Sygn. akt KIO 2749/17

WYROK
z dnia 12 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Danuta Dziubińska
Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2017 r. przez wykonawcę AECOM POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawcy MOSTY KATOWICE Sp. z o.o. w Katowicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża AECOM POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez AECOM POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od AECOM POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt KIO 2749/17

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu „Prace na linii kolejowej 143 na odcinku Kluczbork - Oleśnica - Wrocław Mikołajów" w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów, część A. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 czerwca 2017 r. pod numerem 2017/S 119-240954. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca AECOM Polska Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie 29 grudnia 2017 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o.o., dalej jako: „Mosty Katowice", mimo że nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania zdolności technicznej lub zawodowej tj. doświadczenia w wykonaniu dokumentacji projektowej, o której mowa w pkt 8.6.1 Instrukcji dla Wykonawców, dalej jako: „IDW", a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) dalej jako „uznk" w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;

2. zaniechanie odrzucenia oferty Mosty Katowice, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-5 Pzp przez nierzetelną oraz nieprawidłową ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Mosty Katowice oraz uznanie, iż wyjaśnienia te potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Mosty Katowice, jako zawierającej rażąco niską cenę, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. zaniechanie odrzucenia oferty Mosty Katowice, pomimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej

---

kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk;

4. zaniechanie ujawnienia dokumentów w postaci:
a) wyjaśnień złożonych przez Mosty Katowice dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty Mosty Katowice;
b) jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia dla 3PL Project Sp. z o.o. złożonego przez Mosty Katowice wraz z ofertą;
c) wykazu zamówień wykonanych przez Mosty Katowice na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.6.1 IDW,
podczas gdy dokumenty te i informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, co skutkowało prowadzeniem postępowania przez zamawiającego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzeniem postępowania niezgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności, w konsekwencji naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk;

5. zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że oferta ta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, brak jest podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ i/lub rażąco niską cenę i/lub czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;

6. dokonanie wyboru oferty Mosty Katowice jako oferty najkorzystniejszej, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 3 uznk w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;

7. wadliwe badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu w związku z błędną wykładnią kryterium doświadczenia dokonaną przez zamawiającego, co skutkowało zaniżeniem przez zamawiającego punktacji przyznanej odwołującemu w zakresie kryterium dodatkowego doświadczenia personelu wykonawcy oraz wadliwym wyborem jako najkorzystniejszej oferty Mosty Katowice, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

---

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Mosty Katowice;
3. ujawnienie zastrzeżonych przez Mosty Katowice jako tajemnica przedsiębiorstwa:
a) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej

przez Mosty Katowice ceny;

b) jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia dla JPL Project Sp. z o.o. złożonego przez Mosty Katowice wraz z ofertą;

c) wykazu zamówień wykonanych przez Mosty Katowice na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 8.6.1 IDW;

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu;

5. nakazanie wykluczenia Mosty Katowice z Postępowania w przypadku uwzględnienia zarzutu, o którym mowa w pkt 1.1;

6. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Mosty Katowice w przypadku uwzględnienia zarzutów , o których mowa w pkt 1.2 i 1.3;

7. nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Ponadto wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych i wymienionych w odwołaniu na okoliczności w nim wskazane;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy kolejowego w zakresie projektowania, realizacji obiektów budowlanych, kosztorysowania i rozliczania robót budowalnych w warunkach ofertowych i przetargowych na okoliczność ustalenia:

a) czy złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp przez wykonawcę Mosty Katowice wyjaśnienia uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia i czy przyjęte koszty są na realnym poziomie?

b) czy cena oferty Mosty Katowice zapewnia należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, czy są to ceny rynkowe i czy nie odbiegają one znacząco od poziomu rynkowego (cena rażąco niska)?

c) czy zaoferowana cena obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w SIWZ, w wysokości pozwalającej na co najmniej nieponiesienie przez Mosty Katowice straty?

d) jaka jest przewidywana wysokość zysku lub straty dla oferty Mosty Katowice?

---

e) czy w określonych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny czasie i zakresie personalnym jest możliwe wykonanie zgodnie z obowiązującymi normami, prawem budowlanym oraz wymaganiami SIWZ przedmiotu zamówienia?

f) czy cena zaoferowana przez Mosty Katowice uwzględnia wszystkie ryzyka związane z realizacją zamówienia określone w SIWZ?

g) czy stawki dzienne za nadzór autorski wskazane przez Mosty Katowice, przy uwzględnieniu zakresu nadzoru autorskiego wynikającego z SIWZ są stawkami realnymi, rynkowymi?

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego - językoznawcy w zakresie językoznawstwa, na okoliczność ustalenia czy kryteria oceny dodatkowego doświadczenia personelu wykonawcy przyjęte w pkt 19.7 IDW dla Koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych zostały sformułowane w sposób jasny, zrozumiały oraz niebudzący wątpliwości;

4. rozpoznanie niniejszego odwołania - na podstawie art. 189 ust. 6 PZP na rozprawie z wyłączeniem jawności w części, tj. w zakresie, w jakim rozpoznaniu podlegać będą zarzuty odwołania w zakresie wadliwego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu skutkującym zaniżeniem przez Zamawiającego punktacji przyznanej Odwołującemu na podstawie kryterium dodatkowego doświadczenia personelu, z uwagi na to, iż są to informacje zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Ustawy;

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego, w szczególności zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego według norm przepisanych, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Wykonawca Mosty Katowice przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, z tym że odwołujący cofnął zarzuty opisane w pkt 4b i 4c katalogu naruszeń. Zamawiający wniósł o oddalenie

odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów stoją na przeszkodzie uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania wykluczenia Mosty Katowice z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu dokumentacji projektowej nie znalazł potwierdzenia.

Zgodnie z pkt 8.2.3 IDW, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W pkt 8.6.1 IDW zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonali w ramach jednego lub więcej zamówień:

a) dokumentację projektową (obejmującą, co najmniej projekt budowlany) w zakresie budowy lub przebudowy zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej obejmującej 2 szlaki o dł. łącznej min 10 km w zakresie nawierzchni, podtorza, odwodnienia torów oraz przebudowę sieci trakcyjnej wraz konstrukcjami wsporczymi. Jeżeli wykonawca będzie wykazywał się wykonaniem projektów dla linii kolejowej dwutorowej minimum 10 km nawierzchni torowej wraz z podtorzem, odwodnieniem i siecią trakcyjną wraz z konstrukcjami wsporczymi, na podstawie więcej niż jednego zamówienia, to każde z tych zamówień musi obejmować odcinek nie krótszy niż 5 km;

b) dokumentację projektową (obejmującą, co najmniej projekt budowlany) w zakresie budowy lub przebudowy jednej stacji kolejowej (powyżej 30 rozjazdów) obejmującej: nawierzchnię, podtorze, odwodnienie, sieć trakcyjną z konstrukcjami wsporczymi, perony oraz posiadającej, co najmniej dwa tory główne zasadnicze, dwa tory główne dodatkowe i trzy krawędzie peronowe;

c) dokumentację projektową (obejmującą, co najmniej projekt budowlany) w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 1 (jednego) systemu komputerowych urządzeń, obejmujących stacyjne urządzenia srk, na stacji Uczącej co najmniej 30 zwrotnic oraz szlaku z zabudowanymi liniowymi urządzeniami srk;

d) dokumentację projektową (obejmującą, co najmniej projekt budowlany) w zakresie budowy lub przebudowy 3 (trzech) obiektów typu: most, wiadukt lub estakada o rozpiętości najdłuższego przęsła niemniejszej niż 20 m, w tym co najmniej 1 (jeden) wiadukt kolejowy i 1 (jeden) most kolejowy.

Wykonawcy zobowiązani byli do podania wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przystępujący złożył wykaz usług, który zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to zamawiający uznał za nieskuteczne 5 stycznia 2018 r. już po wniesieniu odwołania.

Zarzut braku wymaganego doświadczenia zawodowego został rozpoznany przez Izbę w granicach zakreślonych w odwołaniu z pominięciem wskazanych na rozprawie nowych podstaw uznania braku spełniania warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego. Wykonawca w odwołaniu podnosił, że przystępujący nie posiada wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, ponieważ z informacji na stronach internetowych Mosty Katowice wynika, że wykonawca jest firmą działającą na rynku drogowym/ mostowym i nie posiada praktycznie doświadczenia w realizacji projektów kolejowych. W zakładce dotyczącej zrealizowanych inwestycji, brak jest projektów, które wskazywałyby na spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.6.1 IDW.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z

przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. W przeciwnym razie doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający, o tym jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść.

Okoliczność, że zamawiający wdał się w spór z odwołującym, nie skłania do przeciwnego poglądu, gdyż było to możliwie tylko z tego względu, że to zamawiający był odbiorcą spornych usług. W sytuacji, gdyby usługi te nie były wykonywane na rzecz zamawiającego, zamawiający nie byłby w stanie tego uczynić.

Fakt, że zamawiający ujawnił dokumenty dotyczące doświadczenia przystępującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, może potwierdzać nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż oceny spełniania przesłanek wymaganych przez art. 11 ust. 4 uznk zamawiający powinien dokonać przed

---

przesłaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednak pozostaje bez wpływu dla ustalenia granic rozpoznania odwołania.

Celem regulacji procedury odwoławczej jest umożliwienie toczenia sporu przed Izbą bez przywilejów dla stron i uczestników. Tak jak niedopuszczalne jest rozszerzanie na etapie postępowania odwoławczego podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy przez zamawiającego ponad to, co zostało wskazane w stosownej informacji zamawiającego, tak samo niedopuszczalne jest kreowanie przez odwołującego na rozprawie nowych podstaw faktycznych zarzutów.

Prawidłowość tego poglądu jest dobrze widoczna w okolicznościach sporu, gdyż odwołujący zabierając głos po raz pierwszy wskazywał, że przystępujący nie posiada wymaganego doświadczenia, gdyż nie spełnia wymagania dotyczącego 30 zwrotnic, natomiast w replice podnosił, że brak projektu polega na niewykonaniu budynku stacyjnego oraz krawędzi peronowych, kreując tym samym w każdym wystąpieniu nowe zarzuty, które nie były podniesione w odwołaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz powiązanych z nim przepisów wskazanych przez odwołującego nie znalazł potwierdzenia. Sam fakt, że informacje na stronie internetowej wykonawcy nie potwierdzają wprost jego wiedzy i doświadczenia, nie oznacza, że wykonawca w istocie takiego doświadczenia nie posiada. Treści pomieszczane na stronach www są często dowolnie kształtowane przez wykonawców, nie należy więc oczekiwać, że będą one odnosić się do wszczętych postępowań o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie skonkretyzował, którego elementu opisu wymagań zamawiającego przystępujący miałby nie spełnić, zatem przedstawiona ocena jest wystarczająca dla oceny zarzutu. Z wykazu złożonego przez przystępującego wynika, że posiada on wymagane doświadczenie, a przeciwne wywodzenie przez odwołującego wyłącznie na podstawie dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie umów jest całkowicie chybione. Celem tych dokumentów jest bowiem wyłącznie umożliwienie oceny wywiązania się przez wykonawcę ze swoich zobowiązań, nie zaś ustalanie zakresu przedmiotowego wykonanych usług. Literalne brzmienie przepisów nie pozostawia w tym zakresie żadnych wątpliwości.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Mosty Katowice pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-5 Pzp przez nierzetelną oraz nieprawidłową ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, złożonych przez Mosty Katowice oraz uznanie, iż wyjaśnienia te potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska nie znalazł potwierdzenia.

Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia wynosiła 18.700.000 zł i ustalona została przez zamawiającego 10 maja 2017 r. na podstawie analizy postępowań o udzielenie zamówienia dla projektów inwestycyjnych o podobnym zakresie i charakterze.

Ceny ofert złożonych w postępowaniu wynosiły odpowiednio:

1. Mosty Katowice - 11.807.970,48 zł brutto,
2. Arcadis Sp. z o.o. w Warszawie – 12.287.700 zł brutto;
3. Odwołujący - 16.338.090,00 zł brutto;

4. Konsorcjum Multikonsult – 16.901.676,00 zł brutto;
5. BBF Sp. zo.o. w Poznaniu – 17.146.200 zł brutto
6. Konsorcjum IDOM - 17.490.600 zł brutto;
7. Konsorcjum Koltech Infra - 18.860.711 zł brutto;
8. Konsorcjum TPF - 20.634.560 zł brutto;
9. Konsorcjum SYSTRA – 20.783.703 zł brutto;
10. Konsorcjum Biura Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych – 21.121.560 zł brutto.

Zamawiający poinformował, iż na realizację przedsięwzięcia w zakresie części A zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 23.001.000,00 zł brutto.

Pismem z 18 września 2017 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wystąpił do przystępującego o złożenie szczegółowych wyjaśnień oraz dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zastrzegł, że wyjaśnienia powinny wykazać, że cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z wykonaniem zamówienia oraz czy istnieją konkretne uwarunkowania oraz obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość ceny wraz ze wskazaniem tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego, jak i finansowego) na wysokość ceny.
Przystępujący udzielił wyjaśnień pismem z 23 września 2017 r., które zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Dołączył do nich dokumenty potwierdzające wysokość uposażenia personelu oraz oferty cenowe elementów istotnych przedmiotowo dla wykonania zamówienia. Pismem z 17 października 2017 r., zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający zwrócił się ponownie do przystępującego. Wskazał w nim, jakich konkretnie informacji oczekuje od wykonawcy. Przystępujący odpowiedział pismem z 19 października 2017 r., które zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Dołączył do nich kopie dokumentów oraz ofert żądanych przez zamawiającego w wezwaniu.

Ocena treści wyjaśnień oraz dowodów załączonych przez przystępującego nie daje podstaw do kwestionowania rzetelności ceny jego oferty. Przystępujący podał w pierwszych wyjaśnieniach poszczególne grupy kosztów oraz czynniki indywidualizujące jego sposób

---

obliczenia ceny oferty. Informacje podawane zamawiającemu były konkretne i szczegółowe. Również w odpowiedzi na wezwanie z 17 października 2017 r. przystępujący udzielił zamawiającemu oczekiwanych informacji.

Oceny tej Izba dokonała wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne. Jakkolwiek art. 191 ust. 1a Pzp stanowi, że w przypadku zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który daną ofertę złożył, to odwołujący, który domaga się odrzucenia oferty konkurenta, nie jest całkowicie zwolniony z powinności dowodowych. Art. 190 ust. 1 zdanie drugie Pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń oraz odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W okolicznościach sporu należałoby zatem oczekiwać od odwołującego staranności polegającej co najmniej na wykazaniu poziomu cen rynkowych lub podstawowych grup kosztów.

Odwołujący tymczasem wskazał jako dowód dokumentację postępowania. Zdaniem składu orzekającego dowód ten przemawia w istocie przeciwko odwołującemu. Po pierwsze: jak sam odwołujący oświadczył, cena oferty przystępującego jest o ok. 32% niższa niż średnia cen ofert złożonych w postępowaniu. Jeśli tak, to cena oferty przystępującego nie odbiega znacząco od poziomu cen rynkowych - przekracza próg 30% uzasadniający wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jedynie o 2%. Różnicę tę dobrze tłumaczą złożone wyjaśnienia.

Po drugie: samo arytmetyczne porównanie cen złożonych ofert nie uzasadnia odrzucenia oferty z powodu rażącego zaniżenia jej ceny (wyrok TSUE w sprawie C-295/89 Impresa Dona Alfonsa, w sprawie C-599/10 SAG Slovensko, wyrok KIO w sprawie KIO 500/15).

Po trzecie: punktem odniesienia dla badania rzetelności ceny oferty na powinna być w okolicznościach sporu wartość przedmiotu zamówienia. Cena żadnej oferty złożonej w postepowaniu nie osiągnęła wartości kwoty, przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług), a ceny 7 z 10 złożonych ofert znacząco się od niej różniły.

Pozostałe dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego pozbawione są jakiejkolwiek wartości dowodowej z przyczyn formalnych i merytorycznych. W pierwszym

aspekcie należy wskazać, że nie zostały podpisane przez odwołującego, zatem zawarte w nich oświadczenia należy uznać za niezłożone. Ponadto teza dowodowa sformułowana przez odwołującego „na okoliczność cen ofert w innych postępowaniach" dyskwalifikuje ich przydatność do rozpoznania zarzutu w tym postępowaniu. Natomiast w aspekcie merytorycznym należy podkreślić ponownie, że samo porównanie cen złożonych ofert jest niewystarczające dla uzasadnienia rażącego zaniżenia ceny oferty. Ponadto brak jest

---

podstaw do uznania, że zestawienia złożone przez odwołującego dotyczą postępowań podobnych do badanego.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp w postępowaniu odwoławczym Izba ocenia czynność lub zaniechanie zamawiającego. W przypadku zarzutu zaniechania odrzucenia oferty po uzyskaniu wyjaśnień elementów mających wpływ na cenę oferty, Izba bada, czy treść owych wyjaśnień dostatecznie odpowiada na wezwanie zamawiającego i uzasadnia wysokość ceny oferty. Ponieważ wyjaśnienia przystępującego Izba uznała za wystarczające, przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego okazało się zbędne, gdyż jego dopuszczenie spowodowałoby zwłokę w postępowaniu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp powiązany był ściśle z zarzutem rażącego zaniżenia ceny oferty przez przystępującego. Brak potwierdzenia tego zarzutu powoduje bezzasadność zarzutu popełnienia przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Mosty Katowice dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Mosty Katowice ceny znalazł potwierdzenie w części.

Przystępujący zastrzegł w charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa oba pisma zawierające wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Art. 11 ust. 4 uznk stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Co do zasady ochronie podlega zatem dana informacja, co oznacza, że nie w każdym przypadku zastrzeżenie całości dokumentu jest prawidłowe.

Izba stwierdziła, że nie wszystkie treści pism z 23 września i 19 października 2017 r. mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. I tak, część wstępna ze strony 1 pisma z 23 września 2017 r. zawiera zestaw ogólników, które są prawdziwe w stosunku do każdego podmiotu gospodarczego. Podobnie „sprzyjające warunki wykonania zamówienia" omówione na stronie 5 i 6 odnoszą się do większości podmiotów wykonujących projekty na rzecz zamawiającego, zatem trudno przypisać im wartość godną ochrony przed ujawnieniem. Należy odmówić objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o postępowaniach, w których przystępujący złożył ofertę i uzyskał zamówienie, prowadzonych przez zamawiających publicznych Miasto Stołeczne Warszawa i zamawiającego oraz obszernych cytatów z orzecznictwa Izby.

Walor tajemnicy przedsiębiorstwa można przyznać natomiast zamieszczonym w wyjaśnieniach: metodologii kalkulacji ceny oferty, informacjom dotyczącym wynagrodzenia personelu przystępującego oraz treści ofert podwykonawców.

Wątpliwości budzi zastrzeżenie informacji dotyczących narzędzi informatycznych wykorzystywanych przez przystępującego, gdyż z treści wyjaśnień nie wynika, by wskazane programy budowały przewagę konkurencyjną odwołującego w stosunku do uczestników rynku.

Pismo z 19 października 2017 r. wyłącznie precyzuje zastrzeżone informacje podane w piśmie z 23 września 2017 r., nie zawiera informacji o charakterze ogólnym i zasługuje na zastrzeżenie w całości.

Z przedstawionych ocen wynika, że zamawiający nie wykazał się starannością przy ocenie zasadności zastrzeżenia pisma z 23 września 2017 r., tym samym doszło do naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk. Naruszenie przez zamawiającego wskazanych przepisów nie skutkuje uwzględnienia odwołania, gdyż nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, co zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp jest przesłanką konieczną uwzględnienia odwołania. Odwołujący podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego po ocenie wyjaśnień elementów oferty

mających wpływ na jej cenę i zarzut ten został rozpoznany przez Izbę. Zapoznanie się wykonawcy z błędnie zastrzeżonymi informacjami nie otworzy mu możliwości ponownego podnoszenia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego.

Zarzut dotyczący wadliwej oceny oferty odwołującego w kryterium doświadczenie personelu nie znalazł potwierdzenia. Izba rozpoznała go na jawnej rozprawie, gdyż strony prezentowały stanowiska z poszanowaniem zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w pkt 8.6.2 IDW oraz pkt 19.7 modyfikacji IDW z 11 lipca 2017 r. ustalił, że dodatkowe punkty za doświadczenie Koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych można uzyskać przez udokumentowanie dodatkowego (poza wykazanym na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu) doświadczenia polegającego na opracowaniu w okresie ostatnich ośmiu lat przed upływem terminu składania ofert, w charakterze projektanta w danej branży dokumentacji projektowej, obejmującej projekt budowlany i projekt wykonawczy dla budowy lub przebudowy, łącznie co najmniej 20 km nawierzchni torowej na zelektryfikowanej linii kolejowej, zawierającej w swoim zakresie co najmniej jeden szlak i jedną stację kolejową, obejmującą przynajmniej dwa tory główne i dwie krawędzie peronowe. Zgodnie z pkt 19.7.3 IDW po modyfikacji każda z badanych ofert może otrzymać maksymalnie 20 pkt w przedmiotowym kryterium. Ocenie

---

podlegać będzie doświadczenie personelu wykonawcy, o którym mowa w pkt 8.6.2. IDW. Za każde dodatkowe doświadczenie Koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, wykonawcy mogli uzyskać 2 pkt, nie więcej niż 10 pkt.

Odwołujący wskazał sześć projektów realizowanych przez koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych i uzyskał 4 pkt. Ocena zamawiającego wynika z pisma załączonego do informacji o wyniku postępowania, która została podtrzymana na rozprawie. Zamawiający uznał, że z sześciu wykazanych usług jedynie druga i trzecia spełnia opisane wymagania. Pierwsza dotyczy osoby pełniącej funkcję funkcję kierownika zespołu, a nie projektanta. Usługi piąta i szósta nie dotyczą nawierzchni torowej o długości 20 km, a usługa czwarta nie obejmowała stacji i krawędzi peronowych.

Przedstawione ustalenia zamawiającego nie są sporne. Odwołujący domagał się jednak przyznania kolejnych punktów z powodu braku jednoznaczności wymagania zamawiającego z powołaniem się na wypracowaną w orzecznictwie Izby zasadę prowykonawczej wykładni niejasnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Żądanie odwołującego jest nieuzasadnione. Wymagania zamawiającego dotyczące możliwości uzyskania dodatkowych punktów za doświadczenie koordynatora w branży kolejowej zostały wyrażone jasno i nie dają podstaw do rozbieżnych interpretacji. W pkt 8.6.2. IDW zamawiający wskazał, że wymaga wykonania dokumentacji projektowej, obejmującej projekt budowlany i projekt wykonawczy. Trzykrotne użycie liczby pojedynczej jasno wskazuje, że zamawiający oczekiwał wykonania jednej dokumentacji projektowej, która zawierałaby wszystkie wymienione elementy, czyli dotyczyła budowy lub przebudowy co najmniej 20 km nawierzchni torowej na zelektryfikowanej linii kolejowej, zawierającej w swoim zakresie co najmniej jeden szlak i jedną stację kolejową, obejmującą przynajmniej dwa tory główne i dwie krawędzie peronowe. Przysłówek „łącznie” użyty w opisie wymagania nie daje podstawy ku temu, aby łączyć poszczególne elementy wymagane przez zamawiającego, wykonane przez koordynatora w branży kolejowej w ramach różnych dokumentacji projektowych, a tego domagał się odwołujący.

Do poglądu przeciwnego nie skłania pytanie zadane w toku postępowania przez wykonawcę, na które zamawiający w istocie nie udzielił odpowiedzi. Doświadczenie uczy, że instytucja wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 38 ust. 1 Pzp, bywa wykorzystywana przez wykonawców do próby zmiany opisanych wymagań, zatem samo zadanie pytania nie jest równoznaczne z brakiem precyzji wymagań zamawiającego.

W związku z tym dopuszczanie i przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego językoznawcy było zbędne. Interpretacja wymagania zamawiającego w postępowaniu na

---

wykonanie dokumentacji projektowej z całą pewnością nie wymagała wiadomości specjalnych z zakresu nauki o języku polskim, zatem dopuszczenie i przeprowadzenie tego

dowodu prowadziłoby wyłącznie do przewlekłości postępowania, co zgodnie z art. 190 ust. 6 *in fine* Pzp wyłącza postępowanie dowodowe.

W konsekwencji zamawiający prawidłowo uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego i nie dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, nie doszło też do obrazy zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: .....