

WYROK

z dnia 29 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Rafał Malinowski
Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, ZBM S.A., ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa, TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce

przy udziale:

A. wykonawcy ZDI Sp. z o.o., ul. Jana Kiepy 6, 22-400 Zamość zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

B. wykonawcy SAFEGE S.A.S., 15-27 RUE DU Port, Parc de l'Ile, 92022 Nanterre CEDEX, Francja

C. wykonawcy „ECM Group Polska” S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INCO

Consulting Sp. z o.o. i „MP CONSULTING” Sp. z o.o., ul. Józefa Marcika 25D lok. 2, 30-443 Kraków

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: MGGP S.A., ZBM S.A., TPF Sp. z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A., ZBM S.A., TPF Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A., ZBM S.A., TPF Sp. z o.o. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A., ZBM S.A., TPF Sp. z o.o. na rzecz Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 675/22

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów - Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód)”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 201-524020.

W dniu 10 marca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie i TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1) czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o. oraz MP Consulting Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum INKO”) pomimo tego, że to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;

2) zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawców: (i) Konsorcjum INKO, (ii) ZDI Sp. z o.o. (dalej: „ZDI”); (iii) ECM Group Polska S.A. Sp. z o.o. (dalej: „ECM”), (iv) DTŚ S.A.

(dalej: „DTŚ”), (v) GRAMAR Sp. z o.o. (dalej: „Gramar”) oraz (vi) SAFEGE Societe par actions simplifiee/SAFEGE S.A.S. (dalej: „SAFEGE”) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo iż treść ofert tych wykonawców nie odpowiada warunkom zamówienia określonym w pkt 17.3 Tom I Specyfikacji Warunków Zamówienia - Instrukcja dla Wykonawców (dalej: „IDW”) oraz pkt 2.1 Tomu III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) oraz § 11 ust. 10, ust. 20-22, 13 ust. 4 i 5 i § 27 Tomu II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Wzór Umowy (dalej: „WU”) oraz Tomu VI Specyfikacji Warunków Zamówienia - Formularz Cenowy;

3) zaniechania udostępnienia załączników do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny złożonych przez (i) Konsorcjum INKO w dniu 25 stycznia 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo tego, że Konsorcjum INKO nie wykazało, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.

z 2020 r. poz. 1913; dalej: „uznk”);

4) zaniechania udostępnienia pełnej treści wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez (ii) ZDI, (iii) ECM, (vi) DTŚ, (v) Gramar, (vi) SAFEGE, pomimo tego, że wykonawcy ci nie wykazali w sposób skuteczny, że zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk;

5) zaniechania wezwania (i) Konsorcjum INKO, (ii) ZDI, (iii) ECM, (vi) DTŚ, (v) Gramar, (vi) SAFEGE do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie sposobu kalkulacji ceny, w sytuacji, w której wskazywane przez tych wykonawców stawki wynagrodzeń personelu odbiegają w sposób znaczący od stawek przyjmowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz stawek oferowanych na rynku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców (i) Konsorcjum INKO, (ii) ZDI, (iii) ECM, (vi) DTŚ, (v) Gramar, (vi) SAFEGE, pomimo iż treść ofert tych wykonawców nie odpowiada warunkom zamówienia określonym w 17.3 IDW oraz pkt 2.1 OPZ oraz § 11 ust. 10, ust. 20-22, 13 ust. 4 i 5 i § 27 WU oraz Tomu VI Specyfikacji Warunków Zamówienia - Formularz Cenowy;

2) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny złożonych przez (i) Konsorcjum INKO w dniu 25 stycznia 2022 r. w odpowiedzi na wezwania z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo tego, że Konsorcjum INKO nie wykazało, że zastrzeżone przez nie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk;

3) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia pełnych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez (i) Konsorcjum INKO, (ii) ZDI, (iii) ECM, (vi) DTŚ, (v) Gramar, (vi) SAFEGE, pomimo tego, że wykonawcy ci nie wykazali, że zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk;

4) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania (i) Konsorcjum INKO, (ii) ZDI, (iii) ECM, (vi) DTŚ, (v) Gramar, (vi) SAFEGE do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny, w sytuacji, w której wskazywane przez tych wykonawców stawki wynagrodzeń personelu odbiegają w sposób znaczący od stawek przyjmowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz stawek oferowanych na rynku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców (i) Konsorcjum INKO, (ii) ZDI, (iii) ECM, (vi) DTŚ, (v) Gramar, (vi) SAFEGE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

3) udostępnienia Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień oraz załączników do wyjaśnień złożonych przez (i) Konsorcjum INKO, (ii) ZDI, (iii) ECM, (vi) DTŚ, (v) Gramar, (vi) SAFEGE w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty;

4) wezwania (i) Konsorcjum INKO, (ii) ZDI, (iii) ECM, (vi) DTŚ, (v) Gramar, (vi) SAFEGE do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej wynagrodzenia personelu tych wykonawców.

Na wstępie argumentacji przedstawionej na poparcie stawianych zarzutów Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia dokumentacji postępowania:

Zgodnie z pkt 17 IDW:

„17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY

17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV.

17.2. Formularz cenowy, o którym mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego.

17.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.

17.4. Przekroczenie któregośkolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty."

W pkt 2.1 OPZ wskazano, że:
„Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

1) Personel Konsultanta (Eksperti Kluczowi, Inni Eksperti),

2) Personel biurowy;

Dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min 2 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.),

3) Personel pomocniczy:

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 2 osoby, niezbędne w czasie realizacji usługi),

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi), niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia."

Za istotne Odwołujący uznał także zastrzeżenie Zamawiającego, zgodnie z którym:
„Konsultant powinien tak zorganizować prace Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, postanowienia dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, dostosowaniem zakresu i intensywności prac w okresach zimowych itp.

Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót.

Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

Personel biurowy ma za zadanie zapewnić prace i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etanach Kontraktu."

Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, WU w § 13 ust. 4 i 5 wskazuje, że:

„4. Zamawiający wymaga aby zatrudnione na podstawie stosunku pracy były osoby

wykonywające czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy i pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt 2.1. OPZ.

5. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie stosunku pracy w wymiarze pełnego etatu. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego). W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie stosunku pracy, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w niniejszej umowie. W przypadku zmiany, o której mowa wyżej, wyznaczenie danej osoby do świadczenia Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą."

W § 27 WU Zamawiający zastrzegł, że: „Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę Personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawców w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu."

W § 11 ust. 10 WU zostało wskazane, iż: „Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo, najpóźniej dnia następnego DO dnia w jakim nastąpiła jedna z okoliczności opisanych niżej:

a. śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta:

b. jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn.

Kierownik Projektu jest zobowiązany rozpatrzyć propozycję w terminie 2 dni od daty kiedy Kierownik Projektu otrzymał propozycję Konsultanta. Kierownik Projektu może nie wyrazić zgody na osobę zaproponowaną przez Konsultanta z podaniem uzasadnienia. Zastąpienia nie stosuje się w stosunku do osób Personelu Konsultanta, które nie są zobowiązane w terminie 30 dni od zaistnienia jednej z wyżej wymienionych okoliczności do podjęcia czynności związanych z Usługą."

Odwołujący stwierdził, że pomimo tego, że personel Biurowy i Pomocniczy nie został zdefiniowany jako Personel Konsultanta to postanowienia § 11 ust. 20 - 22 WU oraz załącznika nr 6 do WU nakazują przyjmować, że powyższe zasady mają również i do niego zastosowanie. Zamawiający zastrzegł bowiem, że:

„20. Konsultant jest zobowiązany efektywnie organizować pracę Personelu Konsultanta, aby zapewnić sprawna i terminową realizację zadań objętych Umową.

21. Zmiana lub zastąpienie osób wchodzących w skład Personelu Konsultanta nie wymaga zawierania przez Strony aneksu do Umowy.

22. Konsultant jest zobowiązany prowadzić Listę obecności Personelu Konsultanta zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 6 do Umowy. Lista obecności powinna zawierać oświadczenie o następującej treści: „Niniejszym podpisem potwierdzam swoją obecność i przedstawiam jako dowód, w celu uzyskania wynagrodzenia oraz w celu uzyskania przez Konsultanta płatności od Zamawiającego za zrealizowane usługi."

Wzór listy obecności stanowiący załącznik nr 6 do WU zawiera tabelę obejmującą codzienny udział w realizacji zamówienia osób będących kwalifikowanych przez Zamawiającego jako „Personelu Konsultanta".

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, brak obecności personelu Biurowego i Pomocniczego w Biurze Konsultanta potwierdzony stosownym, codziennym, podpisem będzie skutkował nieuzyskaniem płatności.

Jak zauważył Odwołujący, wzór Formularza Cenowego stanowiący Tom IV Specyfikacji Warunków Zamówienia zobowiązywał wykonawców do określenia miesięcznego kosztu zatrudnienia pracowników biurowych oraz pomocniczych.

Odwołujący podał, że w dniu 28 lutego 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum INCO jako najkorzystniejszej. Wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał Odwołującemu odtajnione dokumenty złożone przez wykonawców. Jak wskazał Odwołujący, z analizy dokumentów wynika, że Zamawiający uznał, że wyjaśnienia i/lub załączniki do wyjaśnień składanych przez wykonawców: Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar oraz SAFEGE w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez wykonawców objęte ochroną z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a postawa Zamawiającego godzi w zasadę transparentności oraz jawności postępowania.

W ocenie Odwołującego, decyzja o wyborze oferty Konsorcjum INKO jako najkorzystniejszej stanowi przejaw naruszenia przepisów prawa oraz zasad, które zostały ustanowione przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej co do sposobu zaangażowania do realizacji zamówienia personelu Biurowego oraz Pomocniczego. Odwołujący stwierdził, że oferty wykonawców: Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar oraz SAFEGE powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodne z warunkami zamówienia.

Ad zarzut zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum INCO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar oraz Safege pomimo tego, że oferty te są niezgodne z warunkami zamówienia

Odwołujący podniósł, że oferty ECM, Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar oraz SAFEGE nie spełniają określonych przez Zamawiającego wymagań, gdyż nie uwzględniają zasad związanych z zatrudnianiem personelu Biurowego i Pomocniczego, które zostały opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Niezgodność objawia się zarówno w nieprawidłowym sposobie wyceny pozycji dotyczących zatrudnienia personelu Biurowego i Pomocniczego (poprzez nieuwzględnienie dodatkowych kosztów takich jak koszt zastępstw i urlopów), jak również w tym, że wyżej wskazani wykonawcy zakładają wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z SWZ oraz przepisami obowiązującego prawa.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga, aby wykonawca w ramach kompletowania swojego Personelu zatrudnił 2 osoby mające pełnić funkcję personelu Biurowego oraz dwie osoby pełniące funkcję Personelu Pomocniczego - (i) w pełnym wymiarze czasu pracy, tj. na pełen etat (ii) w oparciu o umowę o pracę. Jednocześnie Zamawiający wymaga zapewnienia, aby członkowie personelu, którzy są zobowiązani ewidencjonować swoją obecność na liście obecności, świadczyli pracę w sposób ciągły, a w razie absencji tych osób - zapewnienia ewentualnych zastępstw. Sposób koordynacji przez wykonawcę prac poszczególnych osób ma zapewniać dostęp do biura Konsultanta w zakresie i wymiarze określonym w OPZ (w określonych godzinach).

Jak zauważył Odwołujący, przewidziane przepisami prawa minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3 010 zł brutto nie uwzględnia konieczności ponoszenia wydatków z tytułu składek m.in. na ubezpieczenie zdrowotne. Odwołujący obliczył, że całkowity miesięczny koszt zatrudnienia 1 pracownika w 2022 r. wynosi 3 626,46 zł (w tym minimalne wynagrodzenie - 3 010 zł, składka na ubezpieczenie emerytalne 9,76% - 293,78 zł, składka na ubezpieczenie rentowe 6,5% - 195,65 zł, składka na ubezpieczenie wypadkowe 1,67% - 50,27%, składka na Fundusz Pracy 2,45% - 73,75 zł, składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 0,10% - 3,01 zł). Odwołujący podkreślił, że ww. kalkulacja zawiera tylko i wyłącznie koszt ponoszony w związku z zatrudnieniem 1 osoby w ramach danego zamówienia. Koszty te nie stanowią jednak całego kosztu, jaki poniesie wykonawca w okresie świadczenia usługi, gdyż Zamawiający w OPZ określił dodatkowe wymagania związane z angażowaniem pracowników biurowych i pomocniczych. Odwołujący wskazał, że pierwszym dodatkowym kosztem, jaki należy uwzględnić w wycenie, to koszt związany z przysługującym każdemu pracownikowi urlopem (art. 152 § 1 Kodeksu pracy). W skali roku mowa tutaj o jednym miesiącu płatnej nieobecności jednego pracownika, dla którego - jak wynika z OPZ - wykonawca jest obowiązany zapewnić zastępstwo. W świetle powyższego, każda z pozycji powinna zostać zwiększona min. o 302,20 zł (3 626,46 zł / 12 mc; tj. 3 626,46 zł + 302,20 zł = 3 928,66 zł).

Jak zaznaczył Odwołujący, wykonawca musi dla każdej z osób zapewnić zastępstwo co najmniej na 1 miesiąc. Odwołujący zauważył, że nawet jeśli osoba zatrudniona na zastępstwo także zarabiałaby minimalne wynagrodzenie, to koszt takiego urlopu wynosi równowartość miesięcznego kosztu pracodawcy w danym roku. Odwołujący podkreślił przy tym, że Zamawiający nie dopuścił możliwości wzajemnego zastępowania się przez

pracowników personelu Biurowego lub Pomocniczego w czasie nieobecności któregoś z nich. Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający dopuszczał taką ewentualność, to dałby temu wyraźny wyraz w treści dokumentacji przetargowej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z OPZ wykonawca jest również obowiązany zapewnić (niezwłocznie) zastępstwo podczas choroby danego pracownika. Powyższe będzie generować zarówno koszt związany z zapłatą wynagrodzenia choremu pracownikowi, jak również koszt wynagrodzenia osoby, która będzie pełnić rolę zastępcy. Jednocześnie, brak zastępstwa będzie powodował brak otrzymania przez wykonawcę wynagrodzenia w ramach danej pozycji, zgodnie z Tom II, SWZ § 7 pkt 6 „Rozliczenie pozycji ustalonych w Formularzu Cenowym, dla których określono rozliczeniową jednostkę - „miesiąc”, w przypadku niepełnego miesiąca, dokonywane będzie proporcjonalnie do liczby dni kalendarzowych wykonania Usługi w danym miesiącu.”. Odwołujący zauważył przy tym, że zgodnie z obowiązującym prawem, za pierwsze 33 dni tzw. chorobowego wynagrodzenie płaci pracodawca. Departament Statystyki i Prognoz Aktuariatycznych ZUS opublikował w 2021 r. raport „Absencja chorobowa w 2020 roku”, z którego wynika, że „Liczba dni absencji chorobowej dla całej Polski w przeliczeniu na 1 ubezpieczonego zdrowotnie wyniosła 15,46 dnia”, natomiast przeciętna długość zaświadczenia lekarskiego wynosiła 12,27 dni. Z tego względu, zdaniem Odwołującego, wykonawcy powinni ująć w tej pozycji formularza co najmniej dodatkową kwotę w wysokości połowy miesięcznego wynagrodzenia w skali roku w przypadku każdego z pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Wynika to z faktu, że w okresie urlopu wypoczynkowego wykonawca zobowiązany jest zapłacić w tym samym okresie wynagrodzenie pracownikowi na urlopie oraz pracownikowi, który go zastępuje.

Ponadto, jak podał Odwołujący, każda z ww. pozycji formularza cenowego powinna zostać zwiększona o ponoszony koszt związany z koniecznością wyposażenia danego

stanowiska oraz wykonania obowiązkowych badań lekarskich. Koszt ten szacuje się na

510,00 zł w skali usługi, a więc 11,33 zł/miesiąc.

Odwołujący, mając powyższe na uwadze, wyliczył, że minimalny miesięczny koszt zatrudnienia jednej osoby na podstawie umowy o pracę wynosi średnio 4 069,51 zł (koszt miesięczny pracodawcy - 3 626,46 zł, uśredniony koszt miesięczny badań lekarskich - 11,33 zł, koszt urlopu i zastępstwa - 20 dni w skali roku - 3 453,77 zł, koszty zwolnienia chorobowego - 15 dni kalendarzowych/10 dni roboczych w skali roku - 1 726,89 zł, suma kosztów dla jednego pracownika biurowego/administracyjnego w skali roku - 48 834,14 zł).

Odwołujący stwierdził, że wykonawcy Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar oraz SAFEGE przyjęli niewłaściwe założenia na potrzeby kalkulacji ceny pozycji Formularza Cenowego w zakresie wyceny pozycji dotyczących kosztów zatrudnienia personelu Biurowego i Pomocniczego, a tym samym oferują wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ, tj. nie gwarantują ciągłości pracy personelu Biurowego i Pomocniczego, a tym samym dostępności biura w zakresie wskazanym w OPZ.

W ocenie Odwołującego, pomimo tego, że Zamawiający we wzorze umowy określił obowiązki związane z zastępstwem pracowników przebywających na urlopie wypoczynkowym lub urlopie chorobowym Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar oraz SAFEGE poczynili optymistyczne, ale niezgodne z Kodeksem pracy założenie, że takie sytuacje nie będą miały miejsca w ramach świadczenia usługi. Zdaniem Odwołującego, powyższa okoliczność może zostać wywiedziona na podstawie analizy informacji zawartych w formularzach cenowych poszczególnych firm.

	Zestawienie przyjętych kosztów [PLN]					
	INKO	ZDI	ECM	DTS	Gramar	SAFEGE
	3 850,00	4 000,00	4 000,00	3 950,00	3 800,00	3 400,00
Realny koszt jednego pracownika	4 069,51	4 069,51	4 069,51	4 069,51	4 069,51	4 069,51
Cena jednostkowa w poz. 1.5 Formularza Cenowego po zmianie wynagrodzenia minimalnego	7 700,00	8 000,00	8 000,00	7 900,00	7 600,00	6 800,00 zł
Realny koszt dla poz. 1.5	8 139,02	8 139,02	8 139,02	8 139,02	8 139,02	8 139,02

Koszty nieuwzględnione w skali miesiąca	-439,02	-139,02	-139,02	-239,02	-539,02	-1 339,02
Koszt nieuwzględnione w skali oferty	-19 755,90	-6 255,90	-6 255,90	-10 755,90	-24 255,90	-60 255,90

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że ww. wykonawcy nie uwzględnili w cenie jednostkowej wszystkich kosztów związanych z zatrudnianiem pracowników zgodnie z SWZ, co świadczy w sposób jednoznaczny o jej niezgodności z zapisami SWZ pkt 17.3, zgodnie z którym: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym”. Dodatkowe wymagania w tym zakresie Zamawiający zawarł w Formularzu Cenowym, gdzie wskazał w pkt 1.2. i 1.3. (stosowane od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia zgodnie z pkt 4), iż każda z tych pozycji musi obejmować „całość kosztów”. Co więcej, w przypadku „Personelu biurowego” ma to być całość kosztów „związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta”. Powyższe skutkuje tym, jak zaznaczył Odwołujący, że żaden z wykonawców nie jest uprawniony do wskazywania, iż część kosztów została ujęta gdzie indziej, w innych kosztach. Przedmiotowe obostrzenia zastosowano w samym Formularzu Cenowym, gdzie w „Uwagach Zamawiającego”, widnieje wymóg w zakresie działu nr 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia” oraz nr 4 „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności”, iż:

„2. Pozycja „Personel biurowy” obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta

„3. Pozycja „Personel pozycja” obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem wszystkich innych asystentów, którzy nie zostali wymienieni w kategorii „inni projektanci” a którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usług zgodnie z Umowa i OPZ”.

Jak podkreślił Odwołujący, brak jest podstaw do uznania, że powyższe niezgodności mogą być konwalidowane poprzez złożenie oświadczenia o tym, że koszty te zostały ujęte, ale w innej pozycji, gdyż to generowałoby kolejną niezgodność w zakresie przekroczenia limitu wynagrodzenia w przypadku 4 z 6 wykonawców. Zgodnie z IDW, pkt. 17.4. „Przekroczenie któregośkolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty.”. I tak zgodnie z przypisem zamieszczonym w Formularzu Cenowym, pod poz. 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia (nie więcej niż 15% wartości wyliczonej w pozycji A niniejszego formularza)”. W przekonaniu Odwołującego, nieuwzględnienie nawet w najmniejszym stopniu czynników takich jak urlop, który jest elementem związanym z wymogiem zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, świadczy o przygotowaniu oferty w sposób niezgodny z wytycznymi Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że treść wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny złożonych przez Konsorcjum INKO w dniu 25 stycznia 2022 r. potwierdza, że Konsorcjum nie uwzględniło w swojej ofercie takich okoliczności, jak zapewnienie zastępstwa podczas urlopów pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Odwołujący stwierdził, że oferta Konsorcjum INKO jest niezgodna z warunkami zamówienia, a powierzenie wykonania zamówienia tym wykonawcom nie daje gwarancji należytego świadczenia usługi nadzoru. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1429/18 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 246/21.

Ad zarzut zaniechania udostępnienia wyjaśnień wykonawców: Konsorcjum INCO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar i SAFEGE złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający uznając, że wyjaśnienia i załączniki załączone do tych wyjaśnień złożone przez wykonawców: Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar oraz SAFEGE w zakresie sposobu kalkulacji ceny naruszył dyrektywę płynącą z treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że Konsorcjum INKO jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło załączniki do wyjaśnień złożonych w dniu 25 stycznia 2022 r., tj. (i) ofertę najmu lokalu, (ii) oferta brokerska, (iii) oferta wynajmu domów na potrzeby noclegu Personelu Inżyniera, (iv) oferta AXIS na wykonanie ortofotomapy, zdjęć i filmów lotniczych, (v) informacja o samochodach dla Zamawiającego, (vi) informacja o samochodach Konsultanta.

Wykonawca DTŚ zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość złożonych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty wraz z załącznikami.

Odwołujący zwrócił uwagę, że uzasadnienie utajnienia dokumentów przez Konsorcjum INKO ma identyczną treść, jak uzasadnienie złożone przez DTŚ (łącznie z układem treści). Powyższe, w ocenie Odwołującego, może świadczyć o tym, że wykonawcy ci wspólnie i w porozumieniu przygotowywali oferty oraz dokumenty w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien dokonać weryfikacji powyższych okoliczności w celu uniknięcia sytuacji, w której doszłoby do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że sytuacja, w której dwóch wykonawców złożyło takie same uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powinna skutkować uznaniem, że wykonawcy ci nie wykazali indywidualnego charakteru zastrzeganej informacji.

W ocenie Odwołującego, na podstawie treści uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie można uznać, że Konsorcjum INKO czy DTŚ wykazali, iż informacje te spełniają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że znaczna część uzasadnienia to przytoczenie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a nie próba wykazania spełnienia przez te informacje definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosnie uzasadnienia złożonego przez Konsorcjum INKO, które zastrzegło wyłącznie załączniki do wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2022 r. Odwołujący zauważył, że uzasadnienie to referuje do treści wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty (na

stronie 13 dokumentu wskazano: „Dane zawarte w wyjaśnieniach (...)”; na stronie 14: „w wyjaśnieniach wykonawca ujawnił elementy oferty (...)” etc.), jak również do informacji odnoszących się do danych członków zespołu personelu Konsorcjum INKO, które zostały zawarte w innym dokumencie, tj. w Wykazie osób. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia załączników odnosi się do innych dokumentów niż te, które zostały przez Konsorcjum INKO objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum INKO nie wykazuje, że zastrzegane informacje mają walor informacji poufnych. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, w której przedmiotem zastrzeżenia jest oferta najmu lokalu lub domu ze strony internetowej pośrednika, tj. z ogólnodostępnego portalu, trudno uznać, że ma ona walor dokumentu, do którego dostęp ma ograniczona liczba osób. Trudno uznać również, że informacją poufną jest informacja na temat podwykonawcy, któremu zostanie powierzone wykonanie map, skoro wyjaśnienia zawierają informację na temat kosztów realizacji zamówienia w tym zakresie, a w spisie załączników została wymieniona nazwa tego podwykonawcy. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum INKO nie wykazało w żaden sposób, że podjęło działania zmierzające do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Wyjaśnienia w tym zakresie mają charakter niezwykle skrótowy i ogólny oraz odnoszą się tylko do wewnętrznych zabezpieczeń u członka Konsorcjum INKO. Brak jest natomiast informacji na temat przyjętych środków ochrony u partnera konsorcjum, jak również u podmiotów, od których utajniane dane zostały uzyskane. Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum INKO nie wykazało, że załączniki do wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2022 r. spełniają przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ma charakter hasłowy, a jego analiza w kontekście wszystkich dokumentów, jakie składają się na stan sprawy, nie pozwala uznać, że użyte w uzasadnieniu argumenty należy uznać za zasadne. Odwołujący wniósł o odtajnienie załączników złożonych wraz z wyjaśnieniami i udostępnienie ich Odwołującemu.

Odwołujący podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez DTŚ na str. 2 odnosi się do kosztów podwykonawstwa „poszczególnych robót branżowych” (strona 2, akapit 2), podczas gdy przedmiotem zamówienia nie jest wykonywanie robót budowlanych, a świadczenie usługi nadzoru inżynierskiego. W świetle powyższego, Odwołujący założył, że uzasadnienie w tym zakresie stanowi powielenie treści uzasadnienia wykonawcy sporządzonego na potrzeby innego postępowania przetargowego, którego przedmiotem były prace budowlane.

Zdaniem Odwołującego, argumentacja DTŚ dotycząca potrzeby ochrony kalkulacji kosztów podwykonawstwa nie zasługuje na uwzględnienie - koszty podwykonawstwa DTŚ mogą zostać wywiedzione z danych zawartych w Formularzu Cenowym i Formularzu Ofertowym, gdzie zadeklarowano podwykonanie następujących: „czynności opisanych w pod kryterium „Jakość” pkt 1.1, 1.3 i 1.4; w zakresie opisanym w pkt 2.5.1-2.5.4 OPZ - Obowiązki

Konsultanta w zakresie działań promocyjnych; W zakresie obsługi geodezyjnej.”.

Za sztapowe Odwołujący uznał argumenty DTŚ przytoczone na str. 3 uzasadnienia dotyczące zastrzeżenia kalkulacji kosztów osobowych wobec ryzyka podkupienia członków personelu wykonawcy. Odwołujący wskazał, że posiadając informacje zawarte w Wykazie osób oraz w Formularzu Cenowym, każdy wykonawca może zidentyfikować członków personelu DTŚ i określić wartość wynagrodzenia każdego z nich.

Zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do uznania, że wyjaśnienia DTŚ, jak i dołączone do nich dokumenty, mają walor informacji gospodarczej.

Odwołujący uznał ponadto, że z uwagi na fakt, że większość informacji zawartych w wyjaśnieniach DTŚ, takich jak np. wysokość wynagrodzenia personelu czy też zakres i koszt podwykonawstwa, można wywieść z samej treści oferty, trudno przyjąć, że dane te mają charakter poufny. Tym samym, nie zasługują one na ochronę wynikającą z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do powołanej przez DTŚ okoliczności, że „informacje (...) dotyczą sposobu świadczenia usługi, ujawniają w jaki sposób Wykonawca zaplanował świadczenie usługi w zakresie wykorzystywanej kadry oraz podwykonawców - sposób ten ma przełożenie na zaoferowaną cenę i stanowi efekt know-how uczestnika postępowania” Odwołujący wskazał, że sposób świadczenia usługi szczegółowo opisuje OPZ, a Zamawiający nie pozostawia wykonawcy żadnej swobody czy dowolności co do tego, w jaki sposób należy wyposażać biuro czy też jakiego rodzaju auta należy przyjąć na potrzeby transportu personelu. Zdaniem Odwołującego, trudno uznać, że mamy do czynienia jakimkolwiek know-how wykonawcy, zwłaszcza w sytuacji, w której informacja na temat kadry i podwykonawców wynika z Wykazu osób czy Formularza Cenowego.

Co do ryzyka podkupienia personelu Odwołujący wskazał, że w sytuacji jawności Wykazu osób, każdy z podmiotów biorących udział w postępowaniu będzie mógł powziąć wiedzę na temat kadry tego wykonawcy. Wysokość oferowanych przez DTŚ cen może zostać wywiedziona na podstawie Formularza Cenowego. Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, nieprzedstawienie dowodów zobowiązujących personel wykonawcy do zachowania poufności powoduje, że informacja o oferowanych stawkach przez DTŚ może zostać pozyskana bezpośrednio od tych osób.

Odwołujący podał, że wykonawca ECM zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty, jak również załączniki do tych wyjaśnień.

Odnosząc argumentu podanego w uzasadnieniu utajnienia informacji, że „posiadane doświadczenie oraz wiedza zatrudnionego personelu umożliwia Wykonawcy kalkulację ceny na odpowiednim poziomie rynkowym” Odwołujący wskazał, że Wykaz osób ECM jest jawny i stanowił przedmiot odrębnej procedury zastrzeżenia. Wykonawca ECM nie wskazuje, jak wiedza personelu pozwala mu na zmniejszenie kosztów wykonania zamówienia i dlaczego informacja ta ma wartość gospodarczą. Powyższe, jak zauważył Odwołujący, potwierdza sam wykonawca wskazując, że „z pojedynczych informacji, wybiórczo udostępnionych osobom trzecim lub ich kompilacji wykonawcy są w stanie dowiedzieć się, w jaki sposób wykonawca zamierza wykonać przedmiotowe zamówienie.”.

Zdaniem Odwołującego, powoływana przez ECM „metodyka wykonania zamówienia” jako przesłanka do objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa nie ma waloru autorskiego - Zamawiający w sposób szczegółowy i konkretny określił zarówno (i) zakres wymaganego personelu wykonawcy, (ii) wymagania co do biura i sprzętu, jak również (iii) konkretne dyspozycje sposobu świadczenia usługi. Odwołujący stwierdził, że transponowany do wyjaśnień opis tych wymagań nie stanowi know-how wykonawcy i jako taki nie podlega automatycznemu utajnieniu, twierdzenia zatem, że „kompilacja przekazanych w wyjaśnieniach informacji stanowi unikatowe dedykowane tylko dla tego zamówienia opracowanie” nie jest twierdzeniem prawdziwym.

Odwołujący zauważył, że znaczna część uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów przez ECM stanowi przywołanie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które nie może stanowić samo w sobie podstawy do uznania, że dokumenty zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że powołana jako dowód uzasadniający wdrożenie środków zaradczych celem zachowania informacji w poufności norma ISO 9001:2015 obejmuje

proces zarządzania jakością i dotyczy tylko kwestii związanej z obiegiem informacji, a nie ich ochrony.

Odnosząc się do dowodu w postaci oświadczenia o zachowaniu w poufności danych Odwołujący podał, że obejmuje on wyłącznie pracowników działu ofertowego. Brak jest natomiast informacji w zakresie oświadczeń kontrahentów ECM, czy też osób działu finansowego przygotowujących kalkulację ceny. Zdaniem Odwołującego, ochrona informacji w tym zakresie jest niepełna i niewystarczająca.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia ECM w zakresie kalkulacji ceny wraz z załącznikami powinny zostać odtajnione.

Odwołujący podał, że wykonawca ZDI zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny, jak i załączniki do tych wyjaśnień. Odwołujący uznał, że argumenty przywołane w uzasadnieniu utajnienia informacji nie mają one pokrycia w dokumentach postępowania.

Odnosząc się do twierdzenia ZDI, że „kalkulacja ceny ofertowej, zawierająca wysokość stawek wynagrodzenia pracowników ZDI, wysokość wynegocjowanych stawek na podstawie umów cywilnoprawnych, ilość roboczogodzin niezbędnych do wykonania poszczególnych elementów zamówienia, procedury i inne informacje ujawniające schemat kalkulacji ceny ofertowej ZDI” świadczyć mają o gospodarczym charakterze dokumentu Odwołujący wskazał, że wysokość wynagrodzenia pracowników została określona w Formularzu Cenowym, który to również odgórnie narzuca ilość roboczodni w miesiącu (zakres zaangażowania z kolei określa OPZ), a zatem argument ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie „informacji o kontrahentach, zawartych umowach, podmiotach współpracujących (...)” oraz „informacji o dostawcach i ofertach dostawców” Odwołujący podał, że z Formularza Ofertowego wynika, że wykonawca zakłada jedynie w zakresie prac geodezyjnych zaangażowanie podwykonawców. Informacja na temat tego zakresu zamówienia wynika z Formularza Cenowego. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić jedynie sama nazwa podwykonawcy, a nie cała oferta handlowa, gdyż dane w niej zawarte mają już z brzmienia samej oferty wykonawcy walor publiczny. Podobnie, z oferty mogą zostać pozyskane dane w zakresie kalkulacji kosztów pracowników.

Co do „opisu zaplecza sprzętowego i organizacyjnego” przez ZDI Odwołujący wskazał, że Zamawiający w OPZ narzucił wykonawcom sztywne ramy co do tego, jakim sprzętem, pojazdami, urządzeniami czy biurem powinni wykazać się wykonawcy (co wynika z charakteru oraz lokalizacji inwestycji). Co więcej, opis ten został przygotowany na dedykowane potrzeby konkretnego zamówienia. Odwołujący wskazał, że wiedza o sposobie doboru sprzętu przez ZDI do przedmiotowego zamówienia nie będzie przydatna dla jego konkurentów na potrzeby własnej działalności, a zatem nie istnieje ryzyko jej przejęcia.

W ocenie Odwołującego, trudno również uznać, że wejście w posiadanie przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu informacji na temat powyższych okoliczności w jakikolwiek sposób wpłynie na pozycję ZDI na rynku. Jak wskazał Odwołujący, w postępowaniu biorą udział podmioty, które są uczestnikami większości postępowań prowadzonych przez Zamawiającego. Każdy z podmiotów posiada wypracowane standardy współpracy, działania czy schematy kalkulacji ceny ofert. W przypadku takich wykonawców jak np. SAFEGE czy Egis Poland Sp. z o.o. te standardy narzucone są przez uczestniczenie w międzynarodowej grupie kapitałowej, do której przynależność narzuca określone standardy działania w przetargach publicznych. W tych okolicznościach, zdaniem Odwołującego, nie można mówić o „realnej utracie pozycji na rynku”, gdyż ta wynika z innych czynników niż wskazuje ZDI. W przekonaniu Odwołującego, udostępnienie tych informacji będzie miało irrelevantny wpływ na dalsze funkcjonowanie wykonawców na rynku zamówień publicznych. Informacje te, poza możliwością użycia w przedmiotowym postępowaniu jako potwierdzających nieprawidłowość kalkulacji albo niezgodność oferty z warunkami zamówienia, nie mają żadnej wartości tak dla Odwołującego, jak i pozostałych konkurentów ZDI. W ocenie Odwołującego, jest to jedyna przyczyna, dla której wykonawca ten zdecydował się na utajnienie tego dokumentu.

Podobnie Odwołujący odniósł się do argumentu „wieloletnich doświadczeniach w realizacji podobnych projektów, oraz unikalnym know - how (...)” - Odwołujący stwierdził, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu może powołać się na tego rodzaju okoliczności. Jak zauważył Odwołujący, w postępowaniu nie biorą udziału podmioty dopiero wchodzące na rynek, które mogłyby czerpać wiedzę z dokumentów ZDI, oferty złożyły

podmioty z długą historią biznesową, które doskonale znają rynek oraz specyfikę projektów realizowanych przez Zamawiającego. Odwołujący uznał twierdzenia ZDI za całkowicie nieuzasadnione.

W zakresie argumentu ZDI, że „ujawnienie informacji chronionych tajemnicą przez ZDI przyczyniłoby się do straty wyrażonej finansowo szacowanej przez ZDI na okoli 8% wartości przedmiotowego zamówienia” Odwołujący podniósł, że brak jest jakichkolwiek wytycznych, w jaki sposób taka wartość została przez ZDI obliczona. Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia w tym zakresie opierają się jedynie na oświadczeniu wykonawcy, które może być niepoparte jakimikolwiek rzetelnymi wyliczeniami.

Odwołujący stwierdził ponadto, że ZDI nie wykazał, iż wdrożył działania w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji - ZDI powołuje się na Regulamin obiegu informacji, ale dokument ten, jak wynika z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów, nie został finalnie dołączony do uzasadnienia utajnienia informacji.

Odwołujący wskazał, że powołana przez ZDI norma ISO 9001:2015 dotyczy zarządzania jakością, a nie ochrony informacji przed udostępnieniem.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia ZDI w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty powinny zostać odtajnione.

Odwołujący wskazał, że wykonawca GRAMAR zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny, jak i załączniki do tych wyjaśnień. Jak zauważył Odwołujący, uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów bazuje na nieaktualnych przepisach prawnych, zarówno ustawy Pzp, jak i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, uzasadnienie jest ogólnikowe i lakoniczne (zawarte na 1 stronie).

Odwołujący stwierdził, że GRAMAR nie wykazał, że wyjaśnienia mają dla tego wykonawcy wartość gospodarczą i mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny. Zdaniem Odwołującego, GRAMAR bardzo ogólnie odniósł się też do kwestii poufności danych oraz wdrożonych działań zaradczych przed dostępem do nich osób nieuprawnionych. W ocenie Odwołującego, brak jest podstaw do uznania, że wykonawca ten wypełnił hipotezę przepisu art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. W przekonaniu Odwołującego, wyjaśnienia w tym zakresie powinny zostać odtajnione.

Odwołujący podał, że wykonawca SAFEGE zastrzegł wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny, jak również załączniki do wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób ogólny odnosi się do charakteru gospodarczego zastrzeganych informacji, SAFEGE nie wskazuje w żaden sposób, jaka jest wartość zastrzeganych danych. Jak zauważył Odwołujący, SAFEGE powołuje się na bliżej nieokreślone zagrożenia związane z ich udostępnieniem konkurentom („(...) katalog informacji jest niezwykle istotny z punktu widzenia funkcjonowania Wykonawcy i posiada wartość gospodarczą, a jego ujawnienie zagraża interesom Wykonawcy”), natomiast nie wskazuje na czym zagrożenie to miałoby polegać.

Odnosnie twierdzenia SAFEGE, że wykonawca zastrzegł „cenę poszczególnych elementów usługi, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i które zostały indywidualnie skalkulowane wyłącznie dla potrzeb Zamawiającego, zgodnie z jego indywidualnym pomysłem na wykonanie zamówienia” oraz, że „wyjaśnienia (...) odzwierciedlają pomysł Wykonawcy na realizację zamówienia” Odwołujący wskazał, że ceny jednostkowe zostały wyszczególnione w Formularzu Cenowym, a sposób wykonania zamówienia nie ma charakteru autorskiego wykonawcy, ale odbywać się będzie według ściśle określonych przez Zamawiającego zasad. Odwołujący stwierdził, że oferta SAFEGE jest jedną z najdroższych w postępowaniu, przewyższa średnią arytmetyczną wszystkich cen. Z tego względu Odwołujący założył, że wykonawca ten nie wdrożył żadnych autorskich mechanizmów pozwalających na obniżenie ceny oferty, które mogłyby stanowić istotną wartość gospodarczą firmy.

Odwołujący zauważył, że SAFEGE w uzasadnieniu utajnienia informacji skupił się na wykazaniu podjętych środków zaradczych w celu zapewnienia poufności informacji. Pomimo znacznej ilości dowodów przedstawionych w tym zakresie, w ocenie Odwołującego, większość z nich pozostaje bez znaczenia w sprawie. Odwołujący zauważył, że SAFEGE wskazał na stronie rozwiązania mające na celu zapewnienie poufności informacji, jednakże rozwiązania te zostały wskazane jedynie hasłowo, np. SAFEGE wskazuje na podjęcie „odpowiednich zabezpieczeń” nie konkretyzując ich.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że zobowiązanie do zachowania Tajemnicy Zawodowej i Poufności (załącznik nr 1) stanowi wzór dokumentu, brak jest podstaw do przyjęcia, że osoba, która przygotowywała ofertę w przedmiotowym postępowaniu, faktycznie podpisała taki dokument. Odnosnie aneksu do umowy o pracę (załącznik nr 2) Odwołujący zauważył, że dokument pochodzi sprzed 5 lat, brak jest podstaw do uznania jego aktualności, osoba, która podpisała dokument może nie być już pracownikiem wykonawcy. Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, brak określenia w aneksie jakichkolwiek kar finansowych czy dyscyplinarnych za naruszenie poufności danych powoduje, że nie są one właściwie chronione.

Dodatkowo, Odwołujący zwrócił uwagę, że dokumenty dotyczące wdrożenia środków IT w firmie związanych z obiegiem informacji pochodzą z 2015 r., tj. sprzed 7 lat i dotyczą standardowej ochrony danych wdrażanych w firmach (np. obowiązek wprowadzania haseł na komputerach). Odwołujący stwierdził, że środki IT zostały wdrożone jeszcze przed elektronizacją zamówień publicznych, a zatem mogą być niedostosowane do ryzyka wycieku danych i dokumentów składanych w przetargach w formie elektronicznej. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, te same dokumenty zostały dołączone do oferty w zakresie zastrzeżenia informacji o podstawach wykluczenia SAFEGE z postępowania, a pomimo tego Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu tych dokumentów. Odwołujący stoi na stanowisku, że wyjaśnienia powinny zostać odtajnione.

Odnosząc się do dokumentu pn. „Niszczenie nośników informacji” Odwołujący podniósł, że dokument ten został wygenerowany w 2015 r. i nie obejmuje kwestii (i) związanych z elektronizacją procesu ubiegania się o udzielenie zamówień publicznych, jak również (ii) zasad usuwania informacji poufnych z serwerów zewnętrznych czy też danych znajdujących się w tzw. chmurze. Dokument odnosi się jedynie do dokumentów przechowywanych na nośnikach przenośnych i komputerach oraz dokumentów w formie papierowej. W ocenie Odwołującego, dokument nie jest dostosowany do aktualnego sposobu udostępnienia dokumentów oraz najnowszych narzędzi elektronicznych pozwalających na ich szybki transfer.

Co do dokumentu „Polityka ochrony danych i systemu IT” obejmującego dwie grupy dokumentów, tj. dotyczących produkcji oraz danych administracyjnych Odwołujący uznał, że brak jest odniesienia do danych finansowych niezbędnych do zbudowania ceny oferty - dokument odnosi się do korzystania w ramach wykonywanej pracy z Internetu oraz skrzynki pocztowej.

Odwołujący wskazał, że „Norma ISO 9001:2015” dotyczy zarządzania jakością, obiegiem informacji, a nie ich ochroną w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący, dokument wszedł w życie po dacie składania ofert (tj. po dacie skalkulowania ceny oferty przez SAFEGE).

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia SAFEGE w zakresie ceny rażąco niskiej nie powinny zostać uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa tego wykonawcy, gdyż nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Ad zarzut zaniechania wezwania wykonawców: Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar oraz SAFEGE do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji wynagrodzenia członków zespołu personelu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiającemu w toku badania realności zaoferowanych przez wykonawców cen, umknęło, iż wykonawcy: Konsorcjum INKO, DTŚ, ECM, ZDI, Gramar i SAFEGE zaoferowali w Formularzach Cenowych stawki znacznie odbiegające od stawek oferowanych przez pozostałych konkurentów, jak również stawek, które są spotykane na rynku usług inżynierskich. Zdaniem Odwołującego, powyższa okoliczność powinna stanowić podstawę do wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp odnosnie tego, w jaki sposób wykonawcy ci skalkulowali oferty w tym zakresie, a w przypadku niewykazania przez te podmioty realności oferowanych cen - do odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej powinien mieć pewność, że wyłoniony w postępowaniu wykonawca w sposób prawidłowy obliczył wysokość kosztów realizacji zamówienia, a tym samym, że daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. Nieuwzględnienie w cenie oferty określonych elementów lub oparcie wyliczeń na niepopartych rzetelnymi danymi informacjami może mieć daleko idące skutki związane z ryzykiem obniżenia jakości świadczonych usług.

Stawki jednostkowe oferowane przez Konsorcjum INCO

Odwołujący stwierdził, że dokonując analizy Formularza Cenowego złożonego przez Konsorcjum INCO można wywieść, iż wykonawca ten dla stanowisk:

- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: mostowej
- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: drogowej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: architektonicznej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: konstrukcyjno - budowlanej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: mostowej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: drogowej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: wyburzeniowej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (w tym melioracja)
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych
- Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych
- Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych o Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: melioracyjnych
- Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: drogowej i mostowej
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: Asystent Technologa
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych
- Specjalista ds. rozliczeń
- Specjalista ds. technologii i materiałów
- Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego
- Specjalista ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych
- Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni
- Specjalista ds. inżynierii ruchu (w tym SZR oraz organizacji ruchu)
- Specjalista ds. kontaktów ze społecznością, promocji i sprawozdawczości
- Specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami oraz umów z gestorami sieci

- Zespół geodetów nr 1 Geodeta 1
- Zespół geodetów nr 1 Geodeta 2
- Prawnik
- Archeolog

przyjmuje jednakowa stawkę dzienną w wysokości 200 zł/ dzień (co stanowi 4.000 zł netto/mc).

Powyższe powoduje, że zarówno Inspektor Nadzoru posiadający określone uprawnienia budowlane oraz wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, jak i osoba weryfikatora, będzie otrzymywać jednakowe uposażenie. Zdaniem Odwołującego, przyjmowane stawki nie są stawkami rynkowymi - przykładowo średnie zarobki inspektorów nadzoru robót elektrycznych wynoszą ok. 30% więcej niż założyło Konsorcjum INKO w swojej kalkulacji. Odnośnie zarobków prawnika Odwołujący podał, że niejednokrotnie oferowane na rynku przez prawników stawki wynoszą więcej niż 200 zł netto za jedną godzinę pracy. Odwołujący stwierdził, że zakładana przez Konsorcjum INKO wysokość wynagrodzenia miesięcznego prawnika w kwocie 4 300 zł netto nie zapewnia pokrycia nawet minimum średnio oferowanych stawek.

Odwołujący podkreślił, że do realizacji zamówienia muszą zostać zaangażowane podmioty z odpowiednią wiedzą i doświadczeniem w realizacji inwestycji drogowych. W świetle powyższego przyjmowane stawki będą oscylować w górnych granicach określonych norm.

Trudno uznać, w przekonaniu Odwołującego, że działanie Zamawiającego, który zaniechał weryfikacji oferty Konsorcjum INKO w tym zakresie czyniło zadość przepisom prawa. Odwołujący zwrócił uwagę, że wobec oświadczenia Konsorcjum INKO o zakładanym 15% zysku, każda z pozycji, oprócz kosztu wynagrodzenia członka zespołu personelu wykonawcy, zawiera jeszcze wliczoną marżę na poczet zakładanego zysku. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że przyjmowane przez Konsorcjum INKO stawki jednostkowe są nierynkowe i nierealne. Powyższa kwestia winna być zatem przedmiotem weryfikacji Zamawiającego na podstawie wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę.

Stawki jednostkowe oferowane przez DTŚ

DTŚ, podobnie jak Konsorcjum INKO, zaoferowało kwotę 200 zł za dzień pracy każdego ze specjalistów:

- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: architektonicznej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: konstrukcyjno - budowlanej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: mostowej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: drogowej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: wyburzeniowej
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (w tym melioracja)
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych
- Inspektor Nadzoru specjalności: konstrukcyjno - budowlanej
- Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej: drogowej
- Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych
- Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń:

cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych

- Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: melioracyjnych
- Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: drogowej i mostowej
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: Asystent Technologa
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych
- Specjalista ds. rozliczeń
- Specjalista ds. technologii i materiałów
- Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego
- Specjalista ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych
- Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni
- Specjalista ds. inżynierii ruchu (w tym SZR oraz organizacji ruchu)
- Specjalista ds. kontaktów ze społecznością, promocji i sprawozdawczości
- Specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami oraz umów z gestorami sieci
- Prawnik
- Archeolog

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać DTŚ do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i wskazania sposobu kalkulacji ceny oferty w tym zakresie.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że jest to kolejny element mogący potwierdzać

współdziałanie obu wykonawców - obaj bowiem niemalże dla tego samego zakresu personelu przyjęli, jako jedynie w postępowaniu, jednakową stawkę dzienną. Zdaniem Odwołującego, istnieje prawdopodobieństwo, że ww. wykonawcy konsultowali treść swoich ofert przed ich złożeniem.

Stawki jednostkowe oferowane przez ECM

Odwołujący stwierdził, że wykonawca ECM również powinien zostać wezwany do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, oferowane przez tego wykonawcę stawki jednego dnia pracy specjalisty odbiegają w sposób znaczący od stawek oferowanych przez inne podmioty biorące udział w postępowaniu, jak również od stawek, które można spotkać na rynku. Mowa tutaj o następujących pozycjach:

- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: mostowej - 150 zł,
- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: drogowej - 150 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: architektonicznej - 130 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: konstrukcyjno - budowlanej - 130 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: mostowej - 130 zł,

- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: drogowej - 130 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: wyburzeniowej - 130 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych - 120 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (w tym melioracja) - 120 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych - 120 zł,
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: drogowej i mostowej - 200 zł,
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: Asystent Technologa - 200 zł,
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych - 200 zł,
- Specjalista ds. kontaktów ze społecznością, promocji i sprawozdawczości - 200 zł,
- Specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami oraz umów z gestorami sieci - 200 zł.

Odwolujący wskazał, że ECM przyjmuje wynagrodzenie Głównych Weryfikatorów dokumentacji na poziomie 3 000 zł netto/miesiąc (150 zł/dzień*20 dni), podczas gdy średnie przyjmowane stawki wynagrodzenia specjalisty w tej dziedzinie są prawie o połowę wyższe. Podobnie, Odwołujący wskazał, że ECM przyjął stawki Weryfikatora dokumentacji projektowej na poziomie 2 300 zł na miesiąc (co jest niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę), podczas gdy kwota wynagrodzeń wynosi o 50% więcej.

Dodatkowo, Odwołujący stwierdził, że przyjęte przez ECM stawki na poziomie 120-150 zł netto/dzień determinują przyjęcie, że osoby z doświadczeniem w branży drogowej (specjaliści) będą pracować za stawkę godzinową oscylującą w granicach 15-20 zł. W ocenie Odwołującego, jest to stawka nierealna, niemożliwa do osiągnięcia, zwłaszcza w sytuacji, w której mamy do czynienia ze wzrostem kosztów realizacji inwestycji, wzrostem stawek minimalnych oraz rosnącą inflacją. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać ECM do wyjaśnień, w jaki sposób wykonawca ten dokonał kalkulacji kosztów w tym zakresie i czy oferowane stawki są możliwe do osiągnięcia w aktualnych warunkach gospodarczych.

Analogiczne zarzuty Odwołujący podniósł wobec oferty wykonawcy ZDI. Odwołujący stwierdził, że ZDI powinien zostać wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji kosztów wynagrodzenia członków personelu tego wykonawcy:

- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: drogowej i mostowej - 195 zł,
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: Asystent Technologa - 195 zł,
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych - 195 zł.

W ocenie Odwołującego, oferowane stawki 195 zł/dzień pracy asystenta inspektora nadzoru budzi uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

W stosunku do wykonawcy Gramar Odwołujący także podniósł zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień. Wątpliwości Odwołującego budzi kalkulacja kosztów wynagrodzenia

członków personelu:

- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: mostowej - 190 zł,
- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: drogowej - 190 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: architektonicznej - 190 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: konstrukcyjno - budowlanej - 190 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: mostowej - 190 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: drogowej - 190 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: wyburzeniowej - 190 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych - 180 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (w tym melioracja) - 180 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych - 180 zł,
- Inspektor Nadzoru specjalności: konstrukcyjno-budowlanej - 200 zł,
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: drogowej i mostowej - 180 zł,
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: Asystent Technologa - 180 zł,
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych - 180 zł,
- Specjalista ds. kontaktów ze społecznością, promocji i sprawozdawczości - 200 zł.

Odwołujący stwierdził, że oferowanie stawek w granicach 180-200 zł za jeden dzień pracy poszczególnych członków zespołu wykonawcy budzi uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien również wyjaśnić sposób kalkulacji wynagrodzenia przez SAFEGE. W ocenie Odwołującego, przedmiotem wyjaśnień powinno być wskazanie, w jaki sposób zostały wyliczone stawki personelu:

- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: mostowej - 200 zł,
- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: drogowej - 200 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: architektonicznej - 200 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności: konstrukcyjno - budowlanej - 200 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: mostowej - 200 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: drogowej - 200 zł,

- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej: wyburzeniowej - 200 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych - 200 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (w tym melioracja) - 200 zł,
- Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych - 200 zł.

W ocenie Odwołującego, oferowane stawki budzą uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien zweryfikować sposób kalkulacji ceny przez ww. wykonawców i wezwać każdego z nich do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO

985/21.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca ZDI. Po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy: SAFEGE, ECM oraz Konsorcjum INCO.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie nadzoru nad projektowaniem, zarządzania i kontroli oraz nadzoru nad realizacją umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zwanych w dalszej treści też „Kontraktem”, której przedmiotem jest: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S 74 Przełom/Mniów - Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód)” (pkt 1.1 OPZ).

W postępowaniu oferty złożyło dziesięciu wykonawców:

- Ayesa Polska Sp. z o.o. - 8 522 147,25 zł
- ECM - 10 321 791,00 zł
- ZDI - 10 259 331,60 zł
- SAFEGE - 12 250 381,80 zł
- Egis Poland Sp. z o.o. - 16 900 876,50 zł

- Odwołujący - 15 211 053,30 zł
- CertusVia Sp. z o.o. - 10 772 217,00 zł
- GRAMAR - 11 850 373,50 zł
- DTŚ - 10 689 253,50 zł
- Konsorcjum INKO - 9 988 584,00 zł.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar oraz SAFEGE.

Po analizie dokumentów zamówienia Izba stwierdziła, że ich treść wskazuje na konieczność rozróżnienia wymogów wobec Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego. Definicje zawarte w §1 Umowy wskazują, że Personel Konsultanta stanowią Eksperti Kluczowi i Inni Eksperti skierowani przez Konsultanta do realizacji Umowy. Personel biurowy i pomocniczy to z kolei personel skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w Umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Zgodnie z pkt 2.1 OPZ, w celu realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany jest zapewnić odpowiedni:

- 1) Personel Konsultanta (Eksperti Kluczowi, Inni Eksperti),
- 2) Personel biurowy:

Dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min 2 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.),

- 3) Personel pomocniczy:

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 2 osoby, niezbędne w czasie realizacji usługi),

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi), niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zasady wynagradzania przewidziane w §4 Umowy wskazują, że rozliczenie na podstawie faktycznie przepracowanej ilości Dniówek i Półdniówek dotyczy Personelu Konsultanta.

Zgodnie z § 11 Umowy:

„16. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo, najpóźniej dnia następnego po dniu w jakim nastąpiła jedna z okoliczności opisanych niżej:

- 1) śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta;
- 2) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn.

Kierownik Projektu jest zobowiązany rozpatrzyć propozycję w terminie 2 dni od daty kiedy Kierownik Projektu otrzymał propozycję Konsultanta. Kierownik Projektu może nie wyrazić zgody na osobę zaproponowaną przez Konsultanta z podaniem uzasadnienia. Zastąpienia nie stosuje się w stosunku do osób Personelu Konsultanta, które nie są zobowiązane w terminie 30 dni od zaistnienia jednej z wyżej wymienionych okoliczności do podjęcia

czynności związanych z Usługą.

17. W przypadku, gdy członek Personelu Konsultanta nie może zostać zastąpiony lub zmieniony, Inżynier Kontraktu lub Konsultant jest zobowiązany najpóźniej w tym samym dniu wskazać spośród Personelu Konsultanta osobę lub osoby wykonujące tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, przy czym stan taki nie będzie trwał dłużej niż 3 miesiące.

18. Konsultant nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywania obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej.

(...)

20. Konsultant jest zobowiązany efektywnie organizować pracę Personelu Konsultanta, aby zapewnić sprawną i terminową realizację zadań objętych Umową.

21. Zmiana lub zastąpienie osób wchodzących w skład Personelu Konsultanta nie wymaga zawierania przez Strony aneksu do Umowy.

22. Konsultant jest zobowiązany prowadzić Listę obecności Personelu Konsultanta zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 6 do Umowy. Lista obecności powinna zawierać oświadczenie o następującej treści: „Niniejszym podpisem potwierdzam swoją obecność i przedstawiam jako dowód, w celu uzyskania wynagrodzenia oraz w celu uzyskania przez Konsultanta płatności od Zamawiającego za zrealizowane usługi”.”.

Zgodnie z §13 Umowy, do obowiązków wykonawcy należy m.in.:

„4. Zamawiający wymaga aby zatrudnione na podstawie stosunku pracy były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy i pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1.

OPZ.

5. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadczenia Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie stosunku pracy w wymiarze pełnego etatu. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadczenia Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego). W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie stosunku pracy, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w niniejszej umowie.

W przypadku zmiany, o której mowa wyżej, wyznaczenie danej osoby do świadczenia Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą.”.

Załącznik nr 6 stanowi Listę obecności Personelu Konsultanta, na co wskazuje nie tylko tytuł załącznika, ale także treść § 2 ust. 2, §7 ust. 2 pkt 3 oraz § 11 ust. 22 i 23 Umowy.

Izba stwierdziła, że z treści dokumentów zamówienia nie wynika wymóg zatrudnienia dodatkowej osoby na zastępstwo w przypadku urlopu czy choroby członka Personelu

biurowego i pomocniczego. Wymaganie takie dotyczy jedynie Personelu Konsultanta. Podobnie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, obowiązek ewidencjonowania obecności na liście obecności dotyczy tylko Personelu Konsultanta. Analogicznie, wyłącznie personelu Konsultanta dotyczy rozliczenie na podstawie faktycznie przepracowanej ilości dniówek

i półdniówek (§4 Umowy).

Z treści dokumentów zamówienia nie sposób wywieść, aby ww. obowiązek obejmował także Personel biurowy i pomocniczy. Izba uznała, że regułą jest, że osoby

wykonujące takie same czynności bądź czynności o podobnym charakterze zastępują się wzajemnie w przypadku czasowej nieobecności jednej z nich. Wobec braku innych wymagań ze strony Zamawiającego, tak powinno być również w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Tego rodzaju zastępstwo nie wymaga zatrudnienia dodatkowego pracownika na czas nieobecności jednego z nich. Z uwagi na postawienie takiego wymogu wobec Personelu Konsultanta i braku takiego wymagania wobec Personelu biurowego i pomocniczego, brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności ofert z warunkami zamówienia. Czynność odrzucenia oferty jest czynnością o dużej doniosłości i może zostać podjęta wyłącznie w przypadku, gdy niezgodność oferty z dokumentacją zamówienia jest ewidentna i nie budzi wątpliwości.

W sytuacji, gdy dokumentacja nie zawiera wymagania, aby w cenę w kalkulowane zostały określone koszty, brak ich uwzględnienia w ofercie nie może nieść za sobą negatywnych skutków dla wykonawcy. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. W przedmiotowej sprawie istotna jest także okoliczność, że treść SWZ została zinterpretowana w analogiczny sposób przez sześciu wykonawców. Dowodu w przedmiotowej sprawie nie może stanowić złożone przez Odwołującego pismo GDDKiA z 9 listopada 2021 r. skierowane do MGGP S.A. oraz pozostałe dokumenty załączone przed Odwołującym do pisma z 23 marca 2022 r., jako że dotyczą one innego projektu i brak jest pewności co do tego, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający będzie w taki sam sposób interpretował treść dokumentacji postępowania.

Odwołujący podniósł również kwestię konieczności zwiększenia cen o koszt związany z wyposażeniem danego stanowiska oraz wykonania obowiązkowych badań lekarskich. W tym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że obowiązek przeprowadzenia takich badań będzie dotyczył zatrudnionych osób, a ponadto, koszt ten nie jest kosztem powtarzalnym co roku.

Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut został oparty na błędnych założeniach, które nie znajdują oparcia w dokumentach zamówienia.

Nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum INKO oraz wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar, SAFEGE.

W ocenie Izby, każdy z wykonawców, których dotyczy zarzut, w sposób wystarczający wykazał zaistnienie przesłanek do utrzymania poszczególnych treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba uznała, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum INCO, takie jak wynagrodzenie poszczególnych członków personelu skierowanego do realizacji usługi, którego ujawnienie mogłoby odnieść skutek w postaci odejścia poszczególnych osób do konkurencji, co może mieć znaczenie finansowe dla wykonawcy, posiadają wartość gospodarczą. Podobnie, charakter techniczny i organizacyjny posiadają informacje dotyczące sposobu świadczenia usługi, w tym zaplanowany przez wykonawcę sposób rozplanowania pracy kadry oraz podwykonawców, przyjęte metody działania, formy współpracy, stanowią efekt know-how wykonawcy i jako takie zasługują na ochronę. Izba przychyliła się do twierdzenia, że strategia budowy ceny oraz organizacja pracy, wobec zakresu przedmiotu zamówienia, posiadają wartość gospodarczą, gdyż wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym oraz mają znaczenie w działalności gospodarczej. Konsorcjum INCO oświadczyło również, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, Konsorcjum podejmuje działania w celu zachowania ich poufności. W przedsiębiorstwie wykonawcy obowiązują unormowania, zgodnie z którymi dostęp do tych informacji posiada jedynie wąskie grono osób uczestniczących w przygotowaniu ofert. Osoby te zostały zobowiązane na mocy umów do zachowania poufności tych danych, a skutkiem niewywiązania się z tego zobowiązania jest odpowiedzialność finansowa tych osób oraz odpowiedzialność dyscyplinarna. INKO Sp. z o.o. podejmuje również inne działania w celu ochrony przedmiotowych informacji, takie jak bezwzględny zakaz kopiowania (powielania) treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz dokumentów zawierających kalkulację ceny sporządzanych w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez zgody Zarządu oraz zobowiązanie do przechowywania tych dokumentów w jednym wskazanym miejscu. Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, wypełnia dyspozycję art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba miała przy tym na względzie okoliczność, że Konsorcjum INCO zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie załączniki do wyjaśnień dotyczących ceny.

Izba uznała, że również wyjaśnienia złożone przez wykonawcę DTŚ zasługują na ochronę. Informacje odnośnie sposobu budowania ceny, oparte przede wszystkim na kosztach osobowych, mogą, z uwagi na niematerialny charakter przedmiotu zamówienia, stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca DTŚ wskazał ponadto na fakt, że dostęp do treści informacji objętych tajemnicą posiada wąskie grono osób zobowiązanych do poufności na podstawie stosownych umów. Dodatkowo, sposób przechowywania dokumentów objętych tajemnicą został uregulowany Zarządzeniem Prezesa „Drogowej Trasy Średnicowej” S.A. w Katowicach z dnia 3 lutego 2016 r. w sprawie wprowadzenia Zasad postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa „Drogowa

Trasa Średnicowa” S.A. w Katowicach w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których uczestniczy „Drogowa Trasa Średnicowa S.A. w Katowicach. Treść ww. Zarządzenia została dołączona do wyjaśnień złożonych przez DTŚ. Izba stwierdziła ponadto, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień złożone przez DTŚ, choć istotnie podobne do treści uzasadnienia sformułowanego przez Konsorcjum INCO, nie jest pozbawione indywidualnego charakteru, a co za tym idzie, okoliczność ta sama w sobie nie może stanowić podstawy do uznania zastrzeżenia za nieskuteczne. Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego o przygotowaniu ofert przez Konsorcjum INCO i DTŚ wspólnie i w porozumieniu nie zostało wykazane przez Odwołującego, Odwołujący nie postawił też zarzutu w tym zakresie.

W ocenie Izby, przesłanki zastrzeżenia treści wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały wykazane także przez wykonawcę ECM. Izba przychyliła się do stanowiska wykonawcy ECM, że ujawnienie metodyki kalkulacji ceny w tym konkretnym przypadku narażałoby wykonawcę do ujawnienia przyjętych założeń kalkulacyjnych innym konkurencyjnym wykonawcom, a to mogłoby odnieść skutek w postaci pogorszenia pozycji tego wykonawcy przy ubieganiu się o kolejne zamówienia. Wykonawca ECM wykazał ponadto, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne. W tym celu ECM podjął szczególne środki i procedury zabezpieczające informacje przed ich ujawnieniem, jednak ich wskazanie w treści przedmiotowego uzasadnienia nie jest możliwe z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Za skutecznie wykazane Izba uznała także podstawy zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZDI. Z uwagi na objęcie tajemnicą także uzasadnienia zastrzeżenia informacji, szczegółowe odniesienie się do poszczególnych przesłanek nie jest możliwe. Izba po analizie treści uzasadnienia z dnia 25 stycznia 2022 r. uznała jednak, że wykonawca ZDI wykazał zarówno charakter technologiczny i organizacyjny zastrzeżonych informacji, ich wartość gospodarczą, a także podjęcie skutecznych działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

W ocenie Izby, również wykonawca Gramar w sposób skuteczny wyraził wolę zastrzeżenia złożonych wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść uzasadnienia istotnie, nie była rozbudowana, jednak w kontekście charakteru zastrzeżonych informacji, Izba uznała ją za wystarczającą dla ochrony majątkowych interesów przedsiębiorcy. Bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że wykonawca powołał przepisy właściwe dla uprzedniego stanu prawnego. Dyspozycje poszczególnych przepisów nie uległy znaczącej zmianie, zmieniły się jedynie jednostki redakcyjne.

Izba poddała analizie uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę SAFEGE. Izba uznała, że ujawnienie poszczególnych stawek, indywidualnie wynegocjowanych, na podstawie których skalkulowano cenę oferty, może prowadzić do utraty przychodów na rynku nadzoru. Z tego względu, bez wątpienia, zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. Wykonawca SAFEGE wskazał również działania, jakie podjął w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Z uwagi na zastrzeżenie tych danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, szczegółowe odniesienie się do nich nie jest możliwe, jednak Izba po zapoznaniu się z nimi uznała je za skuteczne i wystarczające.

Podsumowując, wskazać należy, że do istotnych przesłanek warunkujących efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa należy uprzednie wyodrębnienie określonej wiadomości jako poufnej informacji, doniosłość poufnej informacji dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności, oraz brak okoliczności uwalniających od obowiązku dochowania tajemnicy. Zastrzeżone jako niejawnie w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą być tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście ustanowioną w trybie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, każdy z

wykonawców, którego wyjaśnienia objęte zostały zarzutem, wykazał zaistnienie okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i brak było podstaw do ujawnienia treści zastrzeżonych informacji.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum INKO, ZDI, ECM, DTŚ, Gramar i SAFEGE do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny, w sytuacji, w której wskazywane przez tych wykonawców stawki wynagrodzeń personelu odbiegają w sposób znaczący od stawek przyjmowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz stawek oferowanych na rynku.

Izba stwierdziła, że kwestionowane przez Odwołującego pozycje zostały wycenione przez sześciu wykonawców, których dotyczy przedmiotowy zarzut, na podobnym poziomie. Okoliczność ta, w ocenie Izby, stanowi potwierdzenie, że przyjęte stawki nie odbiegają od realiów gospodarczych. Różnica pomiędzy szacunkami Zamawiającego a kalkulacją wykonawcy mogłaby budzić wątpliwości w sytuacji, gdyby dotyczyło to pojedynczego wykonawcy. W przedmiotowej sprawie okoliczności wskazują, że oferty w skarżonym zakresie zostały skalkulowane na rynkowym poziomie, a różnica w stosunku do szacunku Zamawiającego nie jest sytuacją odosobnioną, szczególnie w przypadku tego rodzaju usług. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę także okoliczność, że poszczególni wykonawcy złożyli wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny, a wyjaśnienia te zostały uznane przez Zamawiającego za uzasadniające zaoferowane ceny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. W takim przypadku Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A., ZBM S.A. i TPF Sp. z o.o. zasądzając na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: