

WYROK
z dnia 27 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 25 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 października 2017 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TPF Getinsa Eurostudios SL z siedzibą w Madrycie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, przy udziale przystępujących po stronie Zamawiającego:

1. wykonawcy ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie, MP-Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
3. wykonawcy Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie uwzględnionego przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego uznania za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach wskazanych w treści odwołania,
2. odwołanie w zakresie uwzględnienia zarzutu nieuzasadnionego wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje Zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert,
 - 2.2. ponowne badanie i ocenę ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

1

-
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600,00 zł (słownie: tysiący złotych 00/100) osiemnaście sześćset stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi S3 na odcinku Miękowo – koniec obw. Brzozowa wraz z rozbudową odcinka Miękowo – Rzęśnica” – Budowa obwodnicy Brzozowa w ciągu S3 oraz dostosowanie drogi krajowej nr 3 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Brzozowo – Miękowo, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 marca 2017 r. pod nr 2017/S 061-114251.

29 września 2017 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie, MP-MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „Konsorcjum I”).

9 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wniesione zostało odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TPF Getinsa Eurostudios SL z siedzibą w Madrycie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum I, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu,
2. zaniechanie ujawnienia „Kryterium Doświadczenie personelu Konsultanta”, „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” zawartego w ofercie wykonawcy ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej pomimo dokonanego że nie „Wykonawca E”), wykazał zasadności zastrzeżenia,

3

3. zaniechanie ujawnienia załącznika „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa” zawartego w ofercie Konsorcjum I, pomimo że nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia,
4. zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum I, sp. z o.o. Lafrentz Polska z siedzibą w wykonawcę Poznaniu (dalej „Wykonawca L”) i Wykonawcę E w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo że wykonawcy ci nie wykazali zasadności dokonanego zastrzeżenia,
5. zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum I, Wykonawcy L i Wykonawcy E, pomimo że oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawcy ci nie złożyli odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny,
6. niezgodną z przepisami Pzp ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum I, Wykonawcę L i Wykonawcę E w trybie art. 90 Pzp,
7. zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum I, Wykonawcy L i Wykonawcy E, pomimo że treść tych ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, przez zaniechanie ujawnienia:
 - a) „Kryterium Doświadczenie personelu Konsultanta” i „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” zawartego w ofercie Wykonawcy E,
 - b) załącznika „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa” zawartego w ofercie Konsorcjum I,
 - c) wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum I, Wykonawcę L i Wykonawcę E w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo że wykonawcy ci nie wykazali zasadności dokonanego zastrzeżenia informacji zawartych w ww. dokumentach,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum I, Wykonawcę L i Wykonawcę E wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferty tych wykonawców zawierają cenę rażąco niską,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum I, Wykonawcy L i Wykonawcy E, pomimo że oferty te zawierają

4

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś ww. wykonawcy nie

- złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum I,
Wykonawcy L i Wykonawcy E, pomimo że treść ofert nie odpowiada treści SMZ,
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający
zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku
z naruszeniem ww. przepisów Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. ponowną ocenę ofert,
4. udostępnienia „Kryterium Doświadczenie personelu Konsultanta”, „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” zawartego w ofercie Wykonawcy E, załącznika „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa” zawartego w ofercie Konsorcjum I I, oraz wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Wykonawcę L i Wykonawcę E na podstawie art. 90 Pzp,
5. odrzucenia ofert Konsorcjum I, Wykonawcy L i Wykonawcy E.

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

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, co następuje.

1. Nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika

zawartego w ofercie „Informacje stanowiące

tajemnicę przedsiębiorstwa”

Konsorcjum I oraz informacji zawartych w dokumentach „Kryterium Doświadczenie personelu Konsultanta” i „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia” złożonych przez Wykonawcę E

Konsorcjum I w pkt 9 na str. 2 oferty wskazało, że informacje i dokumenty zawarte na str. 40-51 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co zostało wykazane w załączniku „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”.

5

Odwołującemu nie udostępniono nie tylko samych informacji wskazanych jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale także samego uzasadnienia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z kolei w przypadku oferty Wykonawcy E udostępniono samo uzasadnienie, bez treści zastrzeżonych załączników.

Odwołujący wskazał, że wykazy osób zawarte w ofertach złożonych przez Wykonawcę E i Konsorcjum I były zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe. Zastrzeżenie to zostało objęte odwołaniem wniesionym przez wykonawcę BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w wyniku którego KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 102/17 i KIO 110/17 nakazała ujawnienie zastrzeżonych części oferty, między innymi w zakresie wykazu osób. Izba wskazała: „Odnośnie wykazu osób zarówno w ofercie jak i wyjaśnieniach i uzupełnieniach oferty w związku z wykazami osób wykonawcy klasyfikowali te informacje jako organizacyjne przedsiębiorstwa. Co do zasady przyznawali, że poprzednio nie utajniali wykazów osób, które będą wykonywały zamówienie. Niemniej w wyniku takiej praktyki spotykali się ze zjawiskiem tzw. podkupywania pracowników. Podkreślali również, że są to najczęściej osoby, z którymi współpracują na stałe czy to w formie umów cywilnoprawnych, czy to umów o pracę. Dzięki stałej współpracy uzyskują w rozliczeniach z nimi korzystne rozliczenia finansowe w zamian za gwarancję stałej współpracy na kolejnych wygrywanych kontraktach. W związku z tym ujawnienie wykazu osób, w którym jest szereg informacji niedostępnych powszechnie ułatwia konkurencji nawiązywanie kontaktów z tymi osobami a w konsekwencji podwyższenie kosztów współpracy czy nawet braku współpracy w przyszłości. Dlatego też wykazy osób nie powinny według ich oceny być udostępniane innym

wykonawcom uczestniczącym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby taka argumentacja na wykazanie, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest pozbawiona podstaw w rozumieniu art. 11 ust. 4 w związku z art. 1 i art. 3 ust. 1 Znk. Przede wszystkim nie są to informacje stanowiące własność przedsiębiorstwa tylko własność osób współpracujących z przedsiębiorstwem o ich wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym. W związku z tym przedsiębiorstwo nie ma prawa ich zawłaszczać i powoływać się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Osobami tymi są uprawnieni inżynierowie i geodeci którzy nie są przedmiotem własności przedsiębiorstwa a informacje o nich można uzyskać czy to poprzez rejestry osób uprawnionych zarówno publikowanych w Internecie jak również przez portale firm pośredniczących w poszukiwaniu uprawnionego personelu o wymaganych kwalifikacjach. Ponadto podmiotem na rzecz którego sporządzane są wykazy jest

6

podmiotem publicznym wydatkującym środki publiczne. W związku z tym obowiązuje zasada jawności postępowania przewidziana art. 10 ustawy pzp, która umożliwia kontrolę prowadzonych postępowań zarówno w trakcie ich przeprowadzania jak i po ich zakończeniu. Przede wszystkim dobro publiczne zakazuje ochrony wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto argumentacja o utracie osoby współpracującej czy też wzrostu kosztów przedsiębiorcy nie może zabraniać innym wykonawcom nawiązywania kontaktów z osobami współpracującymi z innymi wykonawcami. Wymiana pracowników pomiędzy poszczególnymi wykonawcami umożliwia ich stały rozwój i zdobywanie nowych doświadczeń zawodowych co przekłada się z korzyścią dla rynku na którym te osoby funkcjonują to jest rynku zamówień publicznych. W ocenie Izby tak argumentowana tajemnica wykazu osób, z którymi współpracują wykonawcy nie zasługuje na ochronę a wręcz szkodzi dobru publicznemu, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami oraz doświadczeniami. W szczególności odnosi się to do osób posiadających odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, uprawnienia zawodowe co kwalifikuje ich do wolnych zawodów, wobec których podejmowane praktyki utajniania wykazu osób nie chronią tylko szkodzą dobru publicznemu przez pozbawianie wykonawcom specjalistów posiadającymi poszukiwane na rynku kwalifikacje. Tym bardziej, że informacje o tych osobach są dostępne na szeroko rozumianym rynku usług. Rotacja w zatrudnieniu osób reprezentujących zwłaszcza wolne zawody wpisuje się podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców funkcjonujących zwłaszcza na rynku usług pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót jakie prowadzi zamawiający to jest modernizacji linii kolejowych oraz sygnalizacji w ramach modernizacji linii kolejowych”.

W ocenie Odwołującego można zatem uznać, że Izba badała już zasadność zastrzeżenia wykazów osób złożonych przez obu wykonawców. Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie zamieszczone w ofertach w przedmiotowej sprawie jest tożsame z uzasadnieniem, które było już uprzednio badane przez KIO i które zostało uznane za niewystarczające. To na Konsorcjum I i Wykonawcy E ciąży ciężar dowodu należytego uzasadnienia, a w szczególności wykazania, że w postępowaniu o sygn. akt KIO 102/17 i KIO 110/17 treść uzasadnień był inna niż w ofertach złożonych obecnie. Tylko bowiem w przypadku innej treści uzasadnienia nie miałby zastosowania cytowany powyżej wyrok.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że dokonane przez Konsorcjum I i Wykonawcę E zastrzeżenia jawności części oferty były i są bezpodstawne. Zawarte w przedmiotowych częściach ofert informacje nie realizują bowiem łącznie ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, zgodnie z uchwałą SN z 21 października 2005 r.

7

(sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dokonał rzeczywistego badania wykazania przez Konsorcjum I i Wykonawcę E spełnienia przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za prawidłowe na podstawie samego złożenia oświadczenia

przez ww. wykonawców. Zdaniem Odwołującego w ogóle nie wykazali oni spełnienia przesłanek, w tym nie odnieśli się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, pomijając w ogóle ten niezbędny element, albo też nie wykazując w sposób należyty tej gospodarczej wartości.

Ponadto w Konsorcjum I i Wykonawca E nie wykazali też, że podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji. Skuteczne wykazanie musi bowiem zawierać zarówno wskazanie tych kroków, jak i przedłożenie dowodów, np. kopii umów zawierających odpowiednie klauzule o poufności, wskazanie wdrożonych procedur, itp.

Wskazani powyżej wykonawcy nie wykazali również, aby zastrzegane informacje, w tym wymagane przez postanowienia SIWZ osoby i ich doświadczenie, miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. Przedmiotowe wykazy nie zawierają treści unikalnych, czy też specyficznych wyłącznie dla ww. wykonawców. Treść wykazów jest bowiem determinowana treścią SIWZ, które wyraźnie określają jakie informacje mają się znaleźć w wykazach.

Podkreślana powyżej kwestia precyzyjnego wykazania przez Konsorcjum I i Wykonawcę E ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy wykonawcy, który taką przedsiębiorstwa spoczywa na tym tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku – tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia, jak i na dotychczasowym orzecznictwie KIO oraz brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 Pzp. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś informacje zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż – nie znając ich treści – nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady – co też uczynił w odwołaniu.

8

Odwołujący zwrócił również uwagę, że przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania – jest wyjątkiem od tej zasady. W konsekwencji w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae*, czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa i nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów, to zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

2. Nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

Odwołujący podał, że w informacji z otwarcia ofert z dnia 9 czerwca 2017 r. Zamawiający podał kwotę 12.561.208 zł brutto, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Ceny złożonych ofert przedstawiają się następująco:

1. Konsorcjum I – 7.701.891,00 zł brutto,
2. Wykonawca L – 8.025.750,00 zł brutto,
3. Wykonawca E – 7.541.868,00 zł brutto,
4. Odwołujący – 9.330.643,09 zł brutto.

7 sierpnia 2017 r. Zamawiający wystąpił do Konsorcjum I, Wykonawcy E i Wykonawcy L o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a oraz art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołującemu nie udostępniono wyjaśnień, a jedynie wystosowane wezwanie

i uzasadnienia zastrzeżenia informacji w nich zawartych.

Odwolujący po zapoznaniu się z przedmiotowymi uzasadnieniami stwierdza, że nie wykazują one ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem

9

przedmiotowe wyjaśnienia nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odnosząc się do konkretnych dokumentów:

W przypadku Konsorcjum I udostępnione uzasadnienie obejmuje połowę strony. Nie zawiera wykazania żadnej z 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa – nie wskazano jakie informacje objęto tajemnicą, dlaczego są informacjami wskazanymi w Znk, nie wykazano wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie wykazano, że podjęto działania niezbędne do zachowania informacji w poufności, np. przez załączenie kopii odpowiednich umów o poufności czy też kopii procedur obowiązujących w firmie. Podsumowując – uzasadnienie nie zawiera nawet minimalnych informacji czy dowodów, które można by uznać za wykazanie zasadności uznania informacji zawartych w wyjaśnieniach za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwolujący dodał, że analogiczne uzasadnienie objęcia wyjaśnień złożone przez I w innym tajemnicą przedsiębiorstwa Konsorcjum postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Unie Kolejowe S.A. było ostatnio przedmiotem badania Izby.

W wyroku z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 242/17 i KIO 258/17 KIO nakazała udostępnienie wyjaśnień, wskazując: „Przede wszystkim Izba stwierdziła, że Przystępujący – Konsorcjum MP Mosty nie wykazało; iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte na wstępie każdego z tych pism akapity (w jednym przypadku osobne pismo z 26 stycznia 2017 r., ale o podobnej treści i objętości) zawierają jedynie ogólnikowe stwierdzenia o „niewątpliwej wartości gospodarczej” wyjaśnień i „cennym źródle informacji dla konkurentów”, których w żadnym wypadku nie można uznać za „wykazanie” wystąpienia tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym Izba podkreśla; iż drugorzędna jest tu sama obszerność uzasadnienia, wobec braku jego wartości merytorycznej. Zresztą sam brak koncepcji na uzasadnienie zastrzeżenia nie jest nieoczekiwany, ze względu na to, że w samych wyjaśnieniach nie występują informacje, które nosiłyby znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Odwolujący wskazał, że członek Konsorcjum I – wykonawca MP-MOSTY sp. z o.o. był liderem konsorcjum w postępowaniu objętym odwołaniem o sygn. akt KIO 242/17, stąd zapewne tożsamość uzasadnienia.

W przypadku Wykonawcy L uzasadnienie jest obszerniejsze, obejmuje trzy i pół strony, jednak objętość ta nie przekłada się na wykazanie łącznego spełnienia się przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdecydowaną większość uzasadnienia obejmują jedynie

10

obszerne cytaty z orzecznictwa czy też przytoczenie przepisów. W pozostałej części uzasadnienia nie wykazano wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie wykazano podjęcia działań niezbędnych do zachowania informacji w poufności, np. przez załączenie kopii odpowiednich umów o poufności czy też kopii procedur obowiązujących w firmie.

Odwolujący dodał, że analogiczne uzasadnienie objęcia wyjaśnień złożone przez L w innym tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcę postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego było ostatnio przedmiotem badania KIO, która w wyroku z 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1713/17 nakazała udostępnienie wyjaśnień, wskazując: „Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła albowiem, iż przystępujący w części pisma stanowiącej uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa (TP) powołał się jedynie na bliżej nieokreślone dane, w których wskazał, że tylko kilka dostęp do informacji w osób ma przedstawionych wyjaśnieniach. Przystępujący nie podał jakie to niezbędne kroki podjął w celu zachowania TP, w szczególności nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczności podnoszone w tej części pisma, powołując się jedynie na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym uznać należało, że okoliczności dotyczące możliwości zastrzeżenia wyjaśnień TP nie zostały przez przystępującego udowodnione, co z kolei oznacza, że wyjaśnienia złożone przez

przystępującego nie mają przymiotu TP.”.

Z kolei w przypadku Wykonawcy E uzasadnienie obejmuje połowę strony. Sytuacja jest identyczna, jak w przypadku uzasadnienia Konsorcjum I: uzasadnienie nie zawiera wykazania żadnej z 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa: nie wskazano, jakie informacje objęte tajemnicą, dlaczego są informacjami wskazanymi w Znk, nie wykazano wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie wykazano, że podjęto działania niezbędne do zachowania informacji w poufności, np. przez załączenie kopii odpowiednich umów o poufności czy też kopii procedur obowiązujących w firmie. Podsumowując – uzasadnienie nie zawiera nawet minimalnych informacji czy dowodów, które można by uznać za wykazanie zasadności uznania informacji zawartych w wyjaśnieniach za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwolujący dodał, że analogiczne uzasadnienie objęcia wyjaśnień złożone przez E w innym tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcę postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. było ostatnio przedmiotem badania Izby. W wyroku z 6 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 102/17 i KIO 110/17 nakazała ona udostępnienie wyjaśnień, wskazując: „Izba na podstawie przeprowadzonego badania ofert; wyjaśnień, uzupełnień ofert i w wyniku tego badania ustaleń opisanych powyżej stwierdza, że obydwaj wykonawcy nie wyczerpali obowiązku wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa

zarówno co do wykazu osób jak i wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. (...) Podobnie jak przy wykazie usług wykonawcy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kwitując również przez oznajmienie, że zastrzegają tajemnicę i na poparcie swojego stanowiska przywołują szereg wyroków czy to KIO, czy to sądów okręgowych, czy to Sądu Najwyższego, w których stwierdza się, że informacje w zakresie rażąco niskiej ceny mogą być zastrzeżone. Izba nie akceptuje takiego stanowiska wykonawców, ponieważ wydane orzeczenia były w konkretnych sprawach gdzie prawdopodobnie wykonawcy przedstawili stosowne uzasadnienie żądania objęcia informacji przedsiębiorstwa z uwagi na uzasadnioną ich ochronę. Po pierwsze orzeczenia sądów nie stanowią prawa, ponieważ przepis art. 8 ust. 3 ustawy pzp stawia wymóg każdorazowego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy a po drugie art. 8 ustawy pzp jak i art. 11 ust. 4 Znk nie przesądza o tym czy dana informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna z mocy prawa jest informacją objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, izba badając przede wszystkim samo uzasadnienie do tajemnicy przedsiębiorstwa nie stwierdza, aby wykonawca żądając ochrony udowodnił, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca przywołuje wyroki i uważa, że spełnia wymogi co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno z art. 8 ust. 3 pzp jak i art. 11 ust. 4 Znk przez sam fakt przywołania wyroków. Poza tym sam stwierdza w uzasadnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, że stawki przyjęte do kalkulacji usługi nie odbiegają od stawek rynkowych czyli powszechnie występujących i powszechnie znanych. Wykonawcy w żaden sposób nie wykazali a nawet nie podjęli próby wskazania w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, że oferty czy to jednostek laboratoryjnych, czy to oferujących lokale, czy to stawek zatrudnienia osób, czy to kosztów środków transportu, czy to kosztów od utrzymania paliwa odbiegają stawek funkcjonujących na rynku i w związku z tym podlegają ochronie w uzasadnionym interesie wykonawcy. W związku z tym nie wykazali, że zarówno w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny jak i przedstawionych kalkulacji kosztów odnoszą się jakieś wiadomości specjalne, czy nieznane reguły kalkulacji kosztów czy inne okoliczności uprawniające do przedstawienia wynagrodzenia podanego w ofercie. W związku z tym Izba po pierwsze, nie uznała, że udowodniono zasadność objęcia tajemnicą informacji czy to podanych w wyjaśnieniach czy to w załącznikach do wyjaśnień. Reasumując skoro według wyjaśnień zaoferowane stawki nie odbiegają od stawek obowiązujących na rynku to Izba nie widzi podstaw aby takie informacje chronić jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei argumentacja, że oferenci, których oferty załączono do wyjaśnień mogą być nakłaniani przez innych wykonawców do uzyskania podobnych stawek wynegocjowanych przez wykonawców żądających ochrony a czego ci oferenci sobie nie życzą nie zostały udowodnione ani w wyjaśnieniach ani w załączonych ofertach. Pozostają tylko twierdzeniami wykonawcy

domagającego się ochrony otrzymanych ofert .od innych wykonawców a nie okolicznościami udowodnionymi. W związku z tym Izba stwierdza brak wykazania pod względem formalnym przyczyny żądania prawa do ochrony samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak również załączonych do wyjaśnień ofert. Bowiem jak już wyżej Izba stwierdziła samo tylko powoływanie się, że przedsiębiorca chroni te informacje, że mają one wartość gospodarczą, że nie były publikowane i że ogranicza dostęp do tych informacji pracownikom, nie może być zakwalifikowane jako udowodnienie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art.8 ust. 3 ustawy pzp („oraz wykazał, iż, zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”). W związku z tym, że przedsiębiorca żądając ochrony wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i załączonych do niej ofert, kalkulacji nie podjął próby udowodnienia, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 4 i art.7 ust. 1 pzp.”

Odwołujący wskazał, że Wykonawca E był liderem konsorcjum w postępowaniu objętym odwołaniem o sygn. akt KIO 110/17, stąd zapewne tożsamość uzasadnienia.

Wskazane powyżej braki uzasadnienia są oczywiste. Zamawiający, dokonując oceny zasadności zastrzeżenia złożonych wyjaśnień, powinien je zauważyć, co z kolei powinno skutkować udostępnieniem obu złożonych dokumentów wyjaśnień Odwołującemu. Co więcej – Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wyraźnie zastrzegł, że nie uznaje za możliwe objęcia tajemnicą złożonych wyjaśnień: „Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na utajnienie odpowiedzi Wykonawcy na powyższe pytania”. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie dokonał analizy skuteczności objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, co stanowi rażące naruszenie prawa.

Dodatkowo Odwołujący podał, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. Wadliwe jest zatem zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Wskazać tutaj należy na cytowanie poglądów orzecznictwa czy doktryny, ogólne informacje o danym wykonawcy czy też ogólne informacje o rynku usług nadzoru i inne podobne. Takie części pism zawsze powinny być udostępnione.

Należy zatem uznać, że ww. wykonawcy nie spełnili wymagań skutecznego zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający bezkrytycznie uznał samą czynność zastrzeżenia za skuteczną, nie badając w ogóle, czy zostały spełnione wymagania ustawowe. Zarzut naruszenia prawa w zakresie odmowy udostępnienia przedmiotowych wyjaśnień zasługuje zatem na uwzględnienie.

13

3. Zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum I, Wykonawcy L i Wykonawcy E – rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia, brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, nieprawidłowa ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia ofert ww. wykonawców może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp powinien brać swój początek w wyjaśnieniach (w treści wyjaśnień).

Odwołujący wniósł o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu (jako przedwczesnego) w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia powyżej.

Z ostrożności przedstawił następującą argumentację.

Brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferty Konsorcjum I, Wykonawcy L i Wykonawcy E nie zawierają rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, nieprawidłowa ocena przez Zamawiającego złożonych przez wykonawców wyjaśnień

Odwołujący, opierając się na doświadczeniu w zakresie składanych wyjaśnień w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, przyjął, że kwestionowane wyjaśnienia nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie

tak niskiej ceny oferty. Zdaniem Odwołującego ww. wykonawcy nie wskazali w swoich wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferowali.

Z kolei Zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy złożonych wyjaśnień, analizy treści i ewentualnych dołączonych dowodów. Jest to zaniechanie Zamawiającego, które narusza przepisy Pzp.

Odwołujący podał, że w cenach ofert Konsorcjum I, Wykonawcy L i Wykonawcy E nie ujęto m.in. poniżej wskazanych czynników cenotwórczych, tj.:

- ☐ kosztów związanych z zapewnieniem środków transportu,

14

-
- ☐ wszystkich kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego na umowę o pracę, ☐
 - kosztów wypełnienia zapisów kryterium pozacenowych,
 - ☐ kosztów personelu w okresie realizacji robót oraz gwarancji,
 - ☐ kosztów zapewnienia odpowiedniego sprzętu geodezyjnego.

Dowodem na to jest fakt, że koszty te nie zostały wskazane w przedmiotowych wyjaśnieniach. Sam brak któregośkolwiek z nich wskazuje wprost, że ceny ofert są rażąco niskie.

Koszty związane z zapewnieniem środków transportu

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, TOM I IDW, pkt 15.3 „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym”.

Zgodnie z pkt 15.5 „Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych”.

Zgodnie z SIWZ – TOM III, pkt 2.4 „Środki transportu i łączność” konsultant zamówienia wyposaży swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony komórkowe), zapewniające sprawne pełnienie usługi. Konsultant użyczy Zamawiającemu jeden środek transportu do wyłącznej całodobowej dyspozycji Zamawiającego na czas określony poniżej: samochód typu SUV – od podpisania Umowy do wystawienia ostatecznego świadectwa płatności – przekazanie pojazdu w ciągu 30 dni od podpisania umowy.

Konsultant zapewni Zamawiającemu ciągłość w korzystaniu ze środka transportu. W przypadku ujawnienia wady lub awarii Konsultant zapewni pojazd zastępczy w ciągu 24 godzin od zgłoszenia.

Środek transportu dla Zamawiającego będzie spełniać niżej wymienione warunki:

- ☐ samochód SUV, 5-drzwiowy,
- ☐ napęd 4x4 (stały lub dołączany), ☐
- układ stabilizacji toru jazdy,
- ☐ system zapobiegający blokowaniu się kół podczas hamowania (ESP),
- ☐ lusterka zewnętrzne boczne sterowane elektrycznie, ☐
- minimum 2 poduszki powietrzne,
- ☐ klimatyzacja,

15

-
- ☐ radio, ☐
 - komplet podłogowych dywaników gumowych,
 - ☐ komplet opon zimowych, komplet opon letnich,
 - ☐ wspomaganie układu kierowniczego, ☐
 - regulowana kolumna kierownicy,
 - ☐ lampa błyskowa pomarańczowa na magnes z przedłużaczem (kogut),
 - ☐ polskie świadectwo homologacji,
 - ☐ nie dopuszcza się samochodów z homologacją ciężarową (tzw. kratka).

Zamawiający wymagał, aby użyczony samochód posiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, NNW i Assistance, a także, aby konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych,

bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przedłużenia ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu.

Konsultant mógł użyć samochód nowy bądź używany, jednak nie starszy niż czteroletni (4 lata liczone od pierwszej rejestracji) i z przebiegiem nie większym niż 80 tys. km.

Najtańszym autem spełniającym przedmiotowe wymogi jest Fiat Panda 4x4. Najtańsza wersja przedmiotowego samochodu kosztuje 39.400 zł brutto (32.032,52 zł netto). Zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz obostrzeniem Zamawiającego, że nie można przekazać auta z tzw. krótką konsultant może odliczyć jedynie 50% VAT od zakupu i eksploatacji samochodu osobowego wykorzystywanego w firmie. Wobec tego koszt auta, który musi być ujęty w cenie oferty wynosi 35.716,26 zł.

Odwolujący nadmieniał, że jeśli w kwestionowanych wyjaśnieniach wykonawcy wskazali, że posiadają własne auta, to w przedmiotowej pozycji winni uwzględnić jego amortyzację, jako auta nie starszego niż 4 lata. Zdaniem Odwołującego żaden z nich nie wskazał w wyjaśnieniach, że posiada używane auto, które będzie udostępnione Zamawiającemu. Wobec braku takiego wskazania należy przyjąć, że cena oferty musiała być kalkulowana dla auta nowego.

Zgodnie z Formularzami cenowymi na środki transportu w pozycji 1.2a przeznaczono:

- ☐ Konsorcjum I – kwota 151.800,00 zł netto (46 x 3.300,00 zł netto), ☐
- Wykonawca L – kwota 78.200,00 zł netto (46 x 1.700,00 zł netto),
- ☐ Wykonawca E – kwota 184.000,00,00 zł netto (46 x 4.000,00 zł netto).

16

Wedle powyższego na eksploatację auta Zamawiającego oraz zapewnienie i utrzymanie środków transportu dla członków personelu konsultanta pozostaje odpowiednio:

- ☐ Konsorcjum I – 116.083,74 zł netto,
- ☐ Wykonawca L – 42.483,74 zł netto,
- ☐ Wykonawca E – 148.283,74 zł netto.

Przez okres realizacji umowy wynoszący 46 miesięcy daje to odpowiednio:

- ☐ Konsorcjum I – 2.523,26 zł netto/miesiąc, ☐
- Wykonawca L – 923,56 zł netto/miesiąc,
- ☐ Wykonawca E – 3.223,56 zł netto/miesiąc.

Rozbijając pozostałą do dyspozycji wykonawców kwotę (biorąc pod uwagę wyłącznie koszt utrzymania samochodu przeznaczonego dla Zamawiającego) otrzymujemy następujące składowe:

a) koszt zapewnienia paliwa

Zgodnie pkt 2.4 TOM III OPZ „Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.2a oraz 4.2a Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit 7 tys. kilometrów na miesiąc (średnio 3,5 tys. kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego świadectwa przejęcia do wystawienia ostatecznego świadectwa płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej”.

Według producenta średnie spalanie ww. najtańszego auta wynosi 5,2 l na 100 km, wobec czego koszty paliwa przedstawiają się następująco: $7.000 \text{ km} \times 4,44 \text{ zł/litr} \times 5,2 = 1.465,05 \text{ zł}$.

Po odliczeniu kosztów zapewnienia paliwa Zamawiającemu, podział kosztów przedstawia się następująco:

- ☐ Konsorcjum I – 1.058,51 zł netto/miesiąc,
- ☐ Wykonawca L – 541,49 zł netto/miesiąc,
- ☐ Wykonawca E – 1.158,51 zł netto/miesiąc.

Każdy z wykonawców zobowiązany był ująć w cenie oferty koszty eksploatacji więcej niż 1 auta. Zgodnie z SIWZ (pkt 2.4 „Konsultant niniejszego zamówienia wyposaży swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności, zapewniającą sprawne pełnienie Usługi”) wykonawca ma zapewnić jedno auto dla Zamawiającego oraz auta dla

17

swoich pracowników. Już sam koszt paliwa wyczerpuje całą pozostałą kwotę,

jaką Wykonawca L mógłby mieć przeznaczoną na eksploatację wszystkich aut. Natomiast kwoty które pozostały Konsorcjum I i Wykonawcy E są zbyt niskie, aby pokryć niezbędne koszty przeznaczone na eksploatację aut niezbędnych do dyspozycji personelu konsultanta.

b) ubezpieczenie OC i AC.

Zgodnie z ofertami ubezpieczycieli najtańsza polisa wypełniająca wymogi SIWZ kosztuje 1.239 zł brutto rocznie. Po odliczeniu 50% VAT daje to koszt 1.123,16 zł, który musi być uwzględniony w cenie oferty. Ponieważ ubezpieczenie opłacane jest w okresach rocznych jego koszt będzie wynosił miesięcznie 93,60 zł miesięcznie (1123,16 zł/12 m-cy).

Jak w przypadku kosztów paliwa – wykonawca ma obowiązek ubezpieczyć nie tylko auto dla Zamawiającego, ale także samochody, które będą wykorzystywane w toku realizacji Umowy przez pracowników wykonawcy.

c) mycie auta

Zgodnie z pkt 2.4 SIWZ konsultant zobowiązany jest do wykonania 4 myć auta w ciągu miesiąca. Koszt jednego mycia na myjni automatycznej to w najtańszym pakiecie 14,80 zł brutto, co – po odliczeniu 50% VAT – daje 13,41 zł. Miesięczny koszt mycia wynosi średnio 53,64 zł.

d) serwis

Zgodnie z przedmiotowymi postanowieniami SIWZ oprócz eksploatacji konsultant musi zapewnić między innymi odpowiedni serwis uzależniony w dużej mierze od awaryjności auta, w tym: zakupić co najmniej 2 komplety opon, koguta, zapewnić płyny eksploatacyjne oraz regularne przeglądy techniczne. Średni koszt przedmiotowych czynników wynosi około 200 zł miesięcznie.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że średni miesięczny koszt zapewnienia tylko jednego auta przeznaczonego dla Zamawiającego to 2.642,90 zł (suma ww. kosztów), a więc przekracza wartość przeznaczoną przez Konsorcjum I o 119,34 zł miesięcznie, Wykonawcę L – o 1.719,34 zł miesięcznie, a Wykonawcy E na zapewnienie środków transportu dla personelu konsultanta zostaje 580,66 zł miesięcznie.

Zamawiający – jak wspomniano – przewidział w SIWZ konieczność zapewnienia środków transportu zarówno dla Zamawiającego, jak i dla pracowników Wykonawcy – SIWZ, TOM III, pkt 2.4 „Środki transportu i łączność” – „Konsultant niniejszego zamówienia wyposaży swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony usługi. Przy założeniu, komórkowe), zapewniające sprawne pełnienie

18

że wykonawca zapewnia wyłącznie jeden środek transportu dla swojego personelu, minimalne koszty jego utrzymania przedstawiają się; następująco (bez uwzględnienia kosztów zakupu, leasingu, czy amortyzacji):

Ilość dni eksploatacji samochodów (966 dni/1 auto) 46mcy x 21 dni 966

Wartość benzyny na 1 km 0,35

Limit km na 1 dzień 60,00

Koszt zakupu 0,00

Koszt leasingu 0,00

Odsprzedaż 0,00

Koszt ubezpieczenia 4.000,00

Koszty eksploatacyjne (min. naprawy itp.) 19.250,00

Koszt benzyny 19.440,75

Całkowite koszty samochodu/koszty miesięczne utrzymania 1 samochodu 42.690,75/1.012,58 zł

Zatem, biorąc pod uwagę wszystkie niezbędne koszty, które wykonawca zgodnie z SIWZ jest zobowiązany ponosić w zakresie środków transportu, przedstawione koszty przez Konsorcjum I, Wykonawcę L i Wykonawcę E są zaniżone, co przedstawia szczegółowo poniższa tabela:

Wykonawca Miesięcznie Całkowity koszt brutto

Konsorcjum I -1.131,92 zł netto -52.068,32 zł netto

Wykonawca L -2.731,92 zł netto -125.668,32 zł netto

Wykonawca E -431,92 zł netto -19.868,32 zł netto

Koszty zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego na umowę o pracę

Zgodnie z postanowieniami pkt 2.1 OPZ konsultant musi zapewnić dla personelu

biurowego oraz personelu pomocniczego dla okresu projektowania oraz wykonania robót budowlanych po minimum 2 osoby. Natomiast zgodnie z SIWZ TOM II WU § 13 pkt 6 „Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na umowę o pracę były również osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących personel biurowy oraz personel pomocniczy, tj. czynności biurowe, administracyjne o organizacyjne wskazane w pkt 2.1 OPZ”.

Zatrudnienie 4 osób na umowę o pracę nakłada na wykonawcę odpowiedzialność oraz dodatkowe zobowiązania, które są zobowiązaniami kosztotwórczymi. Zdaniem Odwołującego także te koszty nie zostały uwzględnione w cenach ofert, a następnie nie wskazano ich w złożonych wyjaśnieniach.

Zgodnie art. 152. § 1 K.p. pracownikowi przysługuje prawo do corocznego, nieprzerwanego, płatnego urlopu wypoczynkowego, zwanego dalej „urlopem”, przy czym minimalny wymiar urlopu wynosi 10 dni.

19

W świetle SIWZ – TOM II WU, § 11 pkt 18 konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo m.in. w przypadku urlopu którejkolwiek z osób personelu konsultanta.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku zgłoszenia jako zastępstwo na czas urlopu osoby będącej już członkiem personelu konsultanta za powyższe nie będzie pobierane wynagrodzenia, co wynika z § 11 pkt 20 WU: „Konsultant nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywanych obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej”.

Powyższe oznacza, że Konsorcjum I, Wykonawca L i Wykonawca E w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny winni albo wykazać, że ujęli w cenie oferty koszt zapewnienia zastępstwa w postaci osoby zatrudnionej na umowę o pracę, albo też wskazać, że nie będą uzyskiwać wynagrodzenia z danego stanowiska. Przy czym w obu przypadkach zobowiązany jest ponieść koszty urlopu.

Dla pozycji 1.3 Personel Biurowy oraz 1.4 Personel pomocniczy ww. wykonawcy przyjęli następujące kwoty:

Wykonawca 2 osoby poz. 1.3 2 osoby poz. 1.4

Konsorcjum I 4.800,00 zł (2.400,00 zł/osoba) 4.800,00 zł (2.400,00 zł/osoba)

Wykonawca L 4.850,00 zł (2.425,00 zł/osoba) 4.850,00 zł (2.425,00 zł/osoba)

Wykonawca E 4.800,00 zł (2.400,00 zł/osoba) 4.800,00 zł (2.400,00 zł/osoba)

Koszty, jakie ponosi pracodawca przy zatrudnianiu pracownika na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem równym minimalnej – obecnie 2.000,00 zł brutto (przy podstawowych kosztach uzyskania – 111,25 zł) – wynoszą:

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

Suma dodatkowych obciążeń to 412,20 zł, wobec czego realny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu osoby na umowę o pracę to 2.412,20 zł na osobę.

20

Wypełniając wytyczne z postanowień SIWZ i zapewniając po 2 osoby na każde z pozycji (personel biurowy i pomocniczy) Wykonawcy muszą ponieść minimalne koszty w wysokości 4.824,40 zł. Zatem przy cenach zaoferowanych przez Konsorcjum I oraz Wykonawcę E poziom zaoferowanych przez nich wynagrodzeń nie pokrywa nawet minimalnego wynagrodzenia o pracę. W przypadku Wykonawcy L na zapewnienie wszystkich innych wymogów, łącznie z urlopami pozostaje miesięcznie 25,60 zł netto, a więc 12,80 zł na osobę.

Przeliczając to przez czas trwania kontraktu (46 miesiące – tj. $25,80 \times 46$),

otrzymujemy rezerwę 1.186,80 zł netto, co w przeliczeniu na 1 osobę daje 593,40 zł netto na cały okres 46 miesięcy. Rezerwa ta nie pokryje nawet kosztów choćby jednorocznego urlopu wymaganego kodeksem pracy, a w przeciągu realizacji inwestycji każda z tych 4 osób ma prawo 4-krotnego urlopu po 20 dni każdy. 20 dni urlopu to jeden miesiąc pracy, zatem rezerwa powinna wynosić co najmniej 2.412,20 zł na osobę na rok, a na 46 miesięcy – 4-krotność tej kwoty, tj. 9.649,60 zł.

Zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienia w ogóle nie odnoszą się do tych kwestii, w szczególności nie wskazują żadnych możliwych oszczędności czy też innych propozycji rozwiązania ww. kwestii.

Kalkulacja z oferty Minimalne wynagrodzenie z Wykonawca Pozostała kwota miesięcznie poz. 1.3 i 1.4 kosztami pracodawcy

A B A-B

Konsorcjum I 4.800,00 zł (2.400,00 zł/osoba) 4.824,40 zł (2.412,20 zł/osoba) -24,40 zł

Wykonawca L 4.850,00 zł (2.425,00 zł/osoba) 4.824,40 zł (2.412,20 zł/osoba) 25,60 zł/12,80 zł na 1 m-c

Wykonawca E 4.800,00 zł (2.400,00 zł/osoba) 4.824,40 zł (2.412,20 zł/osoba) -24,40 zł

Koszty wypełnienia zapisów kryterium pozacenowych

Wykonawcy zgodnie z oświadczeniami, jakie złożyli w swych ofertach na formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe”, zobowiązali się do wypełnienia wszystkich stawianych w pkt 19.1.2 IDW wymogów.

W opinii Odwołującego, Konsorcjum I, Wykonawca E i Wykonawca L w złożonych wyjaśnieniach nie uwzględnili, bądź uwzględnili w sposób nieprawidłowy, kosztów następujących elementów:

a) wykonywanie cyklicznych zdjęć.

Zgodnie z pkt 19.1.2.2.1) IDW:

21

„Konsultant zastosuje bezpośredni i zdalny monitoring geodezyjny przy wykorzystaniu metod fotogrametrycznych z zastosowaniem bezzałogowych platform latających (UAV – Unmanned Aerial Vehicle) lub tradycyjnego nalotu lotniczego (...).

Komplet zdjęć z nalogów (dane źródłowe, fotografie bez korekcji) oraz pozostałe dane zaimplementowane w trakcie realizacji usługi należy dodatkowo przekazać Zamawiającemu na przenośnym dysku zewnętrznym (...).

Konsultant jest zobowiązany do wykonania opracowań z poniższą częstotliwością:

- 1) pierwsze opracowanie należy wykonać w okresie do 6 miesięcy od rozpoczęcia realizacji Usługi. Opracowanie należy zingerować (porównać) z mapą do celów projektowych oraz projektem. Konsultant jest zobowiązany dokonać analizy otrzymanych materiałów pod względem zgodności dokumentacji projektowej z terenem istniejącym.
- 2) Drugie opracowanie ortofotomapy należy wykonać w terminie ustalonym z kierownikiem projektu w celu zinventaryzowania stanu istniejącego nieruchomości przed planowanym terminem wydania decyzji ZRID.
- 3) Kolejne opracowania ortofotomapy należy wykonać nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy. Każde opracowanie należy zingerować (porównać) z mapą do celów projektowych oraz projektem. Konsultant jest zobowiązany dokonać analizy otrzymanych materiałów pod względem zgodności dokumentacji projektowej z terenem istniejącym.
- 4) Po zakończeniu robót budowlanych objętych umową z wykonawcą robót, Konsultant wykona ostatni nalot oraz końcowe opracowanie i zingeruje je z geodezyjnym pomiarem bezpośrednim powykonawczym (mapą powykonawczą). Konsultant jest zobowiązany dokonać analizę otrzymanych materiałów. Powyższe czynności oraz wnioski z nich płynące należy zawrzeć w raporcie końcowym. (...) Konsultant zobowiązuje się do udostępnienia opracowań, o których mowa powyżej, w przeglądarce WWW – z dostępem dla Zamawiającego na LOGIN i Hasło. Web serwis musi zawierać możliwość wspólnego i referencyjnego – raportu ortofoto, projektu, oraz mapy do celów projektowych. (...)

Przez cały okres trwania kontraktu do momentu wydania świadectwa wykonania, przeglądarka winna funkcjonować na serwerach konsultanta.”

Zgodnie z tym w obowiązku wykonawcy jest zapewnienie nie tylko wykonania samej ortofotomapy techniką nalotu lotniczego, ale również wykonawca zobowiązany jest zapewnić weryfikację mapy ze stanem rzeczywistym oraz projektowym, jak również zapewnienie

strony WWW i serwera ftp do przechowywania i udostępniania przedmiotowych materiałów.

Mając na uwadze powyższe w złożonych wyjaśnieniach wykonawcy powinni w sposób jasny określić, kto będzie wykonywał przedmiotową ortofotomapę, czy posiada do

22

tego wymagane, uprawnienia oraz sprzęt, czy zapewni przeglądarkę oraz serwer zgodny z wymaganiami przez cały okres realizacji usługi - oraz wskazać wszystkie koszty związane z powyższym zakresem oferty.

- b) obecność personelu konsultanta przy zwiększonym zakresie badań, pomiarów i pobieraniu próbek

Według pkt 19.1.2.2.2) IDW – podkryterium 1.2 Kontrola Jakości „Konsultant będzie uczestniczył w wykonanych przez Wykonawcę Robót pomiarach, badaniach oraz czynnościach polegających na pobieraniu prób na Placu Budowy w ilości 20% większej niż przewidywana w Umowie (30%), tj. łącznie 50%. Konsultant jest zobowiązany potwierdzić fakt uczestnictwa w pomiarach, badaniach oraz przy pobieraniu prób zgodnie z Umową.”.

W opinii Odwołującego wykonawcy wykazali wyłącznie, że zatrudnili przedmiotowego specjalistę w niepełnym wymiarze pracy (pół etatu). Taki zakres wynika z podstawowych obowiązków wykonawcy – zgodnie z § 13 ust. 7 WU [Ogólne obowiązki Konsultanta] „Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie Umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadczenia Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu (...). Technolog przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadczenia Przejęcia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż ½ etatu”.

Zdaniem Odwołującego ujęcie kosztów przedmiotowego specjalisty wyłącznie w niepełnym wymiarze pracy (pół etatu) i nie uwzględnił w wyjaśnieniach skutków zwiększenia jego obowiązków wynikających z ww. podkryterium. Skoro wykonawcy zadeklarowali, że będzie uczestniczył w zwiększonej ilości prac, to jego obowiązki z konieczności uczestnictwa wzrosły 30% badań (minimum określone w SIWZ) do aż 50% (obowiązki wynikające z deklaracji w danym podkryterium). W opinii Odwołującego w przeciągu 10 dni roboczych nie ma możliwości dokonania odbioru i obecności przez jedną osobę (potwierdzonych protokołem) na odcinku drogi o długości 24 km.

- c) 2-tygodniowy okres dublowania pracy ekspertów kluczowych

Z pkt 19.1.2.2.4) IDW, czyli Podkryterium 1.4 Niezmiennność personelu Konsultanta wynika, że wykonawca musi zapewnić, iż „W przypadku zmiany ekspertów kluczowych w trakcie realizacji umowy Konsultant zapewni, w ramach obowiązków każdego zatrudnionego eksperta, sporządzenie Raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego eksperta w ramach kontraktu oraz zdublowanie pracy w okresie 2 tyg. Raport ten będzie miał za zadanie płynne przekazanie obowiązków i wdrożenie nowego eksperta poprzez szybsze zorientowanie się w sprawach prowadzonych przez

23

odchodzącego z kontraktu eksperta, oraz uniknięcie sytuacji związanej z pominięciem spraw przez niego rozpoczętych i niezakończonych”.

Zgodnie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień z dnia 7 sierpnia 2017 r. wykonawcy byli w obowiązku przedstawienia kompletności ceny w tym „Na potwierdzenie powyższego należy przedłożyć rozbić ceny ofertowej w podziale na miesiące realizacji Usługi z uwzględnieniem elementów składowych tj. koszty poszczególnego personelu konsultanta, z uwzględnieniem zatrudnienia deklarowanych osób na umowę o pracę”.

W opinii Odwołującego wykonawcy przedstawiając harmonogram z kosztami personelu (dniówki), nie uwzględnili konieczności zapewnienia zdublowania i tym samym zwiększonego kosztu dla danego stanowiska w momencie przekazywania obowiązków. Żaden element wyjaśnień nie obejmuje wynagrodzenia za pracę w zdublowanym okresie.

- d) Koszty personelu w okresie realizacji robót oraz gwarancji

Zgodnie z § 3 WU – Termin realizacji Umowy, Wykonawca zobowiązany jest pełnić usługę nadzoru w okresie gwarancji przez 15 miesięcy. Zgodnie z ofertami wykonawcy w poz. 2.3 przedmiotowe usługi będą kosztować:

Konsorcjum I 760.000,00 zł netto

Wykonawca L 790.000,00 zł netto

Wykonawca E 747.009,00 zł netto
Odwołujący 931.889,95 zł netto

W kolejnej tabeli Odwołujący przedstawił zestawienie podziału kosztów personalnych (samyh pensji) w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia i średniej krajowej w okresie realizacji dokumentacji projektowej. Uwzględniając minimalne wynagrodzenie za pracę w 2017 r. w wysokości 2.000,00 zł, koszty jakie ponosi pracodawca wynoszą 2.412,20 zł miesięcznie. Gdyby uznać, że wykonawcy zamierzają zatrudniać specjalistów za takie wynagrodzenie ceny ofert powinny wyglądać następująco:

Eksperti kluczowi Liczba m-cy Kwota miesięczna Kwota za dany etap			
Inżynier kontraktu	15	2.412,20 zł	36.183,00 zł
Specjalista ds. rozliczeń	15	2.412,20 zł	36.183,00 zł
Specjalista ds. rozszczeń	15	2.412,20 zł	36.183,00 zł
Technolog	15	2.412,20 zł	36.183,00 zł
Główny weryfikator DP drogowej	15	2.412,20 zł	36.183,00 zł
Główny weryfikator DP mostowej	15	2.412,20 zł	36.183,00 zł
Główny IN robót drogowych	15	2.412,20 zł	36.183,00 zł
Główny IN robót mostowych	15	2.412,20 zł	36.183,00 zł
			Suma 289.464,00 zł

24

Odwołujący zauważył, że w tabeli zestawiono tylko i wyłącznie koszty personelu głównego na podstawie umów o pracę z minimalną dopuszczoną przez prawo wysokością wynagrodzenia, co konsumuje aż blisko 40% kwoty przeznaczonej przez wykonawców do realizacji etapu gwarancyjnego.

Odwołujący zaznaczył, że powyższe wyliczenie przedstawiono jedynie poglądowo, ponieważ nie jest możliwe zatrudnienie wysoko wyspecjalizowanego personelu spełniającego wymagania stawiane przez Zamawiającego w zamian za wynagrodzenie w wysokości 2.000 zł brutto. Wynagrodzenie, jakie otrzymałby „na rękę” Inżynier Kontraktu czy Technolog, wynosi 1.459,48 zł miesięcznie. Obecnie żaden specjalista spełniający warunki określone w SIWZ nie podejmuje pracy w zamian za takie stawki wynagrodzenia.

Zdaniem Odwołującego przedmiotowi specjaliści muszą otrzymywać wynagrodzenie w wysokości co najmniej średniej krajowej. W tabeli poniżej przedstawił to samo zestawienie uwzględniające stawki według średniej krajowej czyli 4.635 zł brutto (koszt pracodawcy to 5.590 zł).

Eksperti kluczowi Liczba m-cy Kwota miesięczna Kwota za dany etap			
Inżynier kontraktu	15	5.590,00 zł	83.850,00 zł
Specjalista ds. rozliczeń	15	5.590,00 zł	83.850,00 zł
Specjalista ds. rozszczeń	15	5.590,00 zł	83.850,00 zł
Technolog	15	5.590,00 zł	83.850,00 zł
Główny weryfikator DP drogowej	15	5.590,00 zł	83.850,00 zł
Główny weryfikator DP mostowej	15	5.590,00 zł	83.850,00 zł
Główny IN robót drogowych	15	5.590,00 zł	83.850,00 zł
Główny IN robót mostowych	15	5.590,00 zł	83.850,00 zł
			Suma 670.800,00 zł

W przypadku zatrudnienia specjalistów w zamian za wynagrodzenie w wysokości średniej krajowej kwota przewidziana przez wykonawców za realizację etapu gwarancji jest niewystarczająca – wykonawcy przewidzieli jedynie kwoty rzędu 750.000 zł za realizację tego etapu, z czego wynagrodzenie personelu kluczowego pochłania 670.800 zł (a więc 90% całej pozycji). Na realizację pozostałych postanowień SIWZ oraz zapewnienia ekspertów niekluczowych pozostają wykonawcom następujące kwoty:

Konsorcjum I 89.200,00 zł netto (5.946,66 zł/m-c)

Wykonawca L 119.200,00 zł netto (7.946,67 zł/m-c)

Wykonawca E 76.209,00 zł netto (5.080,60 zł/m-c)

W powyższych kwotach niezbędne jest zatrudnienie 33 osób pozostałego personelu, zgodnie z pkt. 2.1.2 OPZ. Daje to miesięcznie kwoty:

Wykonawca Kwota na 1 osobę pozostałego personelu w PLN miesięcznie

Konsorcjum I 180,20 zł

Wykonawca L 240,80 zł

Wykonawca E 153,95 zł

e) Koszty zapewnienia odpowiedniego sprzętu geodezyjnego

Zgodnie z postanowieniami § 16 WU [Obowiązki Konsultanta w zakresie prac geodezyjnych]:

- „1. Konsultant odpowiedzialny jest za prawidłowy nadzór nad pracami geodezyjnymi prowadzonymi przez geodetów Wykonawcy. W tym celu Konsultant zobowiązany jest dysponować odpowiednim sprzętem geodezyjnym oraz odpowiednią ilością zespołów geodezyjnych, aby zagwarantować prawidłowy nadzór nad prowadzonymi pomiarami geodezyjnymi dokonywanymi przez Wykonawcę.
2. Przez odpowiedni sprzęt rozumie się urządzenia i sprzęt pomiarowy służące do prac geodezyjnych, pozwalające na dokonanie precyzyjnych pomiarów geodezyjnych. Jeżeli urządzenia te lub sprzęt wymagają atestacji, legalizacji lub wzorcowania; to Konsultant jest zobowiązany posiadać ważne świadectwa w tym zakresie”.

Odwołujący podkreślił, że żaden z wykonawców nie oświadczył, że część usługi związanej z pracami geodezyjnymi zamierza powierzyć podwykonawcom.

Zgodnie z powyższym należy rozumieć, że dysponują oni swoim sprzętem i taka informacja winna znaleźć się w ich wyjaśnieniach z zakresu rażąco niskiej ceny. Należy nadmienić, że nie są to elementy pomijalne. Zakup jednego profesjonalnego tachimetru (urządzenia do pomiarów kątów oraz odległości) to wydatek rzędu 20.000,00 zł, a to tylko jedno z wymaganych do obsługi urządzeń. Wykonawcy nie wskazali w wyjaśnieniach, że posiadają już taki sprzęt i nie jest konieczne dokonywanie zakupów na potrzeby realizacji zamówienia. Wobec braku wskazania w wyjaśnieniach, że sprzęt już posiadają wykonawcy powinni ująć w wyjaśnieniach koszt zakupu sprzętu geodezyjnego.

Podsumowując – złożone przez Konsorcjum I, Wykonawcę L i Wykonawcę E wyjaśnienia nie wykazują, że ujęli w cenie ofert wszystkie koszty, które muszą być poniesione w toku realizacji umowy i które powinny być uwzględnione w cenie oferty. Skoro koszty takie nie zostały wskazane w wyjaśnieniach, to oczywistym jest, że nie zostały one ujęte w cenie oferty.

Domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z argumentacji przedstawionej powyżej wezwani wykonawcy nie sprostali ciężącemu na nich obowiązkowi dowodowemu, zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z 7 sierpnia 2017 r. w zakresie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a oraz 87 ust. 1 Pzp z dnia Konsorcjum I, Wykonawca L i Wykonawca E powinni przedstawić Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta zarówno dla okresu projektowania, jak również okresu realizacji robót. Wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach w odpowiedzi na wezwanie winni przedstawić przedmiotowy harmonogram, obrazując w jaki sposób będzie realizował przedmiotową usługę i jakie środki kadrowe zamierza w tym celu wykorzystać.

W opinii Odwołującego ww. wykonawcy w sposób niezgodny z SIWZ rozplanowali pracę personelu oraz nie uwzględnili istotnych oraz kluczowych branż w wymaganych tego jednostkach czasu.

Odwolujący stwierdził, że w składzie personelu wykonawcy nie uwzględnili nikogo spośród personelu „Inni Eksperti” zgodnie z pkt 2.1.2 OPZ w okresie projektowania.

Zgodnie z § 14 WU [Obowiązki Konsultanta w zakresie weryfikacji i koordynacji prac projektowych] wykonawca na etapie projektowania zobowiązany jest do:

- § 14 pkt 1.1.2 „weryfikacji i nadzorowania prawidłowości zaprojektowania linii rozgraniczające inwestycji, w kontekście rozwiązań dla obsługi przyległego terenu, zajętości terenu oraz prawidłowości podziału nieruchomości” – brak w zakresie obsługi uwzględnienia Geodety geodezyjnej inwestycji wymienionego w OPZ 2.1.2,
- § 14 pkt 1.1.4 „weryfikacji i nadzorowania wykonania Projektu robót geologicznych wraz z uzyskaniem Decyzji o zatwierdzeniu oraz wykonania w zależności od potrzeb opinii geotechnicznej, Dokumentacji badań podłoża gruntowego, Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i – Projektu geotechnicznego”

27

brak uwzględnienia specjalisty ds. nadzoru geotechnicznego oraz specjalisty ds. nadzoru geologicznego wymienionych w OPZ 2.1.2,

- § 14 pkt 1.1.5 „weryfikacji i nadzorowania przeprowadzenia procedury sporządzania raportu do ponownej oceny oddziaływania na środowisko” – brak uwzględnienia specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska wymienionego w OPZ 2.1.2,
- § 14 pkt 1.1.6 „weryfikacji i nadzorowania wykonania materiałów niezbędnych do wystąpień o uzgodnienia formalno-prawne, w tym m.in. decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym, uzgodnienia z gestorami sieci, zarządcami dróg i sieci kolejowej, decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej” – brak uwzględnienia specjalistów kontaktów ze społecznością i promocji, umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami, współpracy z gestorami sieci wymienionych w OPZ 2.1.2,
- § 14 pkt 1.1.8 „weryfikacji i nadzorowania wykonania Projektów stałej organizacji ruchu oraz projektów organizacji ruchu na czas prowadzenia Robót i ich opiniowanie” – brak uwzględnienia specjalisty ds. inżynierii ruchu wymienionego w OPZ 2.1.2.

Ponadto w pkt 2.5.5 OPZ Zamawiający dodatkowo określił szczegółowe wymagania w stosunku do specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji. Przedmiotowy specjalista musi wykonywać zadania wymienione w pkt 3.1 do 3.8 Formularza Cenowego (Działania promocyjne), a więc:

3.1 Broszura Informacyjna sztuka 1.500

Zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia 3.2 ostatniego Świadcstwa a Przejęcia miesiąc 31

Zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa a Przejęcia do 3.3 wystawienia Ostatecznego Świadcstwa a Płatności ryczałt X

Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do 3.4 wystawienia ostatniego Świadcstwa a Przejęcia miesiąc 31

Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa a 3.5 Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa a Płatności ryczałt X

Informacyjna strona internetowa kompleksowo (projekt, realizacja, utrzymanie) w okresie od 3.6 rozpoczęcia realizacji umowy do wystawienia ostatniego Świadcstwa a Przejęcia miesiąc 46

Informacyjna strona internetowa – aktualizacja w okresie od wystawienia ostatniego 3.7 Świadcstwa a Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa a Płatności ryczałt X

Wizyty studyjne w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego 3.8 Świadcstwa a Przejęcia sztuka 4

28

Według wskazanych przez Zamawiającego okresów, broszura informacyjna jest wydawana „nie wcześniej niż 6 miesięcy od daty przekazania Wykonawcom Placu Budowy” (pkt 2.5.1 OPZ), a więc w trakcie wykonywania dokumentacji projektowej, natomiast

informacyjna strona internetowa prowadzona jest przez okres 43 miesięcy, a więc cały okres usługi łącznie z okresem projektowania. Jednocześnie obowiązki specjalisty w zakresie projektowania przedstawia Zamawiający również w pkt 2.5.5 ppkt 3 OPZ:

„Współpraca z lokalną społecznością w zakresie udzielania aktualnej informacji o postępie prac projektowych oraz robót, przyjętych rozwiązań projektowych(...)”. Nie uwzględnienie przedmiotowego specjalisty w okresie projektowania jednoznacznie obrazuje niezgodności oferty ww. wykonawców z SIWZ.

Kolejnym nieuwzględnionym w okresie projektowania jest specjalista ds. sprawozdawczości.

Zgodnie z § 29 WU pkt 1 [Raporty i analizy] „Konsultant jest zobowiązany w czasie realizacji usługi w zakresie, formie i w terminach określonych w Załączniku nr 1 do umowy sporządzić oraz dostarczyć do Kierownika Projektu, Raporty oraz analizy z realizacji projektu”.

Załącznik 1 stanowi natomiast listę wymaganych opracowań wraz z ich terminami wykonania:

- „1. Raport otwarcia (należy sporządzić i przedłożyć Kierownikami Projektu w okresie dwóch miesięcy do Daty rozpoczęcia usługi)
- (...)
3. Raporty miesięczne z postępu prac (sporządzane w okresie prac projektowych i realizacji robót; opatrzone podpisem Inżyniera raporty będą dostarczane do Kierownika projektu do 5-tego dnia następnego miesiąca kalendarzowego)”.

Zamawiający określił jasno jakich raportów wymaga i w jakich terminach, przez co w personelu celowo umieścił stanowisko specjalisty ds. sprawozdawczości jako osoby odpowiedzialnej za ich przygotowanie. Jest to praktyką stosowaną przez Zamawiającego od wielu lat we wszystkich postępowaniach.

Wedle powyższego, Odwołujący stwierdził, że wykonawcy już na etapie samego projektowania nie uwzględnili aż 8-10 wymaganych zapisami SIWZ specjalistów (w zależności od podziału obowiązków):

- ☐ geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji,
- ☐ specjalista ds. nadzoru geotechnicznego,

29

-
- ☐ specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, ☐ specjalista ds. nadzoru geologicznego,
 - ☐ specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji,
 - ☐ specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami, ☐ specjalista ds. współpracy z gestorami sieci,
 - ☐ specjalista ds. inżynierii ruchu,
 - ☐ specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji,
 - ☐ specjalista ds. sprawozdawczości.

Brak uwzględnienia ww. specjalistów w cenie oferty, a następnie brak wskazania ich w wyjaśnieniach powoduje, że oferty Konsorcjum I, Wykonawcę L i Wykonawcę E powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Pismem z dnia 12 października 2017 r. Zamawiający poinformował o udostępnieniu Odwołującemu wszystkich dokumentów objętych zarzutami odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia, po stronie Zamawiającego, zgłosili Konsorcjum I, Wykonawca E i Wykonawca L, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełnienia przez ww. wykonawców przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o ich dopuszczeniu do postępowania odwoławczego w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego.

Odwołujący – nawiązując do wspomnianej powyżej czynności Zamawiającego – w piśmie procesowym z 16 października 2017 r. – wniósł o:

1. umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie wniosku o udostępnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu, wobec uwzględnienia odwołania w tym zakresie,
2. uwzględnienie odwołania w zakresie żądania unieważnienia czynności oceny ofert i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert,
3. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie z uwagi na przedwczesność zarzutów, z jednoczesnym pozostawieniem ich bez rozpoznania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

30

Postępowanie odwoławcze, w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk przez odmowę udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w dokumentach wymienionych w odwołaniu, podlegało umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

Zamawiający – pismem z 12 października 2017 r. – poinformował o udostępnieniu Odwołującemu wszystkich dokumentów wzmiankowanych w odwołaniu, co – jak wyjaśnił na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy – stanowiło uwzględnienie zarzutów odwołania w części, wobec którego przystępujący po jego stronie wykonawcy nie wnieśli sprzeciwu.

W konsekwencji powyższego pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym powstał jednak spór o charakter i następstwa dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Odwołujący twierdził, że ocena zasadności zastrzeżenia informacji jako mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jest elementem badania i oceny ofert, wobec czego stwierdzenie nieprawidłowości w takiej ocenie, czy to przez samego Zamawiającego, czy przez Izbę, powinno skutkować unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert.

Odwołujący podkreślał, że samo tylko umożliwienie mu zapoznania się z bezzasadnie zastrzeżonymi informacjami, bez jednoczesnego unieważnienia ww. czynności, nie powoduje zmiany jego sytuacji w postępowaniu odwoławczym. W szczególności, zdaniem Odwołującego, po wniesieniu odwołania nie jest możliwe uzupełnienie zarzutów związanych z rażąco niską ceną ofert przystępujących o argumentację wynikającą z treści udostępnionych mu wyjaśnień, a to z uwagi na przepis art. 192 ust. 7 Pzp. Z tej samej przyczyny Odwołujący twierdził, że jest również pozbawiony możliwości podnoszenia zarzutów w zakresie ujawnionych po wszczęciu postępowania odwoławczego dokumentów podmiotowych dotyczących Wykonawcy E.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawcy argumentowali odmiennie, wskazując, że ocena zasadności zastrzeżenia informacji nie stanowi elementu badania i oceny ofert i nie rzutuje na prawidłowość tych czynności. Wywodzili, że badanie oferty dotyczy kwestii jej zgodności z wymaganiami zamawiającego wynikającymi z SIWZ.

Zamawiający i przystępujący twierdzili również, że odwołujący się wykonawca może uzupełnić w postępowaniu odwoławczym argumentację dotyczącą zarzutów sformułowanych w odwołaniu, wobec czego brak jest przeszkód, aby w tej sprawie merytorycznie rozpoznać odwołanie w zakresie zarzutów związanych z rażąco niską ceną ofert przystępujących.

31

Rozstrzygając przedstawioną powyżej kwestię sporną Izba przyznała rację Odwołującemu stwierdzając, że udostępnienie mu uprzednio zastrzeżonych przez przystępujących informacji skutkować powinno unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert, których nieuprawnione zastrzeżenia dotyczyły.

Przede wszystkim skład orzekający wskazuje, że przepisy Pzp nie definiują pojęć badania i oceny oferty. Nie sposób jednak nie zauważyć, że są to czynności poprzedzające wybór oferty najkorzystniejszej, którego prawidłowość warunkowana jest przeprowadzeniem ich w zgodzie z przepisami Pzp.

Z analizy art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp wynika, że ocena ofert to ich uszeregowanie w oparciu o przyjęte w danym postępowaniu kryteria oceny ofert, pozwalające zamawiającemu na ustalenie która ze złożonych ofert jest najkorzystniejsza i powinna zostać wybrana.

Także w przypadku ustalania znaczenia pojęcia badania ofert przepisy Pzp nie dają *expressis verbis* odpowiedzi na pytanie jak przebiega ten proces i z jakich składa się elementów. W tym zakresie zwraca uwagę przepis art. 87 ust. 1 Pzp, z którego wynika,

że w toku badania ofert zamawiający może zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienie ich treści. Wydawać mogłoby się zatem, że badanie oferty służy *stricto* przesądzeniu kwestii zgodności jej treści z wymaganiami zamawiającego wynikającymi z SIWZ, gdyż taki jest właśnie cel instytucji przewidzianej wspomnianym przepisem Pzp. W ocenie składu orzekającego znaczenie pojęcia badania oferty jest bardziej pojemne i obejmuje również chociażby takie kwestie jak: prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium (czy, szerzej, istnienie podstaw do odrzucenia oferty), złożenie oferty przez osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, kompletność dokumentów wymaganych przez zamawiającego, czy wreszcie aspekt kluczowy dla przedmiotowej sprawy – zasadność i określonych skuteczność zastrzeżenia jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (jedynie na marginesie przypomnieć należy, że w okresie przed nowelizacją przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, nakładającą na wykonawców obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia, powszechną praktyką było wzywanie wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, na podstawie wspomnianego wcześniej przepisu art. 87 ust. 1 Pzp). Na podstawie przytoczonego przykładowego katalogu czynności wchodzących w zakres badania ofert uprawniony wydaje się wniosek, że jest to procedura poprzedzająca ich ocenę, ponieważ nieuzasadnione byłoby dopuszczanie do oceny ofert, które chociażby podlegają odrzuceniu.

32

Błąd popełniony na etapie badania oferty, ujawniony po wyborze oferty najkorzystniejszej, skutkować powinien w pierwszeństwie unieważnieniem takiej czynności, jako efekt badania oferty, stanowiącej niewłaściwie przeprowadzonej procedury unieważnieniem wyników samego badania oferty, bowiem błąd dotyczy tego właśnie etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a dopiero następnie prawidłowym wykonaniem czynności z zakresu badania oferty. Przyjęcie dopuszczalności sanowania błędu w zakresie badania oferty bez jednoczesnego unieważnienia czynności stanowiącej jego następstwo prowadzić mogłoby *de facto* do braku zaskarżalności wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozumianego jako wybór oferty najkorzystniejszej.

Powyższe rozważania dotyczą bezpośrednio przedmiotowej sprawy. Skoro bowiem Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie 29 września 2017 r., informując o wyborze oferty najkorzystniejszej, to późniejsze udostępnienie Odwołującemu (12 października 2017 r.) bezprawnie zastrzeżonych przez przystępujących informacji, przy jednoczesnym zaniechaniu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny złożonych ofert, nie umożliwia Odwołującemu wniesienia kolejnego odwołania kwestionującego wybór oferty najkorzystniejszej z uwagi na upływ terminu do jego wniesienia. Skoro o wyniku Postępowania Odwołujący dowiedział się 29 września 2017 r., to – zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp – termin na zaskarżenie tej czynności upłynął 9 października 2017 r. Co więcej, samo udostępnienie Odwołującemu informacji zawartych w dokumentach wymienionych w odwołaniu również, w ocenie składu orzekającego, nie mogło stanowić podstawy do skorzystania przez Odwołującego z kolejnego środka ochrony prawnej. Pamiętać należy, że w świetle art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje od niezgodnej z Pzp czynności, bądź od zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, jak w tej sprawie, nie mamy do czynienia z takim działaniem/zaniechaniem Zamawiającego, ponieważ jego czynność polegająca na udostępnieniu Odwołującemu oczekiwanych przez niego informacji w istocie usunęła opisane w odwołaniu naruszenie przepisów Pzp, a nie stanowiła jego źródło.

Nie można zgodzić się również z Zamawiającym i przystępującymi – Konsorcjum I oraz Wykonawcą L, którzy zgodnie twierdzili, że Odwołujący mógłby skorzystać z udostępnionych mu po wniesieniu odwołania informacji w tym postępowaniu odwoławczym. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, których odwołujący nie zawarł w odwołaniu. Ów zakaz w przedmiotowej sprawie należy odnieść nie tylko do kwestii braku możliwości formułowania nowych zarzutów ponad te, które podniesione zostały w odwołaniu (dotyczących, przykładowo, kwestii związanych ze złożonymi przez Wykonawcę E dokumentami

33

realizacji zamówienia”), ale również do możliwości uzupełnienia zarzutów związanych z rażąco niską ceną ofert przystępujących o argumentację odnoszącą się do treści udostępnionych Odwołującemu wyjaśnień. W takiej sytuacji doszłoby bowiem do rozszerzenia podstawy faktycznej zarzutów odwołania, co również objęte jest zakazem wynikającym z art. 192 ust. 7 Pzp. *Ergo*, rozpoznanie omawianych zarzutów w tym postępowaniu odwoławczym oparte byłoby wyłącznie o okoliczności wynikające z treści odwołania, te zaś – wobec nieznamośności treści wyjaśnień przystępujących – mają charakter spekulacji, podobnie jak wniosek o nieprawidłowej ocenie wyjaśnień przez Zamawiającego.

Należy wreszcie zauważyć, że na przeszkodzie rozpoznaniu dalej idących zarzutów odwołania (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp i art. 98 ust. 1 pkt 2 Pzp), opartych o – jak wskazano – informacje udostępnione Odwołującemu po jego wniesieniu, stoi ich konstrukcja, tj. zawarte na str. 11 odwołania wskazanie, że postawione zostały one jedynie z ostrożności procesowej. Co więcej, na posiedzeniu pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, że przedmiotowe zarzuty sformułowano jedynie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nieuzasadnionej odmowy udostępnienia mu informacji zawartych w dokumentach wymienionych w odwołaniu, który to zarzut – jak wspomniano – został przez Zamawiającego uwzględniony, a związana z nim czynność żądana przez Odwołującego – wykonana. Odpadł zatem warunek negatywny, którego zaistnienie obligowałoby Izbę do rozpoznania omawianych zarzutów.

W konsekwencji skład orzekający nie uwzględnił wniosku Odwołującego o oddalenie ww. zarzutów z uwagi na ich przedwczesność, ponieważ rozstrzyganie o nich stało się w stanie faktycznym sprawy zbędne. Rozważając przytoczone powyżej stanowisko Odwołującego trzeba mieć na względzie, że oddalenie (zarzutu) odwołania jest skutkiem nie stwierdzenia przez Izbę naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływu lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 Pzp *a contrario*). Samo zatem wskazanie w sentencji wyroku, że odwołanie w zakresie danego zarzutu podlega oddaleniu stanowi wyraz jego merytorycznego rozpoznania i stwierdzenia braku określonego naruszenia. Zapatrywania tego nie zmienia zamieszczenie, czy to w sentencji orzeczenia, czy też w jego uzasadnieniu, wzmianki o przedwczesności zarzutu. Taka kwalifikacja zarzutu odwołania uzasadniona jest, przykładowo, w przypadku, w którym odwołanie dotyczy czynności, której zamawiający jeszcze w postępowaniu nie podjął. *Ad casum* sytuacja przedstawia się odmiennie, ponieważ Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert (w tym oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępujących), zwięzłej wyborem oferty najkorzystniejszej.

34

Reasumując, Izba uznała, że przeprowadzone przez Zamawiającego badanie i ocena ofert przystępujących, zakończone wyborem oferty Konsorcjum I, narusza art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Jakkolwiek pierwszy z wymienionych przepisów nie został powołany w podstawie prawnej zarzutów odwołania, to lektura zarówno zaskarżonych czynności, jak i zarzutów i żądań odwołania nie pozostawia wątpliwości, że powyższe stanowiło wyłącznie niedokładność, która nie mogła być przeszkodą w rozpoznaniu i uwzględnieniu odwołania w tym aspekcie.

Skład orzekający, zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, wziął przy tym pod uwagę – wbrew zapatrywaniom przystępującego Wykonawcy L – okoliczność udostępnienia Odwołującemu niezasadnie zastrzeżonych przez przystępujących informacji. Izba uznała jednak, że wobec zaniechania unieważnienia badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nie doszło do wyeliminowania naruszenia wskazanych powyżej przepisów Pzp.

W konsekwencji ziściła się również przesłanka z art. 192 ust. 2 Pzp w postaci potencjalnego istotnego wpływu na wynik Postępowania. Jakkolwiek Zamawiający zadeklarował, że wyników badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej nie zmieni, to nie jest wykluczone, że Odwołujący, po zapoznaniu się z udostępnionymi mu informacjami, będzie w kolejnym odwołaniu w stanie podnieść argumenty uzasadniające konieczność takiej zmiany.

Mając na uwadze przedstawione zapatrywania orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: