wyjaśnień wskazał, iż koszty stałe „w strukturze Spółki (...), kształtują się na poziomie 10-15%”, przy czym nie wskazał czy chodzi o 10- 15% ogólnych kosztów ponoszonych przez T. czy też innych kosztów, po czym w dalszej części przyjął, iż jest to 15% kosztów bezpośrednich. W tym miejscu wskazać należy, iż takie uzależnienie nie jest uzasadnione, bowiem koszt najmu czy też nabycia nieruchomości będzie jednakowy niezależnie od ilości zatrudnionych pracowników i co do zasady ten koszt będzie stały (zakładając, iż w przypadku umowy najmu czy też dzierżawy nie nastąpi podwyżka czynszu). Niemniej analiza wyjaśnień T. w ocenie Odwołującego A. prowadzi do wniosku, iż wykonawca przygotowując ofertę nie zakładał wzrostu jakichkolwiek opłat, w tym wzrostu wynagrodzeń. W związku z powyższym przyjąć należy, iż koszty utrzymania powierzchni biurowych powinny zostać ustalone na stałym poziomie. Nadto w wyjaśnieniach nie wskazał jakiego rzędu koszty ponosi w związku z ubezpieczeniem, opłatami za energię elektryczną, opłacaniem licencji na oprogramowanie czy też zakupu sprzętu

Zauważyć przy tym należy, iż komputerowego. w na zestawieniu tabelarycznym ubezpieczenie została przeznaczona kwota 130.000 zł. T. wskazał, iż jest to kwota ustalona według oferty Towarzystwa Ubezpieczeniowego, przy czym oferta nie została załączona do wyjaśnień. W tym zakresie samo wskazanie, iż „koszty te zostały ustalone w oparciu o szczegółową analizę kształtowania się kosztów w ubiegłych latach”, jest niewystarczające.

Uzasadnione wątpliwości w ocenie A. budzi również analiza przedstawionego zestawienia tabelarycznego kosztów, gdyż zgodnie z wytycznymi zawartymi przez Zamawiającego w piśmie z dnia 30 sierpnia 2017 r. wyjaśnienia powinny obejmować sposób kalkulacji ceny uwzględniając wszystkie elementy przedstawione w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym

21

przez Wykonawcę. Zgodnie z OPZ Wykonawca na żądanie Zamawiającego w trakcie realizowania w/w zadań inwestycyjnych będzie pełnił nadzór autorski zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, oraz w zakresie wskazanym w pkt 4.4.3 OPZ. Zakres ten jest bardzo szeroki i obejmuje nie tylko wizyty na budowie, ale przede wszystkim konieczność opracowywania szeregu dokumentów - wyjaśnień, opinii, oceny wyników badań, dokumentacji projektowej zamienniej, potwierdzania wprowadzonych zmian w projekcie budowlanym. Nadzór autorski zgodnie z OPZ polega zatem również na intensywnej pracy biurowej i administracyjnej, którą należy mieć na uwadze przy kalkulowaniu ceny ofertowej. Okres pełnienia nadzoru autorskiego obejmuje również czynności związane z usunięciem wad dokumentacji stwierdzonych przez Zamawiającego.

Wszelkie wady i usterki, których istnienie zostało ujawnione dopiero w trakcie realizacji inwestycji, Wykonawca ma obowiązek usunąć nieodpłatnie w ramach niniejszego Zamówienia. T. w swych wyjaśnieniach założył, iż pełnienie nadzoru autorskiego ograniczy się do 75 pobyków na budowie przez 10 osób, zaś pobyt jednej osoby wycenił na kwotę 1.000 zł. Tym samym w poczynionych założeniach, T. nie wyjaśnił z jakiego powodu pozostała część zamówienia w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego nie została przez niego wyceniona. Powyższe świadczy o tym, iż złożona przez T. oferta została opracowana w sposób nierzetelny i w zupełnym oderwaniu od warunków rynkowych.

Ponadto T. jako wykonawca powinien również wykazać w wyjaśnieniach szczególne okoliczności, które pozwalają na wykonanie zamówienia w sposób należyty. Co istotne czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej zbliżone do poziomu rynkowego. Nie jest przy tym wystarczające jedynie ogólne stwierdzenie, że dany czynnik obniża koszty, ale konieczne jest co najmniej wykazanie, w jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty wykonawcy i jakie przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Powyższe stanowisko jest tożsame z orzecznictwem sądów okręgowych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13). Nie zasługuje zatem na uwzględnienie podnoszony przez T. argument, iż na optymalizację kosztów ma wpływ realizowanie przez T. „dwóch dużych kontraktów na terenie woj. kujawsko-pomorskiego tj. (...) w okolicach Ż. oraz Trasy WZ w B. (posiadany personel na miejscu, wspólne wyjazdy z G.)”. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż T. nie przedstawił żadnego rzeczowego wyliczenia uzyskanych w ten sposób oszczędności, po wtóre wspólne wyjazdy z G. nie przyczynią się do zmniejszenia kosztów, wręcz przeciwnie spowodują wydłużenie czasu dojazdu do miejsca wykonania czynności, a w rezultacie skutkować to będzie wydłużeniem okresu realizacji umowy z uwagi na fakt, iż pracownicy zaangażowani będą w realizacji kilku projektów jednocześnie. W treści

22

wyjaśnień T. wskazał, iż „siedziba T. G. sp. z o.o. zlokalizowana jest w G. co pozwala na zmniejszenie kosztów obsługi projektu”, nie wskazał natomiast jakiego rzędu ponosi koszty związane z utrzymaniem biura i w jaki sposób i w jakiej wysokości sam fakt zlokalizowania biura w G. miałby wpłynąć na optymalizację kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. W tym zakresie nie przedstawił również żadnych dowodów.

Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniami T., iż w zestawieniu tabelarycznym szczegółowo przedstawiony został przewidywany czas potrzebny do wykonania poszczególnych zadań. Zauważyć należy, iż T. przyjął dla większości opracowań branżowych, iż czas potrzebny na ich wykonanie wynosi 16 miesięcy. W treści uzasadnienia nie wskazał natomiast z jakiego powodu przyjął właśnie termin 16 miesięcy na poszczególne opracowania, a zatem trudno w tym przypadku mówić o szczegółowym przedstawieniu czasu koniecznego do realizacji zadań, tym bardziej, iż przedstawione wartości nie korespondują z wartościami przedstawionymi w ofercie

Ponadto A. wskazał, iż do pisma z dnia 5 września 2017 r. T. załączył ofertę firmy G. I. sp. z o.o. (zwanym dalej „G.”) w celu potwierdzenia wartości prac geodezyjnych. W swojej ofercie G. oszacował wartość prac geodezyjnych na kwotę: 1370 tys. zł. Na powyższą kwotę składają się następujące pozycje: „opracowanie map do celów - 1050 tys. zł netto” oraz podział nieruchomości w omawianym zakresie - 320 tys. netto”. W ocenie Odwołującego przedstawiona kalkulacja jest nierzetelna, z uwagi na fakt, iż w kalkulacji nie zostały ujęte kluczowe elementy, m.in. wywiady branżowe u gestorów sieci, czy wykonanie mapy wektorowej 3D. Odwołujący A. przygotowując się do udziału w niniejszym postępowaniu dla każdego z elementów prac opracował szczegółowe wyliczenie kosztów ustalając wartość poszczególnych elementów. W wyniku tego przygotowania powstało zestawienie tabelaryczne, w którym wskazane zostały wszystkie elementy niezbędne do wykonania prac geodezyjnych. Zestawienie przygotowane przez Odwołującego zostało zestawione z ofertą G. w tabeli załączonej do odwołania. Informacje zawarte w przedmiotowej tabeli zawierają dane dotyczące sposobu kalkulacji ceny przez Odwołującego A. i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, w związku z powyższym, celem ich utajnienia zostały zawarte w odrębnym dokumencie. Analiza przedmiotowego zestawienia jednoznacznie prowadzi do wniosku, iż oferta G. zawiera rażąco niską cenę, a nadto nie zawiera wszystkich niezbędnych elementów (zaznaczone w tabeli na czerwono).

Nadto Odwołujący A. wskazał na niespójności oferty cenowej T. i szczegółowej kalkulacji kosztów projektowych przedstawionej przez T. Analizując treść oferty cenowej T. oraz wyjaśnień z dnia 5 września 2017 roku należy zauważyć, iż wskazane wartości w poszczególnych dokumentach nie korespondują ze sobą. W ofercie cenowej w punkcie 1.1 został określony zakres podstawowy zamówienia, w którym poszczególne pozycje

23

niezależnie od wielkości stacji czy też szlaku zostały wycenione na 756.000 zł, podczas gdy ich wartość winna być zróżnicowana w zależności od wielkości projektowanej stacji oraz długości szlaku. Ponadto istotne rozbieżności można zauważyć analizując punkt 1.2. oferty cenowej w zestawieniu ze szczegółową kalkulacją kosztów projektowych. Zauważyć bowiem należy, iż w ofercie cenowej obiekty inżynierskie

- mosty i wiadukty zostały wycenione na kwotę 2.268.000,00 zł, zaś z prostego przeliczenia w oparciu o wskazane w Kalkulacji kwoty i wskaźniki wynika, iż wartość tych prac wynosi 1.255.000 zł, a zatem o 1 013 000 zł mniej od kwoty wskazanej w ofercie cenowej w punkcie 1.2.1. Dokonując analizy punktu 1.2.2. Obiekty inżynierskie - przepusty wycenionego przez T. w ofercie cenowej na kwotę 756.000,00 zł zauważyć należy, iż z uwagi na wykorzystanie kwoty na obiekty inżynierskie w pkt 1.2.1 projekt muszą wykonać projektanci branży torowej, z tym że nie wszystkie uprawnienia torowe umożliwiają projektowanie przepustów. A zatem przyjąć należy zaangażowanie branży torowej do wysokości całej kwoty tj. 756 000,00 zł. Oznacza to, iż na realizację projektów branży torowej w zakresie szlaków i stacji, T. zamierza przeznaczyć jedynie kwotę $1\,375\,200 - 756\,000 = 619\,200$ zł, czyli mniej niż na wykonanie projektów przepustów. Nadto w ofercie cenowej przejazdu kolejowo - drogowo zostały wycenione na kwotę 1.512.000,00 zł, zaś z prostego przeliczenia w oparciu o kwoty i wskaźniki wskazane w Kalkulacji wynika, iż wartość tych prac wynosi 878.600 zł (a zatem o 633.400,00 zł mniej od kwoty wskazanej w ofercie cenowej w punkcie 1.2.3). Ponadto w ofercie cenowej budynki i budowle zostały wycenione na kwotę 1.512.000,00 zł, zaś z prostego przeliczenia w oparciu o kwoty wskazane w Kalkulacji wynika, iż wartość tych prac wynosi 1.986.400 zł (a zatem o 474.400,00 zł powyżej kwoty wskazanej w ofercie cenowej w punkcie 1.2.4). Powyższe rozbieżności Odwołujący A. przedstawił w tabeli.

Ponadto Odwołujący A. podniósł, iż w treści wyjaśnień z dnia 5 września 2017 roku T. wskazał, iż „zrealizował i realizuje wiele dokumentacji projektowych dla PKP PLK na terenie województwa pomorskiego i kujawsko-pomorskiego. Fakt ten nie jest przez Odwołującego kwestionowany, niemniej jednak skłonił Odwołującego do analizy składanych przez T. ofert, które przedstawiono w kolejnej tabeli w treści odwołania. Analiza powyższej tabeli prowadzi w ocenie odwołującego do jednoznacznego wniosku, iż T. przystępując do udziału w postępowaniach przetargowych oferował znacznie wyższe ceny w przeliczeniu na zaprojektowanie 1 km torów. Co więcej w postępowaniu przetargowym na wykonanie opracowania dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej (...) na odcinku B.(4) – S.(2) – T.(3) (granica państwa), etap I odcinek B.(4) – E.” (nr 9090/IRZU/11481/04039/17/P), w którym zakres prac do wykonania był bardzo zbliżony do zakresu określonego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu przetargowym, T. zaoferował znacznie wyższą cenę netto - tj. 19.712.880 zł,

24

a zatem cena zaprojektowania 1 km torów kształtuje się na poziomie 189.089,41 zł. Dla porównania w niniejszym postępowaniu za wykonanie projektu dla 1 km torów T. zaproponował cenę 142.641,51 zł, a zatem cenę zdecydowanie niższą od dotychczas oferowanych. Powyższe dodatkowo przemawia za tym, iż T. w niniejszym postępowaniu złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skierował do T. wezwanie do złożenia wyjaśnień, które zawierało oczekiwanie przedstawienia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający oceniając wyjaśnienia powinien był wziąć pod uwagę w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunkom zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz koszty pracy. Ponadto wyjaśnienia powinny wskazywać, czy istnieją konkretne

uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny. W świetle powyżej zaprezentowanej analizy pisma T. z dnia 5 września 2017 r. nie ulega wątpliwości, iż wyjaśnienia T. są niekompletne.

Dodatkowo Odwołujący A. wskazał, iż cena oferty powinna być przez Zamawiającego badana w szczególności w odniesieniu do wymogów przewidzianych w SIWZ. Zgodnie z pkt 13.1 IDW podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). Zgodnie z punktem 4.3.6 OPZ „wykonawca przygotowuje komplet materiałów wymaganych do złożenia wniosku o zatwierdzenie projektów budowlanych i uzyskanie pozwolenia na budowę zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 24 lipca 2015 r. w sprawie wzorów: wniosku o pozwolenie na budowę, oświadczenia o posiadaniu prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane> decyzji o pozwoleniu na budowę, oraz zgłoszenia budowy i przebudowy budynku mieszkalnego jednorodzinnego. Wykonawca uzyskuje w razie potrzeby wszelkie inne decyzje administracyjne niezbędne do uzyskania pozwoleń na budowę. Wykonawca uwzględni opłaty za wydanie stosownych decyzji w cenie ofertowej.” Nadto do części składowych ceny należało doliczyć koszty wykonawcy związane z przygotowaniem, uzgodnieniem z Zamawiającym i wystąpieniem do właściwych instytucji (zewnętrznych) z odpowiednimi wnioskami, w celu zawarcia porozumień, uzyskania zgód, uzgodnień, opinii i decyzji oraz warunków technicznych i realizacyjnych, np. decyzji / zezwoleń na usunięcie drzew i krzewów, pozwoleń wodnoprawnych, decyzji związanych z przyłączeniem obiektów do istniejącej infrastruktury lub przebudowy, a także w związku z przebudową sieci,

25

obiektów, usuwania kolizji, itp. (pkt 4.3.6 Tomu III SIWZ) oraz koszty wszelkich badań i analiz wykonanych w celu rozpoznania składu jakościowego wód opadowych i roztopowych służących dokonaniu oceny, czy niezbędne jest zastosowanie urządzeń służących ochronie środowiska gruntowo - wodnego (urządzeń oczyszczających) przy wprowadzaniu wód opadowych i roztopowych do wód lub do ziemi (pkt 4.3.2.7 tomu III SIWZ). Zauważyć należy, iż T. w treści złożonych wyjaśnień nie zawarł powyższych kosztów w kalkulacji ceny. Podkreślenia wymaga również fakt, iż zgodnie z treścią pkt 4.3.8 OPZ „wiercenia i sondowania można wykonać pod ruchem pociągów przy nadzorze uprawnionego sygnalisty, natomiast badania płytą VSS wymagają zamknięć torowych oraz ciężkiej drezyny. Wszelkie koszty badań, w tym koszt zamknięć torowych, pracy sygnalisty oraz ewentualnego wynajęcia drezyny Wykonawca uwzględni w cenie ofertowej”. Zauważyć należy, iż zarówno w ofercie cenowej, jak i w wyjaśnieniach T. również i ten koszt nie został uwzględniony, co niewątpliwie podważa rzetelność przedstawionych przez T. opracowań.

Odwołujący A. nadto zauważył, iż celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 Ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów. Jedynie przedłożenie przez wykonawcę ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów mogłoby prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego, bez prowadzenia dodatkowych wyjaśnień. Propozycje kalkulacyjnych wyliczeń dokonanych przez Odwołującego nie przesądzają o możliwościach ofertowych Przystępującego (wyrok KIO z 12 czerwca 2017 r., KIO 1039/17). Co więcej wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (wyrok KIO z 20 kwietnia 2017 r. KIO 681/17). W przedmiotowym stanie faktycznym, T. wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów kalkulacyjnych oferty powinien złożyć wyjaśnienia odnośnie wszystkich w/w elementów kalkulacyjnych oferty oraz udowodnić rzetelność kalkulacji stosownymi dowodami. Brak takich wyjaśnień nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niskiej. W ocenie A. nie ulega zatem wątpliwości, iż poziom ceny zaoferowanej przez T. w odniesieniu do przedmiotu zamówienia - pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, iż cena ta jest nierealna, nierynkowa oraz nie może zapewnić realizacji zamówienia w sposób należyty.

Podsumowując powyższe Odwołujący A. podniósł, iż oświadczenia i wyjaśnienia T., które

wskazują jedynie elementy cenotwórcze oferty, nie poparte żadnymi obiektywnie weryfikowalnymi dokumentami pozwalającymi na ich ocenę nie są wystarczające, aby wykazać rzetelność zaoferowanej ceny. Przedstawione w tym zakresie hasłowe wyjaśnienia

26

oraz brak dowodów na ich poparcie (a w szczególności oświadczenia w przedmiocie przyznania zaliczkowego wynagrodzenia), nie mogą być uznane za wystarczające wyjaśnienia. Brak szczegółowych wyjaśnień oraz dowodów powinien skutkować odrzuceniem oferty T. zgodnie z art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę. Odmienne rozstrzygnięcie Zamawiającego prowadzi do wniosku, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy i nierzetelny ocenił wyjaśnienia tego wykonawcy, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. W tych okolicznościach w ocenie Odwołującego A. Zamawiający naruszył ww. przepisy Ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę, zaś T. nie złożył wyjaśnień dowodzących, iż zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Uzasadniając zarzut w zakresie zaniechania ujawnienia treści oferty T. w zakresie Załącznika nr 9, Odwołujący A. zaznaczył, że nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający odmawiając udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa narusza zasadę jawności postępowania oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Podkreślić należy, iż wykonawca uzasadniając zastrzeżenie danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinien w stosunku do każdej z nich wykazać i udowodnić, że zachodzą przesłanki określone w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie Odwołujący A. powołał się na orzeczenie KIO z dnia 26 lutego 2013 r., KIO 297/13, KIO 300/13. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie przez T. wykazu potencjału kadrowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia wskazanych w orzecznictwie W ten nie przedstawił standardów. szczególności wykonawca wyczerpującego uzasadnienia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, nie wykazał i nie udowodnił, że w odniesieniu do zastrzeżonych informacji zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. że informacje te stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których podjął niezbędne działania celem zachowania ich w poufności. Nadto mając na uwadze fakt, iż Zamawiający miał wątpliwości co do oceny doświadczenia jednego z projektantów, przyjąć należy, iż w celu zapewnienia Odwołującemu możliwości zweryfikowania prawidłowości podjętej przez Zamawiającego w tym zakresie decyzji, niezbędne jest zapoznanie się ze złożonym przez T. załącznikiem nr 9 do IDW. W tych okolicznościach zdaniem Odwołującego Zamawiający - poprzez zaniechanie weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa T.

27

naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzutu zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, Odwołujący A. podkreślił, że konsekwencją omawianych wcześniej uchybień było zaniechanie wykluczenia T. z postępowania mimo zaistnienia dwóch obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, tj. udziału T. w przygotowaniu postępowania oraz braku wykazania przez T. spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wadliwy następczy wybór oferty T. jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający zaniechał wyboru, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, iż oferta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, zawiera najniższą cenę, brak jest podstaw do odrzucenia oferty, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp.

W odniesieniu do wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego Odwołujący podniósł, iż istotą dowodu z opinii biegłego jest ocena zgromadzonego materiału dowodowego

z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, a nierzadko stanowi podstawę dla prawidłowej identyfikacji faktów. Biegły bowiem nie tylko ocenia fakty przy uwzględnieniu wiadomości specjalnych, ale również pozwala ustalić stan faktyczny, tj. dostrzega on fakty, których bez wiadomości specjalnych dostrzec nie sposób. Jednym z przejawów specyfiki powołania dowodu z opinii biegłego jest to, że tenże środek dowodowy, z uwagi na składnik w postaci wiadomości specjalnych, nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową. Charakter zamówienia będącego przedmiotem odrzuconej oferty Odwołującego wywodzi się z dziedziny projektowania, co wskazuje na konieczność zasięgnięcia opinii podmiotu dysponującego wiedzą specjalistyczną, celem ustalenia niezbędnego nakładu pracy do wykonania przedmiotu zamówienia oraz dokonania oceny oferty pod kątem spełnienia wymagań przewidzianych w SIWZ. Z kolei dokonanie niezbędnych wyliczeń w zakresie kosztów wykonania całego przedmiotu zamówienia wymaga odwołania się do wiedzy specjalistycznej z zakresu projektowania, realizacji obiektów budowlanych, kosztorysowania i rozliczania robót budowlanych w warunkach ofertowych i przetargowych. Zasięgnięcie opinii biegłego lub biegłych w ocenie Odwołującego wydaje się konieczne celem potwierdzenia okoliczności, iż złożona przez T. oferta nosi znamiona rażąco niskiej ceny, biorąc pod uwagę specyfikę dziedziny, z której zamówienie pochodzi, jak i wysokie skomplikowanie samego projektu - przedmiotu zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, Krajowa Izba

28

Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie każdego z odwołań – sygn. akt KIO 2343/17 oraz KIO 2344/17

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp. Odwołania zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz w ustawowych terminach przekazano Zamawiającemu kopie odwołań, co potwierdza dokumentacja postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu o sygn. akt KIO 2343/17 wykonawcę T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. oraz wykonawcę A. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy Pzp. Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiednio w dniu 9 listopada 2017 r. oraz 10 listopada 2017 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołań w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 7 listopada 2017 r.

Izba nie uwzględniła opozycji Zamawiającego przeciwko przystąpieniu wykonawcy A. do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17 po stronie Zamawiającego z uwagi na fakt, iż ustawodawca w art. 185 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp nie sprecyzował czy interes wykonawcy musi polegać na popieraniu wszystkich decyzji strony, do których przystąpił. Orzecznictwo Izby zna przypadki, w których interes Przystępującego wykonawcy dotyczył jedynie części rozstrzygnięć Zamawiającego. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie - w ocenie Izby korzystnym dla Przystępującego A. jest utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego w zakresie liczby punktów przyznanych Odwołującemu M. w kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”. Tylko w taki sposób A. może zapewnić sobie możliwość uzyskania zamówienia, o ile jego własnym odwołaniem uda mu się doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wyeliminowania z postępowania wykonawcy T., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W ocenie Izby Przystępujący może ograniczyć się do popierania tych zarzutów, w których ogniskuje się jego interes. Jedynym zakazem, jaki ustanawia w takiej sytuacji Ustawa Pzp, jest zakaz składania oświadczeń sprzecznych ze stanowiskiem strony, do której przystąpił (por. m.in. wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 1961/16, KIO 1962/16).

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu o sygn. akt KIO 2344/17 wykonawcę T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. zgłaszającego przystąpienie do

29

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę M. Spółka Akcyjna z siedzibą w T. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy Pzp. Zgłoszenia obu przystąpień do postępowania odwoławczego wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2017 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 7 listopada 2017 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Ponadto Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska Stron złożone ustnie do protokołu, jak również przedstawione w złożonych w toku postępowania odwoławczego pismach.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 20 listopada 2017 r. złożył w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17 odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego M. kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto Zamawiający w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17 złożył na rozprawie w dniu 23 listopada 2017 r. pismo zatytułowane „Stanowisko Zamawiającego.”

Przystępujący T. na posiedzeniu w dniu 20 listopada 2017 r. złożył w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17 pismo procesowe datowane na 17 listopada 2017 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 20 listopada 2017 r. złożył w sprawie o sygn. akt KIO 2344/17 odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, oddalenie wniosku Odwołującego A. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy jako bezzasadnego oraz obciążenie Odwołującego A. kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto Zamawiający złożył na rozprawie w dniu 23 listopada 2017 r. pismo procesowe w sprawie o sygn. akt KIO 2344/17.

Przystępujący T. na posiedzeniu w dniu 20 listopada 2017 r. złożył w sprawie o sygn. akt KIO 2344/17 pismo procesowe datowane na 17 listopada 2017 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania oraz o oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego.

Izba dopuściła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawnioskowane przez Strony i Uczestników postępowania w treści pism i w trakcie rozprawy, jak również dokumentów przedłożonych przez Strony i Uczestników postępowania, nieznajdujących się w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, w tym w sprawie o sygn. akt KIO 2344/17:

30

- ☐ zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji przedprojektowej,
- ☐ opisu przedmiotu zamówienia na opracowanie dokumentacji przedprojektowej,
- ☐ zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej (...) na odcinku G.(2) – S.(3) – część I,”
- ☐ wydruku § 16 Wytycznych badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo – 1 (dalej jako „Wytyczne Igo-1”),
- ☐ ogłoszenia o zamówieniu pn. „Prace na linii kolejowej nr (...) W.– D. na odcinku O. – D.(2) – L.(2), odcinek O. – L.(2) w km 26,050 – 175,850,”
- ☐ wyciągu z dokumentacji projektu „Przebudowa, budowa i rozbudowa linii kolejowej nr (...) W.– D. na odcinku O. – D.(2) – L.(2) odcinek O. – P. w km 26,0+50 – 55,6+00 wraz z rysunkami technicznymi;
- ☐ ogłoszenia o zamówieniu na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej (...) na odcinku G.(2) – S.(3) na odcinku L.(3) – S.(3)”
- ☐ informacji z otwarcia ofert w postępowaniu na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej 202 na odcinku L.(3) – S.(3)”;
- ☐ oferty cenowej z dnia 02 sierpnia 2017 r. firmy J.-G., ☐ oferty z dnia 28 lipca 2017 r. firmy G. J.

Izba nie dopuściła wnioskowanego przez Odwołującego A. w sprawie o sygn. akt KIO 2344/17 dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy kolejowego w zakresie projektowania, realizacji obiektów budowlanych, kosztorysowania i rozliczania robót budowlanych w warunkach ofertowych i przetargowych na okoliczności wskazane w odwołaniu. Wskazać należy, że Izba w postępowaniu odwoławczym bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymaga ustalenia, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Przystępującego T. nie jest rażąco niska, co w ocenie Izby nie wymaga wiadomości specjalnych. Zgodnie zaś z art. 190 ust. 4 Pzp Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego tylko wtedy, gdy ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

31

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania w dniu 20 listopada 2017 r. pełnomocnik Odwołującego A. oświadczył, iż cofa odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2344/17 w zakresie zarzutu opisanego w pkt 5 odwołania na str. 2, dotyczącego zaniechania ujawnienia dokumentów w postaci załącznika nr 9 do IDW.

Izba ustaliła, co następuje:

W zakresie każdego z odwołań – sygn. akt KIO 2343/17 oraz KIO 2344/17

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej dla realizacji robót na odcinku M. – K. linii kolejowej nr (...) wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Prace na alternatywnym ciągu transportowym B. – T.(2)”. Całość przedmiotu Zamówienia jest podzielona na dwie fazy i obejmuje wykonanie m.in. następujących elementów:

FAZA I - Projektowanie i postępowanie przetargowe:

Zadanie 1 - opracowanie koncepcji programowo – przestrzennej;

Zadanie 2 – przygotowanie kompletnego wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zadania obejmującego stacje M. oraz opracowanie raportu/-ów o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko wraz z załącznikami (o ile zostaną wydane postanowienia o konieczności ich sporządzenia dla zakresu objętego niniejszym projektem)

Zadanie 3 - opracowanie i złożenie wniosków dla uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej;

Zadanie 4 - projekty budowlane w tym: opracowanie projektów budowlanych, opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej, opracowanie map do celów projektowych, przygotowanie kompletu materiałów do złożenia wniosku o pozwolenie na budowę;

Zadanie 5 – projekty wykonawcze w tym: opracowanie projektów wykonawczych (bez branż teletechnika i srk), uzyskanie deklaracji WE, opracowanie wizualizacji do potrzeb promocji projektu;

Zadanie 6 - specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych;

Zadanie 7 - opracowanie materiałów przetargowych na roboty budowlane łącznie z przedmiarem robót, kosztorysem inwestorskim (wraz z uwzględnieniem konieczności wykonania projektów wykonawczych branż teletechnika i srk przez wykonawcę robót budowlanych)

Zadanie 8 - opracowanie odpowiedzi/wyjaśnień na pytania zadawane przez

FAZA II – Pełnienie nadzoru autorskiego.

Zadanie 9 – pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie trwania robót budowlanych;

Zadanie 10 – wydłużenie pełnienia nadzoru autorskiego w wyniku zastosowania prawa opcji do 24 miesięcy.

32

W punkcie 8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) Tom I Instrukcja Dla Wykonawców („IDW”) Zamawiający podał warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy, aby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W zakresie warunku posiadania

zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia.

W punkcie 8.9.2. pod pozycją 6

IDW Zamawiający wskazał na konieczność wykazania dysponowania osobą, która pełnić będzie funkcję Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. W zakresie wymagań dla osoby pełniącej ww. funkcję Zamawiający wskazał, iż wymaga aby Koordynator w okresie ostatnich siedmiu [7] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe (obejmujące projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych. W zakresie wyżej wymienionych opracowań winny znaleźć się łącznie: dwa [2] szlaki z samoczynną blokadą liniową; jedną [1] stację kolejową, obejmującą przynajmniej dwa [2] tory główne dwie [2] krawędzie peronowe, wyposażoną w komputerowe systemy urządzeń stacyjnych srk (sterowania ruchem kolejowym). Ponadto Zamawiający wskazał na konieczność posiadania przez taką osobę uprawnień budowlanych do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

Treść punktu 8.9.2. IDW uległa uzupełnieniu - w związku z pytaniem, jakie zadał jeden z wykonawców (pytanie nr 4 opublikowane w wyjaśnieniach SIWZ z dnia 19 lipca 2017 r.) - o wskazanie, iż Zamawiający dopuszcza doświadczenie koordynatorów i projektantów, polegające na wykonaniu projektu budowlanego i wykonawczego w jednej fazie projektowej, jeżeli z wykazu wynikać będzie, że zakres wskazywanej usługi – dokumentacji - pokrywał się z zakresem, którego wymaga Prawo budowlane (Dz.U. 1994 Nr 89 poz. 414 z późn.zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. 2004 nr 202 poz. 2072 z późn.zm.) w zakresie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego.

Zgodnie z punktem 9.1.5. lit. d) IDW Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy przedłożyli wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do IDW. Zgodnie z treścią Załącznika nr 9 w

33

wykazie osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia należało wpisać: imię i nazwisko osoby. Nazwę i adres firmy, okres trwania wykonanej usługi, zajmowane stanowisko w czasie wykonania usługi, opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnienie warunków, o których mowa w pkt 8.9.2. IDW (poszczególnych wykonanych usług), stanowisko, na które osoba jest proponowana oraz podstawę dysponowania (dysponowane bezpośrednio – Wykaz A, dysponowanie pośrednie – Wykaz B).

W punkcie 13 IDW Zamawiający przedstawił wymogi odnośnie sposobu obliczenia ceny. Wskazał, iż podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). Sposób przedstawienia w ofercie ceny oferty określony został w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego. W Załączniku 1A do Formularza Ofertowego należało dokonać rozbicia procentowego ceny oferty zgodnie podziałem dokonany przez Zamawiającego.

W punkcie 19.7. IDW Zamawiający wskazał następujące kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej:

1. Całkowita cena brutto – waga 60%
2. Termin wykonania zamówienia – 20%
3. Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego – 20%

Odnośnie kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” Zamawiający wskazał, iż punkty w tym kryterium będą przyznane jeśli wykonawca wykaże

w ofercie, że Sprawdzającymi (zgodnie z prawem budowlanym) dla danej branży będą osoby posiadające doświadczenie zgodne z wymaganiami przedstawionymi w tabeli na stronie 26 i 27 SIWZ. W tabeli wskazano wymogi w zakresie posiadanych uprawnień oraz kwalifikacji dla Sprawdzających z branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, branży mostowej, branży kolejowe sieci trakcyjne oraz branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. Odnosnie uprawnień dla każdej z ww. branż wskazano na wymóg posiadania uprawnień do projektowania bez ograniczeń w określonej specjalności (odpowiednio inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, inżynierskiej mostowej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym). Za każdą wskazaną osobę wykonawca mógł otrzymać 5 punktów (łącznie maksymalnie 20 punktów). W celu potwierdzenia spełnienia wymogów kryterium należało wypełnić Załącznik nr 6 do oferty. Zgodnie z treścią Załącznika nr 6 wykonawca miał przedstawić informacje

34

takie jak nazwa, data i numer uprawnień, nazwa projektu dotycząca spełnienia kryterium oceny ofert oraz zakres realizacji tego projektu, jak również podać imię i nazwisko osoby, której dotyczy wskazywane doświadczenie.

W postępowaniu wpłynęły oferty ośmiu wykonawców. W dniu 30 sierpnia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy T. z wnioskiem o złożenie wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, gdyż cena oferty ww.

wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia określonej w postępowaniu, jak również od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Jednocześnie występuje obawa co do faktycznych możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wymaganiami wynikającymi z powszechnie obowiązujących przepisów, regulacji i norm. Zamawiający wskazał, iż oczekuje wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując co w szczególności wyjaśnienia te powinny uwzględniać. Zamawiający wskazał również, iż wyjaśnienia powinny obejmować sposób kalkulacji ceny uwzględniając wszystkie elementy przedstawione w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym przez wykonawcę, uwzględniając również koszt prac mających być zleconym podwykonawcom (których zakres przedstawiony jest w JEDZ), podmiotom trzecim, a także inne koszty towarzyszące realizacji przedmiotowego zadania jak m.in. uzyskanie certyfikacji czy prowadzenia biura przez cały okres realizacji zamówienia (w tym również objętym prawem opcji). Wyjaśnienia należy złożyć wraz z uzasadnieniem dotyczącym wskazania obiektywnych czynników, które pozwoliły wykonawcy na skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie oraz załącznikami w postaci dowodów odnośnie wysokości kosztów składających się na wycenę.

W dniu 5 września 2017 r. T. przedstawił szczegółowe wyjaśnienia, do których dołączył szereg dowodów na potwierdzenie prawidłowości dokonanej kalkulacji ceny. W treści wyjaśnień T. wskazał m.in., iż ceny za wykonanie poszczególnych opracowań zostały skalkulowane na podstawie szacowanego nakładu pracy projektantów: kosztów bezpośrednich ich pracy i kosztów stałych. Koszty bezpośrednie obejmują wynagrodzenia pracowników, narzuty na wynagrodzenia, koszty edycji i reprodukcji dokumentacji oraz pozostałe koszty bezpośrednie związane z opracowaniem dokumentacji tj. koszty uzgodnień, delegacji, koszty obsługi gwarancji bankowej, itp. Wynagrodzenia skalkulowane zostały w ten sposób, że przyjęto koszt wynagrodzeń na poziomie 6.000 zł/m-c brutto, uśredniając wynagrodzenie projektanta na poziomie 8.000 zł/m-c brutto i asystenta na poziomie 4.000 zł/m-c brutto, przyjmując stosunek projektantów do asystentów przy realizacji tego typu projektu na poziomie 1:1. Koszty stałe związane z działalnością biura obejmują w szczególności: koszty utrzymania nieruchomości, energii elektrycznej, licencji na oprogramowanie, ubezpieczeń, itp. Koszty te zostały ustalone na poziomie 10-15%. T.

35

wskazał ponadto, iż do optymalizacji kosztów przyczyni się również realizowanie dwóch dużych kontraktów na terenie woj. kujawsko-pomorskiego tj. (...) w okolicach Ż oraz trasy WZ w B. (posiadany personel na miejscu, wspólne wyjazdy z G.), podniósł, że zrealizował i realizuje wiele dokumentacji projektowych dla PKP PLK na terenie województwa pomorskiego i kujawsko – pomorskiego. Zwrócił także uwagę, iż siedziba spółki

zlokalizowana jest w G., co pozwala na zmniejszenie kosztów obsługi projektu. T. wskazał także, iż jest autorem dokumentacji przedprojektowej dla linii (...) na odcinku M.-K. i posiada szczegółową znajomość zakresu opracowania, co w jego ocenie wpłynie na skrócenie okresu mobilizacji oraz analizy materiałów wejściowych.

W dniu 20 września 2017 r. Zamawiający wezwał wykonawcę T. G. na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o którym mowa w JEDZ, które zostały szczegółowo wymienione w pkt 8.9 – 8.10 IDW. Wykonawca T. w odpowiedzi na wezwanie przedłożył żądane dokumenty, w tym wykaz osób – Załącznik nr 9, który został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. W dniu 19 października 2017 r. Zamawiający wezwał wykonawcę T. na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy do złożenia wyjaśnień dokumentu – załącznika nr 9 do IDW – Wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – złożonych w dniu 29 września 2017 r. mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.9.2. Lp. 6 IDW. Zamawiający, który także jest inwestorem wskazywanej usługi, wskazał, iż nie może zweryfikować doświadczenia osoby wskazanej jako Koordynator Branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym w zadaniu pierwszym. W związku z tym wezwał do złożenia szczegółowych wyjaśnień – poprzez wskazanie: numeru linii, nazwy szlaku, oraz w ramach której umowy wskazywana osoba opracowała w charakterze projektanta w okresie 04.2010 – 06.2012 usługę projektowa obejmującą 1 szlak i stację kolejową – C. w ramach projektu Modernizacja linii średnicowej W. Wschodnia – W. Zachodnia.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca T. wskazał, iż wypełniając Załącznik nr 9 do IDW polegał na informacjach otrzymanych od osoby wskazanej jako Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym i w oparciu o te informacje omyłkowo wskazał w ofercie doświadczenie tej osoby w ramach jednego projektu, który w rzeczywistości powinien zostać przedstawiony jako dwie odrębne dokumentacje. W związku z powyższym wykonawca przesłał poprawiony Załącznik nr 9 w zakresie Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto wykonawca wskazał, iż osoba wskazana do pełnienia funkcji koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym spełnia postanowiony przez Zamawiającego warunek opracowania co najmniej dwóch dokumentacji projektowych

36

obejmujących projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych. Treść Załącznika nr 9 załączonego do pisma z 27 września 2017 r. oraz poprawionego dokumentu załączonego do pisma z 23 października 2017 r. została odtajniona przez Zamawiającego w dniu 17 listopada 2017 r., co Zamawiający potwierdził podczas rozprawy przedstawiając oryginał pisma potwierdzającego odtajnienie ww. dokumentu.

W dniu 25 października 2017 r. Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę Przystępującego T. W treści pisma Zamawiający dodatkowo przedstawił punktację ofert z uwzględnieniem wag i kryteriów. Odnosząc się do oferty Odwołującego M. S.A. Zamawiający w treści ww. zawiadomienia uzasadnił nieprzyznanie maksymalnej liczby punktów wskazując, że w przypadku sprawdzającego w branży mostowej oraz zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym brak jest informacji, że sprawdzający posiada uprawnienia bez ograniczeń w danej branży – w PK 2, PK 4 – 0 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie, zgodnie z art. 196 ust. 4 Pzp, Izba podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa, odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniach w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17 oraz KIO 2344/17:

Ustawa Prawo zamówień publicznych

Art. 7 ust. 1 - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 7 ust. 3 - *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 - *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: nie podlegają wykluczeniu; spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one*

określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd

37

zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 24 ust. 1 pkt 19 - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Art. 24 ust. 4 - Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 26 ust. 3 - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 26 ust. 4 - Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Art. 26 ust. 6 - Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2017 r. poz. 570).

Art. 89 ust. 1 pkt 2 - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 1 - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co

38

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, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym,

obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art 90 ust. 1a - W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, z które po zaktualizowanej uwzględnieniu okoliczności, nastąpiły wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 90 ust. 2 - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 - Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 91 ust. 1 - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.; dalej „u.z.n.k.”):

Art. 3 ust. 1 - Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub

39

dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Art. 3 ust. 2 - Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladowictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Art. 15 ust. 1 pkt 1 - Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

A sygn. akt KIO 2343/17

Izba ustaliła, iż zostały wypełnione łącznie przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp (Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy) – to jest posiadania interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu niewykazania przez wykonawcę T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, opisanego w punkcie 8.9.2. Lp. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja Dla Wykonawców, w pozostałym zakresie podniesione zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

I.

Odwołujący M. podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z postępowania ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób, którymi dysponuje wykonawcy i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, co dotyczy

funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, a w następstwie naruszenie art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp.

W ocenie Izby w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na okoliczności stanu faktycznego, które stały się podstawą do pozytywnej oceny przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego T. W dniu 19 października 2017 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4

Ustawy Pzp do złożenia

wyjaśnień dotyczących załącznika nr 9 do IDW – Wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – mającego potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.9.2. Lp 6 IDW w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca T. wskazał, iż na skutek omyłki w Załączniku nr 9 do IDW w zadaniu 1 wskazany został projekt, który w rzeczywistości powinien zostać przedstawiony jako dwie odrębne dokumentacje. W związku z powyższym wykonawca T. przesłał wraz z wyjaśnieniami Załącznik nr 9 poprawiony w zakresie obejmującym doświadczenie Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym oraz złożył wyjaśnienia w celu wykazania, że wskazana w treści tego załącznika osoba zaproponowana na stanowisko Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym w ramach zadania nr 1 wykonała dokumentację projektową wymaganą przez Zamawiającego. Uzupełnienie przedmiotowego Załącznika nr 9 przez Przystępującego T. nastąpiło zatem samodzielnie, bez uprzedniego wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Na podstawie tak złożonego dokumentu Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez T..

W tym miejscu należy wskazać, iż Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego o wywołującej skutek dopuszczalności samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę i możliwości dokonania na podstawie tak złożonych dokumentów oceny czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba stoi na stanowisku, iż samodzielne uzupełnianie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp, nieopowiedziane wezwaniem przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp przez wykonawców, jest niedopuszczalne i nie może rodzić żadnych skutków, sprzeciwia się temu bowiem zarówno literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, jak i zasada równego traktowania wykonawców wskazana art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Zamawiającego, który zasadniczo ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego prawidłowość i zgodność z obowiązującymi przepisami. Przepis art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp nie pozostawia

41

wątpliwości, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest obligatoryjną, poza wyjątkami przewidzianymi w treści tego przepisu, czynnością podejmowaną z inicjatywy Zamawiającego. Dlatego w ocenie Izby fakt, iż Przystępujący T. samodzielnie uzupełnił dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, gdyż zgodnie z brzmieniem tego przepisu jedynymi okolicznościami, które uprawniają zamawiającego do rezygnacji z obowiązku wezwania jest konieczność unieważnienia postępowania lub konieczność odrzucenia oferty odwołującego. W treści art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp ustawodawca posłużył się klauzulami bezwzględnie obowiązującymi, że to zamawiający wzywa wykonawców oraz, że dokumenty składane są na wezwanie zamawiającego, z czego można wysnuć wniosek, że inicjatywa w materii uzupełniania dokumentów znajduje się całkowicie w rękach zamawiającego (por. wyrok KIO z 28 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1521/11, wyrok KIO z 27 października 2011 r., sygn. akt KIO 2209/11, wyrok KIO z 19 maja 2014 r., sygn. akt KIO 846/14, wyrok KIO z 26 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2629/13). Izba stoi na stanowisku, że wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego uzupełniania wadliwych czy też niepełnych dokumentów oferty. Uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu winno się odbywać w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w drodze

procedury opisanej w przepisie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. To na Zamawiającym ciąży obowiązek oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to on bada wszystkie przedstawione mu wraz z ofertami dokumenty i oświadczenia. Jest to zdaniem Izby, jedyna droga, na której powinny i mogą być uzupełniane w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W przypadku akceptacji możliwości samouzupełniania przez wykonawcę brakujących lub źle pierwotnie złożonych dokumentów lub oświadczeń, doprowadzić mogłoby to do prób wielokrotnego uzupełniania takich dokumentów lub oświadczeń na tę samą okoliczność, co w świetle orzecznictwa Izby jest niedopuszczalne (por. wyrok KIO z 2 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 61/15). Ponadto mogłoby to prowadzić do akceptacji sytuacji, w której wykonawcy uzupełnialiby dokumenty zawierające błędy nie mając precyzyjnej informacji o tych błędach, która powinna zostać wskazana przez Zamawiającego w treści wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp (por. wyrok KIO z 11 lipca 2016 r., KIO 1122/16).

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że wzywanie wykonawcy T. do złożenia dokumentu, w którego posiadanie Zamawiający wszedł wraz z otrzymanymi wyjaśnieniami z dnia 23 października 2017 r. byłoby nazbyt daleko idącym formalizmem, skutkującym przedłużeniem postępowania, gdyż Zamawiający wzywając wykonawcę w

42

trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp do poprawienia dokumentu otrzymałby w odpowiedzi albo ten sam dokument, albo prośbę o zaliczenie przedstawionego już Załącznika nr 9 na poczet żądania Zamawiającego. Zakres wezwania kierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp jest zdeterminowany treścią tego przepisu i nie można przesądzić, że Zamawiający na skutek takiego wezwania otrzymałby tożsamy dokument jak ten złożony samodzielnie przez Przystępującego T.. Zamawiający nie może mieć nawet pewności czy na skutek takiego wezwania Przystępujący w terminie złoży żądany dokument, tym bardziej nie może więc zakładać a priori, że treść tego dokumentu byłaby zbieżna z dokumentem złożonym wraz z wyjaśnieniami.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, dokonując oceny spełnienia przez Przystępującego T. warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentu uzyskanego z pominięciem procedury wezwania do jego uzupełnienia na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Nie była zaś sporna w postępowaniu odwoławczym okoliczność, iż pierwotnie złożony przez T. Załącznik nr 9 zawierał błąd w opisie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym w ramach Zadania nr 1, co przyznał sam Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień. W tym stanie rzeczy wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do poprawienia lub uzupełnienia tego dokumentu było czynnością obligatoryjną.

Z uwagi na powyższe Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie wykonawcy T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w punkcie 8.9.2. Lp. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja Dla Wykonawców.

Jednocześnie Izba uznała, że wobec wadliwego sposobu uzupełnienia dokumentu, który potwierdzać miał spełnienie przez Przystępującego T. warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, merytoryczna treść poprawionego bez wezwania Załącznika nr 9 nie może podlegać badaniu i ocenie Izby. Skoro jego samodzielne uzupełnienie, w ocenie Izby, było nieskuteczne, to treść tego dokumentu nie mogła zostać poddana analizie ani przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ani przez Izbę w toku postępowania odwoławczego.

Należy jednakże zasygnalizować, iż w ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu opisany w punkcie 8.9.2. Lp. 6 IDW, którego dotyczył spór interpretacyjny w niniejszym postępowaniu, odczytywać należy zgodnie z jego literalnym brzmieniem, które w ocenie Izby

43

nie budzi wątpliwości. W zakresie wymagań dla osoby pełniącej funkcję Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym Zamawiający wskazał, iż wymaga aby Koordynator w okresie ostatnich siedmiu [7] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe (obejmujące projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych. Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że każda opracowana przez osobę wskazaną na Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym dokumentacja projektowa powinna obejmować zarówno projekt budowlany, jak i projekt wykonawczy. Żaden wykonawca nie zakwestionował treści tego postanowienia i nie wskazywał na konieczność jego modyfikacji. Nie jest zatem możliwe interpretowanie treści tego warunku w taki sposób, aby możliwe było wykazanie się wykonaniem odrębnej dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i odrębnej dokumentacji projektowej obejmującej projekt wykonawczy, przeczy temu bowiem użyty w opisie warunku spójnik „i” wskazujący na koniunkcję.

Również po uzupełnieniu opisu tego warunku związanego z udzieleniem przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 4, obowiązek aby dokumentacja projektowa obejmowała projekt budowlany i wykonawczy nie zmienił się. Pytanie to dotyczyło możliwości wykazania się doświadczeniem koordynatorów i projektantów, polegającym na wykonaniu projektu budowlanego i wykonawczego w jednej fazie projektowej (projektanci pytającego wykonali tzw. „technical design,” który jest protokołem budowlanym i wykonawczym w jednym). W konsekwencji Zamawiający doprecyzował jedynie, iż dopuszcza koordynatorów polegające na wykonaniu projektu i doświadczenie budowlanego wykonawczego w jednej fazie projektowej, jeżeli zakres wskazywanej dokumentacji pokrywał się z zakresem wymaganym Prawem budowlanym i Rozporządzeniem w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej w zakresie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego. Nie uległa jednak zmianie treść omawianego warunku w zakresie obejmującym obowiązek wykazania się opracowaniem dwóch dokumentacji projektowych, z których każda obejmowała zarówno projekt budowlany, jak i projekt wykonawczy.

Dlatego też, w ocenie Izby, nie można przyjąć takiej interpretacji tego warunku jaką sugeruje Przystępujący T., która dopuszczałaby wykazanie się wykonaniem dokumentacji projektowych, z których nie każda obejmowała zarówno (jednocześnie) projekt budowlany i projekt wykonawczy. W takiej sytuacji możliwe byłoby powołanie się na jedną dokumentację projektową, która obejmowała tylko projekt budowlany i drugą dokumentację projektową, która obejmowała tylko projekt wykonawczy, co pozostaje w sprzeczności z literalnym brzmieniem punktu 8.9.2. Lp. 6 IDW.

II.

W pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła zarzutów odwołania wykonawcy M.

W ocenie Izby nie potwierdził się stawiany przez Odwołującego M. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, aby ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp, tj. że Przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mieć istotny wpływ na przez mogące decyzje podejmowane Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zwrócić należy uwagę, iż dowód zaistnienia przesłanek, o których mowa w tym przepisie spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa zatem co do zasady na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić (por. wyrok KIO z 6 września 2016 r., sygn. akt KIO 1511/16, KIO 1512/16).

Podkreślić trzeba, iż postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, z którego istoty wynika, że spór toczą strony oraz uczestnicy postępowania i to oni mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Wskazuje na to bezpośrednio art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów

na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Równocześnie potwierdza on ogólne zasady wyrażone w art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 ze zm.), a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 Ustawy Pzp to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt KIO 1911/16).

Jako, że to Odwołujący M. domagał się wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp, to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym

45

zakresie. Tymczasem w ocenie Izby Odwołujący M. nie dowiódł, iż Zamawiającemu przedstawione zostały informacje wprowadzające w błąd ani nie wykazał, że błąd ten mógł mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego. Dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp niezbędne jest spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Skutkiem zaś powinno być pozostawienie przez Zamawiającego w błędnym, przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie błędne przekonanie Zamawiającego powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania - istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z 3 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1243/17).

W ocenie Izby Odwołujący M. nie wykazał, że przedstawione w złożonym pierwotnie przez T. Załączniku nr 9 informacje wprowadzały Zamawiającego w błąd, argumentacja przedstawiona w odwołaniu w tym zakresie jest lakoniczna i sprowadza się do stwierdzenia, iż o podaniu wprowadzających w błąd informacji co do doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym świadczy treść korespondencji pomiędzy Przystępującym T. a Zamawiającym. Odwołujący M. nie dowiódł, że wskazane w tym dokumencie informacje faktycznie wprowadzały Zamawiającego w błąd, co do rzeczywistego stanu rzeczy i to w taki sposób, że mogło to wpłynąć na decyzje Zamawiającego w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający, jako inwestor usługi wskazanej jako Zadanie nr 1 w opisie doświadczenia Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, dysponował informacjami dotyczącymi zakresu wykonanej dokumentacji projektowej i wezwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie doświadczenia wskazanej na tę funkcję osoby. W ocenie Izby nie sposób mówić tu zatem o tym, aby informacje podane w treści Załącznika nr 9 wywołały skutek w postaci błędnej oceny stanu faktycznego przez Zamawiającego i mogły mieć przełożenie – w sposób istotny – na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, skoro dotyczyły one okoliczności znanych Zamawiającemu. Bez udowodnienia ziszczenia się ww. przesłanek, nie może dojść do uwzględnienia zarzutu związanego z nieprawdziwymi informacjami.

III.

W ocenie Izby, nie potwierdził się także podnoszony przez Odwołującego M. zarzut naruszenia art. 91 Ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego M. i przyznanie zbyt małej liczby punktów w ramach kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego.”

W treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający uzasadnił nieprzyznanie M. maksymalnej liczby punktów w ww. kryterium brakiem informacji, że

46

sprawdzający w branży mostowej oraz zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym posiadają uprawnienia bez ograniczeń w danej branży – w PK 2, PK 4 – 0 pkt. Niemniej w ocenie M. wykonawca ten wykazał dysponowanie osobami sprawdzającymi spełniającymi

wymogi Zamawiającego dla każdej z czterech wyszczególnionych branż. Argumentacja Odwołującego

M. sprowadzała się do wskazania, iż omyłkowo nie podał w nazwie uprawnień sprawdzającego w branży mostowej oraz w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, iż są to uprawnienia „bez ograniczeń,” co jednak zdaniem Odwołującego M. nie powinno wpływać na przyznanie punktów w przedmiotowym kryterium, gdyż pominięcie w nazwie uprawnień wyrażenia „bez ograniczeń” nie decyduje o tym, że dane uprawnienia nie są bez ograniczeń.

Izba nie podzieliła zapatrywania Odwołującego M., jakoby brak wskazania w nazwie uprawnienia słów „bez ograniczeń” pozostawał bez wpływu na ocenę spełnienia przedmiotowego kryterium.

W tabeli przedstawionej w punkcie 19.7.3 IDW w sposób jasny wskazano wymogi w zakresie posiadanych uprawnień oraz kwalifikacji dla osób sprawdzających z czterech wymienionych tam branż: a) branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, b) branży mostowej, c) branży kolejowe sieci trakcyjne oraz d) branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. Odnośnie uprawnień dla każdej z ww. branż wskazano na wymóg posiadania uprawnień do projektowania bez ograniczeń w określonej specjalności, który to wymóg również został sformułowany w sposób jednoznaczny. Zgodnie z treścią Załącznika nr 6 – Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, wykonawca w kolumnie po prawej stronie „Opis spełnienia danego wymogu” miał przedstawić informacje takie jak nazwa uprawnień, data uprawnień, numer uprawnień, nazwa projektu dotycząca spełnienia kryterium oceny ofert oraz zakres realizacji tego projektu, jak również podać imię i nazwisko osoby, której dotyczy wskazywane doświadczenie. W kolumnie po lewej stronie wskazano opis poszczególnych wymogów (w tym odnośnie branży mostowej – „wymagane uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej,” a odnośnie branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym – „wymagane uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem”).

Odwołujący w treści Załącznika nr 6 stanowiącego część jego oferty w nazwie uprawnień sprawdzającego w branży mostowej oraz sprawdzającego w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, nie zawarł wyrażenia „bez ograniczeń.” W ocenie Izby na podstawie samej literalnej treści oświadczeń Odwołującego przedstawionych w omawianym dokumencie Zamawiający nie był uprawniony do wysunięcia jednoznacznego wniosku, że uprawnienia te obejmowały swym zakresem projektowanie bez ograniczeń w danej

47

specjalności. Taki wniosek tym bardziej mógłby budzić wątpliwości, jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, iż w przypadku pozostałych branż, tj. branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz branży kolejowe sieci trakcyjne, Odwołujący M. w nazwie uprawnień osób sprawdzających wprost wskazał, iż są to uprawnienia bez ograniczeń.

Izba nie podzieliła także argumentu Odwołującego M. jakoby o tym, że sporne uprawnienia były uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń przesądzał sam numer tych uprawnień. Odwołujący swoje stanowisko w powyższym zakresie oparł wyłącznie na twierdzeniu, iż w przypadku uprawnień dotyczących osoby z branży mostowej litera P w numerze uprawnień wskazuje, iż są to uprawnienia bez ograniczeń, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów ani nie powołując się na jakiegokolwiek normy prawne, które potwierdzałyby wysuwaną tezę. Jak wskazano już powyżej postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, co wynika bezpośrednio z art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp, zobowiązującego strony i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zatem w ocenie Izby to Odwołujący, powołując się na fakt, iż już same numery uprawnień wskazują, iż zakresem tych uprawnień jest objęte projektowanie bez ograniczeń, powinien był fakt ten udowodnić.

Na uwagę zasługuje tutaj stanowisko Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie przywołał regulacje prawne obowiązujące w dacie wydania uprawnień dla osób, na które powołał się Odwołujący w wykazie osób przedstawionych na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert. Zamawiający wskazał, iż w przypadku osoby dedykowanej na stanowisko sprawdzającego w branży mostowej (data uzyskania uprawnień: 15.06.2009 r.) zastosowanie znajdowały przepisy Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.

U. z 2006 r., Nr 83 poz. 578 ze zm.), które dopuszczały nadawanie uprawnień budowlanych w specjalności mostowej zarówno bez ograniczeń (§ 19 ust. 1 i 2), jak i w ograniczonym zakresie (§ 19 ust. 3), a tym samym dysponując wyłącznie numerem uprawnień Zamawiający nie mógł wprost zweryfikować ich zakresu. W przypadku uprawnień osoby dedykowanej na stanowisko sprawdzającego w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym (data uzyskania uprawnień: 05 czerwca 1992 r.) zastosowanie znajdowały przepisy Rozporządzenia Przewodniczącego Komitetu Budownictwa, Urbanistyki i Architektury z dnia 10 września 1962 r. w sprawie kwalifikacji osób wykonujących funkcje techniczne w budownictwie powszechnym (Dz. U. z 1962 r., Nr 53 poz. 266), stanowiące o możliwości wydawania uprawnień jedynie w ograniczonym zakresie oraz przepisy Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zgodnie z którym (§ 1 ust.

48

5) „Osoby, które odbyły praktykę zawodową wyłącznie w zakresie wąskiej specjalizacji zawodowej, mogą wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie tylko w zakresie objętym tą specjalizacją.” Powyższe twierdzenia nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego M. w toku postępowania przed Izbą. Rację należy zatem przyznać tu Zamawiającemu, który w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż wskazanie numerów uprawnień osób dedykowanych na stanowiska sprawdzających w branży mostowej i branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym nie pozwoliły Zamawiającemu na weryfikację tych uprawnień.

Nie można zgodzić się także z argumentem Odwołującego, iż Zamawiający powinien był przyznać maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium, ponieważ obie wskazane w treści Załącznika nr 6 osoby nabyły doświadczenie realizując inwestycje na rzecz Zamawiającego, a zatem Zamawiający był w posiadaniu informacji oraz dokumentów, potwierdzających posiadane uprawnienia. Art. 26 ust. 6 Ustawy Pzp, na który powołuje się w tym kontekście Odwołujący, wskazuje na brak obowiązku wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Ustawy Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy. W art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Ustawy Pzp jest zaś mowa o oświadczeniach lub dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji oraz brak podstaw wykluczenia. W zakresie art. 26 ust. 6 Ustawy Pzp nie mieszczą się zatem oświadczenia ani dokumenty wskazywane na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert.

Izba podkreśla, że należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Izba podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie i doktrynie pogląd, iż kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń składanych w ofercie należy analizować mając na względzie art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny znajdujący zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 Ustawy Pzp. W stosunku bowiem do profesjonalistów – a za takich należy uważać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, albowiem określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, by składając oświadczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upewnić się, że to, co oświadcza, odpowiada prawdzie (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 382/17). Wykonawca musi zatem brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają w przypadku niedochowania należytej staranności podczas przygotowywania oferty, w tym –

49

tak jak w niniejszym przypadku – przyznanie niższej liczby punktów w danym kryterium na skutek błędów w oświadczeniu dotyczącym uprawnień oraz kwalifikacji dla osób sprawdzających, które było podstawą do weryfikacji kryterium oceny ofert „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego.”

Mając na względzie powyższe, w ocenie Izby, na podstawie tak sformułowanego oświadczenia Odwołującego M. Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnego

wysunięcia wniosku, iż osoby wskazane w treści Załącznika nr 6 – Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert pod pozycją 2 i 4 posiadają uprawnienia bez ograniczeń.

B. Sygn. akt KIO 2344/17

Izba ustaliła, iż zostały wypełnione łącznie przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp (*Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy*), to jest posiadania interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu niewykazania przez wykonawcę T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, opisanego w punkcie 8.9.2. Lp. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja Dla Wykonawców, w pozostałym zaś zakresie podniesione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

I.

Z uwagi na zbieżność zarzutu Odwołującego A. wskazanego w punkcie I. 1 oraz II.1. odwołania, tj. zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy T. z postępowania, mimo, iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym i dokonania wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp) z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp podniesionym przez

50

Odwołującego M. w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17, Izba w tym miejscu w całości podziela argumentację przedstawioną w punkcie A. I. na stronach 41 - 45 niniejszego uzasadnienia.

Wobec słuszności powyższego zarzutu Izba uwzględniła odwołanie A. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie wykonawcy T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w trybie art. 26 ust. 3

Ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w punkcie 8.9.2. Lp. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja Dla Wykonawców.

II.

W pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła zarzutów odwołania A..

W ocenie Izby nie potwierdził się stawiany przez Odwołującego A. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 u.z.n.k.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ocenie Izby przywołany przepis należy rozpatrywać w powiązaniu z art. 24 ust. 8 i ust. 10 Ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 8 Ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności wyczerpująco wyjaśnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie spowoduje naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 10 Ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp przed wykluczeniem wykonawcy Zamawiający jest obowiązany zapewnić temu wykonawcy możliwość

udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. W konsekwencji należy uznać, że naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp nie jest możliwe bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy przedstawienia dowodów na to, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji oraz zastosowania instytucji self cleaning. Już tylko z tego względu podniesiony zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego T. z postępowania nie może zostać uznany za zasadny (por. wyrok KIO z 24 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1363/17).

51

Izba nie znalazła także podstaw do zanegowania stanowiska Zamawiającego, iż pomimo, że Przystępujący T. opracował część dokumentacji przedprojektowej dla potrzeb przedmiotowego postępowania, co nie było kwestionowane przez Strony i Uczestników postępowania, to jednak reguły równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu zostały zachowane. Odwołujący A. podniósł, iż konsorcjum wykonawców Z. D. G. T. Sp. z o.o. oraz T. G. Sp. z o.o., opracowało OPZ/PFU dla niniejszego postępowania, a także wykonało szereg badań i analiz, co w ocenie Odwołującego w istotny sposób wpływa na wykonanie przez Przystępującego zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Zdaniem Odwołującego z tego względu pozycja T. była w sposób znaczący uprzywilejowana w stosunku do pozycji innych wykonawców, co winno skutkować wykluczeniem T. z postępowania. Wskazać jednak należy, iż zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp, aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze - stwierdzić udział wykonawcy w przygotowaniu prowadzonego postępowania, po drugie - ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Jednocześnie przypomnienia wymaga, iż celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania jest dopuszczalny i jako taki nie może stanowić podstawy do automatycznego wykluczenia wykonawcy z tego postępowania. Zatem w ocenie Izby niewystarczające jest uznanie, że podstawą wykluczenia miałby być fakt sporządzenia elementów dokumentacji przedprojektowej na potrzeby danego postępowania, koniecznym jest bowiem przesądzenie, że powyższe spowodowało zakłócenie konkurencji oraz, że to zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. Państwo Belgijskie*, zwrócono uwagę, na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami, uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć

52

wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, iż jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz, że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania. Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych opublikowanej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 9/2013 (wydanej jeszcze na gruncie uchylonego art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, zachowującej jednak częściowo aktualność w obowiązującym stanie prawnym) fakt, że dany wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania np. poprzez opracowanie dokumentacji projektowej nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania, w którym zamawiający udziela zamówienia. Wykonawca taki, opracowując dokumentację projektową,

nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, jeśli jednak informacje te wchodziły również w zakres dokumentacji postępowania i były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, to uznać należy, iż przewaga wykonawcy, który przygotowywał dokumentację projektową na potrzeby postępowania, w którym następnie złożył ofertę, będzie polegać jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji.

Przypomnienia tutaj wymaga, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W poddanej ocenie składu orzekającego Izby sprawie o sygn. akt KIO 2344/17 ciężar wykazania, że udział Przystępującego T. w opracowaniu elementów dokumentacji przedprojektowej utrudniał uczciwą konkurencję w taki sposób, że nie mogło to zostać wyeliminowane w inny sposób niż poprzez jego wykluczenie z postępowania, spoczywał na Odwołującym A.. W tym miejscu skład orzekający Izby podkreśla, że z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, jego zastosowanie wymaga szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. W szczególności z samego faktu sporządzenia przez Przystępującego T. dokumentacji przedprojektowej, której elementy zostały wykorzystane na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można wywodzić, iż Zamawiający naruszył 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Jakkolwiek wcześniejsze poznanie elementów dokumentacji postępowania może stawiać w dogodniejszej pozycji Przystępującego T., to to udogodnienie musi mieć jeszcze charakter takiego, które po pierwsze utrudnia uczciwą konkurencję, po drugie powstałe w ten sposób zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane poprzez inne czynności niż wykluczenie

53

wykonawcy z postępowania. Dopóki zatem nie można udowodnić powyższych okoliczności, dopóty nie można twierdzić o naruszeniu tych przepisów.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący A. domagając się nakazania Zamawiającemu wykluczenia T. z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, poprzez zaprezentowaną argumentację i złożone dowody nie wykazał, że ewentualne zakłócenie konkurencji spowodowane opracowaniem przez

T. części

dokumentacji przedprojektowej nie zostało wyeliminowane przez Zamawiającego poprzez inne czynności podjęte w postępowaniu. Zwrócić należy uwagę, iż art. 31d Ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego - w sytuacji, gdy istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia – obowiązek zapewnienia, że udział tego podmiotu w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom informacji, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert. Odwołujący A. nie dowiódł, że treść przekazanych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania informacji i dokumentów, nie była wystarczająca dla zrównoważenia sytuacji wykonawców biorących udział w postępowaniu z sytuacją wykonawcy T..

Odwołujący A. upatrywał przewagi konkurencyjnej Przystępującego T. przede wszystkim w przeprowadzeniu przez tego wykonawcę badań geologicznych i geotechnicznych podtorza. Zwrócić jednak należy uwagę, iż Zamawiający udostępnił pozostałym wykonawcom informacje, które uzyskał i przekazał podczas opracowywania dokumentacji przedprojektowej w tym zakresie. Zauważyć należy, że w dokumentacji postępowania znalazł się wyciąg z dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym B. – T.(2), obejmującym linie (...) i (...)” realizowanego w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów perspektywy 2014-2020” Warszawa, listopad 2016 – Etap II”, który stanowił Załącznik nr 2 do OPZ i zawierał szereg dokumentów, w tym dotyczących obiektów inżynierskich, obiektów kubaturowych, elektroenergetyki, peronów, przejazdów i przejść, torów, etc. Dodatkowo w załączniku tym znalazł się Raport podsumowujący z Etapu II pn. Analiza stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru, gdzie w punkcie 1.10 opisano zakres prac i wnioski przedstawione w studium geologiczno – inżynierskim. Dlatego też, w ocenie Izby, nie zasługuje na

uwzględnienie argument Odwołującego A., iż o przewadze konkurencyjnej T. względem pozostałych wykonawców, świadczy fakt, iż ani Odwołujący, ani pozostali wykonawcy nie mieli dostępu do wyników badań geologicznych i geotechnicznych, jako, że studium geologiczno – inżynierskie miało zostać udostępnione wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy. Podkreślić trzeba, że w punkcie 1.10 ww. Raportu przedstawione zostały

54

szczegółowe informacje odnośnie prac wykonanych w ramach prac przedprojektowych w zakresie studium geologiczno – inżynierskiego. W dokumencie tym znalazły się takie informacje jak zakres wykonanych prac, ilość i łączny metraż otworów geotechnicznych wykonanych w celu wstępnego określenia warunków gruntowo – wodnych, ilość wykonanych sondowań dla określenia stanu zagęszczenia gruntów niespoistych, ilość wykonanych sondowań FVT dla określenia wytrzymałości na ścianie bez odpływu, podano liczbę próbek pobranych z otworów geotechnicznych w czasie prowadzenia wierceń, zakres badań laboratoryjnych, zakres pomiarów geofizycznych metodą georadarową, przekroje, dla których przeprowadzono szczegółową ocenę stateczności nasypów i skarp przekopów. Przedstawiono informacje dotyczące rodzaju gruntów i wód gruntowych, jakie występują na terenie badanej linii kolejowej. Stwierdzono także, iż w podłożu na przebadanym odcinku linii kolejowej nr 201 występują generalnie proste warunki gruntowe z lokalnie złożonymi, wskazano z czego wynikają złożone warunki gruntowe, określono także miejsca gdzie występują warunki skomplikowane, jak również przedstawiono propozycje co do przyjęcia określonych kategorii geotechnicznych. Odwołujący nie udowodnił, że zakres informacji wynikających ze studium geologiczno – inżynierskiego przedstawiony w dokumentacji postępowania nie równoważył pozycji innych wykonawców w stosunku do pozycji firmy T., która brała udział w opracowaniu tego studium. Nie sposób przyznać racji także twierdzeniom Odwołującego, iż brak udostępnienia tego studium przez Zamawiającego w całości miał wpływ na cenę ofert, jako że inni oferenci nie mieli wiedzy o lokalizacji odwiertów. Słusznie wskazał Przystępujący T., iż na podstawie informacji przedstawionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia odnośnie ilości dokonanych już wierceń czy sondowań oraz informacji wynikających z Wytycznych Lgo-1, gdzie wskazano rozstaw punktów dokumentacyjnych, mieli ilość wierceń wykonawcy możliwość oszacowania, jaką uzupełniających trzeba będzie wykonać, w przypadku, gdyby okazało się, że Zamawiający wyraziłby zgodę na wykorzystanie badań archiwalnych (okoliczność ta nie była kwestionowana przez Odwołującego A.). Żaden z wykonawców nie mógł jednak mieć pewności, w jakim zakresie badania archiwalne będą mogły zostać wykorzystane na potrzeby realizacji prac w ramach przedmiotowego zamówienia, o czym mowa szczegółowo poniżej.

Zauważyć także należy, iż na etapie postępowania o udzielenie zamówienia żaden z wykonawców nie zgłaszał Zamawiającemu potrzeby przedstawienia dodatkowych informacji, w tym udostępnienia całej treści studium geologiczno – inżynierskiego, w celu należytego przygotowania oferty. O udostępnienie tego studium Odwołujący (czy każdy inny wykonawca) mógł także wystąpić w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1764). W tym stanie rzeczy uznać należy, że

55

każdy z wykonawców - w tym również Odwołujący A. - miał równy dostęp do dokumentacji postępowania, Zamawiający całą dokumentację zamieścił na stronie internetowej i wszyscy wykonawcy mogli się z nią zapoznać. Dodatkowo wykonawcy nie wnosili odwołań na opis przedmiotu zamówienia ani w aspekcie jego jednoznaczności i kompletności (dokonania wyczerpującego opisu), ani w zakresie utrudnienia uczciwej konkurencji. Każdy wykonawca, w tym również Odwołujący, miał także możliwość zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, w tym OPZ i jego załączników. Zamawiający wyznaczył także odpowiedni termin na złożenie ofert, który był dwukrotnie przedłużany (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 lipca 2017 r., zaś ostateczny termin składania ofert upływał 14 sierpnia 2017 r.), żaden z wykonawców nie sygnalizował także, że wyznaczony termin składania ofert był nieodpowiedni do należytego przygotowania oferty.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący będzie mógł wykorzystać w opracowaniu dokumentacji projektowej w ramach niniejszego zamówienia,

dokumentację geotechniczną i geologiczno – inżynierską już wykonaną na etapie opracowania dokumentacji przedprojektowej, co wpłynie na zmniejszenie kosztów wykonania tej dokumentacji. Słusznie zwrócił uwagę Przystępujący, iż opracowana przez niego dokumentacja przedprojektowa stanowi własność Zamawiającego i jest przedmiotem jego majątkowych praw autorskich, a zatem wykorzystana może zostać wyłącznie za jego zgodą. Co ważne, każdy wykonawca realizujący zamówienie będzie miał taką samą możliwość, aby z tej dokumentacji – za zgodą Zamawiającego – skorzystać. Dlatego też, w ocenie Izby, Odwołujący A. nie wykazał, że powyższa okoliczność faktycznie powoduje uprzywilejowanie pozycji Przystępującego T. poprzez zmniejszenie kosztów wykonania dokumentacji geologicznej.

Na powyższe nie wskazuje także podnoszony przez A. w tym kontekście argument, iż wykonawca realizujący umowę będzie mógł wykorzystać badania archiwalne na potrzeby opracowania nowej dokumentacji. Odwołujący A. porównując zakres prac geologicznych i geotechnicznych wykonanych przez Przystępującego T. podczas opracowywania dokumentacji przedprojektowej z zakresem prac objętym niniejszym postępowaniem, wskazał, iż należy mieć na uwadze, że zgodnie z pkt 4.3.8. OPZ wykonawca wykona badania umożliwiające prawidłowe rozpoznanie warunków gruntowych podłoża i podtorza w celu prawidłowego zaprojektowania i wykonania przedmiotu zamówienia, m.in. zgodnie z Wytycznymi badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1, które umożliwiają wykorzystania badań archiwalnych na potrzeby opracowania nowej dokumentacji, przy uwzględnieniu konieczności zaprojektowania ewentualnych badań uzupełniających. To w ocenie Odwołującego A. oznacza dla T. zmniejszenie kosztów opracowania dokumentacji geotechnicznej i geologiczno –

56

inżynierskiej z uwagi na możliwość wykorzystania badań geologicznych i geotechnicznych już wykonanych na etapie opracowania dokumentacji przedprojektowej. Zwrócić jednak należy uwagę, iż zgodnie z punktem 4.3.8. OPZ, na który powołuje się Odwołujący, obowiązkiem podmiotu, któremu zostanie powierzone wykonanie zamówienia będzie wykonanie badań, które umożliwią prawidłowe rozpoznanie warunków gruntowych podłoża i podtorza, a w konsekwencji prawidłowe zaprojektowanie i wykonanie przedmiotu zamówienia. Co do zasady obowiązkiem wykonawcy jest więc przeprowadzenie wszystkich niezbędnych badań. Jak wskazano w § 16 ust. 10 Wytycznych Igo-1 na terenach z wcześniejszym rozpoznaniem geologicznym należy korzystać z badań archiwalnych, a po analizie ich przydatności zaprojektować badania uzupełniające. Z powyższego wynika, iż skorzystanie z badań archiwalnych w praktyce możliwe będzie wyłącznie w sytuacji, jeśli okażą się one przydatne, aktualne. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że badania te, pomimo upływu około roku od ich wykonania, zachowują swoją aktualność, w toku rozprawy przed Izbą wskazał, iż ciężko jest przewidzieć czy badania te są aktualne. Ponadto zauważyć należy, że każdy z wykonawców, który będzie realizował przedmiotowe zamówienie, na podstawie § 16 ust. 10 Wytycznych Igo-1 będzie miał możliwość skorzystania z badań archiwalnych, które są w posiadaniu Zamawiającego. Niezrozumiałe jest zatem twierdzenie, że Przystępujący uzyskał przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym aspekcie.

Wskazać nadto należy, iż zgodnie z punktem 4.3.8. OPZ opracowany przez wykonawcę program badań oraz projekt robót geologicznych należy przedłożyć Zamawiającemu w celu uzgodnienia i akceptacji przez Zamawiającego. Oznacza to, że w praktyce zakres realizowanych badań oraz robót geologicznych będzie zależny od decyzji i akceptacji Zamawiającego. W tym stanie rzeczy nie można przesądzić, że zakres badań geologicznych wykonanych na etapie opracowywania dokumentacji przedprojektowej będzie miał wpływ na zakres prac koniecznych do wykonania podczas realizacji zamówienia.

Na marginesie należy zauważyć, iż Odwołujący A. w treści odwołania powoływał się na fakt wykonania przez Przystępującego T. szeregu badań i analiz, które wpływają na wykonanie przez Przystępującego zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, ograniczając jednak swoją argumentację w tym zakresie do badań geotechnicznych i geologicznych. Odwołujący A. nie wskazał, jakie ewentualne inne badania, analizy dokonane przez Przystępującego czyniły jego pozycję w postępowaniu uprzywilejowaną względem pozostałych wykonawców. Podnoszone podczas rozprawy w tym zakresie twierdzenia, że Przystępujący T. wykonał nie tylko studium geologiczno – inżynierskie, ale

przedprojektowej dla projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym B. – T.(2), obejmującym linie (...) i (...)” realizowanego w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów perspektywy 2014-2020” jest niewystarczające dla uznania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu zakłócał uczciwą konkurencję, nie wykazano bowiem w żaden sposób, jak przeprowadzenie przez T. analiz, o których mowa w przywołanym fragmencie Opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu na opracowanie dokumentacji przedprojektowej, przekładałoby się na kształtowanie cen i realizację przedmiotowego zamówienia. Ponadto podczas rozprawy przed Izbą Odwołujący wskazał, iż nie wnioskował o udostępnienie dokumentów będących przedmiotem analiz, o których mowa w lit. b) – s) na stronie 15 Opisu przedmiotu zamówienia dla postępowania na opracowanie dokumentacji przedprojektowej. Odwołujący podczas rozprawy powołał się także na wskazaną na stronach 68-69 ww. Opisu przedmiotu zamówienia dokumentację dla etapu VI - analizę kosztów i korzyści, która stanowiła podstawę do szacowania wartości zamówienia, nie dowiódł jednak czy analiza ta była wykonana przez Przystępującego ani czy faktycznie była ona podstawą do określenia szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający zaprzeczył zaś, że Przystępujący T. określał wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia. Dla oceny skuteczności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp nie bez znaczenia pozostaje także okoliczność rozszerzenia opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do dokumentacji projektowej, którą opracowywał Przystępujący T.. Zamawiający wskazał, iż wprowadzono m.in. obowiązek wykonania dokumentacji projektowej dla modernizacji stacji M. oraz Linii Potrzeb Nietrakcyjnych, co w ocenie Izby pozwala stwierdzić, że opracowane przez Przystępującego T. materiały były wyłącznie jednym z elementów OPZ dla niniejszego postępowania, a zatem nie dysponował on pełną wiedzą o planowanym zamówieniu. Odwołujący A. zaś – nie kwestionując powyższych okoliczności - nie wykazał, że pomimo uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o szereg innych, koniecznych do wykonania prac, udział Przystępującego T. w tym postępowaniu prowadził do zakłócenia konkurencji.

Podsumowując powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący A. nie wykazał, że poprzez udział Przystępującego T. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do zakłócenia konkurencji ani że nie było możliwe wyeliminowanie ewentualnie powstałego przez to zakłócenia konkurencji w inny sposób niż poprzez wykluczenie Przystępującego T. z postępowania. Brak było zaś podstaw do uznania, że Zamawiający poprzez powyższe czynności nie zrównoważył sytuacji wykonawców biorących udział w postępowaniu, udostępniając wykonawcom niezbędne informacje i dokumenty oraz wyznaczając odpowiedni termin na złożenie ofert. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do

uznania skuteczności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp.

III.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego T. jako zawierającej rażąco niską cenę, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż jakkolwiek obowiązek dowodzenia, że cena przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska został nałożony na wykonawcę, którego oferty zarzut dotyczy, to jednak – z uwagi na kontrykcyjny charakter postępowania odwoławczego – obowiązuje w nim podstawowa zasada, że każdy uczestnik sporu wywołanego przed obliczem Izby, ma obowiązek, w celu poparcia swoich twierdzeń, bądź też odparcia twierdzeń strony przeciwnej, przedstawiać dowody. Biorąc pod uwagę treść art. 190 ust. 1 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp i dokonując ich literalnej wykładni, Izba w pełni podziela wyrażone w orzecznictwie przekonanie, że odwołujący, który stawia zarzuty zamawiającemu, w zakresie czynności oceny oferty, tj. czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zobowiązany jest na mocy przepisu art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego, przedstawić dowody na okoliczność, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę (dowód negatywny).

Uczestnik postępowania odwoławczego zaś, na etapie postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp, ma obowiązek przedstawić dowody na odparcie twierdzeń odwołującego (dowód pozytywny). Dopiero zestawienie dowodów przedstawionych przez strony i ich prawidłowa ocena, może służyć za podstawę rozstrzygnięcia w sprawie (por. wyrok KIO z 11 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1651/15). W ocenie Izby odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego z obowiązku wykazania podstaw faktycznych zarzutu oraz następnie przedstawienia dowodów przeciwnych wobec tych, które przedstawił wykonawca, którego zaoferowana cena jest kwestionowana jako rażąco niska (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 5 grudnia 2016 r., sygn. akt XIII Ga 1094/16). Przyjęcie innego spojrzenia mogłoby prowadzić do sytuacji, w której strona odwołująca mogłaby poprzestać na ogólnym twierdzeniu, że cena konkurenta jest rażąco niska, w sytuacji gdy uczestnik postępowania musiałby udowodnić każdy element ceny (por. wyrok KIO z 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 447/16).

Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszego postępowania odwoławczego w pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na okoliczność, że Zamawiający wystąpił do Przystępującego T. o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a Przystępujący - wobec wezwania - złożył stosowne wyjaśnienia. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia były szczegółowe, tak co do ceny oferty ogółem, jak i w odniesieniu do części składowych. T.

59

przedstawił sposób kalkulacji ceny dołączając do wyjaśnień szczegółową kalkulację kosztów projektu, która odzwierciedlała przyjęte podczas kalkulacji założenia. Twierdzenia przedstawione w wyjaśnieniach zostały przez T. poparte dowodami załączonymi do tychże wyjaśnień, które wspólnie tworzyły spójną całość, pozwalającą w ocenie Izby Zamawiającemu na uznanie, że zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła, że Odwołujący A. w toku postępowania przed Krajową Izbą odwoławczą nie przeprowadził dowodu negatywnego, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę, w szczególności nie wykazał okoliczności, które pozwoliłyby poddać w wątpliwość realność ceny ofertowej Przystępującego T., podczas gdy w ocenie Izby wyjaśnienia Przystępującego T. przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia były konkretne, jasne, i spójne oraz poparte dowodami, a dodatkowo były również spójne z argumentacją przedstawioną przez T. w toku postępowania odwoławczego. Pozwala to stwierdzić, że T. w toku postępowania odwoławczego potwierdził realność zaoferowanej ceny, a zatem czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia były prawidłowe.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty T. z uwagi na rażąco niską cenę, Odwołujący A. zwrócił uwagę na fakt, iż cena oferty T. stanowi 43,2 % wartości zamówienia. Jednakże, jak wskazał Zamawiający, rozbieżność pomiędzy ceną oferty T. a szacunkową wartością zamówienia wynika przede wszystkim z przyjętej przez Zamawiającego metody szacowania wartości zamówienia wynikającej z jego wewnętrznych regulacji oraz, że analogiczne rozbieżności pomiędzy wartością oszacowaną a ceną ofert najkorzystniejszych miały miejsce w innych prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach. Z uwagi na przyjęte metody wskaźnikowe, które powodują przeszacowanie, Zamawiający w celu zachowania transparentności wzywa wykonawców do wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Ponadto, jak wynika z punktu II.2.4. opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 48 300 000 zł, obejmując zamówienia podobne do wartości 13 300 000 zł. Wskazuje to, iż kwota przeznaczona na realizację zamówienia bez wartości zamówień podobnych, których wykonawcy nie uwzględniają w kalkulacji ceny, została ustalona na poziomie 35 000 000 zł. W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby sama różnica cenowa pomiędzy ofertą Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia nie przesądza o tym, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odwołujący A. nadto wskazywał, iż złożone przez T. wyjaśnienia nie były odpowiednio umotywowane i nie przekonywały, że zaoferowana cena jest realistyczna. Uzasadniając powyższe Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności na kwestię związaną z wyliczeniami wynagrodzenia pracowników, które nie uwzględniały personelu pomocniczego oraz członków

organów spółki, a ponadto na fakt, iż uwzględnione w kalkulacji wynagrodzenie jest wynagrodzeniem zaliczkowym, co sugeruje, że jest to tylko część wynagrodzenia wypłaconego na poczet wynagrodzenia przyszłego. W ocenie Odwołującego A. uzasadniało to założenie, iż w wyjaśnieniach T. celowo wprowadził w błąd Zamawiającego i pozostałych oferentów w celu uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia postępowania przetargowego. Zdaniem Izby powyższe twierdzenie nie broni się w zestawieniu z treścią wyjaśnień, jakie złożył Przystępujący T. Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz przed Izbą, jak również złożonymi przez T. dokumentami. Po pierwsze Przystępujący wyjaśnił, iż koszty ewentualnego personelu pomocniczego i tzw. koszty zarządu mieszczą się w pozycji „koszty stałe.” Przystępujący wytłumaczył, że przyjęta przez niego metodologia kalkulacji ceny oferty obejmowała koszty bezpośrednie, związane z konkretną umową, zamówieniem, którego dotyczą (takie jak wynagrodzenie, narzuty oraz pozostałe koszty bezpośrednie, np. uzgodnienia, delegacje, gwarancje) oraz koszty stałe, które Przystępujący przyjął na poziomie 15% i w których mieszczą się wszystkie koszty związane z działalnością firmy, a nie z konkretną umową, takie jak koszty biura, energii elektrycznej czy koszty zarządu. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do uznania, że T. nie uwzględnił kosztów takich jak wynagrodzenie członków organu czy tzw. personelu pomocniczego w cenie oferty.

Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem Odwołującego, że T. przedstawił na potwierdzenie wysokości wynagrodzenia pracowników tylko jedną umowę o pracę oraz uwzględnił w kalkulacji jedynie wynagrodzenie zaliczkowe pracowników. Do wyjaśnień z dnia 5 września 2017 r. załączono oprócz umowy o pracę szereg aneksów do umów o pracę, wskazujących na wysokość wynagrodzenia pracowników. Ponadto Przystępujący T. wyjaśnił w toku rozprawy przed Izbą, że w jego firmie funkcjonuje system premiowy uzależniony od rocznych wyników finansowych spółki oraz końcowego efektu zadania, w którym uczestniczy pracownik, a przyjęte na potrzeby kalkulacji średnie wynagrodzenie pracowników uwzględniało zarówno wynagrodzenie zaliczkowe przewidziane wprost w umowach o pracę, jak i wynagrodzenie premiowe. Wyjaśnienia przedstawione w toku postępowania odwoławczego są spójne z informacjami wynikającymi z załączonego do wyjaśnień T. z 5 września 2017 r. oświadczenia Głównej Księgowej, z którego wynika wysokość średniego wynagrodzenia projektanta i asystenta projektanta oraz fakt jego wyliczenia w oparciu o wszystkie składniki wynagrodzeń zgodnie z regulaminem wynagrodzeń obowiązującym w spółce. Powyższe okoliczności były podnoszone przez T. w toku postępowania odwoławczego (w treści pisma z 17 listopada 2017 r. oraz na rozprawie), Odwołujący A. zaś okolicznościom tym nie zaprzeczył.

61

Podnoszone przez Odwołującego A. twierdzenia, iż ujęcie przez T. w kosztach bezpośrednich kosztów uzgodnień, delegacji, czy obsługi gwarancji bankowej, służy wyłącznie stworzeniu nieprzejrzystego obrazu przedstawionej przez T. kalkulacji uniemożliwiającej jakąkolwiek weryfikację przedstawionych wyliczeń kosztów, w ocenie Izby stanowią wyłącznie polemikę z przyjętą przez Przystępującego

T. metodą kalkulacji ceny oferty i dokonanego podziału kosztów na koszty bezpośrednie i stałe. Podobną polemikę stanowią twierdzenia A. na temat tego, w jaki sposób Przystępujący T. wyliczył koszty stałe, co się w nich mieści i czy uwzględnił w nich przewidywany wzrost cen. A. nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że przyjęcie takiej metodyki na gruncie niniejszego postępowania było działaniem nieprawidłowym i przekładało się na błędną kalkulację ceny. Tymczasem Przystępujący wyjaśnił szczegółowo na czym polegała przyjęta przez niego metodyka kalkulacji ceny oferty i co mieściło się w kosztach bezpośrednich, a co w kosztach stałych. Wyjaśnienia te są spójne z informacjami przedstawionymi przez Przystępującego T. Zamawiającemu podczas badania rażąco niskiej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że w tym zakresie są one niekompletne czy niewystarczające. Również wskazywana przez Odwołującego niespójność w wyjaśnieniach Przystępującego T. odnośnie podania w odrębnej pozycji kosztów materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia (papier do wydruków, tusz, pozostałe materiały biurowe) pomimo wskazania, iż koszty edycji i reprodukcji dokumentacji stanowią element kosztu bezpośredniego, nie świadczy w ocenie Izby o nierzetelnej kalkulacji ceny ofertowej. Przystępujący wyjaśnił, iż koszty te zostały wydzielone do odrębnej pozycji z

uwagi na żądanie Zamawiającego przedstawione w wezwaniu do wyjaśnień. Podobnie nie sposób przyznać racji twierdzeniom Odwołującego A., iż T. nie wykazał dowodami wysokości kwoty przeznaczonej na ubezpieczenie, w sytuacji gdy do wyjaśnień Przystępującego dołączona została oferta kancelarii brokerskiej potwierdzającą uwzględnioną w kalkulacji wysokość kosztów ubezpieczenia. Ponadto Przystępujący wyjaśnił, iż kwota związana z usunięciem ewentualnych wad czy usterek została ujęta w innej pozycji w kalkulacji.

Odwołujący A. wskazywał także na wątpliwości powstałe na gruncie przedstawionego przez T. tabelarycznego zestawienia kosztów w zakresie kosztów związanych z nadzorem autorskim, które w ocenie Odwołującego nie uwzględniały szeregu elementów zamówienia wchodzących w skład nadzoru autorskiego, innych niż wizyty na budowie. Odwołujący nie wskazał jednak, jakie pozostałe części zamówienia w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego powinny być ujęte w kalkulacji i jak powinny one wpływać na wysokość przyjętej w tej pozycji kwoty. Zwrócić tutaj także należy uwagę na przeprowadzone przez Zamawiającego obliczenia w zakresie łącznej ilości zaoferowanych godzin pełnienia nadzoru autorskiego przez Przystępującego T. i Odwołującego A., które zostały przedstawione w odpowiedzi na

62

odwołanie i utajnione z uwagi na oparcie się na okolicznościach stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa A.. Obliczenia te potwierdzają prawidłowość kalkulacji Przystępującego T. w tym zakresie.

Nie zasługuje także na uwzględnienie podnoszony przez A. argument, iż na optymalizację kosztów nie wpływa realizowanie przez T. innych kontraktów na terenie województwa kujawsko – pomorskiego czy posiadanie siedziby w G., już bowiem z zasad logiki i doświadczenia życiowego wynika, że bliskość lokalizacji biura i rozlokowania pracowników w sposób istotny wpływać może na usprawnienie prowadzonych działań, ich logistykę, jak również na koszty związane chociażby z transportem pracowników na miejsce realizacji prac. Nie można przyznać racji Odwołującemu A., iż o nierzetelności kalkulacji świadczy też brak wskazania jakiego rzędu Przystępujący T. ponosi koszty związane z utrzymaniem biura oraz w jaki sposób i w jakiej wysokości sam fakt zlokalizowania biura w G. miałby wpłynąć na optymalizację kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Izba w tym miejscu podziela twierdzenia Zamawiającego przedstawione na stronie 12 odpowiedzi na odwołanie w pierwszym akapicie fragmentu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa, które odnoszą się do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jakie w omawianym zakresie przedstawił Odwołujący A.. Zamawiający kierując się zasadą równego traktowania wykonawców złożone przez wszystkich wykonawców wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oceniał według takich samych standardów.

Odwołujący zarzucił także, że Przystępujący T. nie wskazał z jakiego powodu przyjął termin 16 miesięcy na wykonanie poszczególnych opracowań branżowych. Niemniej Przystępujący w treści swoich wyjaśnień wskazał, iż uwzględnił zarówno znajomość miejscowych warunków realizacji inwestycji, wymagań władz samorządowych, lokalnych instytucji, jak i fakt posiadania siedziby w G. czy rozlokowania pracowników w miejscu realizacji prac z uwagi na realizację innych kontraktów. Ponadto jak wskazał Przystępujący T. w toku postępowania odwoławczego przyjął on uśredniony termin 16 miesięczny dla większości branż, co znajduje odzwierciedlenie w przyjętych przez Przystępującego T. w ofercie terminów na wykonanie projektów budowlanych (448 dni czyli ok. 15 miesięcy) i projektów wykonawczych (487 dni czyli ponad 16 miesięcy), zakładając, że zaangażowanie projektantów poszczególnych branż rozpocznie się niezwłocznie po podpisaniu umowy z Zamawiającym. W ocenie Izby powyższe wyjaśnienia są spójne z argumentacją przedstawianą w toku postępowania o udzielenie zamówienia i brak jest podstaw do uznania tych wyjaśnień za niekompletne a zaoferowanej ceny za nierzetelną, nierealistyczną, wobec braku kontrargumentów strony odwołującej.

Ponadto w ocenie Izby nie ma racji Odwołujący A. twierdząc, iż w ofercie podwykonawcy G. I. Sp. z o.o. załączonej przez T. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oszacowano

63

wartość prac geodezyjnych w sposób nierzetelny, z uwagi na fakt, iż w kalkulacji nie zostały ujęte kluczowe elementy, m.in. wywiady branżowe u gestorów sieci, czy wykonanie mapy wektorowej 3D. W ocenie Izby z treści oferty ww. podmiotu wynika, iż obejmuje ona całość

prac geodezyjnych przewidzianych przedmiotowym zamówieniem. Oferta ta opatrzona jest nazwą zamówienia „Opracowanie dokumentacji projektowej dla realizacji robót na odcinku M. – K. linii kolejowej nr (...) wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym B. – T.(2),” a zatem nie ma wątpliwości, że dotyczy ona prac geodezyjnych będących elementem przedmiotu niniejszego zamówienia. Ponadto zawiera ona wycenę prac geodezyjnych „w przedmiotowym opracowaniu,” co wskazuje na objęcie ofertą całości prac geodezyjnych niezbędnych dla opracowania dokumentacji projektowej. Z samego faktu rozbicia ceny na dwa elementy: „opracowanie map do celów” oraz „podziały nieruchomości w omawianym zakresie” nie można domniemywać, że nie obejmuje ona całokształtu prac geodezyjnych, zwłaszcza zważywszy na fakt, iż oferta ta była opracowana przez podmiot profesjonalny i gdyby miała nie obejmować całości prac geologicznych objętych przedmiotowym zamówieniem, to z treści oferty powinno to w sposób jasny i bezsporny wynikać. Ponadto Odwołujący A. powołując się na fakt, iż w wycenie tej nie zostały ujęte elementy takie jak wywiady branżowe u gestorów sieci, czy wykonanie mapy wektorowej 3D, nie wskazał chociażby dlaczego w jego ocenie wykonanie mapy wektorowej nie mieści się w pojęciu „opracowania map do celów.” Przystępujący zaś wyjaśnił, że oba te elementy mieszczą się właśnie pod pozycją „opracowanie map do celów” i stanowią w praktyce sposób realizacji tychże działań. Stanowiska A. co do nierzeczywistości ceny oferty firmy G. I. Sp. z o.o. nie potwierdzają także przedłożone przez A. oferty innych podwykonawców pozyskane na potrzeby przygotowania oferty w niniejszym postępowaniu – firm J. G. oraz G. J. Treść tych ofert stanowi propozycję oferowanych A. przez te firmy warunków handlowych, nie przesądza jednak o braku możliwości zrealizowania całości prac geologicznych objętych przedmiotowym zamówieniem przez firmę G. I. Sp. z o.o. za zaoferowaną cenę.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego A. odnośnie niespójności oferty cenowej T. i szczegółowej kalkulacji kosztów projektowych przedstawionej przez tego wykonawcę jako załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Mieć należy na uwadze, iż w wypełniając Załącznik nr 1A do IDW „Harmonogram Rzeczowo – Finansowy wykonawcy byli zobligowani do przyporządkowania określonych kwot pod określone pozycje zakresu prac wskazane przez Zamawiającego. Szczegółowa kalkulacja kosztów projektu załączona przez T. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny sporządzona została zgodnie z przyjętą przez niego metodą kalkulacji, z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień. Nie można zatem oczekiwać, że kwoty tam wskazane będą w pełni zbieżne

64

we wszystkich pozycjach z kwotami przyjętymi w harmonogramie rzeczowo – finansowym. Istotnym jest czy kalkulacja ta obejmuje wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego podczas obliczania ceny oferty, w ocenie Izby zaś brak było podstaw do przyjęcia wniosku przeciwnego w tym zakresie.

Nie sposób przyznać racji także Odwołującemu A. w zakresie, w jakim zwracał on uwagę w toku postępowania odwoławczego na niski poziom zysku przewidzianego w przyjętej kalkulacji oferty T., przy czym podkreślić należy, iż Odwołujący nie kwestionował tego, czy zysk został w ogóle uwzględniony w kalkulacji, jedynie wskazywał, iż został on określony na niskim poziomie. Przystępujący T. wyjaśnił, iż zdecydowana większość udziałowców jego spółki, to pracownicy, dla których korzyścią jest to, że zapewniają sobie pracę i godziwe wynagrodzenie. Podkreślił także, iż istotną kwestią jest tutaj zdobycie przez spółkę intratnych referencji, które pozwolą T. na uczestnictwo w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby mieć należy na uwadze, że zysk uwzględniany podczas kalkulowania cen ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie zawsze musi mieć charakter mierzalny, wyrażony w konkretnych kwotach. Niejednokrotnie już sam fakt zdobycia zamówienia pozwala wykonawcy na kontynuowanie działalności gospodarczej i pokrycie bieżących kosztów działalności spółki. Zysk przejawia się także w uzyskiwanych referencjach, które otwierają wykonawcom drogę do uczestnictwa w kolejnych postępowaniach przetargowych i niejednokrotnie są dla wykonawców wartością o znaczeniu większym niż wypracowany w trakcie realizacji zamówienia zysk. Dlatego też, zdaniem Izby oszacowanie zysku przez Przystępującego T. na poziomie 2% nie świadczy o tym, że zaoferowana cena jest rażąco niska, nie można pojęcia zysku utożsamiać wyłącznie z osiągnięciem zysku na spektakularnym, istotnym poziomie (por. wyrok KIO z 17 października 2013 r., sygn. akt KIO 2298/13, 2299/13, 2320/13).

Ponadto twierdzenia Odwołującego A., iż na uznanie, że T. złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę wpływa także to, że w innych postępowaniach Przystępujący T. oferował wyższe ceny w przeliczeniu za 1 kilometr, nie stanowią wystarczającego dowodu negatywnego w konfrontacji z argumentacją przedstawioną w tym zakresie przez Przystępującego, a także Zamawiającego. Odwołujący powołując się na okoliczność, iż w postępowaniu przetargowym na wykonanie opracowania dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej (...) na odcinku B.(4) – S.(2) – T.(3) (granica państwa), etap I odcinek B.(4) – E.” T. zaoferował znacznie wyższą cenę netto w przeliczeniu na 1 km torów, oparł się wyłącznie na własnym stwierdzeniu, iż zakres prac do wykonania w tym postępowaniu był bardzo zbliżony do zakresu określonego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu przetargowym. Tymczasem zwrócić należy uwagę, iż każde zamówienie charakteryzuje inne warunki

65

realizacji, na które wpływa wiele zmiennych, takich jak chociażby poziom skomplikowania warunków gruntowych, dostępność terenu i jego lokalizacji, liczba planowanych obiektów kubaturowych wraz z instalacjami czy obiektów inżynierskich. Samo twierdzenie, że warunki w obu tych projektach były zbliżone nie wystarcza do poddania w wątpliwość ceny zaproponowanej przez T. w niniejszym postępowaniu. Również za niewystarczające uznać należy twierdzenia A. podnoszone w tym samym kontekście w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do zaoferowanej ceny w przeliczeniu na 1 km torów w postępowaniu na Opracowanie dokumentacji przetargowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr (...) na odcinku L.(3) – S.(3),” która w ocenie Odwołującego jest porównywalna zakresem prac do linii (...). Odwołujący A. przedstawił co prawda informację z otwarcia ofert oraz ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu dotyczącym linii nr (...), z dokumentów tych nie wynika jednak czy w przypadku obu tych projektów zakres prac był porównywalny, jak również że porównywalne były uwarunkowania terenu, warunki lokalizacyjne czy liczba obiektów inżynierskich. Nadto, jak zwrócił uwagę Zamawiający w obu tych postępowaniach różna była chociażby prędkość projektowa (prędkość, jakiej osiągnięcie miała umożliwić dokumentacja projektowa dla poszczególnych linii), co potwierdza, iż proste przeliczenie zaoferowanych w obu postępowaniach cen za na 1 km torów nie może przesądzać o nierealności ceny zaoferowanej przez T. w niniejszym postępowaniu, nie uwzględnia ono bowiem specyfiki i różnic istniejących pomiędzy przedmiotami obu omawianych projektów.

Podsumowując wszystko powyższe, w ocenie Izby Odwołujący A. nie wykazał w odpowiednim stopniu zasadności podnoszonych w odwołaniu twierdzeń. Jednocześnie Przystępujący T. sprostował obowiązkowi wynikającemu z zasady odwróconego ciężaru dowodu. Wyjaśnienia złożone przez ten podmiot na etapie postępowania o udzielenie zamówienia były skrupulatne i przygotowane z należytą starannością, co w związku z załączonymi dowodami, pozwala stwierdzić, że wykonawca T. sposób wystarczający wykazał, iż wskazana w ofercie cena nie ma charakteru rażąco niskiej i pozwoli na pokrycie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Także przebieg rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą potwierdził, że Przystępujący T. wykazał prawidłowość obliczeń wskazanych w ofercie, potwierdzając, że zaoferowana cena jest ceną realną, nie noszącą znamienia rażąco niskiej.

Dlatego też w ocenie Izby nie potwierdził się stawiany zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 u.z.n.k. oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Ustawy Pzp. Na marginesie jedynie Izba wskazuje, iż ani w uzasadnieniu odwołania, ani w toku postępowania przed Izbą Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się

66

do podnoszonego zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ. Analogicznie Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która wskazywałaby, iż działanie Przystępującego T. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o czym szczegółowo poniżej.

IV.

Na koniec w ocenie Izby należy odnieść się do pojawiającego się w odwołaniu A. zarzutu naruszenia art. 3 u.z.n.k. Zarzut ten pojawia się w petitum odwołania zarówno

w kontekście niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, w kontekście udziału T. w przygotowaniu postępowania, ale także w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny w powiązaniu z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy Pzp i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.. Odwołujący jednak w żaden sposób nie wykazał, aby złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący poza podniesieniem tego rodzaju zarzutów na stronie 2 i 3 petitum odwołania nie przedstawił jakichkolwiek argumentów potwierdzających zasadność tak stawianych zarzutów w treści uzasadnienia odwołania, a zatem ich ewentualną zasadność należałoby wywieść jedynie z okoliczności przywoływanych przez Odwołującego na uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp. Również w toku postępowania odwoławczego Odwołujący A. w zasadzie nie ustosunkował się do tak stawianego zarzutu. Tymczasem to na Odwołującym, jako na podmiocie, który kwestionuje podjęte przez Zamawiającego czynności i zaniechania w zakresie oceny oferty Przystępującego, zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp spoczywa ciężar dowiedzenia, że działania lub zaniechania Zamawiającego naruszały przepisy prawa. Izba wskazuje, iż zarzut to nie tylko kwalifikacja prawna czynności lub zaniechania zamawiającego, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje naruszenia przepisów, w tym wypadku naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp oraz art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba podziela także wyrażany w orzecznictwie KIO pogląd, iż przy podnoszeniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp konieczne jest potwierdzenie wysuwanych tez dowodami i nie opieranie się jedynie na hipotezach w wypadku formułowania zarzutu naruszenia klauzuli generalnej wynikającej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (KIO 1712/16). Na marginesie jedynie Izba wskazuje, iż już z samego faktu niepotwierdzenia się zarzutów odwołania w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Pzp brak jest podstaw faktycznych do uznania działania Przystępującego T. za czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby złożenie oferty przez Przystępującego nie można uznać za sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz naruszającymi interes innego wykonawcy czy nawet Zamawiającego.

V.

67

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 20 listopada 2017 r. umocowany do działania Odwołujący A. oświadczył, iż cofa odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt 5 odwołania na str. 2. Przedmiotowy zarzut obejmował zaniechanie ujawnienia dokumentu w postaci załącznika nr 9 do IDW zawierającego potencjał kadrowy, pomimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i T. nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, a nadto uniemożliwiają Odwołującemu dokonania kontroli prawidłowości stanowiska Zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełnienia przez osobę wskazaną przez T. doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, a tym samym naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Mając na względzie wszystko powyższe, Izba uznała, że oba odwołania zasługują na uwzględnienie w zakresie niewykazania przez wykonawcę T. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do funkcji Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, opisanego w punkcie 8.9.2. Lp. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja Dla Wykonawców, w pozostałym zaś zakresie zarzuty odwołań nie podlegają uwzględnieniu. Wobec tego na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:
.....