

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Barbara Bettman
Beata Pakulska – Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2015 r. **przez odwołującego:** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grontmij Polska Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum i Promar Sp. z o.o. – Członek Konsorcjum na adres Lidera ul. Ziębicka 35; 60-164 Poznań w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Wojskowy Zarząd Infrastruktury ul. Kościuszki 92/98; 61-716 Poznań.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, Biuro Obsługi Inwestycji MILITARY PROJECT Sp. z o.o. Sp.k. - Członek Konsorcjum, adres dla Lidera: ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław, zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty

1

po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, Biuro Obsługi Inwestycji MILITARY PROJECT Sp. z o.o. Sp.k. - Członek Konsorcjum, adres dla Lidera: ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław

2. kosztami postępowania obciąża Wojskowy Zarząd Infrastruktury ul. Kościuszki 92/98; 61-716 Poznań i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grontmij Polska Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum i Promar Sp. z o.o. – Członek Konsorcjum na adres lidera ul. Ziębicka 35; 60-164 Poznań tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Wojskowy Zarząd Infrastruktury ul. Kościuszki 92/98; 61-716 Poznań na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grontmij Polska Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum i Promar Sp. z o.o. – Członek Konsorcjum na adres lidera ul. Ziębicka 35; 60-164 Poznań kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Poznaniu

Przewodniczący:

.....
.....

Sygn. akt KIO 1590/15

Uzasadnienie

Przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu publicznym zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.04.2015 r., Nr ogłoszenia: 2015/S 073-129231.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy: Pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadań: „Budowa strażnicy pożarowej z pomieszczeniami wartowni wraz z infrastrukturą techniczną w bazie paliwowej w Porażynie” oraz „Budowa budynków zaplecza administracyjno - technicznego składu Porażyn (numer nadany sprawie przez Zamawiającego: 29/WZI/15/WB)

Złożenie odwołanie

Wykonawca działający jako konsorcjum wykonawców: Grontmij Polska Sp. z o.o. - Lider i Promar Sp. z o.o. - Członek zwany dalej: „konsorcjum Grontmij” działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” w dniu 27 lipca 2015 roku wniósł odwołanie na następujące czynności i zaniechania zamawiającego, którym jest Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Kościuszki 92/98, 61-716 Poznań zwany dalej „zamawiającym” i tak:

1. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: Konsorcjum Ekocentrum Sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław - Lider Konsorcjum i Biuro Obsługi inwestycji Military Project Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sianowska 21, 60-431 Poznań - Członek Konsorcjum zwany dalej: „konsorcjum Ekocentrum” oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,
2. błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Ekocentrum, a w konsekwencji błędne ustalenie, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny,
3. błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Ekocentrum, a w konsekwencji błędne ustalenie, że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę odpowiada treści SIWZ oraz, że przedmiotowa oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny,
4. zaniechanie odtajnienia informacji przedkładanych przez konsorcjum Ekocentrum w odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w zakresie dotyczącym: wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, praktyki zawodowej i

3

Sygn. akt KIO 1590/15

doświadczenia zawodowego tych osób, zaświadczeń stwierdzających odbycie szkolenia w zakresie Ochrony Informacji Niejawnych,

5. zaniechanie przeprowadzenia w trakcie prowadzonych czynności badania i oceny ofert (tj. przed wyborem oferty najkorzystniejszej) badania zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przedkładanych przez Konsorcjum Ekocentrum w odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dotyczących osób wytypowanych do realizacji zamówienia,
6. nieuprawnione wezwanie w dniu 16 lipca 2015 r. (tj. w dniu przesłania do wykonawców informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej) Konsorcjum Ekocentrum do przedłożenia uzasadnienia dokonania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących osób desygnowanych do realizacji zamówienia, przedkładanych przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwania (tj. po terminie składania ofert), w sytuacji gdy wykonawca ten nie dokonał żadnego zastrzeżenia w ofercie przedkładanej w dniu 9 czerwca 2015 r., co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego uniemożliwienia wykonawcom wglądu w przedkładane wyjaśnienia i uzupełnienia, skutkujące ograniczeniem możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w pełnym zakresie,
7. błędne ustalenie, że treść samego uzasadnienia dotyczącego powodów zastrzeżenia przedłożonego przez Konsorcjum Ekocentrum, dlaczego informacje przedkładane w odpowiedzi na wszystkie wezwania Zamawiającego stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa, jest również tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

8. dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum Ekocentrum.

Tym czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 7 ust. 1 poprzez zaniechanie jego zastosowania,
2. art. 7 ust. 3 poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,
3. art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 oraz ust. 3, jak również art. 96 ust. 2 oraz 3, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, w zakresie jakim przepis ten wymaga, aby postępowanie było przeprowadzone przy zachowaniu zasad jawności, w szczególności poprzez nieudostępnienie wyjaśnień i uzupełnień przedkładanych przez konsorcjum Ekocentrum dotyczących uprawnień i doświadczenia osób desygnowanych do realizacji zamówienia w sytuacji, gdy Konsorcjum Ekocentrum do dnia złożenia oferty nie zastrzegł i nie wykazał, że tego typu informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4

Sygn. akt KIO 1590/15

4. art. 26 ust. 2b w związku z art. 25 ust. 1, oraz art. 89 ust. 1 w związku z art. 36a poprzez ich nie zastosowanie, w zakresie, w jakim przepis ten wymaga by oświadczenia i dokumenty składane wraz z ofertą potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, w szczególności zaś w zakresie zaniechania właściwej weryfikacji zobowiązań o współpracy osób nie będących etatowymi pracownikami Konsorcjum Ekocentrum (co wedle postanowień SIWZ oznaczało wykonywanie części zamówienia na zasadach podwykonawstwa), z deklaracją tego wykonawcy złożoną w formularzu oferty o wykonaniu przedmiotu zamówienia siłami własnymi, bez udziału podwykonawców, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, iż konsorcjum Ekocentrum dysponuje w sposób realny zasobami, tj. osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a fakt dysponowania tymi zasobami został przez tego wykonawcę udowodniony,
5. art. 26 ust. 3 i ust. 4 poprzez błędne przyjęcie, iż uzupełnione przez Konsorcjum Ekocentrum dokumenty i oświadczenia, przedłożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty, odpowiadają wszystkim wymaganiom określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a udzielone wyjaśnienia są wystarczające, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania przez Zamawiającego, że Konsorcjum Ekocentrum potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przez Konsorcjum Ekocentrum,
6. art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz pkt 4), jak również art. 24 ust. 4 poprzez zaniechanie ich zastosowania, a w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3) poprzez niewłaściwą ich interpretację, konsekwencją czego było nie wykluczenie z postępowania konsorcjum Ekocentrum i nie odrzucenie jego oferty,
7. art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do oferty złożonej przez konsorcjum Ekocentrum i nie podjęcie działań zmierzających do wyjaśnienia i ustalenia, czy treść oferty złożonej przez tego wykonawcę odpowiada treści SIWZ,
8. art. 92 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 i ust. 3, jak również art. 7 ust. 3 poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przesłanie zawiadomienia o dokonanym wyborze oferty najkorzystniejszej w sytuacji gdy zamawiający, podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie zakończył czynności badania oferty złożonej przez konsorcjum Ekocentrum i w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wszczął procedurę badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do oferty tego wykonawcy

5

9. art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 oraz art. 179 ust. 1 poprzez uniemożliwienie odwołującemu skorzystania ze środka ochrony prawnej w pełnym zakresie, a w szczególności poprzez nieudostępnienie w okresie od wyboru oferty najkorzystniejszej do upływu czasu na wniesienia środka ochrony prawnej pełnego protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami,

oraz, kierując się zasadami ostrożności procesowej:

1. art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 poprzez błędną ocenę wyjaśnień przedłożonych przez Konsorcjum Ekocentrum w odpowiedzi na skierowane do tego wykonawcy wezwania w trybie art. 90 ust. 1, tj. uznanie, iż ww. wykonawca udowodnił, że cena zaproponowana przez niego nie jest ceną rażąco niską,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum będącej ofertą, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. art. 89 ust. 1 pkt 6) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum, jako oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W związku z zarzutami jw. odwołujący wnosi o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w tym odstąpienie informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa na zasadach określonych w Pzp, a w konsekwencji dokonania tych czynności:
3. nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: konsorcjum Ekocentrum jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz składającego nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, oraz alternatywnie albo

4. nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum będącej ofertą zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, albo
4. nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia powtórnej, realnej oceny wyjaśnień i dowodów złożonych przez konsorcjum Ekocentrum zmierzającej do ustalenia, czy oferta złożona przez konsorcjum Ekocentrum zawiera rażąco niską cenę, jak również czy treść oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum odpowiada treści SIWZ oraz czy nie zachodzi przypadek wystąpienia błędu w obliczeniu ceny,
5. nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wnosi również o:

6. Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadnienie złożonego odwołania

Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący otrzymał od zamawiającego faksem w dniu 16 lipca 2015 roku, w związku z tym termin na wniesienie odwołania został dochowany - zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust 1 pkt. 1) Pzp. Odwołanie zostało wniesione w dniu 24 lipca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący ma interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidziany w art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem jako wykonawca sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert (przy dwóch kryteriach oceny ofert - cena i częstotliwość fakturowania, przy czym w kryterium częstotliwość fakturowania wszyscy wykonawcy otrzymali taką samą ilość punktów i kryterium cena jest w związku z tym kryterium decydującym), liczy na uzyskanie zamówienia

publicznego, a dokonana przez zamawiającego z naruszeniem wymienionych wyżej przepisów Pzp, czynność badania i oceny ofert, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej oraz uznanie za ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę znajdującą się na pierwszej pozycji w rankingu ofert, pozbawia go tej możliwości. Tym samym bezspornym jest, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przez odwołującego przepisów Pzp, odwołujący poniósł szkodę.

7

Sygn. akt KIO 1590/15

Przystąpienia

Przystępujący po stronie odwołującego.

Pismem z dnia 29 lipca 2015r. w dniu 31 lipca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca KAROX Sp. z o.o. ul. Norwida 14; 60-867 Poznań zwany dalej „przystępującym po stronie odwołującego” wnosząc o uwzględnienie odwołania. Przystępujący popiera stanowisko odwołującego z racji zajmowania trzeciej pozycji w rankingu ofert podnosi, że w przypadku ponownego badania i oceny ofert jego szanse na uzyskanie zamówienia stają się możliwe.

Na okoliczność dotrzymania terminu wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystępujący po stronie odwołującego wskazał na datę otrzymania zawiadomienia o wniesieniu odwołania za pośrednictwem faksu na dzień 28 lipca 2015 roku. Przystępujący nie stawiał się na rozprawę prawidłowo zawiadomiony o terminie. Z dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego wynika, że na fax przystępującego w dniu 27 lipca 2015 roku powiadomiono o wniesieniu odwołania z wezwaniem przyłączenia się do postępowania odwoławczego. Powyższe potwierdziła obecna na rozprawie pełnomocnik A. C., która w dniu 27.07.2015 roku wykonała przesyłki faksem do wykonawców. Wobec powyższego Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawcę KAROX Sp. z o.o. w Poznaniu.

Izba dopuściła po stronie zamawiającego wykonawcę wybranego to jest Ekocentrum Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, Biuro Obsługi Inwestycji MILITARY PROJECT Sp. z o.o. Sp.k. - Członek Konsorcjum, adres dla Lidera: ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław zwany dalej „konsorcjum EKOCENTRUM” lub „wykonawca wybrany”, który zgłosił przystąpienie w dniu 28.07.2015 roku wobec zawiadomienia zamawiającego dokonanego faksem w dniu 27 lipca 2015 roku czym dotrzymano 3 dniowy termin na przystąpienie przewidziany w art.185 ust.2 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego

Pismem z dnia 5 sierpnia 2015r. zamawiający zajął stanowisko w sprawie wnosząc o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie uzasadnionych kosztów postępowania.

Zamawiający podkreślił, że na dzień rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia dysponował kompletem dokumentów od wykonawców w oparciu o które dokonał badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

8

Sygn. akt KIO 1590/15

Co do zarzutu pierwszego.

Co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa to nie można odmówić takiego prawa wykonawcom na etapie składania wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, bez znaczenia czy takie zastrzeżenie zostało złożone przez tego wykonawcę na etapie składania oferty. Z kolei zamawiający jako podmiot publiczny rozważając kwestię zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bierze pod uwagę przepisy karne znajdujące się w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Co do zarzutu drugiego.

W części dotyczącej ochrony informacji niejawnych

Co do dostępu do informacji niejawnych to wykonawca wybrany konsorcjum Ekocentrum postąpił prawidłowo zgodnie z art.34 ust.9 ustawy o ochronie informacji niejawnych jak i z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 32 w myśl których wystarczającym jest wszczęcie

na etapie składania ofert postępowania sprawdzającego wobec osób mających wykonywać zamówienie. Na wezwanie zamawiającego wykonawca konsorcjum Ekocentrum złożył dowody na wszczęcie takiego postępowania składając wnioski skierowane do Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Z kolei zarzut niewskazania, który z podmiotów dysponuje osobami posiadającymi dostęp do informacji niejawnych przez pryzmat posiadania Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego jest niezasadny, gdyż osoby te podpisały zobowiązanie do współpracy z Konsorcjum w skład którego wchodzi podmiot dysponujący stosownym Świadectwem Bezpieczeństwa Przemysłowego.

W części dotyczącej niewykazania doświadczenia osób wykonujących zamówienie.

W tym zakresie z przywołaniem art.25 ust.1 ustawy Pzp. zamawiający żąda dokumentów lub oświadczeń. Zamawiający żądał złożenia wykazu osób to jest oświadczenia wykonawcy o osobach, którymi posłuży się przy wykonaniu zamówienia z przywołaniem wymaganych w SIWZ ich uprawnień jak i doświadczenia (rozdział IV pkt 1 ppkt 7SIWZ). Tak więc złożenie samego oświadczenia wypełnia obowiązek bez konieczności dostarczania dokumentów potwierdzających to doświadczenie czy uprawnienia. Tak więc samo oświadczenie jest wystarczającym a stanowisko przeciwne stanowi nadinterpretację SIWZ przez odwołującego.

Co do zarzutu trzeciego

Również zarzut ten stanowi nadinterpretację SIWZ, z której nie wynika, że w przypadku innego stosunku niż umowa o pracę występować będzie podwykonawstwo. Twierdzenie takie pojawiło się tylko ubocznie w pytaniu nr 67 wykonawcy dotyczącego trybu uzupełnienia personelu wykonawcy, ale już nie w stanowisku i odpowiedzi zamawiającego. Udzielając odpowiedzi zamawiający nie wskazał, że umowa zlecenia będzie traktowana jako

9

Sygn. akt KIO 1590/15

podwykonawstwo. Jedynie wskazał, że widzi możliwość rozszerzenia podwykonawstwa, jeżeli pojawi się taka konieczność. Przy czym złożone zobowiązania przez przyszłych współpracowników nie wykluczają możliwości zawarcia z nimi umowy o pracę co pozbawia racji argumentacja odwołującego o podwykonawstwie w przypadku składania zobowiązań o przyszłej współpracy.

Co do zarzutu czwartego.

Kolejny zarzut w ocenie zamawiającego jest również bezpodstawny. Wykonawca wybrany został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Złożył wymagane wyjaśnienia – wyczerpujące, kompletne i przekonujące. W obliczu powyższego zamawiający słusznie uznał, iż nie ma on do czynienia z rażąco niską ceną.

Co do zarzutu piątego.

Zarzut ten jest w swojej naturze ogólny i lakoniczny. Procedura przeprowadzona przez zamawiającego w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający w konkluzji stanowiska w sprawie stwierdza, że odwołanie w całości jest niezasadne. Z tego względu zamawiający wnosi jak we wstępie odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Ustalenia

Izba na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzonej za zgodność z oryginałem przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy przy piśmie z dnia 29 lipca 2015 r. w oparciu o zawnioskowane na rozprawie przez strony i uczestnika dowody z jej dokumentów jak i przy pismach złożonych w sprawie oraz dowodów przeprowadzonych przez Izbę z urzędu ustaliła jak poniżej.

1. Wniosek zamawiającego o rozpoczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sprawie 29/WZI/15/WB, str. 1-9, tom I, przewiduje wymagania dla 13 ekspertów w tym zawiera wymagania dla wykonawcy w zakresie doświadczenia zawodowego oraz wymaga dysponowania lub w przyszłości dysponowania zespołem składającym się co najmniej z osób posiadających opisane doświadczenie zawodowe (doświadczenie w pełnieniu, w okresie ostatnich 10 lat, funkcji kierownika zespołu/

Sygn. akt KIO 1590/15

kierunku/specjalności (budownictwo; sieci, instalacje urządzenia ciepłne, wentylacyjne, wodociągowe i kanalizacyjne; sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne; telekomunikacja; drogi); do uprawnienia budowlane projektowania bez ograniczeń w wymaganych kierunkach/specjalnościach; wpis na listę członków izby w doświadczenie właściwej samorządu zawodowego; projektowaniu lub weryfikowaniu dokumentacji projektowych w poszczególnej branży dla co najmniej określonej ilości inwestycji (np.: dwa obiekty) o określonej Weryfikatorami poszczególnej branży wartości minimum (np.: 3 mln.) netto każda; minimum 5 – letnią praktykę zawodową w projektowaniu w danej specjalności/kierunku. Projektanci w nazywani są zamiennie weryfikatorami w danej branży.

2. Kalkulacja kosztów Inżyniera Kontraktu z dnia 09.02.2015, str. 10-11, tom I, Kalkulacja kosztów Inżyniera Kontraktu - Wycenę podzielono na dwa etapy I prace związane z koordynacją projektową (576.000,00zł.) II etap prace związane z nadzorem nad robotami budowlanymi 1.966.200 i 1.265.520 Razem poz. I i II wynosi 3.807.720,00 zł. to jest na poziomie 4.000.000 zł. netto. Zgodnie z Sekocenbud (zeszyt 53/2014) oraz wskaźniki dla Inżyniera Kontraktu wg wymagań FIDIC 3,5 – 5,5 % od wartości inwestycji.
3. Zestawienie ilości uzyskanych punktów w przetargu, str. 12, 13, 14, 15, z którego wynika, że wykonawca wybrany/przystępujący uzyskał 100 punktów a odwołujący 79,44 punkty, zajmując drugą pozycję. Przy czym kryteriami są cena 95% i częstotliwość fakturowania – 5 %. O pozycji w rankingu ofert zadecydowała cena, ponieważ za częstotliwość fakturowania każdy z wykonawców (pięciu) uzyskał taką samą ilość punktów (5).
4. Zbiorcze zestawienie ofert, str. 25 i 26 tomu I – wykonawca wybrany/przystępujący wycenił zamówienie na kwotę 1.879.440,00 złotych brutto a odwołujący na kwotę 2.398.500,00zł.
1. Protokół postępowania, str. 37- 43 Wartość szacunkowa zamówienia została wyceniona na kwotę netto 4.400.00,00 złotych przez zamawiającego a na otwarciu ofert zamawiający jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 4.920.000,00 złotych brutto.
2. ogłoszenie o zamówieniu, str. 46-64 tom I, potwierdza wymagane kwalifikacje od osób, którymi wykonawca dysponuje lub będzie dysponował przy realizacji zamówienia.
3. opinia pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych WZI w Poznaniu, str. 65 i 66, tom I, oferta wykonawcy wybranego nie spełnia ustawowych wymagań w zakresie

11

Sygn. akt KIO 1590/15

ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „Poufne” – brak zaświadczeń dla wymienionych osób odbycia szkolenia w zakresie Ochrony Informacji Niejawnych.

4. SIWZ, str. 69-188, tom I, w tym w szczególności ze str. 70, str. 72 i 73 do str. 79; pełnomocnik odwołującego przywołuje str. 10 SIWZ, a 78 tomu I dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, o treści „dla osób nie będących etatowymi pracownikami wykonawcy należy załączyć zobowiązanie do współpracy, zał. nr 6”. W związku z zał. nr 3, str. 22 SIWZ, a 90 dokumentacji, tom I, gdzie również widnieje zapis „osoby nie będące etatowymi pracownikami wykonawcy muszą złożyć zobowiązanie o współpracy na zał. nr 6”, str. 81, rozdz. V, opis sposobu obliczenia ceny oferty, str. 87, formularz ofertowy, zał. nr 1, w szczególności pkt 5, 6, 9 i 10, str. 90-91, zał. nr 3 „osoby nie będące etatowymi pracownikami wykonawcy muszą złożyć zobowiązanie o współpracy na zał. nr 6”; na wniosek Odwołującego cytuję zapis „w

przypadku ofert składanych wspólnie, wykonawca musi określić, która firma dysponuje ww. osobami” w związku z oddaniem się do dyspozycji całego konsorcjum, a nie firmie, która dysponuje poświadczeniem bezpieczeństwa w związku z pytaniem i odpowiedzią z 18 maja 2015 r. nr 33, zał. nr 5, str. 93 i 94, zał. nr 6 – str. 95 dokumentacji, tom I. Według zamawiającego zobowiązanie do współpracy miało na celu przyrzeczenie na przyszłość współpracy z wykonawcą składającym ofertę w sytuacji, gdy na dzień składania oferty nie łączy go z oferentem (wykonawcą) jakiegokolwiek stosunek umowny. Podpisując to zobowiązanie istnieje możliwość w przyszłości dla wykonawcy składającego ofertę zawarcie zarówno umowy cywilnej, jak i umowy stosunku pracy. To zobowiązanie ma jedynie zagwarantować, że ta osoba będzie współpracowała z wybranym wykonawcą przy realizacji zamówienia. Formuła na tym zobowiązaniu o treści „podpis upoważnionego przedstawiciela wykonawcy” oznacza, że nie chodzi tu o kolejnego wykonawcę, tylko o osobę, co wynika z treści zobowiązania „ja niżej podpisany, działając w imieniu własnym”. W ocenie odwołującego tak przedstawiona interpretacja stanowi interpretację zał. nr 6 na użytek procesu i powołuje się na odpowiedź do pytania nr 67 (str. 145/146 dokumentacji, tom II) i interpretuje to, że tylko pracownik podlega zmianie w trybie przewidzianym w par. 9 ust. 1 wzoru umowy, natomiast osoba na podstawie umowy zlecenia zespołu inżyniera jest traktowana jako podwykonawca wykonawcy i ten paragraf umowy jej nie dotyczy. Odwołujący uważa, że wszystkie osoby, które podpisywały zobowiązanie o współpracy ich zakresy prac powinny być wymienione w formularzu w pkt dotyczącym podwykonawstwa. W konsekwencji wypełnienia zobowiązania o współpracy należy wypełnić zał. nr 12, tj. dla podwykonawców, którego w ofercie wykonawcy wybranego nie ma. Zamawiający na rozprawie odnosząc się do interpretacji odwołującego stwierdza, że kwestia poruszona

12

Sygn. akt KIO 1590/15

podwykonawstwa znajduje się w samej treści pytania, natomiast nie znajduje się w odpowiedzi.

5. zał. nr 11 do SIWZ, str. 100, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby; w tym miejscu pełnomocnik Przystępującego pan K. B. wyjaśnia, że w jego ofercie nie złożono zał. nr 11 pn. zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, ponieważ osoby, które wypełniły zobowiązanie do współpracy, zał. nr 6 do SIWZ zobowiązały się do współpracy w imieniu własnym i nie są osobami skierowanymi przez podmiot trzeci; zał. nr 12, str. 101, wykaz części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy; W ocenie odwołującego w ofercie przystępującego/wykonawcy wybranego brakuje wypełnienia tego załącznika, pomimo iż zostały wypełnione zobowiązania o współpracy, a to w kontekście rozdz. IV SIWZ, dokumenty wymagane w ofercie, pkt 1, wykaz osób, które będą odpowiedzialne za realizację zamówienia z zaznaczeniem wytłuszczonym drukiem, że dla osób nie będących etatowymi pracownikami wykonawcy należy załączyć zobowiązanie o współpracy, zał. nr 6 w związku z rodz. XVIII SIWZ, udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia i wskazuje na odpowiedź nr 67 ze wskazaniem na par. 9 ust. 1 umowy; umowy na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu, str. 102-141; OPZ, str. 144 dokumentacji, tom I, 149-155.
6. SIWZ składa się z szeregu części w tym Część I Instrukcja dla Wykonawców w tym Rozdział III warunki wymagane od wykonawców oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia 3. Dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Wykonawcy wykażą, że dysponują osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia takich osób) zawarto opis wymagań kwalifikacji tych osób w tym praktyki zawodowej w projektowaniu. Rozdział IV na potwierdzenie spełnienia warunków Wykonawca załączy do formularza oferty następujące dokumenty 1) wykaz osób, które będą odpowiedzialne za realizację zamówienia wraz z oświadczeniem o posiadaniu przez te osoby uprawnień oraz poświadczeń ds. OIN – załącznik nr 3 do SIWZ. Dla osób nie będących etatowymi pracownikami Wykonawcy należy załączyć zobowiązanie do współpracy – załącznik nr 6 do SIWZ. Ponadto

Wykonawca załączy 5) wykaz tych części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy – załącznik nr 12 do SWZ. Rozdział XVIII udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia. Zamawiający nie określa w SWZ, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

8. Wezwanie od zamawiającego z dnia 12 czerwca 2015 r. do przystępującego konsorcjum Ekocentrum w zakresie rażąco niskiej ceny, str. 189-190 tom I

13

Sygn. akt KIO 1590/15

- Zamawiający pismem tym działając na podstawie art.90 ust.1 ustawy Pzp. w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (1.879.440,00zł.) w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów prac, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający poinformował, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach wyjaśnień powinien wykazać, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Zgodnie z art.90 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Odwołujący popierając argumentację odwołania stwierdza, że z wezwania tego wynika, że zamawiający określił czynniki, których opisu wymagał, a które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a także wykazania możliwości i stopnia wpływu tych czynników na obniżenie ceny.
9. Pismo z 16 czerwca 2015 r. konsorcjum Ekocentrum do zamawiającego w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, str. 191-192 dokumentacji, tom I, Załącznik do tego pisma stanowi wyjaśnienie zarzutu rażąco niskiej ceny i objęty został na żądanie wykonawcy wybranego/konsorcjum Ekocentrum tajemnicą przedsiębiorstwa. W piśmie przewodnim podaje przyczyny objęcia wyjaśnień wykonawca tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca Ekocentrum przywołał definicję z art.11 ust.4 ustawy z dnia 16.04.1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jest nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie wykonawcy wybranego wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniu podejrzenia rażąco niskiej ceny. Konsorcjum Ekocentrum oświadcza, że informacje podane w wyjaśnieniu na temat rażąco niskiej ceny nie były dotychczas nigdzie publikowane czy udostępniane i są objęte

14

Sygn. akt KIO 1590/15

systemem ochrony. Co do zasady ich przekazywanie nawet między konsorcjantami odbywa się w trybie poufnym. Informacje podane w zastrzeżonym dokumencie przygotowane zostały na użytek niniejszego postępowania. Fachowa wiedza osób uczestniczących z racji ich specjalistycznej wiedzy posiada wartość gospodarczą i decyduje o zdolności do realizacji zamówienia. Dlatego też informacje o kalkulacji kosztów kontraktu oraz metod realizacji, ryzyk i zakładanych zysków, podlega ochronie przed ujawnieniem osobom, które mogą pozyskać wiedzę dla prowadzonej działalności. Stąd szczegółowa kalkulacja stanowi informację handlową i organizacyjną. Zamawiający nigdzie nie publikował kalkulacji dla tego

zamówienia. Ponadto zobowiązał pracowników do przestrzegania tajemnicy. Ze względu na powyższe nie godzi się na ujawnianie jakichkolwiek zastrzeżonych informacji. Tak sformułowano przesłanki służące objęciu wyjaśnień na temat ceny tajemnicą przedsiębiorstwa.

10. Jak wyżej nadmieniono załącznikiem do pisma o zastrzeżeniu tajemnicą wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest pismo stanowiące załącznik i datowane również na dzień 16.06.2015 rok. Z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa argumentacja zawarta w tym piśmie przedstawiona będzie w sposób wskazujący na ogólne argumenty tego pisma. I tak w piśmie tym wykonawca wybrany przywołał zagadnienia, które miał wyjaśnić zgodnie z wezwaniem zamawiającego. Przede wszystkim wykonawca wybrany złożył oświadczenie, że zaoferowana przez niego cena zawiera wszystkie koszty realizacji zamówienia oraz zysk. Jako sprzyjające warunki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wykonawca wybrany przywołał doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Odnosząc się do treści wezwania zamawiającego co do przedstawienia czynników obiektywnych pozwalających na zaoferowanie niższej ceny niż konkurencja wykonawca wybrany wskazał na następujące, sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy. Po pierwsze na doświadczenie i potencjał wykonawcy wskazując na usługi wykonane jak i w toku, przedstawiając poziom pobieranego wynagrodzenia w stosunku do wartości robót budowlanych. Powołując się na 20 letnie doświadczenie w branży wykonawca wybrany oświadcza, że jest w stanie uzyskać oszczędności czasu wykonywania poszczególnych działań sięgających nawet do 50 procent. Uzyskanie takich oszczędności jest możliwe dzięki opracowaniu i wdrożeniu oraz udoskonalaniu szczegółowych procedur wewnętrznego działania w ramach usług Inwestora Zastępczego i Inżyniera Kontraktu. Przywołano również fakt posiadania Certyfikatu Systemu Zarządzania Jakością ISO 9001. Wymieniając poziom wysokości wynagrodzenia w stosunku do budżetu zamawiających wskazano na wykonanie usług w zadawalający sposób przedstawiając uzyskane

15

Sygn. akt KIO 1590/15

referencje i wskazując na wykonanie jednej z usług na poziomie nawet 20 procent budżetu zamawiającego. Jako kolejny czynnik wpływający na obniżenie kosztów działalności wykonawca wybrany wskazuje wykwalifikowaną własną ekspercką kadre, której wynagrodzenie mieści się w granicach przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw w Polsce, co nie może być uznane za rażąco niskie wynagrodzenie, które jednocześnie przewyższa minimalne wynagrodzenie za pracę. Czas dyspozycyjności przewidziany dla poszczególnych ekspertów wyliczono indywidualnie dla każdego z nich w oparciu o harmonogramy realizacji poszczególnych zadań w pełnej zgodności z wymogami postawionymi w SIWZ. Kolejnym czynnikiem mającym wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wykonawca jest jak podaje wykonawca wybrany „Spadek cen rynkowych”. Przy istniejącym kryzysie na rynku inwestycji w niemal każdym przetargu publicznym zaoferowane ceny znacząco różnią się od przyjętej wartości szacunkowej, z uwagi na drastyczny spadek kosztów siły roboczej. Na potwierdzenie powyższej tezy wykonawca wybrany podał przykładowe wyniki przetargów z 2012; 2013 i 2014 roku.

Powszechnym zjawiskiem na rynku usług inżynierskich jest, że ceny wybranych ofert odbiegają od kosztorysów i wycen inwestorskich nawet o ponad 80 procent. Powstała sytuacja jest skutkiem notowanego w ostatnich pięciu latach trwałego trendu spadkowego dla cen usług inżynierskich w Polsce. Poza tym według orientacji wykonawcy wybranego nastąpiło po stronie zamawiającego zawyżenie wartości robót budowlanych wobec obserwowanego spadku cen na rynku budowlanym. Tak więc w ocenie wykonawcy wybranego zasadne jest

iż to została przez przypuszczenie, wartość przedmiotu zamówienia zamawiającego zawyżona. Kolejnymi czynnikami uzasadniającymi zaoferowaną cenę przez wykonawcę wybranego są: własny sprzęt to jest komputery, drukarki, kserokopiarki, telefony, faksy, sprzęt fotograficzny środki transportu, sprzęt specjalistyczny oraz oprogramowanie komputerowe, meble wyposażenia biurowego co pozwala na znaczne ograniczenie kosztów realizacji usług. Następnym

czynnik wskazany to zarządzanie ryzykiem, które z uwagi na posiadane doświadczenie jest w pełni zarządzane i oszacowane z dużą dokładnością a tym samym jego wartościowy udział w cenie został także zmniejszony. Kolejnym elementem jest baza lokalowa, która mieści się w miejscu realizacji inwestycji. Ostatnim elementem na który wskazał wykonawca wybrany a mającym wpływ na zaoferowaną cenę jest potencjał finansowy w tym okoliczność, że wykonawca jest spółką o całkowicie polskim kapitale i nie musi uwzględniać kosztów funkcjonowania kapitałowo powiązanych z nimi firm zagranicznych. Spółka nie ma konieczności kalkulowania kosztów finansowych obsługi kredytów na potrzeby

16

Sygn. akt KIO 1590/15

realizacji zamówienia. Jako materiał dowodowy przedstawia w załączeniu rachunek zysków i strat oraz bilans za ostatnie trzy lata obrotowe. Z uwagi na stabilną sytuację finansową ujęto koszty wymaganych polis i gwarancji na szczególnie niskim poziomie. Wykonawca przedstawił również zestawienie kosztów i zysku z podziałem na następujące kwoty: koszty osobowe dla zadań fazy przedrealizacyjnej; koszty osobowe w okresie pełnienia nadzoru inwestorskiego nad robotami i po ich zakończeniu z rozbiciem na każde z dwóch zadań; koszty zaplecza i administracyjne, rezerwa na koszty nieprzewidziane, zysk wykonawcy. Wykonawca skwitował przedstawione przez siebie zestawienie podziału kosztów w następujący sposób: „Na podstawie powyższego zestawienia Zamawiający może uznać, że dokonana przez nas wycena została skalkulowana z uwzględnieniem zysku na rozsądnym poziomie, a cena zaoferowana jest niska jednak bezwzględnie pozostaje ceną realistyczną”. Wykonawca oświadczył, że jego cena jest ceną realną, gwarantuje należyte wykonanie zamówienia oraz wskazuje na fakt wykonania zamówienia powyżej kosztów wytworzenia. Wykonawca również podkreślił, że zaoferowana cena nie jest niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w niniejszym postępowaniu, gdyż stanowi 28,1 procenta. Kwitując swoje stanowisko wykonawca stwierdził, że nie wycena przedmiotu zamówienia dokonana przez zamawiającego, lecz realność ceny zaproponowanej przez wykonawcę, możliwość osiągnięcia zysku i wykazanie możliwości należytego wykonania za daną cenę winny być brane pod uwagę przy badaniu zaoferowanych cen. Na koniec wykonawca stwierdza, że zastrzega, iż wszystkie podane w niniejszym piśmie informacje, jak również załączone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane.

11. pismo zamawiającego z dnia 24 czerwca 2015 r. nr 3291 do konsorcjum Ekocentrum, wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnień, str. 223, tom I. Pismo wystosowano w oparciu o art.26 ust.3 ustawy Pzp. Dotyczy spełnienia wymogów ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 roku pracownicy przewidziani do realizacji zamówienia muszą posiadać poświadczenie bezpieczeństwa dla klauzuli „POUFNE” i zaświadczenie potwierdzające odbycie szkolenia w zakresie informacji niejawnych. Stwierdzono dla wymienionych w tym piśmie osób (cztery osoby) brak zaświadczeń stwierdzających odbycie szkolenia. Ponadto prosi zamawiający o wyjaśnienie osoby pełniącej funkcję kierownika zespołu Inżyniera Kontraktu. Zgodnie z rozdziałem II punkt a SIWZ osoba winna wykazać się doświadczeniem w okresie ostatnich 10 lat, Kierownika Zespołu/Koordynatora/ Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego zaś

17

Sygn. akt KIO 1590/15

wykazana w załączniku nr 5 w kolumnie 4 tabeli pani E. S. pełniła funkcję w procesie inwestycyjnym jako inspektor nadzoru. Pełnomocnik odwołującego na rozprawie podniósł, iż wezwanie sformułowane w trybie art. 26 ust. 3 i 4 nie wyczerpuje w pełni braków, jakie znajdują się w Wykazie osób załączonych do oferty. Popieramy wątpliwości zamawiającego, który wezwał konsorcjum Ekocentrum do uzupełnienia, bowiem pani E. S., jak wynika z wykazu,

pełniła funkcję inspektora nadzoru, natomiast podano ją jako osobę, która ma pełnić funkcję kierownika zespołu. Obydwie te funkcje nie są porównywalne. Przywołuje w tym miejscu rozdz. III, pkt 3 SIWZ, str. 10 (78 dokumentacji tom I) warunki wymagane od wykonawców sprawdzane będą na podstawie złożonych w ofercie dokumentów i oświadczeń. Przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków zamawiający będzie się kierował zasadą spełnienia lub niespełnienia. Nie może być żadnego stanu pośredniego, co oznacza, że warunek spełniony częściowo będzie oceniony jako niespełniony. Wykonawca musi spełnić wszystkie warunki wymagane przez zamawiającego. Natomiast pełnomocnik zamawiającego oświadcza, że zadał pytanie i otrzymał odpowiedź satysfakcjonującą zamawiającego.

12. Pismem z dnia 29.06.2015 roku wykonawca wybrany odpowiadając na wezwanie zamawiającego wyjaśnił oraz przedłożył załącznik nr 3 wykaz osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia uzupełniony o informacje dotyczące posiadania przez nie zaświadczeń potwierdzających odbycie szkolenia. Informuje, że wymienione w tym piśmie osoby posiadają upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” wystawione przez kierownika jednostki organizacyjnej. Co do wskazanej osoby w wezwaniu na stanowisko kierownika zespołu Inżyniera Kontraktu wyjaśnia, że osoba ta nie tylko pełniła funkcję inspektora nadzoru budowlanego ale również funkcję kierownika zespołu wskazując konkretne budowy. Do pisma załączono nowy załącznik nr 3 Wykaz osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia w którym podano nazwiska i imiona osób, funkcje w realizacji zamówienia, numer uprawnień zawodowych z podaniem dat ich uzyskania, numer poświadczenia bezpieczeństwa i numer zaświadczenia o przeszkoleniu. Powyższe wyjaśnienia jak i uzupełniony Wykaz osób wykonawca zastrzegł jako tajemnicą przedsiębiorstwa.
13. Pismo zamawiającego z dnia 16 lipca 2015 r. do konsorcjum Ekocentrum – wyjaśnienie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, a dotyczące wyjaśnień i uzupełnień, wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia oraz oświadczenie dotyczące praktyki zawodowej z uwagi na fakt, że w złożonej ofercie nie zastrzeżenie państwo ww. dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, co stoi w przeszkodzie z zasadą jawności, przejrzystości i narusza uczciwą konkurencję.

18

Sygn. akt KIO 1590/15

Załączone do pism dokumenty powinny być weryfikowane pod względem zgodności z wymaganiami SIWZ nie tylko przez Zamawiającego, ale również przez wykonawców. W tym miejscu pełnomocnik Odwołującego wskazuje na to, iż wezwanie po wyborze najkorzystniejszej oferty do wykonawcy oznacza, że skoro Zamawiający nie rozstrzygnął kwestii prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy w dniu wyboru najkorzystniejszej oferty nie zostało zakończone postępowanie w zakresie badania i oceny ofert. Pełnomocnik Zamawiającego twierdzi, że jest to czynność formalna, nie mająca znaczenia dla merytorycznej czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, jest to tylko kwestia udostępnienia bądź nie wyjaśnień, jakie w toku badania i oceny ofert zostały złożone. Pełnomocnik odwołującego T. P. oświadcza, że na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia oraz wykaz osób, który co do osób nie uległ zmianie, ale zawarto w nim szereg dodatkowych informacji, które w naszej ocenie, chociażby ze względu na ochronę danych osobowych, powinny być chronione. W wyjaśnieniach i w uzupełnieniach wykazu podawaliśmy informacje nt. dostępu poszczególnych osób do informacji niejawnych i chociażby z tego powodu obowiązuje tajemnica przedsiębiorstwa. Te dane, tj. odnoszące się co do dostępu do informacji niejawnych poszczególnych osób w konsorcjum. Pełnomocnik również podpisał zobowiązanie o współpracy i to z konsorcjum, a nie ze spółką, która na dzień dzisiejszy w tym konsorcjum posiada poświadczenie bezpieczeństwa, bowiem uważam, że umowa będzie trwała szereg lat i pomimo, iż na dzień dzisiejszy tylko członek konsorcjum posiada poświadczenie bezpieczeństwa w zakresie dostępu do informacji niejawnych, co nie oznacza, że na przestrzeni realizacji zamówienia również dobrze może uzyskać poświadczenie bezpieczeństwa lider Ekocentrum, tj. świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego jest wydawane dla podmiotów, a zaświadczenie o dostępie do informacji niejawnych wydawane jest dla

osób fizycznych. Pełnomocnik K. B. odnosząc się do treści zał. nr 6 – zobowiązanie do współpracy istotnym zagadnieniem jest, że pełnomocnik odwołującego pomija użyty zwrot w tym zobowiązaniu „jako współpracownika”, co należy również odczytywać jako możliwość zawarcia z taką osobą umowy o pracę zgodnie z art. 2 k.p., który formułuje sposoby zatrudnienia, umowa o pracę, powołanie, mianowanie. Przystępujący podtrzymuje argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie z 4 sierpnia 2015 roku co do znaczenia słowa praktyka zawodowa, bowiem zdarzają się takie okoliczności, że zamawiający w SIWZ określa praktykę zawodową jako praktykę uzyskaną po nabyciu uprawnień budowlanych, natomiast w tym postępowaniu i w SIWZ takiej formuły nie użył. W związku z powyższym, skoro aby nabyć uprawnienia budowlane, projektowo wykonawcze wymagany jest okres na pełen etat wykonywania dokumentacji projektowej przez 2 lata, to uważam za jak najbardziej

19

Sygn. akt KIO 1590/15

uzasadnione, żeby okres tego projektowania przed nabyciem uprawnień zaliczyć do praktyki zawodowej przy projektowaniu. Zamawiający zgadza się z tym poglądem. Pełnomocnik odwołującego jw. uważa, że do praktyki zawodowej przy projektowaniu nie można zaliczyć, w kontekście przedmiotowego SIWZ, projektowania przed okresem uzyskania uprawnień budowlanych i uważamy wręcz, że gdyby zamawiający dopuszczał taką możliwość, to wręcz powinien określić to w SIWZ. Nawet gdyby osobom, które zostały wskazane, doliczyć 24 miesiące, to według wykazu złożonego do oferty, nie uzyskaliby wymaganego okresu 5 lat. Przywołujemy pana M., który uzyskał uprawnienia 21 grudnia 2010 r., który nie może posiadać 5-letniego doświadczenia w projektowaniu i pełnieniu funkcji inspektora nadzoru. Zamawiający uważa, że gdyby nie chciał uwzględnić doświadczenia przed nabyciem uprawnień, to określiliby to w SIWZ. W ocenie przystępującego, praktykę w zakresie nadzoru inspektora budowlanego można również zaliczyć przed nabyciem uprawnień, bowiem wymagana jest praktyka zawodowa pięcioletnia, w tym doświadczenie w nadzorowaniu wykonawstwa, dlatego też uważa, że jeżeli ktoś do książki praktyki zawodowej wpisał doświadczenie w nadzorze przed nabyciem uprawnień, to ten okres też mu się zalicza. Ten okres z doświadczenia zawodowego nie jest przypisany do funkcji związanych z posiadaniem uprawnień budowlanych, jest to osobna kwestia, praktyka w zawodzie a posiadanie uprawnień i pełnienie samodzielnej funkcji.

14. Pismo z dnia 20 lipca 2015 r. konsorcjum Ekocentrum do Zamawiającego, str. 253, 258 w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa co do Wykazu osób.
15. Pismo z dnia 15 lipca 2015 r, str. 262-269 dokumentacji, tom I w zakresie rozstrzygnięcia przetargu i zbiorczego zestawienia ofert i uzyskanych punktów,
16. Oferta konsorcjum Ekocentrum, str. 285-328, tom I, w szczególności wykaz osób, zał. nr 3 i zał. nr 5 – oświadczenie wykonawcy dotyczące posiadania praktyki zawodowej oraz zobowiązania do współpracy; na wniosek Odwołującego str. 17a-17d (302-306 dokumentacji – wnioski o sprawdzenie w ewidencjach i kartotekach niedostępnych powszechnie) na okoliczność, że w tych wnioskach bez zastrzeżenia tajemnicy podano dane wrażliwe, takie jak PESELe, adresy to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w uzupełnieniu powinno być nieskuteczne na okoliczność, iż wobec tych osób nie wszczęto procedury dostępu do informacji niejawnych, czyli nie wykazano spełnienia warunku; do powyższego ustosunkował się zamawiający w stanowisku pisemnym; Przystępujący ustosunkował się do tego w powyższej części protokołu,
17. Odpowiedzi na pytania z 18 maja 2015 r., str. 128-148 dokument, tom II – odpowiedź nr 32, 33, 67 oraz 68.

20

Sygn. akt KIO 1590/15

18. Dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa:
8 lipca 2015 nr 5360/15 – zastrzeżenie wykazu osób, uzasadnienie oraz przedstawienie aktualnego wykazu,

- 29 czerwiec 2015 r. nr 5022/15 – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie braku zaświadczeń o posiadaniu poświadczeń bezpieczeństwa i zaświadczenia o przeszkoleniu wraz z zał. nr 3,
 - 16 czerwiec 2015 r. nr 4634/15 – wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz pismo z dnia 16 czerwca 2015 r. w części jawnej, tom I, str. 1-81.
19. Dodatkowo, uwzględniając wnioski z odwołania, zał. nr 12, 14, dowód, iż w dniu 22 lipca 2015 r. odmówiono wglądu do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy oraz zał. nr 13 i 14 do odwołania. Pełnomocnik Odwołującego podkreśla, iż odmówiono mu wglądu w protokół wraz z załącznikami i umożliwiono mu ten wgląd dopiero w dniu 22 lipca 2015 r., a 24 lipca udostępniono zastrzeżenie tajemnicy w zakresie wykazu osób, przy czym nie udostępniono nadal wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i wykazu osób. Na dzień dzisiejszy nie znamy uzasadnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy w zakresie rażąco niska ceny, znamy tylko uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy wykazu. Reasumując odwołujący podtrzymał wniosek odwołania co do udostępnienia uzupełnionego wykazu oraz wyjaśnień do rażąco niskiej ceny.
20. dowód z pisma z 5 sierpnia 2015 r. wystawionego przez Politechnikę Poznańską opiewającego na funkcję zarządzającego projektem i inspektora nadzoru W. N. na kwotę 2. 085. 000 zł netto, podpis Kanclerz dr inż. J. N. – załącznik do pisma z 5 sierpnia 2015 r. Przystępującego i dowód – pismo z dnia 23 lipca 2015 r. Politechniki Poznańskiej Biuro Rektora, podpisał kierownik biura rektora mgr K. D., gdzie kontrakt budowy bulwaru nadwarciańskiego wartość netto podaje się 1 697 522,38 zł netto – numer umowy 106/2014. Pełnomocnik Odwołującego pani J. K. odnosząc się do dowodów w zakresie doświadczenia pana W. N. stwierdza, że dowód przedłożony przez przystępującego odnosi się do w ogóle budowy dróg dla Politechniki Poznańskiej bez określenia zamówienia i innych szczegółów, a powszechnie jest wiadomym, że Politechnika Poznańska ma drogi nie tylko w związku z posadowieniem nad Wartą, ale również ma siedzibę na ul. Strzeleckiej, Ogrodowej, Polanki, Nieszawska oraz pl. Marii Curie-Skłodowskiej. Pełnomocnik zamawiającego stwierdza, że odpowiedź udzielana jest w zależności od pytania; jeżeli zadano pytanie o wartość zamówienia, a nie o wartość zrealizowanego zamówienia, które bardzo często obejmuje prace dodatkowe. Ponadto na stronie internetowej

- info.put.poznan.pl, gdzie jest pokazane 75 zakończonych postępowań, nie znajduje się tam, oprócz budowy bulwaru nadwarciańskiego żadnego przetargu na roboty budowlane związane z robotami budowlanymi Politechniki, w związku z tym oświadczenie kanclerza może dotyczyć tylko tej jednej inwestycji. Przystępujący potwierdza, że wartość zrealizowanych robót w tym zamówieniu odbiega z powodu bardzo częstych robót dodatkowych, zamiennych i uzupełniających. W tym przypadku zaznacza, że wartość robót, które nadzorował pan W. N. ostatecznie wyniosły podaną kwotę ponad 2 mln zł, a to z powodu konieczności budowy drogi przeciwpożarowej.
21. dowód z wcześniejszych postępowań, w których uczestniczył wykonawca konsorcjum Ekocentrum, gdzie składał oferty obejmujące wykazy osób i wówczas nie stosował zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odnosząc się Zamawiający uważa dowód za bezprzedmiotowy i niewyjaśniający zastrzeżenia tajemnicą wykazów, ponieważ z dowodu wynika, że Ekocentrum wówczas składało oferty samodzielnie lub w konsorcjum z innym podmiotem, a tu mamy do czynienia z nowym podmiotem – konsorcjum Ekocentrum i Military Project. Uważa, że takie zastrzeżenie nabiera innego znaczenia z uwagi na charakter zamówienia dla wojska i związanych z obronnością kraju i dostępem do informacji niejawnych. Przystępujący uważa również ten dowód za bezprzedmiotowy a wymóg zastrzeżenia wykazu pojawił się w związku z udziałem Military Project, które specjalizuje się w sprzęcie dla wojska.
22. na wniosek odwołującego, przeprowadzono dowód z pozostałych załączników do odwołania – 19, 21 i 22 na okoliczność procedury uzyskiwania uprawnień do dostępu do informacji niejawnych. Pani K. N. pełnomocnik odwołującego wskazuje, iż zał. nr

19 przywołuje na okoliczność, że należało wskazać dowody na rozpoczęcie procedury dostępu do informacji niejawnych - odpowiedź na pytanie nr 32, a tutaj jest dowód na to, że składa się dokument potwierdzający, że składa się dokument potwierdzający wszczęcie procedury. Również z odpowiedzi nr 32 wynika, że do oferty powinno załączyć się zgodę na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli poufnej, które wystawia wykonawca dla osób mających uczestniczyć w zamówieniu, a takiej zgody w ofercie konsorcjum, Ekocentrum nie ma dla 4 osób, dla których zamawiający wskazywał, że prowadzone są postępowania sprawdzające - zał. 19. Powyższy obowiązek wynika z art. 34 ust. 9 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Uważamy, że zał. nr 22 powinien być załączony do oferty jako dowód. Uważamy, że z literalnego przywołania art. 34 ust. 9 oin wynika obowiązek przedstawienia również karty informacyjnej w sytuacji, gdy osoby mające wykonywać zadanie nie posiadają dostępu do informacji niejawnych, a jest to dowód na wszczęcie procedury uzyskania takiej zgody. Uważamy, że bezwzględnie powinien

22

Sygn. akt KIO 1590/15

być wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów wskazanych w zał. 21 i 22. Wskazuje na zał. nr 20, str. 17 c i d do naszego odwołania, w którym to pokazaliśmy, iż w stosunku do pana M. i pana N. już w lutym wystąpiono o sprawdzenie w ewidencjach i kartotekach tych osób i na dzień składania ofert - 9 czerwca. Powyższe wynika z art. 28 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 24 ust. 6 oraz 7. Pełnomocnik zamawiającego uważa, że odwołujący źle interpretuje odpowiedź na pytanie 32, że dla zamawiającego wystarczy przekazanie dowodu wszczęcia postępowania sprawdzającego, gdy z zostało to uczynione w zał. nr 20 do odwołania o nazwie wnioski o sprawdzenie, a jednocześnie co do daty 6 lutego 17c i 17d oznaczenie wnioski tj. omyłka pisarska, wynika to z pieczęci Military Project, gdzie wpisane jest 2 czerwca. Te daty wynikają również z uzupełnionego wykazu osób. Ponadto przywołuje odpowiedź nr 32, że po sprawdzeniu można wydać zgodę na dostęp do informacji niejawnej, w tym wypadku Military Project może wydać tą zgodę przed podpisaniem umowy. Z art. 34 ust. 9 wynika, że przy wszczęciu postępowania w ABW podmiot, który posiada poświadczenie bezpieczeństwa może już wydać zgodę na dostęp do informacji niejawnych. Również przystępujący wskazuje na numery 718 do 721 rejestrowane wszystkie podają datą 2 czerwca 2015r., co potwierdza omyłkę pisarską. W tym miejscu przywołuje fragment pisma z 29 czerwca 2015 r. do zamawiającego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdzie informuje, że wskazane powyżej osoby posiadają upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli poufnej wystawione przez KJO. W tym miejscu oświadcza, że te 4 osoby wymienione mają zakończone postępowania sprawdzające przez ABW i mają wydane poświadczenia bezpieczeństwa w zakresie dostępu do informacji niejawnych.

23. Dowody z SIWZ i Oferty wykonawcy wybranego Strona 81 – Opis sposobu obliczenia ceny- SIWZ, Strona 87 oferta – punkty 5; 9; 10; Strona 90 – 91 – zał.nr 3 wykaz osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia – osoby nie będące etatowymi pracownikami wykonawcy muszą złożyć zobowiązanie do współpracy na załączniku nr 6 do SIWZ; Zał. nr 5 – str.93 i 94; Zał.nr 6 – str.95 zobowiązanie do współpracy; Zał.nr 11 – str. 100 zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby – Zał. Nr 12 – wykaz części zamówienia, których wykonanie wykonawca zlecił podwykonawcy;. zamierza Wyjaśnienia z 20.07.2015 EKOCENTRUM – str. 253- 258 – informacje zastrzeżone nie zostały do wiadomości publicznej, zakres oraz wartość charakter, ujawnione gospodarcza zastrzeżonych informacji; działania wykonane przez wykonawcę w celu zachowania tajemnicy i poufności danych objętych tymi informacjami. „Podsumowując nie ma możliwości dotarcia do wskazanych, zastrzeżonych informacji na zwykłej drodze. Wskazane powyżej informacje powinny zostać utajnione zarówno w ofercie, jak i

23

Sygn. akt KIO 1590/15

wyjaśnieniach wykonawcy: Oferta EKOCENTRUM – str. 285 Tom I – formularz ofertowy

str.290; tabele wyceny elementów ryczałtowych – 292 i 293; wykaz osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia – str. 299 – 301 zał. nr 3 ; al. Nr 5 oświadczenie wykonawcy dotyczące posiadania praktyki zawodowej str.311 -316; zobowiązania do współpracy – 317 – 328

Izba zważyła.

Izba na podstawie ustaleń, dokonanych w wyniku przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i dokumentów przedłożonych na rozprawie przez strony i uczestnika a przedstawionych powyżej w ustaleniach, zważyła jak poniżej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z szeregu podniesionych zarzutów w odwołaniu decydujące znaczenie dla uwzględnienia odwołania ma zagadnienie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego to jest Konsorcjum Ekocentrum i Military Project (Konsorcjum Ekocentrum). Pomimo skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie postępowania przed zamawiającym wyjaśnić co do rażąco niskiej ceny, wskutek tego niedostępności złożonych wyjaśnień zamawiającemu, odwołujący instynktownie podniósł zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego w kontekście wartości szacunkowej zamówienia. W toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia do trzech wykonawców oferujących najtańsze oferty w tym do wykonawcy wybranego to jest konsorcjum Ekocentrum jak również do odwołującego. Pomimo obowiązujących dwóch kryteriów oceny ofert to jedno z nich w żadnym stopniu nie rozstrzygało o wyniku przetargu (Rozdział VI Kryteria oceny ofert pkt 2 częstotliwość fakturowania – maksymalnie raz na 90 dni - 5%), ponieważ wszyscy oferenci zaoferowali jednakowy odstęp czasowy na wystawianie faktur/płatności w związku z tym wszyscy otrzymali jednakową ilość punktów w tym kryterium. W związku z tym o pozycji w rankingu ofert decydowało drugie kryterium (Rozdział VI Kryteria oceny ofert pkt 1 – cena oferty - 95%). Wykonawca wybrany zaoferował najniższą cenę to jest na poziomie 1.879.440 złotych brutto (oferta konsorcjum Ekocentrum – Formularz ofertowy) w sytuacji gdy zamawiający oszacował zamówienie na poziomie 4.400.000,00 złotych – wartość szacunkowa zamówienia – na otwarciu ofert kwota jaka zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podał – 4.920.000,00 zł. brutto – protokół postępowania o udzielenie zamówienia). Różnica w wycenie zamówienia pomiędzy zamawiającym a konsorcjum Ekocentrum spowodowała wezwanie tego ostatniego do wskazania jakie

24

Sygn. akt KIO 1590/15

czynniki zaistniały, które spowodowały rozbieżności w wycenie zamówienia i w jakim stopniu. Przy czym zamawiający przywołał przykładowe czynniki to jest wymienione w art.90 ustawy Pzp oczekując również wskazania w jakim stopniu poszczególne czynniki zdecydowały o niższej cenie. Wśród czynników, które mogą wpłynąć na obniżenie ceny ustawa wymienia między innymi: wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, pomoc publiczną, sposób wykonania zamówienia. Izba przeprowadziła na rozprawie dowód z wyjaśnień konsorcjum Ekocentrum rażąco niskiej ceny nie odtajniając ich treści. Argumentację jaką zawarto w wyjaśnieniach, w sposób nie naruszający interesu wykonawcy wybranego co do zastrzeżonych tajemnicą wyjaśnień, Izba przedstawiła powyżej. Sam dokument wyjaśnień mieści się na ponad 20 stronach plus załączniki ale w ocenie Izby nie wskazuje indywidualnych czynników to jest niedostępnych pozostałym wykonawcom, które wpływają na wysokość zaoferowanej ceny. Tej treści uzasadnienie do wysokości zaoferowanej ceny, jakie przedstawił wykonawca wybrany, wobec zgłoszonych wątpliwości zamawiającego, mógłby sporządzić niemal każdy z wykonawców, uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu. Bowiem nie wynika z niego indywidualna, charakterystyczna tylko dla tego wykonawcy sytuacja, która odróżnia jego od pozostałych wykonawców składających oferty w tym postępowaniu. Przede wszystkim wykonawca powołuje się na dwudziestoletnie doświadczenie w branży najpierw inwestora zastępczego a aktualnie Inżyniera Kontraktu. Natomiast nie wskazał, którzy wykonawcy to jest konkurenci w tym postępowaniu takiego doświadczenia nie posiadają. Należy zwrócić uwagę, że oprócz konsorcjum Ekocentrum oferty złożyły takie firmy jak: Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A.

Lider konsorcjum z siedzibą w Szczecinie i ASD Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie jako Członek konsorcjum; KAROX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu; Konsorcjum firm: COMTEGRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider i TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Członek konsorcjum; GRONTMIJ POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – lider konsorcjum i Promar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy – Członek konsorcjum. Według wiedzy Izby wymienione powyżej firmy posiadają nie mniejsze doświadczenie, niż posiada doświadczenie wykonawca wybrany konsorcjum Ekocentrum zarówno w zakresie funkcji Inwestora Zastępczego jak i funkcji Inżyniera Kontraktu. Natomiast wykonawca wybrany powołując się na własne doświadczenie nie odniósł się do doświadczenia konkurentów wykazując, że są one niższe niż jego doświadczenie. Jest to o tyle istotne, że wykonawca wybrany powołując się na długoletnie doświadczenie uzasadnia możliwość obniżenia ceny nawet do 50 procent w stosunku do wyceny zamawiającego z powodu doświadczenia w organizacji pracy tego rodzaju kontraktów jak zatrudniania na stałe wysokiej klasy doświadczonych ekspertów a nawet wykazuje osiągnięcie poziomu 20% wyceny zamawiającego. Reasumując argumentacja tego typu

25

Sygn. akt KIO 1590/15

nie jest przekonywująca zwłaszcza wobec braku jakiegokolwiek odniesienia się do konkurencji w tym postępowaniu, która w ocenie Izby ma równorzędne doświadczenie i dysponuje również doświadczonym zespołem wymaganych ekspertów. Poza tym dla Izby nie jest wiarygodnym twierdzenie, że dwudziestoletnie doświadczenie podmiotu ma bezpośrednie przełożenie na krótszy, efektywniejszy czas pracy w stosunku na przykład do podmiotu posiadającego 10 letnie czy 5 letnie doświadczenie w przedmiotowej branży. Tym bardziej, że efektywność zapewnia nie tylko doświadczenie zawodowe ale również zapewniają nowoczesne metody zarządzania pracą oraz nowoczesne technologie. Tak samo nie jest trafiony argument, że wykonawca wybrany dysponuje stałą, własną wysokokwalifikowaną kadrą pracowników, ponieważ oferta składa się w zdecydowanej większości z zobowiązań osób do podjęcia współpracy a nie z tytułu zatrudnienia na stałe u wykonawcy wybranego. Tym bardziej, że może być dyskusyjna kwestia czy stała własna kadra zapewnia większą efektywność niż kadra współpracująca przy konkretnym, poszczególnym zadaniu. Kolejny argument na obniżenie wynagrodzenia to okoliczność posiadania wyposażenia, sprzętu w tym stałego lokum, w którym może być świadczona usługa jak i usytuowanie bazy prowadzonej działalności na terenie miasta, w którym ma siedzibę zamawiający. W ocenie Izby nie jest to okoliczność wyróżniająca wykonawcę, ponieważ nie wykazał, żeby konkurenci nie posiadali takich uwarunkowań jak sprzęt i baza. Ponadto z zestawienia powyżej wykonawców w tym z ich siedzib wynika, że nie tylko wykonawca wybrany posiada siedzibę w miejscu siedziby zamawiającego. W związku z powyższym te okoliczności również nie różnicują pod względem kosztów ofertę wykonawcy wybranego od ofert pozostałych oferentów. Tym samym ta argumentacja nie ma wpływu na okoliczność uzasadnienia niższej ceny w stosunku do wyceny przedmiotu zamówienia przez zamawiającego czy też przez konkurentów. Następnym argumentem odwołującego do niższej ceny jest zawyżenie wysokości wynagrodzenia szacowanego przez zamawiającego. Dla wykazania tego twierdzenia wykonawca wybrany wskazuje na szereg zamówień, które wykonywał gdzie oferowali poziom cen w stosunku do szacunku zamawiającego nawet do poziomu 20 procent i otrzymał pozytywne rekomendacje wykonania usługi. W ocenie Izby nie jest to argument uzasadniający obniżenie ceny w stosunku do szacunku zamawiającego a jedynie istniejąca rzeczywistość na rynku zamówień publicznych, która nie może decydować o wyjaśnieniu podejrzenia rażąco niskiej ceny złożonej oferty w konkretnym postępowaniu w tym wypadku w przedmiotowym postępowaniu. Tym bardziej, że zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień powyżej cytowanych (pismo z dnia 12.06.2015 roku) żądał nie tylko przedstawienia czynników stanowiących podstawę do obniżenia ceny ale również żądał wskazania w jakim stopniu wpływają na obniżenie ceny („jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki

26

Sygn. akt KIO 1590/15

tym czynnikom cena została obniżona”). Reasumując w ocenie Izby odwołujący nie wykazał w jaki sposób podniesione przez niego czynniki wpłynęły na obniżenie ceny zwłaszcza odnosząc charakterystykę tych czynników do sytuacji konkurentów jak i w jakim zakresie i stopniu zamawiający nieprawidłowo wycenił zamawianą usługę. Odwołujący przy przedstawieniu czynników obniżających wycenę jego oferty nie udowodnił, że konkurenci mają w poszczególnych czynnikach gorszą sytuację wpływającą na wycenę (wyposażenie, sprzęt, kadra, doświadczenie zawodowe, lokalizacja ich bazy a miejsce świadczonej usługi). Również argumentacja o zachowaniu najniższego wynagrodzenia jest bezprzedmiotowa, ponieważ zamówienie nie obejmuje prostych i nieskomplikowanych prac a prace eksperckie, które nie są wynagradzane na poziomie najniższego wynagrodzenia a nawet średniego krajowego wynagrodzenia. W takim przypadku argumentacja o zachowaniu najniższego wynagrodzenia lub też średniego krajowego dla prac eksperckich stanowić może tylko dowód na nieprawidłowość wyceny. W tym stanie rzeczy w myśl art.90 ust.3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sytuacji pomimo złożenia wyjaśnień oraz dowodów wykonawca wybrany nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ponieważ wyjaśnienia tego wykonawcy sprowadzają się tylko do porównań z innymi postępowaniami oraz podkreślenia jego wyjątkowej sytuacji bez wykazania, że pozostali konkurenci takiej sytuacji nie posiadają a co jest mylące o czym Izba nadmieniła powyżej. Natomiast swoimi wyjaśnieniami i dowodami wykonawca wybrany nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego. Istotnym elementem dla rozstrzygnięcia tego zarzutu odwołania jest obowiązek leżący po stronie wykonawcy wybranego wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art.90 ust.2 ustawy Pzp.). Izba na rozprawie jak powyżej przedstawiła ustalenia z wyjaśnień wykonawcy wybranego (pismo z dnia 16.06.2015 roku) i nie stwierdziła aby odwołujący swoimi wyjaśnieniami udowodnił, iż podejrzenia zamawiającego co do rażąco niskiej ceny nie są uzasadnione. W ocenie Izby zamawiający bezpodstawnie uznał, że złożone wyjaśnienia wykluczają rażąco niską cenę w ofercie wykonawcy wybranego to jest Konsorcjum Ekocentrum. Przedstawione przy wyjaśnieniu dowody odnoszą się do innych postępowań, w których uczestniczył wykonawca wybrany a przedstawione dokumenty finansowe z działalności spółki mogą stanowić czynnik mający wpływ na cenę (ubezpieczenia finansowe, pozycja ekonomiczna, nabywcza spółki, zdolność kredytowa) niemniej z samego faktu ich przedstawienia nie wynika jaki mają wpływ na wysokość ceny. Reasumując należy stwierdzić, że wyjaśnienia wykonawcy wybranego nie odpowiadają na zadane pytanie w jaki sposób czynniki wskazane przez wykonawcę

27

Sygn. akt KIO 1590/15

wybranego wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, wobec której zamawiający powziął podejrzenie rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym spełniona została przesłanka z art. 90 ust.3 ustawy Pzp w zakresie nie złożenia wyjaśnień na temat czynników jak ich wpływu na obniżenie ceny. Bowiem samo podanie czynników bez odniesienia ich do sytuacji konkurujących wykonawców jest niewystarczające do uznania tych czynników za mające wpływ na obniżenie ceny. Przy czym podane czynniki przez wykonawcę wybranego nie są ani czynnikami obiektywnymi, ani wyjątkowymi w stosunku do uwarunkowań pozostałych oferentów a co Izba przedstawiła powyżej.

Po pierwsze jak wyżej Izba przedstawiła wykonawca wybrany podając czynniki obniżające cenę nie udowodnił, że konkurenci ich nie posiadają a według wiedzy Izby nie są to czynniki, których nie można przypisać pozostałym wykonawcom, o czym Izba nadmieniła powyżej.

Po drugie wbrew żądaniu zamawiającego wykonawca wybrany nie przedstawił w jakim stopniu wskazane przez niego czynniki obniżające cenę wpływają na wysokość zamówienia odnosząc to do niniejszego postępowania.

Po trzecie zarzuty wykonawcy wybranego w złożonych wyjaśnieniach z dnia 16.06.2015 roku na temat zawyżenia wyceny przedmiotowego zamówienia są nieuzasadnione bo nie poparte dowodami.

Reasumując należy stwierdzić, że wykonawca wybrany nie złożył wyjaśnień do których

wezwał zamawiający pismem z dnia 12.06.2015 r. co wyczerpuje przesłankę odrzucenia odwołania z art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Kolejnymi zarzutami odwołującego, po błędnej ocenie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Ekocentrum w zakresie rażąco niskiej ceny, jest błędne ustalenie, że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę odpowiada treści SIWZ oraz, że przedmiotowa oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Powyższe zarzuty odwołania stanowią konsekwencję, następstwo zarzutu rażąco niskiej ceny. Niemniej na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba nie znajduje podstaw do ich uwzględnienia i uznaje je jako nieudowodnione. Pod względem formalno prawnym zarzut sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ oraz zarzut błędu w obliczeniu ceny stanowią odrębne podstawy dla zamawiającego do odrzucenia oferty i regulowane są art.89 ust.1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp. Teoretycznie mogą być ze sobą powiązane, czyli mogą jednocześnie występować. Rażąco niska cena może być konsekwencją jednego z nich albo obydwu z nich. Niemniej jak wyżej przywołano Izba nie znajduje podstaw do uwzględnienia tych zarzutów z racji ich nie udowodnienia.

28

Sygn. akt KIO 1590/15

Rozstrzygnięcie niniejszego odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy wybranego jest najdalej idące w stosunku do pozostałych zarzutów odwołania. Bowiem pozostałe zarzuty odnoszą się do wykluczenia z postępowania po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 czy ust.4 ustawy Pzp. W myśl art.26 ust.3 ustawy Pzp. zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów oraz pełnomocnictw albo złożone oświadczenia, dokumenty, pełnomocnictwa zawierają błędy lub są wadliwe do ich złożenia w określonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym Izba odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania zważyła jak poniżej.

Izba nie potwierdza zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b w związku z art. 25 ust. 1, oraz art. 89 ust 1 w związku z art. 36a poprzez ich nie zastosowanie, w zakresie, zaniechania właściwej weryfikacji zobowiązań o współpracy osób nie będących etatowymi pracownikami Konsorcjum Ekocentrum (co wedle postanowień SIWZ oznaczało wykonywanie części zamówienia na zasadach podwykonawstwa), wobec deklaracji wykonawcy wybranego o wykonaniu przedmiotu zamówienia siłami własnymi, bez udziału podwykonawców. W ocenie Izby z postanowień SIWZ nie można wywieść obowiązku wykonawcy w przypadku zobowiązania osób do współpracy, wypełnienia jako warunku bezwzględnego formularza podwykonawstwa. Zasadnie zamawiający podkreślił na rozprawie, że z treści zobowiązania tychże osób wynika również możliwość zawarcia w przyszłości umowy o pracę z wykonawcą wykonującym zamówienie. Z zapisu SIWZ, że dla osób nie będących pracownikami należy załączyć zobowiązanie do współpracy nie można wywieść, że te osoby będą podwykonawcami. W ocenie Izby osoby w przypadku wypełnienia zobowiązania o współpracy mogą być zarówno podwykonawcami, pracownikami (etat) czy świadczącymi na podstawie umowy cywilnoprawnej. Natomiast nie rozstrzyga ani pytanie i odpowiedź nr 67, ani paragraf 9 ust.1 wzoru umowy, ani rozdział IV pkt 1 SIWZ, ani zał. nr 6 w zw. z rozdziałem XVIII SIWZ jak interpretuje odwołujący to jest, że należy w przypadku zobowiązania do współpracy konsekwentnie wypełnić formularz podwykonawstwa.

W ocenie Izby z kolei w przypadku wymogu dla konsorcjum określenia się, która firma będzie dysponować pracownikiem to nie określenie tego nie powoduje z mocy prawa niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający takie uchybienie powinien albo wyjaśnić albo żądać uzupełnienia dokumentu.

29

Sygn. akt KIO 1590/15

W zakresie wykazu osób Izba podziela stanowisko pełnomocnika odwołującego, że wezwanie w trybie art.26 ust.3 i 4 ustawy Pzp skierowane do wykonawcy wybranego nie

wyczerpuje w pełnym zakresie braków w tym Wykazie. Niemniej z uwagi na okoliczność, że oferta wykonawcy wybranego podlega odrzuceniu w związku z rażąco niską ceną bezprzedmiotowe jest wzywianie wybranego wykonawcy do uzupełnienia Wykazu osób. Co do zaniechania przeprowadzenia w trakcie prowadzonych czynności badania i oceny ofert (tj. przed wyborem oferty najkorzystniejszej) badania zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przedkładanych przez Konsorcjum Ekocentrum w odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dotyczących osób. Przepisy ustawy Pzp nie regulują terminu w którym zamawiający powinien dokonać badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ze względów praktycznych przyjmuje się, że powinno to nastąpić najpóźniej na dzień rozstrzygnięcia przetargu aby potencjalni zainteresowani mogli równocześnie wnieść odwołanie od tej czynności czy zaniechania zamawiającego. Natomiast brak rozstrzygnięcia w tym terminie może stanowić podstawę do złożenia odwołania na zaniechanie czynności zamawiającego wraz z upływem terminu rozstrzygnięcia przetargu. W niniejszej sprawie rozpatrzenie zastrzeżenia tajemnicy po upływie rozstrzygnięcia przetargu nie miało wpływu na wynik postępowania odwoławczego, ponieważ zaniechanie zamawiającego odwołujący miał możliwość zaskarżenia wraz z zaskarżeniem rozstrzygnięcia przetargu.

Co do zaniechania odtajnienia informacji przedkładanych przez konsorcjum Ekocentrum w odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w zakresie dotyczącym: wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, praktyki zawodowej i doświadczenia zawodowego tych osób, zaświadczeń stwierdzających odbycie szkolenia w zakresie Ochrony Informacji Niejawnych. Zarzut co do zasady zasługuje na uwzględnienie. Słuszny jest argument odwołującego, że na etapie składania ofert wykonawca wybrany nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. Tym bardziej jest słuszny zarzut z racji, iż Wykaz uzupełniony na wezwanie zamawiającego, co potwierdził zamawiający w toku postępowania odwoławczego, w zakresie listy osób nie uległ zmianie. W myśl art.8 ust.3 ustawy Pzp. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca, nie później niż terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby późniejsze, to jest po terminie składania ofert, zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne wobec treści art.8 ust.3 ustawy Pzp., który jako jedną z przesłanek przewiduje zastrzeżenie na dzień składania ofert, czego wykonawca wybrany nie uczynił. Co prawda uczestnik na rozprawie podnosił, że w Wykazie uzupełnionym znalazły się dalsze informacje, ale jak

30

Sygn. akt KIO 1590/15

Izba ustaliła, z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, uczestnik takiej okoliczności nie podnosił. Izba nie odtajniła Wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia uzupełnionego na wezwanie zamawiającego z racji bezprzedmiotowości tego żądania w kontekście uwzględnienia zarzutu braku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy wybranego.

Co do zarzutu błędnego ustalenia, że treść samego uzasadnienia dotyczącego powodów zastrzeżenia tajemnicy przez Konsorcjum Ekocentrum, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzut co do zasady jest słuszny, ponieważ uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do poszczególnych informacji powinno być dostępne dla osób postronnych, które powinny mieć prawo zaskarżenia takowego zastrzeżenia. Poza tym prawo chroni informacje o przedsiębiorstwie a nie uzasadnienie służące objęciem ochroną tych informacji. Izba zapoznając się z treścią poszczególnych uzasadnień do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie stwierdziła podstaw do ich objęcia tajemnicą z uwagi na zawarte w nich treści. Niemniej Izba uznała za bezprzedmiotowe odtajnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wykazów osób i innych zastrzeżonych informacji w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny z uwagi na nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego jako rozstrzygnięcia dalej idącego.

Na marginesie należy wskazać, że jeżeli uzasadnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera informacje chronione to można jest zastrzec jako objęte

tajemnicą, co w przedmiotowej sprawie nie wystąpiło.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego jak i uczestnika co do zaliczenia projektowania przed nabyciem uprawnień do praktyki zawodowej w projektowaniu. Praktyka zawodowa oznacza praktykę projektanta a nie innych osób np. starających się o nabycie uprawnień czy projektujący, którzy nie starają się w ogóle o uprawnienia. Przede wszystkim z uwagi na to, że nie projektują samodzielnie a czynią to jako asystenci, pomocnicy pod kontrolą projektanta. Ponadto nawet sam uprawniony projektant ma zawsze weryfikowaną dokumentację przez innego projektanta. W ocenie Izby można by zaliczyć do praktyki zawodowej projektanta praktykę przed nabyciem uprawnień gdyby taką możliwość zamawiający w SIWZ przewidział, ponieważ jest to jego ryzyko jakich fachowców akceptuje.

31

Sygn. akt KIO 1590/15

Izba reprezentuje stanowisko nie zaliczania również praktyki do zawodu w przypadku inspektora nadzoru budowlanego.

Izba również nie podziela stanowiska zamawiającego co do zaliczania przerw w wykonywaniu funkcji wymagających uprawnień budowlanych do praktyki zawodowej wymaganej w SIWZ.

Co do oceny przedłożonych na rozprawie przez odwołującego i uczestnika dokumentów wystawionych przez Politechnikę Poznańską na okoliczność doświadczenia Pana W. N. to Izba uznaje za wiarygodne zaświadczenie wskazujące konkretnie oznaczone zamówienie to jest „bulwary nadwarciańskie”. Zamawiający nie wykazał, że na „bulwarach nadwarciańskich” były roboty dodatkowe. Natomiast brak w Internecie innych budów dróg nie oznacza, że mogły być one realizowane poza przetargiem to jest poniżej 30(14) tysięcy euro.

Co do niespełnienia wymogu posiadania szkoleń czy dostępu do informacji niejawnych to zamawiający wezwał wykonawcę wybranego do ich uzupełnienia. Uczestnik wykazał, że wszczął procedurę ich uzyskiwania. Przy uwzględnieniu odpowiedzi na pytanie nr 32 zarzut braku uprawnień dostępu do informacji niejawnych na etapie składania ofert jest nieuzasadniony.

W związku z powyższym na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ potwierdzony zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego ma istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) oraz § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 zł tytułem uiszczanego wpisu od odwołania.

32

Sygn. akt KIO 1590/15

Przewodniczący:

.....
.....

33