

Sygn. akt KIO 1809/15
KIO 1823/15
KIO 1829/15

WYROK
z dnia 14 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 3, 7 i 8 września 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2015 r. przez:

- A. wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** (sygn. akt KIO 1809/15)
- B. wykonawcę **BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań** (sygn. akt KIO 1823/15)
- C. wykonawcę **Systra S.A., 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż, Francja (adres do korespondencji: SYSTRAS.A Oddział w Polsce, ul. Świętego Antoniego 2/4 Brama B, 50-073 Wrocław)** (sygn. akt KIO 1829/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Systra S.A., 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż, Francja (adres do korespondencji: SYSTRAS.A Oddział w Polsce, ul. Świętego Antoniego 2/4 Brama B, 50-073 Wrocław)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1809/15 po stronie odwołującego

1

-
- B. wykonawcy **Biuro Projektantów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Kościuszki 69, 61-891 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1823/15 po stronie zamawiającego
 - C. wykonawcy **Voeesing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grobla 17/5, 61-859 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1823/15 po stronie zamawiającego
 - D. wykonawcy **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Partyzantów 72A, 80-254 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1829/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 3 zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie wykonawcy **Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, prowadzącego działalność w Polsce przez: Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Wspólna 47/49, 00-684 Warszawa**, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp tj. złożenia zaświadczeń dla członków zarządu wykonawcy (sygn. akt KIO 1809/15)
2. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań** dla części 1 zamówienia (sygn. akt KIO 1823/15)

3.uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę Systra S.A, 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż, Francja (adres do korespondencji: SYSTRAS.A Oddział w Polsce, ul. Świętego Antoniego 2/4 Brama B, 50-073 Wrocław) (sygn. akt KIO 1829/15) i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 3 zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym:

2

- wezwanie wykonawcy Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, prowadzącego działalność w Polsce przez: Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Wspólna 47/49, 00-684 Warszawa, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp, tj. złożenia zaświadczeń dla członków zarządu wykonawcy

- wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TECHNITAL S.p.A, via Cassano d'Adda 27/1, 20139 Milano, Włochy oraz SINTAGMA s.r.l., via Roberta n. 1 San Martino In Campo, 06132 Perugia, Włochy z siedzibą w Warszawie, ul. Gniewkowska 1, 01-253 Warszawa, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i/lub finansowej, tj. część sprawozdania finansowego, tj. rachunek zysków i strat oraz opinią biegłego rewidenta za rok 2014, oraz rachunek zysków i strat za rok 2012

- wezwanie wykonawcy Torprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Gniewkowska 1, 01-253 Warszawa, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i/lub finansowej, tj. informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy

4.kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (sygn. akt KIO 1809/15 i KIO 1829/15) oraz wykonawcę BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań (sygn. akt KIO 1823/15) i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: **MGGP S.A z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (sygn. akt KIO 1809/15), BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań (sygn. akt KIO 1823/15) oraz Systra S.A, 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż, Francja (sygn. akt KIO 1809/15) (sygn. akt KIO 1829/15)** tytułem wpisów od odwołań

3

4.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawcy **MGGP S.A z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (sygn. akt KIO 1809/15)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

4.3. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Systra S.A, 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż, Francja (sygn. akt KIO 1829/15)** kwotę **19 499 zł 40 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu i noclegu pełnomocnika

4.4. zasądza od wykonawcy **BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań (sygn. akt KIO 1823/15)** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** 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 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

4

**Sygn. akt KIO 1809/15
KIO 1823/15
KIO 1829/15**

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji administracyjnych dla linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie dla projektu: „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie”. Postępowanie podzielono na 3 części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 lutego 2015 r., nr 2015/S 024-040061.

sygn. akt KIO 1809/15

W dniu 11 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, zwanego dalej „odwołującym MGGP”, o wyborze w zakresie części 3 zamówienia oferty wykonawcy Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii prowadzącego działalność w Polsce przez: Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce, zwanego dalej „wykonawcą Halcrow”, jako najkorzystniejszej

W dniu 21 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący MGGP wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2015 r.) od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Halcrow, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, mające wpływ na wynik postępowania
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Halcrow z postępowania, mimo że dokumenty przedłożone przez tego wykonawcę nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

5

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy Halcrow do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie:
 - a) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia
 - b) sytuacji finansowej i ekonomicznejmimo że dokumenty załączone do oferty wykonawcy Halcrow nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy Halcrow do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty złożonej przez wykonawcę

Halcrow i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego MGGP, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu

6. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie ujawnienia odwołującemu MGGP elementów oferty wykonawcy Halcrow znajdujących się na stronach 293 i następnych oferty, mimo że informacje, o których mowa powyżej, nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jednocześnie odwołujący MGGP wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, przy czym odwołujący MGGP zastrzega sobie możliwość wniesienia dalszych wniosków dowodowych w trakcie rozprawy
2. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty
 - b) nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Halcrow i uznania jego oferty za odrzuconą, ewentualnie nakazanie wezwania wykonawcy Halcrow do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania
 - c) nakazanie ujawnienia i udostępnienia elementów oferty wykonawcy Halcrow znajdujących się na stronach 293 i następnych oferty
 - d) nakazanie dokonania powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa powyżej

6

3. zasądzenie na rzecz odwołującego MGGP kosztów postępowania

W uzasadnieniu odwołania odwołujący MGGP wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu dotyczącego nieprawdziwych informacji złożonych na potwierdzenie warunku – wiedzy i spełnienia udziału w postępowaniu warunku doświadczenia oraz braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący MGGP podniósł m.in., iż w wykazie złożonym wraz z ofertą wykonawca Halcrow powołał się na zamówienie, które określił jako „Opracowanie dokumentacji projektowej i zarządzanie projektem budowy linii średnicowej Crossrail w Londynie”, realizowane na rzecz Crossrail Limited. Według wykazu, w ramach zamówienia „wykonano projekty budowlane i po uzyskaniu pozwoleń na budowę projekty wykonawcze budowy 118 km zelektryfikowanej linii kolejowej Crossrail w Londynie wraz z budową 8 nowych stacji i przebudową 29 stacji kolejowych, w tym stacji Londyn Paddington, która posiada 13 torów głównych (w tym 11 torów głównych dodatkowych) i 17 krawędzi peronowych. Obecnie na całej nowej linii Crossrail trwają roboty budowlane, podczas których Halcrow Group Limited pełni obowiązki nadzoru budowlanego i zarządzania programem budowy. Według wykazu, zamówienie miało być zrealizowane w okresie od maja 2009 r. do grudnia 2012 r. Do wykazu na stronach ponumerowanych jako 30-1 i 30-2 dołączono pismo Crossrail Limited wraz z tłumaczeniem.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 15 lipca 2015 r., wykonawca Halcrow zmodyfikował wykaz dołączony pierwotnie do oferty i przedstawił nowe dokumenty. W zmodyfikowanym wykazie wykonawca Halcrow oświadcza, że w ramach zamówienia „wykonano projekty budowlane, uzyskano w imieniu inwestora decyzje administracyjne oraz wykonano projekty wykonawcze budowy 118 km zelektryfikowanej linii kolejowej Crossrail w Londynie wraz z budową 8 nowych stacji i przebudową 29 stacji kolejowych, w tym przebudowy stacji Londyn Paddington, która posiada 13 torów głównych (w tym 11 torów głównych dodatkowych) i 17 krawędzi peronowych oraz przebudowy stacji Abbey Wood, która posiada 6 torów głównych (4 dla Crossrail i 2 dla linii North Kent) i 6 krawędzi peronowych (4 dla Crossrail i 2 dla linii North Kent). Obecnie na całej nowej linii Crossrail trwają roboty budowlane, podczas których Halcrow Group Limited pełni obowiązki nadzoru budowlanego i zarządzania programem budowy. Do wykazu dołączono pismo Crossrail Ltd. z 26 listopada 2012 r.

Odwołujący MGGP podniósł, że już materiały załączone do oferty wykonawcy Halcrow w jej pierwotnym kształcie zawierały nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, co stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania opisaną w art. 24

ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że mowa o zamówieniu realizowanym przez samego wykonawcę Halcrow, nie sposób uznać, że do złożenia takich informacji doszło nieumyślnie. W tym stanie rzeczy, już wezwanie do uzupełnienia dokumentów w omawianym

7

zakresie i oparcie oceny na treści uzupełnionych dokumentów były działaniami nieprawidłowymi. Odwołujący MGGP podniósł także, że dodane do wykazu prace związane ze stacją Abbey Wood nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem tymi pracami nie było objęte „co najmniej opracowanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych” dla linii i stacji o cechach opisanych w warunku udziału w postępowaniu. Potwierdza to nawet treść pisma Crossrail z 26 listopada 2012 r. Wynika z niego, że Halcrow był jednym z czterech konsultantów w ramach „etapu przygotowania dokumentacji pogładowej” (ang. reference design phase, wadliwie przetłumaczone przez Halcrow jako „etap projektowania”), zatrudnionym w celu opracowania planu dla bocznicy południowo-wschodniej (ang. to develop the scheme for the south east spur”). Dokumentacja pogładowa (projekt referencyjny), o którym mowa w piśmie Crossrail, nie może być uznany za projekt budowlany, na podstawie którego są wydawane stosowne decyzje. Także ilustracje załączone do pisma z 20 lipca 2015 r. nie mogą być uznane za projekt budowlany, ale co najwyżej za plany/schematy, o których mowa w referencji.

Tak więc informacje ujęte w dokumentach dołączonych do oferty Halcrow nie odzwierciedlają rzeczywistości. Spółka Halcrow, działając w konsorcjum ze spółkami Bechtel i Systra, pełni w projekcie Crossrail rolę Partnera w Realizacji Projektu (ang. Project Delivery Partner - sformułowanie to pada w referencji dołączonej do oferty, zostało przy tym wadliwie przetłumaczone jako „Współwykonawca Projektu”). Zamówienie udzielone przez Crossrail na rzecz konsorcjum, opisane w wykazie i objęte referencją dołączoną do oferty, obejmuje zatem świadczenie usług związanych z zarządzaniem i koordynacją kontraktów na projektowanie i roboty budowlane. Konsorcjum w projekcie Crossrail zajmuje się zatem, np. opracowywaniem wymagań dla projektów, zarządzaniem pracą wykonawców, którzy realizują projekty, ale nie wykonywaniem samych projektów. W ramach projektu Crossrail, zamawiający udzielił ponad 20 odrębnych zamówień, których przedmiotem miało być wykonanie projektów. Wśród podmiotów, którym udzielono te zamówienia, nie ma jednak spółki Halcrow. Tak więc inny podmiot niż Halcrow wykonywał zamówienie obejmujące projekt stacji Paddington wymieniony w wykazie na s. 29-30 oferty. Oświadczenia spółki Halcrow zawartego w wykazie nie potwierdza zresztą również treść referencji dołączonej do oferty. Dlatego też koniecznym jest wykluczenie wykonawcy Halcrow z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu - osoby zdolne do realizacji zamówienia odwołujący MGGP podniósł m.in., iż zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobą pełniącą rolę koordynatora branży konstrukcyjno- budowlanej. Osoba ta miała posiadać uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, a w okresie ostatnich 5 lat musiała opracować w charakterze projektanta w branży konstrukcyjno-

8

budowlanej, co najmniej 2 dokumentacje projektowe (projekt budowlany i wykonawczy), które łącznie obejmowały budowę lub modernizację (rozbudowę, przebudowę) peronów, budynków nastawni i ekranów akustycznych. Do pełnienia tej roli wykonawca Halcrow wskazał Pana I. K. L., wskazując że osoba ta „posiada tytuł Chartered civil engineer - brytyjski odpowiednik uprawnień do projektowania bez ograniczeń w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, w specjalności Civil and structural engineering (specjalność

Jest izby inżynierów budownictwa konstrukcyjno-budowlana). członkiem brytyjskiej (Institution of Civil Engineers)”. Z powyższego wynika, że Pan I. K. L. nie posiada ani uprawnień wydanych na podstawie obowiązujących, ani na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa polskiego. W wykazie brak jakichkolwiek informacji na temat uznania przez właściwy organ w Polsce uprawnień Pana I. K. L. uzyskanych w Wielkiej Brytanii na podstawie ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (w szczególności brak informacji ani o decyzji w tym przedmiocie, ani o wpisie na listę członków izby inżynierii budownictwa). Z kolei w odniesieniu do osób zamierzających świadczyć usługi

transgraniczne, ustawa o samorządach architektów oraz zawodowych inżynierów budownictwa przewiduje procedurę weryfikacji danej osoby przez właściwą okręgową radę izby inżynierów budownictwa, która powinna zakończyć się tymczasowym wpisem na listę członków izby (art. 20a ust. 1-6 powołanej ustawy). W wykazie brak jakichkolwiek informacji o tym, że Pan I. K. L. spełnił ustawowe wymagania dla osób zamierzających świadczyć usługi transgraniczne. Tym samym, dokumenty dołączone do oferty wykonawcy Halcrow nie potwierdzają dysponowania przez tego wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (koordynatorem branży konstrukcyjno- budowlanej), a zatem przypadku nieuwzględnienia zarzutów prowadzących do wykluczenia wykonawcy Halcrow z postępowania, konieczne jest zastosowanie wobec tego wykonawcy procedury opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu - zdolność finansowa i ekonomiczna odwołujący MGGP podniósł m.in., iż warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie aktualnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczeniową nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN. Zgodnie z treścią formularza oferty złożonej przez wykonawcę Halcrow, o zamówienie ubiega się spółka prawa brytyjskiego Halcrow Group Limited, prowadząca działalność w Polsce przez Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce. Jak natomiast wynika z wpisów w polskim rejestrze przedsiębiorców, Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce to oddział zagranicznego przedsiębiorcy, czyli podmiot, o którym mowa w art. 85 i następnych ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorcą zagranicznym jest w tym wypadku spółka prawa

9

brytyjskiego: Halcrow Group Limited, zarejestrowana w Urzędzie Rejestrowym Spółek dla Anglii i Walii pod numerem 3415971. Tak więc z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcą nie jest oddział zagranicznego przedsiębiorcy, ale sam przedsiębiorca zagraniczny, czyli w tym wypadku spółka prawa brytyjskiego. Konsekwentnie oznacza to, że zarówno dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia, jak i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, powinny dotyczyć brytyjskiej spółki, a nie polskiego oddziału. Tymczasem zgodnie z treścią załączonej do oferty polisy OC, ubezpieczającym jest spółka CH2M HILL International B.V., a ubezpieczonymi są CH2M Hill Polska Ltd. sp. z o.o. i Halcrow Group sp. z o.o. oddział w Polsce. Analogiczne informacje wynikają z pisma AIG Europę Limited sp. z o.o. oddział w Polsce. Polisa w żaden sposób nie odnosi się jednak do brytyjskiej spółki Halcrow Group Limited. Tym samym, dokumenty te nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku w ofercie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia odwołujący MGGP podniósł, iż z treści oferty wykonawcy Halcrow wynika, że następujące osoby zasiadające w zarządzie Halcrow mają miejsce zamieszkania w Wielkiej Brytanii: T. S. C., J. C. R. i S. J. H. . Tak więc w odniesieniu do tych osób możliwe było uzyskanie dokumentu wydawanego w Wielkiej Brytanii, potwierdzającego brak karalności w odpowiednim zakresie. Mowa tu o podstawowym zaświadczeniu o niekaralności (Basic Disclosure) wydawanym przez Disclosure Scotland na podstawie ustawy o policji z 1997 roku (Police Act 1997). W treści przedmiotowego zaświadczenia ujmuje się bowiem informacje o wyrokach skazujących w sprawach karnych wydanych przeciwko osobie, której wniosek dotyczy lub wzmiankę o braku ich istnienia. Zaświadczenie z Disclosure Scotland, wydawane jest i dotyczy niezatartych skazań z obszaru całego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii, a nie tylko ze Szkocji. Tymczasem w zakresie potwierdzenia braku karalności członków zarządu w zakresie określonym w art. 24 ust. 5-8 i 10-11 ustawy Pzp do oferty wykonawcy Halcrow załączono jedynie oświadczenia złożone przed notariuszem. Skoro istnieje możliwość uzyskania stosownego dokumentu w Wielkiej Brytanii, oświadczenia złożone przed notariuszem nie mogą być uznane za wystarczające.

Odnosnie zarzutu dotyczącego bezzasadnego uznania, że doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący MGGP podniósł, że wykonawca Halcrow w treści formularza ofertowego (s. 3-4 oferty) wskazał, że za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje dokumenty zawarte na s. 293 i następnych oferty. W dniu 3 lipca 2015 r. zamawiający w odpowiedzi na wniosek odwołującego MGGP o udostępnienie całości oferty wykonawcy Halcrow stwierdził, że w zakresie interesującym odwołującego MGGP analiza zastrzeżenia tajemnicy nie została zakończona. Jednak do chwili rozstrzygnięcia

oferty wykonawcy Halcrow prowadzi do wniosku, że nie zawarto w niej jakichkolwiek materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, nie można uznać, że materiały zawarte na s. 293 i następnych oferty wykonawcy Halcrow zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy, a w konsekwencji powinny być ujawnione zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 21 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez wykonawcę MGGP.

W dniu 24 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Systra S.A. z siedzibą we Francji, zwany dalej „wykonawcą Systra”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 3 września 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

sygn. akt KIO 1823/15

W dniu 11 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym BBF”, o wyborze w zakresie części 1 zamówienia oferty wykonawcy Biuro Projektantów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., zwanego dalej „wykonawcą BPK”, jako najkorzystniejszej

W dniu 21 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący BBF wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2015 r.) wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 oferty złożonej przez wykonawcę BPK
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BPK oraz oferty wykonawcy Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „wykonawcą Voessing”
3. zaniechaniu dokonania przez zamawiającego oceny oferty złożonej przez wykonawcę Voessing w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert, co skutkowało przyznaniem temu wykonawcy niewłaściwej ilości punktów w poszczególnych podkryteriach, składających się na kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty określone w SIWZ jako „Jakość”
4. zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego BBF

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę BPK jako tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 Pzp i Opracowania BPK „Metoda realizacji zamówienia” oraz zastrzeżenie przez wykonawcę BPK i wykonawcę Voessing jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień złożonych przez tych Wykonawców w trybie art. 90 ust 1, w tym wyjaśnień dodatkowych, i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, i niezasadne utajnienie tych dokumentów i oświadczeń w całości; powyższe zaniechanie zamawiającego stanowi jednocześnie naruszenie przepisu art. 96 ust 3 ustawy Pzp
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BPK i wykonawcy Voessing wobec tego, że z samej treści wyjaśnień składanych przez tych wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że cena ofertowa jest rażąco niska; zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców, mimo że wykonawca BPK i wykonawca Voessing

nie obalili domniemania, że cena ofert tych Wykonawców jest rażąco niska zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b ustawy Pzp, art. 22 ust. 5 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie przez zamawiającego, że wykonawca Voessing spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej, mimo że wykonawca ten nie udowodnił, że będzie realnie dysponował tym zasobem udostępnionym wykonawcy Voessing przez inny podmiot w zakresie wymaganym w SIWZ
4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez wykonawcę Voessing w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 19.9 SIWZ, co skutkowało przyznaniem wykonawcy Voessing w kryterium „Jakość” w podkryterium 1 - 70 pkt zamiast 30 pkt i w podkryterium 2-30 pkt zamiast 0 pkt
5. art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu

W uzasadnieniu odwołania odwołujący BBF wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu dotyczącego niezasadnego objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa ofert wykonawcy BPK oraz wykonawcy Voessing odwołujący BBF m.in. podniósł, że zwrócił się do zamawiającego z prośbą o umożliwienie mu zapoznania się z

12

ofertami złożonymi przez wykonawcę BPK i wykonawcę Voessing. W dniu 13 sierpnia 2015 r. pracownikowi odwołującego BBF został umożliwiony wgląd do rzeczonych ofert. Wgląd ten nie obejmował wszakże tych części ofert, które zamawiający uznał za niejawne. W związku z odmową zapoznania się z powyższymi informacjami odwołujący BBF zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o ich odtajnienie, który to wniosek pozostał bez rozpoznania. Tymczasem po stronie zamawiającego spoczywał obowiązek udostępnienia odwołującemu BBF wszystkich informacji zawartych w ofertach wykonawców: BPK i Voessing, gdyż zakaz ich udostępniania nigdy się nie zaktualizował. Jednocześnie informacje zawarte w ofertach wykonawców: BPK i Voessing nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem nie podlegają skutecznemu zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Od chwili wejścia w życie nowelizacji Pzp, skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci wykazania przez wykonawcę, z chwilą zastrzeżenia, że przekazywane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Literalne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że brak należytego wykazania przez wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powoduje brak zaktualizowania się zakazu ich ujawniania (w takim przypadku informacje nie nabierają charakteru poufnego i nie podlegają ochronie). W przypadku powstania jakichkolwiek wątpliwości, co do charakteru zastrzeganych informacji, zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanego zastrzeżenia albowiem ze względu na wyraźne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ma do tego podstaw prawnych. W obecnym stanie prawnym taką podstawą nie może być z pewnością art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, służący do wyjaśniania treści oferty. Tak więc wykonawca jest obowiązany do podjęcia niezbędnych działań, aby utrzymać niejawnosć zastrzeganych informacji, co jednocześnie stanowi konieczny - na gruncie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - wymóg do uznania, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście noszą walor takiej tajemnicy.

Zamawiający nie był uprawniony do przyjęcia, że wykonawcy: BPK i Voessing skutecznie uzasadnili zastrzeżenie informacji zawartych w ich ofertach jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może skutecznie uzasadnić zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli informacje te nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trudno też sobie wyobrazić „uzasadnienie” uzasadnienia utajnienia załączników do ofert, którego dokonał BPK. Skoro więc informacje zawarte w ofertach wykonawców: BPK i Voessing nie noszą - przy czym część z nich z zasady nie może nosić - waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, to zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wykonawcy wypełnili przesłankę wykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jedynym celem zastrzeżenia

13

przez wykonawców: BPK i Voessing rzeczonych wyjaśnień było utrudnienie konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji złożonych przez nich ofert. I tak, nie ulega wątpliwości, że zarówno informacje zastrzeżone przez wykonawcę BPK, jak i zastrzeżone przez wykonawcę Voessing, nie mają charakteru technicznego, technologicznego, czy organizacyjnego przedsiębiorstwa. Nie posiadają też wartości gospodarczej. W realiach niniejszej sprawy, nie sposób więc przyjąć, że dokumenty zastrzeżone przez wykonawców: BPK i Voessing mają wartość gospodarczą, a z pewnością nie zostało to przez tych wykonawców wykazane. W odniesieniu do wykonawcy Voessing szczególną uwagę należy zwrócić na pismo zamawiającego z dnia 29 lipca 2015 r., w którym zamawiający wskazuje, że wyjaśnienia tego wykonawcy z dnia 3 lipca 2015 r. są enigmatyczne i ogólnikowe. Nie byłoby zresztą słuszne zakładanie, że informacje składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp mają w każdym przypadku wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może godzić w interes wykonawcy. Należy przy tym podnieść, w odniesieniu do dokumentu „Metoda realizacji zamówienia”, nie można objąć zastrzeżeniem tajemnicy, ponieważ jej części, zwłaszcza Podkryterium 1 - planowanie realizacji zamówienia wraz ze szczegółowym harmonogramem realizacji zamówienia - w całości oraz Podkryterium 2 - w zakresie struktura organizacyjna zespołu i odniesienie zasobów ludzkich do SzHRZ, muszą odpowiadać ściśle wymaganiom zamawiającego z SIWZ. One nie mogą w ogóle charakteryzować się żadnymi oryginalnymi czy też alternatywnymi rozwiązaniami, a zatem albo nie stanowią żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa, bo odpowiadają SIWZ i u każdego z wykonawców są takie same, albo, jeśli wykonawca faktycznie dowodzi, że taką tajemnicą są, to uznać należy *a priori*, że nie odpowiadają wymaganiom SIWZ (inaczej mówiąc, tylko opracowanie niespełniające wymagań zamawiającego w tym zakresie może być uznane za przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze).

Odnosnie zarzutu dotyczącego złożenia przez wykonawców: BPK oraz Voessing ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia odwołujący BBF podniósł, iż zamawiający, działając w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, skierował do wykonawców: BPK i Voessing pisma z dnia 29 czerwca 2015r., stanowiące wezwania do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym struktury kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia. Pismem zamawiającego z dnia 29 lipca 2015r. Voessing został ponownie wezwany do udzielenia wyjaśnień. Wobec objęcia wyjaśnień BPK i Voessing zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący BBF nie ma wiedzy odnośnie tego, jaki kształt przybrały odpowiedzi na powyższe wezwania zamawiającego. Niemniej jednak wyjaśnienia te nie mogły dowieść, że ceny zaoferowane przez tych wykonawców nie są rażąco niskie.

Po pierwsze, po stronie tych wykonawców nie występują żadne indywidualne czynniki, które pozwoliłyby na zaoferowanie tak niskich cen.

14

Po drugie, graniczy z pewnością, że wyjaśnienia wykonawcy BPK złożone w odpowiedzi na wezwania z dnia 29 czerwca 2015r., podobnie jak wyjaśnienia wykonawcy Voessing złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 lipca 2015 r., charakteryzują się brakiem precyzji i dużym stopniem ogólności. Co zaś tyczy się wyjaśnień wykonawcy Voessing z dnia 3 lipca 2015r., to z wezwania zamawiającego z dnia 29 lipca 2015r. wynika, że za ich pomocą wykonawca nie dowiódł, a nawet nie uprawdopodobnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niską. Z tego względu zamawiający nie był uprawniony do skierowania do tego wykonawcy ponownego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny. Z powyższych względów oferty wykonawców: BPK i Voessing winny zostać odrzucone. Kształt wyjaśnień wykonawcy Voessing implikuje konieczność uznania, że zamawiający w sposób nieuprawniony skierował do tego wykonawcy ponowne wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny, tj. wezwanie z dnia 29 lipca 2015 r., i naruszył w ten sposób art. 7 ust. 1 w zw. z 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający dokonał także błędnej oceny wyjaśnień wykonawców BPK oraz Voessing, a w konsekwencji przyjął, że ceny zaoferowane przez tych wykonawców nie są rażąco niskie. Ceny zaoferowane przez wykonawców BPK i Voessing mają charakter rażąco niski, a co za tym idzie, oferty tych wykonawców winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tak niskie ceny nie są uzasadnione obiektywnymi względami pozwalającymi tym wykonawcom na wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Wykonanie zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ spowoduje natomiast poniesienie strat finansowych

przez tych wykonawców. Nie zachodzą bowiem żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko tym wykonawcom, które mogłyby pozwolić im na wycenienie przedmiotu zamówienia na tak niskim poziomie. Wykonawcy, o których mowa, nie dysponują żadną przewagą konkurencyjną w stosunku do odwołującego BBF. Podobnie jak odwołujący BBF, są wykonawcami mającymi swoje biura w Poznaniu, a zatem nie można tu mówić o korzystnej dla realizacji zamówienia lokalizacji biura wykonawcy. Ponadto, z racji uczestnictwa na tym samym rynku usług i ulokowania działalności w tym samym mieście, między wykonawcami BPK, Voessing i odwołującym BBF dochodzi do wymiany kadrowej. Odwołujący BBF dysponuje zatem wiedzą w zakresie polityki wynagrodzeń stosowanej przez tych wykonawców. Stosowane przez tych wykonawców wynagrodzenia zasadniczo nie różnią się w stosunku do wynagrodzeń oferowanych przez odwołującego BBF, gdyż są to ugruntowane na rynku poznańskim stawki rynkowe. Dlatego, dokonane przez wykonawców: BPK i Voessing kalkulacje ofert, w których głównymi elementami cenotwórczymi są koszty osobowe, są znacznie zaniżone. Wyjaśnienia te sprowadzają się do ogólników, brak jest w tych wyjaśnieniach informacji o możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Nie podano w nich konkretnych przykładów istnienia pod ich stroną obiektywnie właściwych i

15

wyjątkowych tylko dla tych wykonawców czynników wpływających na obniżenie ceny. Jeśli bowiem cecha właściwa danemu wykonawcy, jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających za zaoferowanie niskiej ceny. Tym samym oferty tych wykonawców winny zostać odrzucone.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Voessing w ramach kryterium „Jakość” odwołujący BBF podniósł, iż zamawiający bezpodstawnie przyznał wykonawcy Voessing zbyt dużą ilość punktów, niezgodnie z założeniami S1WZ. Wykonawca ten – zdaniem odwołującego BBF – nie przedstawił bowiem wszystkich wymaganych przez zamawiającego danych do PODKRYTERIUM 1, tj. nie wskazał m.in. wymaganych buforów czasowych, nie przedstawił daty przekazania wniosku/ów jak również nie określił, czy wskazana w harmonogramie decyzja jest to decyzja ostateczna, jak tego wymagał zamawiający, nie potwierdził, że wykona komplet niezbędnej dokumentacji, a nie tylko i wyłącznie Raport o oddziaływaniu na środowisko, nie wskazał czynności, a więc także daty jej rozpoczęcia i zakończenia w postaci „przygotowania wniosków o zatwierdzenie projektów budowlanych i wydanie pozwoleń”

Odnosnie PODKRYTERIUM 2 podniósł, iż w ramach tego podkryterium nie należy przyznać ofercie wykonawcy więcej niż 10 punktów z uwagi na niespójność danych w ramach tego podkryterium, jak i niezgodność i brak terminów odbiorów wewnętrznych opracowań.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Voessing w zakresie sytuacji finansowej odwołujący BBF podniósł m.in., że wykonawca ten polegał na zdolnościach finansowych innego podmiotu (str. 78-80 oferty). Jednak nie udowodnił, że będzie miał rzeczywisty, realny dostęp do zdolności finansowej podmiotu udostępniającego na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł. W zobowiązaniu o udostępnieniu wykonawcy Voessing zdolności finansowej z dnia 03.03.2015r. wskazano w pkt „Zakres i okres udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia” jedynie - doradztwo przez cały okres zamówienia, gdy tymczasem poprzez doradztwo zasoby finansowe nie mogą być przecież Voessing udostępnione. Przede wszystkim zobowiązanie to nie określa wartości (wysokości) środków finansowych, które mają być przekazane wykonawcy Voessing. Tymczasem wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Nadto w informacji z banku składanej na potwierdzenie powyższego warunku podano, że podmiot udostępniający zasób finansowy dysponuje kwotą 5 mln EUR w ramach kredytu awalowego.

16

wykonawcę z kredytów, limitów kredytowych czy też innych produktów bankowych. Dodatkowo wymaga się, aby wykonawca wykazał, czy środki z tych produktów mogą być wykorzystane dla potrzeb postępowania w wysokości wymaganej przez SIWZ. Powyższe wątpliwości są potęgowane wobec faktu, że w informacji z banku mowa jest o wysokości środków w ramach kredytu awalowego. Kredyt awalowy nie mógłby nawet być przeznaczony na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Tym bardziej więc zamawiający winien był ustalić, jakimi rzeczywście środkami finansowymi dysponuje wykonawca w celu ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

W dniu 21 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

W dniu 24 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca BPK zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 24 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Voessing zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 7 września 2015 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

sygn. akt KIO 1829/15

W dniu 11 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Systra S.A. z siedzibą we Francji, zwanego dalej „odwołującym Systra”, o wyborze w zakresie części 3 zamówienia oferty wykonawcy Halcrow, jako najkorzystniejszej

W dniu 21 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący Systra wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2015 r.) wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. nierzetelnym badaniu i ocenie ofert złożonych przez wykonawcę Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej „wykonawcą Transprojekt Gdański”, wykonawcę Technital S.p.A. i Sintagma S.r.l z siedzibą we Włoszech, zwanych dalej „wykonawcą Technital i Sintagma”, wykonawcę Halcrow, wykonawcę Torprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Torprojekt”, i wykonawcę MGGP;

17

-
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Halcrow, która zawiera rażąco niską cenę, nieprawdziwe informacje oraz nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu;
 3. zaniechaniu zbadania cen ofert wykonawców: Halcrow, MGGP, Torprojekt, które są o więcej niż 30% niższe od wartości zamówienia i zaniechaniu odrzucenia ofert z rażąco niską ceną;
 4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MGGP, która zawiera rażąco niską cenę, nieprawdziwe informacje oraz nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu;
 5. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Technital i Sintagma, która została podpisana przez osobę nie posiadającą umocowania i nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu;
 6. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Torprojekt, która zawiera rażąco niską cenę, nieprawdziwe informacje oraz nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu;
 7. zaniechaniu odtajnienia części ofert wykonawców, którzy nie wykazali już na etapie składania ofert, że ich oferty zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również zaniechanie odtajnienia części ofert, które nie mogą zostać utajnione z uwagi na charakter informacji, które obejmują;
- zarzucając zamawiającemu naruszenie:
1. W odniesieniu do oferty wykonawcy Halcrow:
 - 1.1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 ;it. B) i § 4 ust. 3 rozporządzenia sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezakwestionowanie oświadczeń notarialnych złożonych w miejsce zaświadczeń o niekaralności urzędujących członków zarządu wystawionych przez odpowiedni organ sądowy lub administracyjny kraju zamieszkania osoby, mimo iż w kraju ich zamieszkania stosowne zaświadczenia urzędowe się wydaje; z ostrożności naruszenie 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia zaświadczeń o niekaralności;

- 1.2. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie w toku badania i oceny oferty wykonawcy Halcrow, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, mimo iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje

18

mające wpływ na wynik postępowania, to znaczy podał nieprawdziwe informacje dotyczące uprawnień i doświadczenia Pana T. K., koordynatora branży drogowej, wymienionego na k. 15 oferty,

- 1.3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, mimo że zawiera rażąco niską cenę, jak również zaniechanie przeprowadzenia badania ceny oferty, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, mimo że cena oferty jest o ponad 305 niższa od wartości zamówienia, jak również od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (kwota przeznaczona na realizację zamówienia to 28 290 000 zł brutto, czyli jest o ponad 40% niższa);
- 1.4. z ostrożności procesowej: naruszenie art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utajnienie elementów oferty wykonawcy (dokumenty od k. 293), mimo że w ofercie wyłącznie zastrzeżono, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wykazano, dlaczego zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
2. w odniesieniu do oferty wykonawcy MGGP:
- 2.1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b w z., z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy i w efekcie zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem legitymuje się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego - spółki Ramboll Danmark A/S, który to potencjał nie został prawidłowo udostępniony, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania przez spółkę Ramboll Danmark A/S, które było wymagane w przypadku korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, przy czym w świetle ugruntowanego poglądu KIO nie jest możliwe udostępnienie wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego zaangażowania się podmiotu trzeciego w realizację zamówienia;
- 2.2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, mimo iż złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, to znaczy podał nieprawdziwe informacje dotyczące zakresu rzeczowego projektu wykazanego w celu wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia (k. 73 i 74), który w rzeczywistości nie spełnia wymogów SIWZ;
- 2.3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, mimo że zawiera rażąco niską cenę, jak również zaniechanie

19

przeprowadzenia badania ceny oferty, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, mimo że cena oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia (kwota przeznaczona na realizację zamówienia to 28 290 000 zł, cena oferty to 18 056 400 zł brutto, czyli jest o około 36% niższa);

- 2.4. z ostrożności procesowej: naruszenie art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utajnienie wykazu osób złożonego na k. 93-110 oferty, mimo że w ofercie wyłącznie zastrzeżono, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
3. w odniesieniu do oferty wykonawcy Technital i Sintagma:
- 3.1. naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez uznanie, że wykonawca wykazał posiadanie wymaganego ubezpieczenia, mimo że z pisma ubezpieczyciela złożonego na k. 122-124 oferty wyraźnie wynika, że polisy istnieją, zaś w świetle powołanego przepisu rozporządzenia przedstawienie innego dokumentu zamiast polisy jest możliwe wyłącznie w przypadku braku polisy; nadto z pisma ubezpieczyciela złożonego na k. 122-124 oferty nie wynika, czy zakres ochrony ubezpieczeniowej („z tytułu prowadzonej działalności”) pokrywa się z zakresem wymaganym w ogłoszeniu o zamówieniu (ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia); względnie naruszenie art. 25 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedłożenia polis, z których wynikałoby, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia;
- 3.2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej; na k. 104-105 został złożony fragment sprawozdania finansowego nie odnoszący się do wykonawcy, tylko do grupy kapitałowej, a opinia biegłego rewidenta na k. 106-108 dotyczy wykonawcy; na k. 109 – 114 jest fragment sprawozdania finansowego za 2011 rok nie wiadomo jakiego podmiotu dotyczący, a opinia biegłego rewidenta z k. 115-117 nie odnosi się do żadnych danych finansowych, wobec czego nie da się zweryfikować, czy rzeczywiście dotyczy dokumentu z k. 109-114; ponadto zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu wykonawca miał obowiązek złożyć sprawozdanie za ostatnie 3 lata obrotowe: z przedstawionych dokumentów dotyczących lat poprzednich (k. 95-117) wynika, że sprawozdania i opinie rewidenta są sporządzane do kwietnia każdego roku, czyli wobec daty

20

składania ofert w niniejszym postępowaniu wykonawca powinien przedłożyć sprawozdania za lata 2012, 2013 i 2014; względnie naruszenie art. 25 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących sprawozdań, w tym dotyczącego roku 2014;

- 3.3. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia: z treści załącznika złożonego k.90-91 ani z treści referencji k. 92-93 oferty nie wynika, że powołana referencja spełnia wymagania przetargowe; względnie naruszenie art. 25 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia braku w tym zakresie;
- 3.4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która nie została złożona w formie pisemnej, bowiem dokument przedstawiony w celu wykazania umocowania Pana A. V. w imieniu spółki Technital S.p.A. (k. 15-30) co najmniej budzi wątpliwości, czy Pan A. V. jest uprawniony do podpisywania ofert składanych poza terytorium Włoch. W pkt 4 na k. 29 jest wyraźnie mowa o uprawnieniu Pana A. V. do podpisywania ofert, jednak logiczna interpretacja wyliczenia jego uprawnień jako całości (pkt 1-7, k. 29-30) prowadzi do wniosku, że może on działać w pełnym zakresie we Włoszech, zaś poza granicami kraju zajmuje się wyłącznie działalnością promocyjną i organizacyjną (przez porównanie pkt 3 i 6, treść pkt 4 należy odczytywać jako kontynuację pkt 3, który odnosi się do działalności we Włoszech, a nie poza granicami Włoch); względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia braków w tym zakresie;
- 3.5. z ostrożności procesowej: naruszenie art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

poprzez utajnienie elementów oferty znajdujących się na k. od 127 do 196, mimo że w ofercie wyłącznie zastrzeżono, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

4. w odniesieniu do oferty wykonawcy Torprojekt:

- 4.1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej: opinia bankowa złożona na k. 56 nie zawiera informacji o kwocie zdolności kredytowej albo o posiadanych środkach (mowa w niej o sumach sześciocyfrowych, ale to dowodzi wyłącznie, że chodzi o kwotę co najmniej 1 milion złotych); z kolei opinia bankowa dotycząca podmiotu udostępniającego potencjał (k. 83) została wystawiona wcześniej niż

21

3 miesiące przed terminem składania ofert; względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowej opinii bankowej;

- 4.2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej: z zobowiązania podmiotu trzeciego Trakcja PRKiL S.A. (k.60) wynika, że w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej wykonawca może korzystać z umowy pożyczki, poręczenia kredytu oraz udostępnienia polisy; tymczasem wykonawca przedstawił, a zamawiający zaaprobował, udostępnienie zdolności ekonomicznej w postaci rachunków zysków i strat podmiotu trzeciego z opiniami biegłego rewidenta (k. 74-82), które nie było objęte zobowiązaniem podmiotu trzeciego; w zakresie udostępnienia polisy OC - samo przedłożenie polisy nie jest wystarczające, wobec tego, że nie wykazano realnego sposobu jej udostępnienia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp; na k. 47-55 wykonawca przedstawił dokumenty dokumentujące jego przychód, wobec czego sposób udostępnienia zdolności zgodnie z zobowiązaniem na k. 60 w formie poręczenia kredytu jest nieadekwatny do zasobu, który faktycznie jest przekazywany, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy o złożenie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w prawidłowy sposób;

- 4.3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, mimo że zawiera rażąco niską cenę, jak również zaniechanie przeprowadzenia badania ceny oferty, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, mimo że cena oferty jest o ponad 30 % niższa od wartości zamówienia (kwota przeznaczona na realizację zamówienia to 28 290 000 zł, cena oferty to 18 429 090 zł, czyli jest o około 35% niższa);

- 4.4. naruszenie art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utajnienie elementów oferty znajdujących się na k. 35-41 oraz 100-123 (wykaz osób i metoda realizacji zamówienia), mimo iż nie zostały one w prawidłowy sposób zastrzeżone przez wykonawcę, a nadto wezwanie wykonawcy do uzasadnienia jako tajemnicy powodów zastrzeżenia przedsiębiorstwa opracowania „Metody Realizacji Zamówienia” (zgodnie z pkt 5 wezwania z 15 lipca 2015 r.), mimo że w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca już w ofercie ma obowiązek wykazać, że zastrzegane jako tajemnica informacje rzeczywiście mają poufny charakter;

5. w odniesieniu do oferty wykonawcy Transprojekt Gdański:

22

-
- 5.1. naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utajnienie elementów oferty wykonawcy (k. 7-53, 87-88, 89-93, 94-97, 99, 100-104, 105-108, 109-110, 111-112), mimo że w formularzu oferty w pkt 10 wykonawca nie zastrzegł żadnych informacji, a nadto wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; pośród utajnionych elementów oferty znajdują się informacje, których co do zasady

się nie ujawnia, a także takie, które nie mogą być ujawnione z uwagi na treść jawnych elementów oferty (w formularzu ofertowym w pkt 11 wykonawca podał, że podmiot trzeci URS Polska sp. z o.o. udostępnia mu wiedzę i doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia, a Geopartner sp. z o.o., sp.k. udostępnia osoby zdolne do wykonania zamówienia, a tymczasem została utajniona treść zobowiązań do udostępnienia potencjału).

Jednocześnie odwołujący Systra wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w odniesieniu do ofert złożonych przez wykonawców: Transprojekt Gdański, Technital i Sinlagma, Halcrow, Torprojekt i MGGP;
4. nakazanie odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę oraz złożonych przez wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
5. nakazanie wykluczenia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu po uprzednim wezwaniu ich do uzupełnienia brakujących dokumentów;
6. nakazanie odtajnienia elementów ofert wykonawców, którzy na etapie składania ofert nie dopełnili obowiązków wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, to jest zastrzeżenia poufności elementów oferty i równocześnie wykazania poufnego charakteru zastrzeganych informacji; w efekcie nakazanie pominięcia wyjaśnień dotyczących poufności złożonych na wezwanie zamawiającego;
7. nakazanie odtajnienia elementów ofert wykonawców w zakresie, w jakim zastrzeżenie poufności, nawet jeśli poparte uzasadnieniem złożonym przez wykonawcę wraz z ofertą, jest nieuzasadnione;
8. dopuszczenie dowodów z dokumentów przedłożonych przed odwołującym Systra na rozprawie;
9. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz odwołującego Systra od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego Systra według norm

23

przepisanych wraz z innymi uzasadnionymi kosztami uczestnika postępowania odwoławczego według spisu kosztów przedłożonego przed zamknięciem rozprawy.

W dniu 21 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

W dniu 25 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MGGP zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 24 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Transprojekt Gdański zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 3 września 2015 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w

Tarnowie do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1829/15 (odwołanie wniesione przez wykonawcę Systra) z uwagi na to, że zgłoszenie przystąpienia zostało wniesione przez tego wykonawcę dopiero w dniu 25 sierpnia 2015 r., a więc po upływie terminu na jego zgłoszenie. Tymczasem wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni, od dnia otrzymania kopii odwołania bądź też zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej zamawiającego, wskazując stronę, do której przystępuje. Skoro więc zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia w dniu 21 sierpnia 2015 r. to zgłoszenie winno być wniesione najpóźniej w dniu 24 sierpnia 2015 r.

24

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie uznając, iż odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1809/15 i KIO 1829/15 zasługują na uwzględnienie, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1823/15 nie zasługuje na uwzględnienie.

sygn. akt KIO 1809/15

Zarzuły naruszenia:

art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z – postępowania wykonawcy Halcrow, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia mające wpływ na wynik postępowania
art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z – postępowania wykonawcy Halcrow, mimo że dokumenty przedłożone przez tego wykonawcę nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie III.2.3).2. ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 8 SIWZ, punkt 8.4. podał, iż każdy wykonawca powinien wykazać „wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej opracowanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych) w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej wraz z jedną stacją z przynajmniej dwoma torami głównymi dodatkowymi i trzema krawędziami peronowymi (warunek identyczny dla wszystkich części Zamówienia)”.

Wykonawca w złożonym wraz z ofertą „Wykazie wykonanych przez wykonawcę usług w okresie ostatnich 3 lat” (s. 29-30 oferty) podał zamówienie zrealizowane na rzecz „Crossrail Limited 25 Canada Wharf Londyn W145LQ, Wielka Brytania”, tj. „Opracowanie dokumentacji projektowej i zarządzanie projektem budowy linii średnicowej Crossrail w Londynie”. W ramach tego zamówienia – zgodnie z kolumną 4 wykazu „Zakres wykonywanych prac” - „wykonano projekty budowlane i po uzyskaniu pozwoleń na budowę projekty wykonawcze budowy 118 km zelektryfikowanej linii kolejowej Crossrail w Londynie wraz z budową 8 nowych stacji i przebudową 29 stacji kolejowych, w tym stacji Londyn Paddington, która posiada 13 torów głównych (w tym 11 torów głównych dodatkowych) i 17 krawędzi peronowych. Obecnie na całej nowej linii Crossrail trwają roboty budowlane, podczas których

25

Halcrow Group Limited pełni obowiązki nadzoru budowlanego i zarządzania programem budowy”. Zamówienie było zrealizowane w okresie od „05.2009” do „12.2012”.

Do wykazu załączono referencje z dnia 11 grudnia 2012 r. wystawione przez Crossrail Limited w Wielkiej Brytanii wraz z tłumaczeniem (str. 30-1 i 30-2).

Zamawiający, pismem z dnia 15 lipca 2015 r., zwrócił się do wykonawcy Halcrow, działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień m.in. dotyczących usługi wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w tym podanie:

- „w jakim okresie realizacji tego zamówienia były wykonywane prace projektowe

- jaką wielkość w strukturze wynagrodzenia wykonawcy stanowiło wynagrodzenie za prace projektowe, a także czy zakres zamówienia obejmował opracowanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Halcrow, pismem z dnia 20 lipca 2015 r., wyjaśnił, iż „prace projektowe były prowadzone w okresie od maja 2006 roku do grudnia 2012 roku”, natomiast „podany w wykazie usług okres od maja 2009 roku do grudnia 2012 roku dotyczy okresu wykonania projektów budowlanych i wykonawczych zakończonych uzyskaniem w imieniu inwestora decyzji budowlanych (administracyjnych)”. Wyjaśnił dalej, że „w zakresie zamówienia (...) znajdowało się wykonanie projektów budowlanych wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych o zezwoleniu na prowadzenie robót budowlanych dla linii kolejowych, stacji i tuneli”, załączając „drugi list referencyjny dotyczący odcinka linii Crossrail wraz ze stacjami pomiędzy Stepney Green i Abbey Wood w Londynie, w którym zostały wyodrębnione prace projektowe wykonane tylko przez Halcrow”. Wartość tych usług wynosiła 121,5 mln PLN. Wykonawca załączył do wyjaśnień nowy „Wykaz” uwzględniający informacje zawarte w dodatkowym liście referencyjnym oraz schematy projektowanej stacji Abbey Wood.

Odwołujący MGGP podniósł, iż informacje ujęte w dokumentach dołączonych do oferty wykonawcy Halcrow nie odzwierciedlają rzeczywistości. Spółka Halcrow, działając w konsorcjum ze spółkami Bechtel i Systra, pełni w projekcie Crossrail rolę Partnera w Realizacji Projektu (ang. Project Delivery Partner - sformułowanie to pada w referencji dołączonej do oferty, zostało przy tym wadliwie przetłumaczone jako „Współwykonawca Projektu”). Zamówienie udzielone przez Crossrail na rzecz konsorcjum obejmuje zatem świadczenie usług związanych z zarządzaniem i koordynacją kontraktów na projektowanie i roboty budowlane. Konsorcjum w projekcie Crossrail zajmuje się, np. opracowywaniem wymagań dla projektów, zarządzaniem pracą wykonawców, którzy realizują projekty, ale nie wykonywaniem samych projektów. W ramach projektu Crossrail, zamawiający udzielił ponad 20 odrębnych zamówień, których przedmiotem miało być wykonanie projektów. Wśród podmiotów, którym udzielono te zamówienia, nie ma jednak spółki Halcrow, w szczególności

26

inny podmiot niż Halcrow wykonywał zamówienie obejmujące projekt stacji Paddington.

Także dodane do wykazu prace związane ze stacją Abbey Wood nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem tymi pracami nie było objęte „co najmniej opracowanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych” dla linii i stacji o cechach opisanych w warunku udziału w postępowaniu. Halcrow był tylko jednym z czterech konsultantów w ramach „etapu przygotowania dokumentacji pogłądowej” (ang. reference design phase, wadliwie przetłumaczone przez Halcrow jako „etap projektowania”), zatrudnionym w celu opracowania planu dla bocznic południowo-wschodniej (ang. to develop the scheme for the south east spur”).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca Halcrow na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał usługę zrealizowaną na rzecz Crossrail, tj. „Opracowanie dokumentacji projektowej i zarządzanie projektem budowy linii średnicowej Crossrail w Londynie”. Usługa ta miała potwierdzać spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia opisanego przez zamawiającego w SIWZ, polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej opracowanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych) w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej wraz z jedną stacją z przynajmniej dwoma torami głównymi dodatkowymi i trzema krawędziami peronowymi.

Z treści wykazu złożonego przez wykonawcę Halcrow wraz z ofertą, jak i załączonych do niego referencji, wynikało już, wbrew twierdzeniom odwołującego MGGP, iż usługa ta obejmowała także projektowanie. Świadczy o tym chociażby nazwa wskazanego zamówienia, tj. „Opracowanie dokumentacji projektowej i zarządzanie projektem budowy linii średnicowej Crossrail w Londynie”, w której jednoznacznie podano, że jej przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej. Wynika to również z podanego przez wykonawcę w tabeli wykazu zakresu wykonywanych prac („wykonano projekty budowlane i po uzyskaniu pozwoleń na budowę projekty wykonawcze”), jak również z treści referencji. Wśród innych wymienionych w niej prac wyspecyfikowano także usługi polegające na „projektowaniu tuneli, projektowaniu stacji, opracowaniu projektów systemów kolejowych (zasilanie trakcji, telekomunikacja i srk)”. Zakres referencyjnego zamówienia obejmował więc, co jest

niewątpliwe, szereg usług inżynierskich i projektowych realizowanych przez tego wykonawcę w ramach konsorcjum. Wątpliwości zamawiającego wyartykułowane w treści wezwania z dnia 15 lipca 2015 r., dotyczyły nie tego, co zamówieniem były objęte, ale okresu realizacji prac projektowych, ich wielkości w strukturze wynagrodzenia i tego czy obejmowały one opracowanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych. Oczywistym było bowiem, że obejmowały one szereg prac projektowych. Halcrow Group Limited był bowiem jednym z 12 wykonawców wybranych do realizacji prac projektowych w

27

ramach projektu Crossrail w ramach umów ramowych. Złożone wyjaśnienia dotyczyły prac zrealizowanych także dla Crossrail, jednak wykonywanych w ramach – jak podniósł zamawiający „innego odcinka” – który to odcinek już samodzielnie realizował wykonawca Halcrow, tj. opracowania układu odcinka południowo - wschodniego (od Stepney Green do Abbey Wood), a więc innego zamówienia, mimo że realizowanego dla tego samego zamawiającego w ramach większego projektu. Elementem samodzielnie realizowanego projektu było m.in. opracowanie projektów dwóch nowych stacji podziemnych (Canary Wharf i Woolwich), wraz z dwiema stacjami naziemnymi (Custom House i Abbey Wood), a usługi te – jak jednoznacznie wynika z treści uzupełnionych referencji wystawionych w dniu 26 listopada 2012 r. przez Crossrail Limited obejmowały m.in.: projekty tuneli, projekty przebiegu linii kolejowej, układów torowych, projekty budowlane i wykonawcze dla stacji, portali, szybów oraz prac ograniczających utrudnienia związane z budową, projekty branż sanitarnych, wodociągowej i sieci elektrycznych i elektroenergetycznych, projekty architektoniczne obiektów i komór portali, stacji i szybów. Wykonawca złożył nowy wykaz, wykaz uzupełniony jedynie o żądane przez zamawiającego informacje. Wskazany odcinek był częścią, którą samodzielnie realizował wykonawca Halcrow w ramach zamówień wykonywanych na rzecz Crossrail, w realizacji których uczestniczył. Tak więc nie może być mowy o złożeniu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji. Nieprawdziwe informacje są to bowiem takie informacje, które nie są zgodne z konkretnym stanem faktycznym i odbiegają od rzeczywistości. A informacje zawarte w dokumentach załączonych do oferty przez wykonawcę Halcrow takimi informacjami nie są. Wykonawca realizował i nadal realizuje, zarówno w ramach konsorcjum, jak i samodzielnie prace na rzecz Crossrail. Informacje podane w wyniku wyjaśnień i uzupełnień dotyczą usług wykonywanych właśnie w ramach projektu Crossrail. Także ze złożonych przez samego odwołującego MGGP dokumentów, np. ogłoszeń o przetargu część 2 wynika, że przedmiot zamówienia obejmował także opracowanie projektu budowlanego i uzyskanie decyzji administracyjnych, np. pkt 2.2.3 Uzyska wszelkie konieczne pozwolenia dla projektantów wymagane przez prawo i inne pozwolenia, 2.2.12. Opracuje projekt i wykona prace projektowe. Potwierdza to także wyciąg z umowy „4 Zakres prac – Umowa nr 1200; Umowa o świadczenie multidyscyplinarnych usług konsultingowych; Cross London Rail Links Limited („CLRL”) oraz Halcrow Group Limited („MDC”) oraz Halcrow Holdings Limited (the „Gwarant”); data rozpoczęcia: 2 maja 2006 r.”, w którym wlicza się „składniki referencyjnego projektu budowlanego – ogólne wymogi”, wskazując, że referencyjny projekt budowlany będzie m.in. „spełniać wymogi etapu E według RIBA dla części architektonicznej”. Natomiast „etap E według RIBA” (profesjonalnej instytucji zrzeszającej architektów w Wielkiej Brytanii) obejmuje projekt budowlany i wykonawczy. Projekt ten ma „uwzględniać właściwe niezbędne decyzje i

28

pozwolenia organów lokalnych odpowiednie dla tego typu projektu”, „stanowią projekt, który będzie w pełni zoptymalizowany”, a także „spełniać wymogi całej dokumentacji technicznej dla wszystkich branż (...)”. Przedmiotem tej realizacji był więc projekt budowlany i obejmował on uzyskanie stosownych decyzji. Oznacza to, że złożone w wyniku wyjaśnień i uzupełnień dokumenty w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości potwierdziły spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W kontekście powyższego Izba nie dała wiary dokumentom złożonym na rozprawie przez odwołującego MGGP, gdyż informacje w nich zawarte pochodzą ze stron internetowych (ogłoszenia, informacje prasowe, itp.) i w zestawieniu z wyciągiem z umowy, która dotyczy usługi referencyjnej i wskazanego w niej rzeczywistego zakresu realizowanych prac są jedynie wyrwanymi z kontekstu informacjami, bez znaczenia dla oceny zakresu

wykazanej usługi przez wykonawcę Halcrow. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołującego MGGP dotyczące referencyjnej usługi nie potwierdziły się.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy Halcrow do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 8 SIWZ „Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy”, pkt 8.2.3 podał, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wymagał było wykazania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym osobą koordynatora branży konstrukcyjno – budowlanej, która powinna posiadać uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno budowlanej oraz „doświadczenie w opracowaniu, w okresie ostatnich 5 lat, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (...), które łącznie obejmowałyby budowę lub modernizację (rozbudowę, przebudowę) peronów, budynków nastawni i ekranów akustycznych”.

Wykonawca Halcrow w złożonym wraz z ofertą „Wykazie osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” na stanowisko koordynatora branży konstrukcyjno – budowlanej wskazał Pana I. K. L. – posiadającego uprawnienia będące odpowiednikiem polskich uprawnień do projektowania bez ograniczeń w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, członka brytyjskiej izby inżynierów budownictwa (str. 16-17 oferty).

Odwołujący MGGP podniósł m.in., iż Pan I. K. L. nie posiada ani uprawnień wydanych na podstawie obowiązujących, ani na podstawie uprzednio obowiązujących

29

przepisów prawa polskiego. W wykazie brak jest także jakichkolwiek informacji na temat uznania przez właściwy organ w Polsce uprawnień Pana I. K. L. uzyskanych w Wielkiej Brytanii na podstawie ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. W wykazie brak jest także jakichkolwiek informacji o tym, że Pan I. K. L. spełnił ustawowe wymagania dla osób zamierzających świadczyć usługi transgraniczne.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego wymagał wykazania się m.in. dysponowaniem projektantem w branży konstrukcyjno – budowlanej posiadającym uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej oraz legitymującym się odpowiednim, ściśle określonym w warunku doświadczeniem. Desygnowany przez wykonawcę Halcrow na to stanowisko Pan I. K. L. posiada tytuł Chartered civil engineer (brytyjski odpowiednik uprawnień do projektowania bez ograniczeń w rozumieniu ustawy Prawo budowlane). Fakt ten nie był kwestionowany. Odwołujący MGGP kwestionował jedynie brak uznania uprawnień Pana I. K. L. uzyskanych w Wielkiej Brytanii przez właściwy organ w Polsce oraz brak wpisu na listę członków izby inżynierów budownictwa przez odpowiedni organ samorządu zawodowego w Polsce na podstawie ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2008 r., Nr 63, poz. 394 z późn. zm.).

Niemniej jednak stwierdzić należy, że zamawiający wymagał jedynie posiadania konkretnie wskazanych uprawnień i określonego doświadczenia. Z treści warunku nie wynika natomiast, w przypadku osób legitymujących się uprawnieniami uzyskanymi w innym państwie, obowiązek uznania ich przez właściwy organ w Polsce, względnie obowiązek spełnienia ustawowych wymagań dla osób zamierzających świadczyć usługi transgraniczne. „Warunek dysponowania osobą posiadającą wymagane uprawnienia budowlane należy bowiem odróżnić od możliwości wykonywania przez tę osobę zawodu regulowanego albo prowadzenia działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej” (wyrok z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt KIO 2396/13).

Pan I. K. L. posiada zarówno wymagane przez zamawiającego uprawnienia, jak również podane w SIWZ doświadczenie. Obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta, inżyniera budownictwa lub urbanisty, który prowadzi

zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim - zgodnie z art. 20a ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa lub urbanistów (Dz. U. z

30

2001 r., Nr 5, poz. 42 z późn. zm.) - ma prawo do tymczasowego i okazjonalnego wykonywania zawodu odpowiednio architekta, inżyniera budownictwa lub urbanisty na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwanego dalej „świadczaniem usług transgranicznych”, bez konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych. Taka osoba dopiero przed rozpoczęciem świadczenia usług transgranicznych po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedkłada właściwej okręgowej radzie izby, właściwej ze względu na miejsce zamierzonego wykonywania czynności, pisemne oświadczenie o zamiarze świadczenia danej usługi. Oznacza to, że wykonawca w chwili złożenia oferty zobowiązany był wykazać, iż osoba wskazana na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno – budowlanej posiada wymagane przez niego w SIWZ uprawnienia i doświadczenie. Natomiast dopiero przed rozpoczęciem świadczenia usługi osoba wskazana na to stanowisko winna złożyć wymagane oświadczenie o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej i uzyskać wpis do właściwej miejscowo izby samorządu zawodowego. Złożenie stosownego oświadczenia dopiero przed rozpoczęciem usługi a nie na etapie ofertowania wynika także ze złożonego przez odwołującego MGGP załącznika do uchwały KR NR 3/R/09 z dnia 28 stycznia 2009 r. „Wytyczne dotyczące postępowania w sprawie świadczenia usług transgranicznych”, gdzie wprost wskazano jakie dokumenty przed rozpoczęciem działalności mają być złożone okręgowej radzie izby i wśród tych dokumentów wymieniono „kontrakt lub ta jego część (...)”. Złożenie takiego wymaganego przez izbę inżynierów dokumentu możliwe jest tylko w przypadku uzyskania danego zamówienia. Tym samym stwierdzić należy, iż osoba wskazana na stanowisko projektanta w branży konstrukcyjno – budowlanej przez wykonawcę Halcrow posiada zarówno stosowne uprawnienia, jak i doświadczenie. Tak więc zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy Halcrow do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 8 SIWZ „Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy”, pkt 8.2.4. podał, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) sytuacji ekonomicznej i finansowej”. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca zobowiązany był wykazać m.in., iż „posiada aktualne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (tj. ze świadczeniem usług projektowych) na sumę ubezpieczeniową nie mniejszą niż 5.000.000,00 PLN”.

31

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył wykonawca Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii prowadzący działalność gospodarczą w Polsce przez: Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce” (str. 1 oferty).

Wykonawca ten w załączeniu do oferty złożył „Polisę Nr 0361002542”, w której jako ubezpieczony wskazany jest CH2M Hill polska Ltd. Sp. z o.o. oraz Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce (str. 88-90 oferty).

Odwolujący MGGP zakwestionował powyższą polisę, podnosząc m.in., iż Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce to oddział zagranicznego przedsiębiorcy. Z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcą nie jest oddział zagranicznego przedsiębiorcy, ale sam przedsiębiorca zagraniczny, czyli w tym wypadku spółka prawa brytyjskiego (Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii). Oznacza to, że dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia, jak i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu powinny dotyczyć brytyjskiej spółki, a nie polskiego oddziału.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Halcrow Group Limited jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do

rejestru Spółek Anglii i Walii, prowadzącą działalność gospodarczą w Polsce poprzez swój oddział, tj. Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce. Oddział ten stanowi wyodrębnioną i samodzielną formę organizacyjno – prawną, w ramach której przedsiębiorca zagraniczny może wykonywać swoją działalność na terenie Polski. Działa bowiem w jego imieniu i na jego rzecz. Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce jest częścią przedsiębiorstwa Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii. „Mimo pewnej samodzielności organizacyjnej oddział pozbawiony jest podmiotowości w stosunkach gospodarczych, a wszelkie czynności dokonywane przez oddział przedsiębiorcy oraz wobec tego oddziału, wywierają skutek prawny bezpośrednio w stosunku do przedsiębiorcy zagranicznego” (wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2939/12 i KIO 2942/12). Wykonawcą nie jest więc oddział podmiotu zagranicznego, tj. Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ale sam przedsiębiorca zagraniczny, tj. Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, który złożył ofertę w tym postępowaniu. Skoro oddział zagranicznego przedsiębiorcy jest częścią jego działalności wykonywanej na terytorium Polski to spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez oddział będzie jednocześnie spełnieniem warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, w tym przypadku przez podmiot zagraniczny (Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii). Dlatego też objęcie ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej działalności gospodarczej prowadzonej w ramach oddziału podmiotu zagranicznego stanowi w istocie ubezpieczenie wyodrębnionej w postaci tego

32

oddziału działalności gospodarczej wykonawcy (podmiotu zagranicznego - Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii). Oznacza to, że załączona do oferty „Polisa Nr 0361002542” złożona celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (sytuacji finansowej i ekonomicznej), obejmuje ubezpieczenie działalności prowadzonej przez Halcrow Group Limited w ramach tego oddziału. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie ujawnienia odwołującemu MGGP elementów oferty wykonawcy Halcrow, znajdujących się na stronach 293 i następnych oferty tego wykonawcy, mimo iż informacje te nie zostały skutecznie zastrzeżone jak tajemnica przedsiębiorstwa nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 14 SIWZ „Forma oferty”, pkt 14.9. podał, iż „wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, może zastrzec w treści oferty, (...), iż zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, było jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Nadto zamawiający w „Formularzu oferty”, pkt 10 zamieścił następującą treść „oświadczamy, iż – za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stronach nr od do wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zabezpieczyliśmy zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 14.9 IDW”.

Wykonawca Halcrow w „Formularzu oferty”, pkt 10 podał „oświadczamy, iż – za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stronach nr od 296 do 375 wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zabezpieczyliśmy zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 14.9 IDW”.

Wykonawca ten w załączeniu do oferty złożył „Metodę realizacji zamówienia” (str. 296-375 oferty), przy czym na stronach 293-295 oferty zamieścił informacje dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzegając jednocześnie utrzymanie tego dokumentu w tajemnicy.

Odwołujący MGGP podniósł m.in., iż zarówno zastrzeżenie poufności, jak i wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą nastąpić w tej samej chwili, jak również, iż analiza oferty wykonawcy Halcrow prowadzi do wniosku, że nie zawarto w niej

33

jakichkolwiek materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca Halcrow zastrzegł część złożonej oferty jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 293-375 oferty). W zastrzeżonej części zamieścił także informacje dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 293-295 oferty), czyniąc tym samym zadość wymogowi z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. złożenia zastrzeżenia „nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, że zastrzeżone informacje nie mogą być udostępniane. Tak więc tego typu informacja, wbrew temu co twierdzi odwołujący MGGP, znajduje się w ofercie wykonawcy. Została złożona jednocześnie z zastrzeżeniem określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

Informacje zastrzeżone przez wykonawcę Halcrow w punkcie 10 „Formularza oferty”, tj.: Informacja dotycząca zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz Metoda realizacji zamówienia – Kluczowe elementy organizacji i zarządzania kontraktem – jak wykazał wykonawca Halcrow - w tym konkretnym przypadku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przygotowana przez wykonawcę Metoda realizacji zamówienia jest bowiem dedykowana dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Wykonawca, podobnie jak i inni wykonawcy ubiegający się o to przedmiotowe zamówienie, zaproponował indywidualne i niepowtarzalne opracowanie. Opracowanie zostało przygotowane w oparciu o informacje, które nie są powszechnie dostępne, gdyż nie jest możliwe ich uzyskanie. Stanowią one *know-how* danego wykonawcy w oparciu, o który każdy z wykonawców przygotował złożone w postępowaniu opracowanie. Złożone wraz z ofertą opracowanie (Metoda realizacji zamówienia) nie jest więc standardowe, zostało przygotowane specjalnie dla potrzeb tego konkretnego postępowania i jako takie zostało potraktowane niemal przez wszystkich uczestników postępowania, w tym i odwołującego MGGP. Dlatego też objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa uznać należy za dopuszczalne i nienaruszające przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za taką informację można uznać także zastrzeżoną przez tego wykonawcę Informację dotyczącą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W jej treści wykonawca wykazał zasadność zastrzeżenia, odnosząc się szczegółowo do kwestii wynikających z zastrzeżonego opracowania (Metoda realizacji zamówienia) i odwołując się do przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym udowodnił, że w stosunku do objętych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji spełnione zostały przesłanki określone w ww. przepisie (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

sygn. akt KIO 1809/15 i KIO 1829/15 (zarzut wspólny)

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy Halcrow do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy (zamieszkali na terenie Wielkiej Brytanii) nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 9 SIWZ „Dokumenty, jakie powinni dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków określonych w punkcie 8” podał, iż w celu wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania powinien złożyć wraz z ofertą „aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.

Z treści oferty wykonawcy Halcrow wynika, że osobami uprawnionymi do reprezentacji są Panowie: S. J. H., J. C. R., B. R. S., oraz T. S. C. (str.75 oferty).

Osoby te złożyły oświadczenia przed notariuszem (str. 76-83 oferty).

Na terenie Wielkiej Brytanii zamieszkują Panowie: S. J. H., J. C. R. oraz T. S. C., natomiast Pan B. R. S. mieszka na terenie USA.

Odwołujący MGGP oraz odwołujący Systra zakwestionowali złożone oświadczenia, podnosząc, że w odniesieniu do tych osób możliwe było uzyskanie dokumentu wydawanego

w Wielkiej Brytanii, potwierdzającego brak karalności w odpowiednim zakresie, tj. podstawowe zaświadczenie o niekaralności (Basic Disclosure) wydawane przez Disclosure Scotland na podstawie ustawy o policji z 1997 roku (Police Act 1997).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1, pkt 5 i 7 – zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp. Jeżeli jednak w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takich dokumentów to zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego

35

miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem.

Powyższe oznacza, że podmiot zagraniczny ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest złożyć zaświadczenie złożone przed właściwym organem, a dopiero w przypadku braku możliwości uzyskania takiego zaświadczenia powinien złożyć oświadczenie. Wykonawca Halcrow załączył do oferty oświadczenia członków zarządu Halcrow Group Limited złożone przed notariuszem. Tymczasem z treści ustawy o policji z 1997 (wyciągu przedłożonego przez odwołującego MGGP) wynika, że zaświadczenie o skazaniu to zaświadczenie, które opisuje przepisane szczegółowe informacje na temat każdego skazania wnioskodawcy, które zostało ujęte w centralnych rejestrach lub stwierdza, że takiego skazania brak. „Disclosure Scotland jest jedyną organizacją, która udostępnia informacje na podstawowym poziomie dla całego Zjednoczonego Królestwa. Informacje te pochodzą z rejestrów karnych Szkocji, Anglii i Walii”. Okoliczność tę potwierdza także przedłożony przez odwołującego MGGP wyciąg z publikacji rządu Szkocji z 2013 r. pt. „Opracowanie dyskusyjne dotyczące ustawy o rehabilitacji przestępców z 1974 r.” w zakresie dotyczącym informacji o niekaralności, w treści którego stwierdzono m.in., że „w celu wydania zaświadczenia Disclosure Scotland sięga do rejestrów: szkockiego (...), angielskiego (...), walijskiego (...) i północnoirlandzkiego (...)”. Tak więc zaświadczenie z Disclosure Scotland, wydawane jest i dotyczy niezatartych skazań z obszaru całego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii (podobnie Izba w sprawach o sygn. akt: KIO 2821/14; połączonych KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15 i KIO 476/15; połączonych KIO 191/14, KIO 192/14, KIO 200/14, KIO 202/14 i KIO 205/14). Co prawda pismo z dnia 14 maja 2010 r. złożone przez zamawiającego i wystawione przez Ambasadę Brytyjską, w treści swej stwierdza, że „nie istnieje żaden określony, urzędowy brytyjski dokument, który potwierdza niekaralność (...) Zjednoczone Królestwo nie wydaje tego rodzaju zaświadczeń. Dokumentem, który je zazwyczaj zastępuje jest oświadczenie wydane przez spółkę (...), które ma moc zaświadczenia.” Niemniej jednak dokument ten pochodzi z 2010 r., natomiast w 2014 roku weszła w życie nowelizacja przepisów, która wszystkim mieszkańcom Wielkiej Brytanii dała możliwość uzyskania zaświadczenia z Disclosure Scotland. Tak więc w świetle przedłożonych przez wykonawcę MGGP dokumentów, w tym przykładowych zaświadczeń wystawionych przez Disclosure Scotland stwierdzić należy, iż odpowiednikiem polskiego KRK jest zaświadczenie z Disclosure Scotland. Wobec czego zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę Halcrow do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy zamieszkali na terenie Wielkiej Brytanii nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp (zaświadczeń). Tym samym zarzut ten potwierdził się.

36

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy Halcrow do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członek zarządu wykonawcy (zamieszkały na terenie USA) nie został skazany za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 9 SIWZ „Dokumenty, jakie powinni dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków określonych w punkcie 8” podał, iż w celu wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania powinien złożyć wraz z ofertą „aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.

Z treści oferty wykonawcy Halcrow wynika, że osobami uprawnionymi do reprezentacji są Panowie: S. J. H., J. C. R., B. R. S., oraz T. S. C. (str.75 oferty).

Osoby te złożyły oświadczenia przed notariuszem (str. 76-83 oferty).

Na terenie Stanów Zjednoczonych Ameryki mieszka Pan B. R. S. .

Odwolujący Systra zakwestionował złożone oświadczenie, podnosząc, że w odniesieniu do osób zamieszkałych na terenie Stanów Zjednoczonych Ameryki możliwe jest uzyskanie zaświadczenia o niekaralności za pośrednictwem FBI, a dodatkowo w niektórych stanach istnieją właściwe organy administracyjne wydające takie zaświadczenia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1, pkt 5 i 7 – zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp. Jeżeli jednak w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takich dokumentów to zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Tak więc podmiot zagraniczny ubiegający się o

37

udzielnie zamówienia zobowiązany jest złożyć zaświadczenie złożone przed właściwym organem, a dopiero w przypadku braku możliwości uzyskania takiego zaświadczenia powinien złożyć oświadczenie.

Wykonawca Halcrow załączył do oferty oświadczenia członków zarządu Halcrow Group Limited złożone przed notariuszem, w tym oświadczenie złożone przez Pana B. R. S.

Niewątpliwym jest, iż w Stanach Zjednoczonych Ameryki możliwym jest uzyskanie zaświadczenia o niekaralności pochodzącego z Federalnego Biura Śledczego (FBI), jak również – w odniesieniu do niektórych stanów – zaświadczenia wystawionego przez dany stan, które może przybrać różną formę w zależności od stanu w jakim jest ono wystawiane. Potwierdzeniem powyższego są złożone przykładowo przez odwołującego Systra dokumenty, tj. informacja o karalności pochodząca z Federalnego Biura Śledczego (FBI), jak również zaświadczenie wystawione przez organ administracyjny stanu Kalifornia. Tak więc, uwzględniając specyfikę państwa federacyjnego jakim są Stany Zjednoczone, a także odmienności porządku prawnego każdego ze stanów, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego karalności członków zarządu wykonawcy Halcrow powinien być złożony jeden z tych dokumentów. Tymczasem wykonawca Halcrow załączył do oferty oświadczenie o niekaralności złożone przed notariuszem przez Pana B. R. S., mającego miejsce zamieszkania na terenie USA, mimo iż prawidłowo powinien był złożyć zaświadczenie wystawione przez właściwy organ administracyjny miejsca zamieszkania tej osoby potwierdzające jej niekaralność w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (podobnie wyroki Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 762/10, KIO 132/11, KIO 733/11, KIO 1273/12). W związku z powyższym zamawiający zobowiązany jest wezwać tego wykonawcę do złożenia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentu potwierdzającego

niekaralność członka zarządu Halcrow - Pana B. R. S. . Tym samym Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca Halcrow dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, mimo złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie uprawnień i doświadczenia Pana T. K. - Koordynatora branży drogowej (zarzut 1.2.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w SIWZ - „Instrukcje dla Wykonawców (IDW)”, rozdział 8 „Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy”, punkt 8.3.2. wskazał, iż „w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.2. wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”. I tak, w odniesieniu do Koordynatora branży

38

drogowej wymagał posiadania określonych uprawnień oraz „doświadczenia w opracowaniu, w okresie ostatnich 5 lat, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) dróg, w tym co najmniej jednej drogi kategorii lokalnej”.

Wykonawca Halcrow na stanowisko Koordynatora branży drogowej wskazał Pana T. K., któremu wymagane przez zamawiającego uprawnienia budowlane zostały wydane dnia 5 czerwca 2012 r. i który – jak wynika ze złożonego „wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca, i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” – posiada doświadczenie „w opracowaniu dokumentacji projektowej (w tym projektów budowlanych wykonawczych) na budowę nowego odcinka ulicy Zabłocie w Krakowie (droga klasy L) w ramach budowy łącznicy kolejowej między stacjami Kraków Zabłocie i Kraków Krzemionki”, a okres trwania wykonanej usługi to „12.2011 – 12.2013”.

Odwolujący Systra zakwestionował doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora branży drogowej, podnosząc iż osoba wskazana na stanowisko Koordynatora branży drogowej opracowywała dokumentację projektową jeszcze przed uzyskaniem uprawnień.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z literalnego brzmienia warunku określonego w punkcie 8.3.2. w zakresie dysponowania osobą Koordynatora branży drogowej nie wynika, że wykonawca zobowiązany był wskazać na to stanowisko osobę z doświadczeniem w projektowaniu w charakterze projektanta. Zamawiający wymagał jedynie doświadczenia „w opracowaniu (...)” dokumentacji projektowych. Wykonawca mógł więc legitymować się, w odniesieniu do tego stanowiska, doświadczeniem zdobytym przy opracowywaniu dokumentacji projektowej. I takim doświadczeniem Pan T. K. się legitymuje. Figuruje jako projektant Zespołu autorskiego projektu architektonicznego obiektu budowlanego pn. „Budowa łącznicy kolejowej Kraków Zabłocie – Kraków Krzemionki oraz przebudowa torów na linii kolejowej nr 94 Kraków Płaszów – Oświęcim, Etap III” (strona 1 projektu). Pan T. K. posiada więc wymagane przez zamawiającego doświadczenie.

Wskazanie w treści wykazu „ulicy Zabłocie”, mimo iż nie była ona przedmiotem realizowanej usługi wobec faktu objęcia tą usługą, posiadającą w nazwie „Kraków Zabłocie i Kraków Krzemionki”, przebudowy szeregu innych ulic, w tym m.in. ulic: Za Torem i Plac Przystanek (dróg o charakterze lokalnym) nie stanowi nieprawdziwej informacji. Usługa ta obejmowała bowiem drogi mające charakter dróg lokalnych, a doświadczenia w projektowaniu takich właśnie dróg zamawiający wymagał. Takimi drogami są drogi położone na wskazanych przykładowo ulicach. Usługa objęta przedmiotem wskazanego przez wykonawcę zamówienia, zresztą realizowanego na rzecz tego zamawiającego, dotyczyła

39

inwestycji „Kraków Zabłocie”, która spełnia wymogi postawione przez zamawiającego. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Halcrow, mimo że zawiera rażąco niską cenę, jak również zaniechanie przeprowadzenia badania ceny oferty, o którym mowa w art. 90 ustawy

Pzp, mimo że cena oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia (kwota przeznaczona na realizację zamówienia to 28.290.000,00 zł, cena oferty to 16.847.499,92 zł brutto, czyli jest o ponad 40% niższa) (zarzut 1.3.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający przeznaczył na sfinansowanie realizacji zamówienia, w ramach tej części (części 3 zamówienia), kwotę 28.290.000,00 zł.

Wykonawca Halcrow oświadczył, iż zrealizuje „część 3 zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ za całkowitą cenę netto 13.697.154,41 PLN (...) plus należny podatek VAT: 3.150.345,51 PLN (...), co stanowi całkowitą cenę brutto 16.847.499,92 PLN”.

Zamawiający, pismem z dnia 29 czerwca 2015 r., wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca Halcrow, pismem z dnia 2 lipca 2015 r., złożył wyjaśnienia zastrzegając, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Załączył również do tych wyjaśnień dowody mające na celu ich poparcie.

Zamawiający, pismem z dnia 29 lipca 2015 r., zwrócił się do wykonawcy Halcrow o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień, podnosząc, że w obecnym stanie faktycznym nie pozwalają one zamawiającemu na dokonanie kompletnej merytorycznej weryfikacji tych zagadnień, w szczególności o doprecyzowanie informacji dotyczących kosztów podwykonawstwa.

Wykonawca Halcrow, pismem z dnia 3 sierpnia 2015 r., złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zastrzegając, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący Systra, kwestionując powyższe podniósł, iż zamawiający nie przeprowadził badania ceny oferty, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, mimo że cena oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert

40

zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, (...)”. Tak więc dopiero w przypadku zaistnienia określonych w tym przepisie okoliczności zamawiający „zwraca się o udzielenie wyjaśnień”. W tym przypadku zamawiający, pismem z dnia 29 czerwca 2015 r., skierował do trzech wykonawców, których oferty sklasyfikowano najwyżej, a więc także wykonawcy Halcrow, wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający otrzymał szczegółowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia te poddał dalszej drobiazgowej weryfikacji, wzywając go do złożenia dodatkowych wyjaśnień (pismem z dnia 29 lipca 2015 r.), a następnie dokonując ich oceny.

Tak więc zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego Systra, postąpił prawidłowo i dokonał procedury z art. 90 ustawy Pzp, gdyż zaistniały po temu przesłanki (cena oferty wykonawcy Halcrow jest bowiem niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ponad 30%) i przeprowadził badanie ceny, dokonując przewidzianych prawem czynności, w tym wzywając wykonawcę Halcrow do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający nie uchybił także przepisom ustawy Pzp wystosowując do wykonawcy Halcrow ponowne wezwania. Jest ono dopuszczalne, jeżeli dotyczy dodatkowego badania poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie ich uzupełnienia (podobnie wyrok Izby z dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 382/14, wyrok z dnia 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 572/14). W tym też przypadku sytuacja taka miała miejsce. Skoro bowiem zamawiający miał wątpliwości, co do określonych elementów złożonych już wyjaśnień to miał prawo zażądania w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień. Wykonawca Halcrow, odpowiadając na pierwsze wezwanie, złożył już szczegółowe wyjaśnienia. Kolejne wyjaśnienia to jedynie uszczegółowienie tego, co już zostało wcześniej wskazane a nie nowe, ponowne wyjaśnienia. Tak więc zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez wykonawcę Halcrow wyjaśnienia i załączone do nich dowody, uznając że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska. Jak wynika bowiem z treści złożonych wyjaśnień wykonawca ten, kalkulując cenę oferty uwzględnił wszystkie elementy składowe objęte szacowaniem tego typu cen, jak i wszelkie

ryzyka jakie mogą wystąpić w związku z realizacją tego zamówienia. Dlatego też stwierdzić należy, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utajnienie elementów oferty wykonawcy (od str. 293), mimo że w ofercie wyłącznie zastrzeżono, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wskazano, dlaczego zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (zarzut 1.4.) nie potwierdził się.

41

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 14 SIWZ „Forma oferty”, pkt 14.9. podał, iż „wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, może zastrzec w treści oferty, (...), iż zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Nadto w „Formularzu oferty”, pkt 10 zamieścił następującą treść „oświadczamy, iż – za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stronach nr od ... do ... wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zabezpieczyliśmy zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 14.9 IDW”.

Wykonawca Halcrow w punkcie 10 „Formularza ofertowego” oświadczył, że „za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stronach nr od 296 do 375 wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Odwolujący Systra zakwestionował utajnienie w ofercie tego wykonawcy określonych informacji mimo, że w ofercie wykonawcy Halcrow wyłącznie zastrzeżono, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wskazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W treści oferty wykonawcy Halcrow, wbrew twierdzeniom odwołującego Systra, znajduje się zastrzeżenie (strona 293-295 oferty), iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można więc zarzucić temu wykonawcy, że nie zastrzegł skutecznie informacji objętych następnie tajemnicą przedsiębiorstwa. Stosowny dokument złożył on bowiem wraz z ofertą, podając powody zastrzeżenia określonych informacji (szczegółowo odniósł się do każdego z dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) i, odwołując się szczegółowo do przesłanek z art.11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uczył więc zadość wymogom z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. obowiązkowi złożenia zastrzeżenia „nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, że zastrzeżone informacje nie mogą być udostępniane. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2b w zw. z 26 ust. 2b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MGGP i w efekcie zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem legitymuje się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego – spółki Ramboll Danmark A/S, który to potencjał nie został prawidłowo

42

udostępniony, względnie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaniechanie wezwania wykonawcy MGGP do złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania przez spółkę Ramboll Danmark A/S, które było wymagane w przypadku korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, a nie jest możliwe udostępnienie wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia (zarzut 2.1.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie III.2.3).2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 8 SIWZ, punkt 8.4. podał, iż każdy wykonawca powinien wykazać „wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej opracowanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych) w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej wraz z jedną stacją z przynajmniej dwoma torami głównymi dodatkowymi i trzema krawężnikami peronowymi (warunek identyczny dla wszystkich części Zamówienia)".

Wykonawca MGGP w złożonym „Wykazie wykonanych usług” (str. 73-74 oferty) wskazał usługę – Projekt kolejowy Ringsted - Femern zrealizowaną przez Ramboll Denmark A/S, załączając referencje (str. 75-77 oferty) oraz zobowiązanie firmy Ramboll Denmark A/S do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów (str. 78-81 oferty).

Odwolujący Sysra podniósł m.in., iż wykonawca MGGP na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu legitymuje się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, tj. Ramboll Denmark A/S, którego potencjał nie został prawidłowo udostępniony.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wykonawca MGGP złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. zobowiązanie firmy Ramboll Denmark A/S do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Udostępnienie to – jak wskazano w treści udostępnienia – będzie polegało na doradztwie i udzielaniu wykonawcy konsultacji związanych z pracami wchodzącymi w zakres zamówienia, a w szczególności udostępnianiu dokumentacji i innych nośników, na których utrwalono *know-how* Ramboll Denmark A/S dotyczący opracowywania dokumentacji projektowej dla budowy i modernizacji zelektryfikowanych linii kolejowych; umożliwieniu stałego kontaktu w trakcie realizacji zamówienia ze specjalistami zatrudnionymi w Ramboll Denmark A/S oraz specjalistami będącymi współpracownikami naszej spółki, posiadającymi doświadczenie w zakresie opracowywania dokumentacji projektowej dla budowy i modernizacji zelektryfikowanych linii kolejowych; udziale specjalistów Ramboll Denmark A/S w naradach i spotkaniach związanych z realizacją zamówienia oraz bieżącym konsultowaniem przez specjalistów Ramboll Denmark A/S

43

problematycznych zagadnień pojawiających się z trakcie realizacji zamówienia. Z treści zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający będzie zaangażowany w realizację przedmiotowej umowy. „To zaangażowanie może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania *know-how*, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia *sensu stricto*. Warunkiem powołania się na taki sposób przekazania zasobów jest wykazanie, że przekazanie to realnie nastąpi. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. (...) Brak podwykonawstwa jednoznacznie nie przesądza o bezwzględnej niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot” (wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 715/14).

Odnosząc powyższe do tego konkretnego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż w treści wyżej cytowanego zobowiązania wskazano: zakres udostępnionych zasobów (wiedza i doświadczenie), okres na jaki zasób podmiotu trzeciego zostanie udostępniony (cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia), charakter stosunków, jaki będzie łączył podmiot trzeci z wykonawcą (szczegółowe ustalenia pomiędzy umocowanymi przedstawicielami obu spółek), sposób ich wykorzystania, tj. doradztwo i konsultacje związane z pracami wchodzącymi w zakres zamówienia i przykładowe wyliczenie na czym to udostępnienie będzie polegało. Nie są to tylko ogólne. Udostępnienie będzie polegało na realizacji konkretnie wskazanych czynności m. in. na udostępnieniu dokumentacji i innych nośników, konsultacjach ze specjalistami Ramboll Denmark A/S oraz ich udziale w naradach i spotkaniach związanych z realizacją tego właśnie zamówienia. Określono więc, jak w praktyce, będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Ramboll Denmark A/S, udostępniając zasoby „nie będzie bezpośrednio realizować poszczególnych świadczeń objętych przedmiotem zamówienia”, a więc nie będzie podwykonawcą. Niemniej jednak wszystkie elementy tego zobowiązania (zobowiązania podmiotu trzeciego) z uwzględnieniem charakteru tego zamówienia (usługi projektowej) wskazują, że to udostępnienie będzie miało charakter realny, gdyż wykonawca MGGP będzie faktycznie korzystał z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji

zamówienia w sposób wskazany w treści zobowiązania. Przedmiotem zamówienia są bowiem usługi projektowe, przy realizacji których możliwe jest posłużenie się cudzą wiedzą i doświadczeniem w formie doradztwa i konsultacji. Jest ono obiektywnie i realnie możliwe. Reasumując stwierdzić należy, iż potencjał Ramboll Denamark A/S został prawidłowo udostępniony. Złożone zobowiązanie odpowiada wymogom z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w tym wskazuje na realność udostępnienia. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

44

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, m.in., iż złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, to znaczy podał nieprawdziwe informacje dotyczące zakresu rzeczowego projektu wykazanego w celu wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, który w rzeczywistości nie spełnia wymogów SIWZ (zarzut 2.2.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie III.2.3).2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 8 SIWZ, punkt 8.4. podał, iż każdy wykonawca powinien wykazać „wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej opracowanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych) w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej wraz z jedną stacją z przynajmniej dwoma torami głównymi dodatkowymi i trzema krawężnikami peronowymi (warunek identyczny dla wszystkich części Zamówienia)”.

Wykonawca MGGP w złożonym „Wykazie wykonanych usług” (str. 73-74 oferty) wskazał usługę – Projekt kolejowy Ringsted - Femern zrealizowaną przez Ramboll Denmark A/S.

Odwołujący Systra, kwestionując powyższą usługę podniósł, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące zakresu rzeczowego projektu wykazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę MGGP, wskazując iż wskazana usługa nie obejmowała stacji Ringsted, a jeśli chodzi o stację Vordingborg, to posiada ona tylko jeden tor główny dodatkowy (str. 9 odwołania, pkt 8).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (warunku wiedzy i doświadczenia) wykonawca zobowiązany był wykazać się usługą projektową w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej wraz z jedną stacją z przynajmniej dwoma torami głównymi dodatkowymi i trzema krawężnikami peronowymi. Wykonawca MGGP na potwierdzenie spełnienia tego warunku wskazał usługę zrealizowaną przez Ramboll Denmark A/S pn. „Projekt kolejowy Ringsted - Femern”, określając zakres wykonywanych prac, podając przy tym „stacje: Ringsted i Vordingborg spełniające wymogi SIWZ w zakresie torów dodatkowych i krawężni peronowych”. Przedmiotem tej usługi – jak wynika z referencji uzyskanych przez Ramboll Denmark A/S – była „trasa ok. 55 km linii dwutorowej z pełną elektryfikacją (Ringsted do Vordingborg)”. Złożone przez wykonawcę MGGP dokumenty oraz wyjaśnienia składane w tym zakresie

45

potwierdzają spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (wiedzy i doświadczenia). A skoro tak to wykonawca kwestionujący powyższe i zarzucający wykonawcy MGGP złożenie nieprawdziwych informacji, a przede wszystkim, wykazując inny zakres rzeczowy usługi niż wskazana w złożonym przez tego wykonawcę „Wykazie usług”, powinien był okoliczność tę udowodnić w sposób niebudzący żadnych wątpliwości. W takim przypadku nie jest bowiem wystarczającym wywołanie wątpliwości. Koniecznym jest ich udowodnienie. Dowód wykazania istnienia przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – zgodnie z art. 6 k.c. - ciąży na wykonawcy, który wiąże z nim skutek w postaci wykluczenia konkurującego z nim wykonawcy. Tak więc to odwołujący Systra powinien był udowodnić, że wykonawca MGGP, składając ofertę i powołując się na określone doświadczenie złożył nieprawdziwe informacje i miały one wpływ na wynik postępowania. Tymczasem odwołujący Systra poza stwierdzeniem w treści

odwołania, że referencyjna usługa „nie obejmowała stacji Ringsted, a jeśli chodzi o stację Vordingborg, to posiada ona tylko jeden tor główny dodatkowy” nie przedstawił żadnych dowodów okoliczność tę potwierdzających. Złożone, w toku rozprawy w poczet materiału dowodowego, kopie projektów (plik) i map uzyskanych – jak podniósł odwołujący Systra – ze stron internetowych nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Nie wiadomo bowiem skąd one pochodzą (z jakich stron internetowych), w związku z czym i przez kogo zostały zamieszczone. A ponadto dokumenty te zostały sporządzone są w języku angielskim, wobec czego nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Postępowanie prowadzi się bowiem w języku polskim i w tym też języku wszystkie dokumenty winny być składane. Skoro więc odwołujący nie wykazał przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MGGP, mimo że zawiera rażąco niską cenę, jak również zaniechanie przeprowadzenia badania ceny oferty, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, mimo że cena oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia (kwota przeznaczona na realizację zamówienia to 28.290.000,00 zł, cena oferty to 18.056.400,00 zł brutto, czyli jest o około 36% niższa) (zarzut 2.3.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający przeznaczył na sfinansowanie realizacji zamówienia, w ramach tej części (części 3 zamówienia), kwotę 28.290.000,00 zł.

Wykonawca MGGP oświadczył, iż zrealizuje „część 3 zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ za całkowitą cenę netto 14.680.000,00 PLN (...) plus należny podatek VAT: 3.376.400,00 PLN (...), co stanowi całkowitą cenę brutto 18.056.400 PLN”.

46

Zamawiający, pismem z dnia 29 czerwca 2015 r., wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca MGGP, pismem z dnia 2 lipca 2015 r., złożył wyjaśnienia, zastrzegając je jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i, załączając do wyjaśnień dowody na ich poparcie.

Zamawiający, pismem z dnia 29 lipca 2015 r., zwrócił się do wykonawcy MGGP o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień, podnosząc, że w obecnym stanie faktycznym nie pozwalają one zamawiającemu na dokonanie kompletnej merytorycznie weryfikacji tych zagadnień, w szczególności o doprecyzowanie informacji dotyczących kosztów podwykonawstwa.

Wykonawca MGGP, pismem z dnia 3 sierpnia 2015 r., złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zastrzegając je jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący Systra, kwestionując powyższe podniósł, iż zamawiający nie przeprowadził badania ceny oferty, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, mimo że cena oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, (...)”. Tak więc dopiero w przypadku zaistnienia określonych w tym przepisie okoliczności zamawiający „zwraca się o udzielenie wyjaśnień”. W tym przypadku zamawiający, pismem z dnia 29 czerwca 2015 r., skierował do trzech wykonawców, których oferty sklasyfikowano najwyżej, a więc także wykonawcy MGGP, wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający otrzymał szczegółowe wyjaśnienia. Mimo to wyjaśnienia wykonawcy MGGP poddał dalszej drobiazgowej weryfikacji, wzywając go do złożenia dodatkowych wyjaśnień (pismem z dnia 29 lipca 2015 r.).

Zamawiający dokonał procedury z art. 90 ustawy Pzp, gdyż zaistniały po temu przesłanki (cena oferty wykonawcy MGGP jest bowiem niższa od wartości szacunkowej

zamówienia o około 36%) i przeprowadził badanie ceny, dokonując przewidzianych prawem czynności, w tym wzywając wykonawcę MGGP do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający nie uchybił także przepisom ustawy Pzp wystosowując do wykonawcy MGGP ponowne wezwania. Jest ono dopuszczalne, jeżeli dotyczy dodatkowego badania

47

poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie ich uzupełnienia (podobnie wyrok Izby z dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 382/14, wyrok z dnia 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 572/14). W tym też przypadku sytuacja taka miała miejsce. Skoro bowiem zamawiający miał wątpliwości, co do elementu złożonych już wyjaśnień, tj. „kosztów podwykonawstwa” miał prawo zażądać w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień. Szczegółowe wyjaśnienia wykonawca złożył już pismem z dnia 2 lipca 2015 r. Natomiast wyjaśnienia z dnia 3 sierpnia 2015 r. to jedynie uszczegółowienie tego, co już zostało wcześniej wskazane a nie nowe, ponowne wyjaśnienia.

Nadto Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez wykonawcę MGGP wyjaśnienia i załączone do nich dowody, uznając że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska. Wykonawca kalkulując cenę oferty uwzględnił w niej bowiem wszystkie elementy składowe objęte szacowaniem tego typu cen, jak i wszelkie ryzyka jakie mogą wystąpić w związku z realizacją tego zamówienia. A ponieważ odwołujący Systra poza postawieniem w tym zakresie zarzutu nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych stawianego w tym zakresie zarzutu to Izba nie może się szerzej do tego odnieść (wobec braku argumentów ze strony odwołującego). Dlatego też stwierdzić należy, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utajnienie wykazu osób złożonego na str. 93-110 oferty, mimo że w ofercie wyłącznie zastrzeżono, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (zarzut 2.4.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 14 SIWZ „Forma oferty”, pkt 14.9. podał, iż „wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, może zastrzec w treści oferty, (...), iż zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Nadto w „Formularzu oferty”, pkt 10 zamieścił następującą treść „oświadczamy, iż – za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stornach nr od ... do ... wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zabezpieczyliśmy zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 14.9 IDW”.

Wykonawca MGGP w punkcie 10 „Formularza ofertowego” oświadczył, że „za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stronach nr od 90 do 124 wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu

48

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”, podając w spisie treści „Wykaz osób – tajemnica przedsiębiorstwa 93, Metoda realizacji zamówienia – tajemnica przedsiębiorstwa 111”.

Odwołujący Systra zakwestionował utajnienie w ofercie wykonawcy MGGP „Wykazu osób”, mimo że w ofercie tego wykonawcy wyłącznie zastrzeżono, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wskazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W treści oferty wykonawcy MGGP, wbrew twierdzeniom odwołującego Systra, znajduje się zastrzeżenie (strona 91-92 oferty), iż informacje zawarte w „Wykazie osób” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Nie można więc zarzucić temu wykonawcy, że nie zastrzegł skutecznie informacji objętych następnie tajemnicą przedsiębiorstwa. Stosowny dokument złożył on bowiem wraz z ofertą, podając powody ich zastrzeżenia (szczegółowo w odniesieniu do każdego z dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa), odwołując się

także szczegółowo do przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez uznanie, że wykonawca Technital i Sintagma, wykazał posiadanie wymaganego ubezpieczenia (zarzut 3.1.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 8 SIWZ „Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy”, punkt 8.4.2., iż każdy wykonawca powinien wykazać, „że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”, tj.: „posiada aktualne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (tj. świadczeniem usług projektowych) na sumę ubezpieczeniową nie mniejszą niż 5.000.000,00 PLN”. Na potwierdzenie powyższego wykonawca zobowiązany był złożyć – zgodnie z punktem 9.1.5. SIWZ - „opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (...)”

Wykonawca Technital i Sintagma w załączeniu do oferty złożył „oświadczenie” (str. 123-124 oferty), w treści którego wskazano m.in., że podpisano „następujące polisy i że odnośne składki ubezpieczeniowe są płacone regularnie i poniższe ubezpieczenia są ważne (...)”

Odwołujący Systra, zakwestionował m.in. złożenie przez wykonawcę Technital i Sintagma innego dokumentu zamiast polisy. Wskazał także na wątpliwości związane z zakresem ochrony ubezpieczeniowej.

49

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Polisa ani też inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie musi być tożsamy z pełnym zakresem działalności firmy ujawnionym w Krajowym Rejestrze Sądowym. Wystarczy, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie wykonywanej przez firmę działalności i w tym przypadku rzeczywiście tak jest. Złożone oświadczenie odwołuje się do kilku polis, a wśród nich „Polisy Odpowiedzialności Cywilnej z tytułu Prowadzonej Działalności Zawodowej nr 39902869 i nr 39902870”, czy też „Polisy Odpowiedzialności Cywilnej (Polisa Odpowiedzialności wobec Osób Trzecich i Pracownicza Polisa Odpowiedzialności Cywilnej) nr 229443135”. Z treści złożonego dokumentu wynika, że istnieje kilka polis, w tym co najmniej dwie dotyczące ubezpieczenia firmy z tytułu prowadzonej działalności zawodowej. Powyższe zatem uzasadnia złożenie innego (a więc jednego) dokumentu zamiast polisy (w tym przypadku kilku polis). Dlatego też Izba uznała, że złożony inny dokument potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Technital i Sintagma, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących sprawozdań, w tym dotyczącego roku 2014 (zarzut 3.2.) potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 8 SIWZ „Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy”, punkt 8.4.2., iż każdy wykonawca powinien wykazać, „że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”, tj.: „posiada w ciągu ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 5.000.000 PLN” Na potwierdzenie powyższego zobowiązany był złożyć – zgodnie z punktem 9.1.5. – „część sprawozdania finansowego, tj. rachunek zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta (...) również opinię o badanym rachunku, a przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”.

Wykonawca Technital i Sintagma złożył wraz z ofertą m.in.: rachunek wyników za rok 2013 (str. 99-101 oferty) oraz opinię biegłego rewidenta dotyczącą spółki Technital S.p.A. za rok 2013, skonsolidowane sprawozdanie z rachunku zysków i strat Grupy Technital za rok 2012 (str. 105 oferty) oraz opinię biegłego rewidenta dotyczącą spółki Technital S.p.A. za rok

Odwołujący Systra zakwestionował spełnienie przez wykonawcę Technital i Sintagma warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, wskazując że wykonawca ten powinien przedłożyć sprawozdania za lata 2012, 2013 i 2014 i powinien być wezwany do uzupełnienia brakujących sprawozdań, w tym dotyczącego roku 2014.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawców przedłożenia sprawozdań finansowych za okres nie dłuższy niż 3 ostatnie lata obrotowe. I taki wymóg zamawiający postawił. Wobec tego wykonawcy zobowiązani byli złożyć sprawozdania finansowe za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, tj. za lata 2014, 2013 i 2012. Tymczasem wykonawca Technital i Sintagma nie złożył rachunku wyników za rok 2014 oraz opinii biegłego rewidenta dotyczącej spółki Technital S.p.A. za ten rok (rok 2014). Nie złożył także rachunku wyników za rok 2012 dotyczącego spółki Technital S.p.A. Zamiast tego prawidłowego dokumentu złożył skonsolidowane sprawozdanie z rachunku zysków i strat Grupy Technital za rok 2012. Tym samym wykonawca ten (Technital i Sintagma) powinien być wezwany, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakujących dokumentów, tj. rachunku wyników za rok 2014 oraz opinii biegłego rewidenta dotyczącej spółki Technital S.p.A. za rok 2014 oraz rachunku wyników za rok 2012. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Technital i Sintagma, który nie wykazał spełnienia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, względnie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia braku w tym zakresie (zarzut 3.3.) nie potwierdził się.

Odwołujący Systra w punkcie 3.3. (w odniesieniu do oferty Technital i Sintagma) podniósł, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazując że z treści załącznika złożonego na stronach 90-91 ani z treści referencji str. 92-93 oferty nie wynika, że powołana referencja spełnia wymagania przetargowe, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w treści odwołania naruszenie art. 25 ust. 3 ustawy Pzp) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia braku w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontrydiktoryjny, tak więc brak przedstawienia okoliczności uzasadniających stawiany zarzut skutkuje jego nie uwzględnieniem. Rolą odwołującego jest nie tylko sformułowanie zarzutów, ale i przedstawienie okoliczności faktycznych zarzut ten uzasadniających. Tymczasem

odwołujący Systra w treści odwołania poza stwierdzeniem, że wykonawca „nie wykazał spełnienia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia”, jak również, że powołana referencja nie spełnia wymagań przetargowych, nie podał żadnych okoliczności wskazujących na to, z jakich powodów kwestionowany przez niego warunek nie został spełniony przez wykonawcę Technital i Sintagma. Nie podał także powodów, dla których wskazane referencje „nie spełniają wymogów przetargowych”. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Technital i Sintagma, która nie została złożona w formie pisemnej bowiem dokument złożony w celu wykazania umocowania dla Pana A. V. budzi wątpliwości (zarzut 3.4.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że ofertę w imieniu wykonawcy Technital i Sintagma podpisał Pan A. V., umocowany do działania w imieniu Technital S.P.A. Stosowny dokument wykonawca załączył do oferty (str. 29-30 oferty).

Odwołujący Systra zakwestionował umocowanie Pana A. V., podnosząc m.in., że

dokument ten budzi wątpliwość czy jest on uprawniony do podpisywania ofert składanych poza terytorium Włoch.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z treści pełnomocnictwa jednoznacznie wynika, że Pan A. V. jest uprawniony m.in. do „reprezentowania spółki (...) przed instytucjami międzynarodowymi, jak i przed zagranicznymi instytucjami publicznymi lub prywatnymi” (pkt 1 pełnomocnictwa dla Pana A. V.), jak również „sporządzania, podpisywania i prezentacji ofert, oświadczeń i wszelkich innych dokumentów niezbędnych do przetargu” (pkt 4 pełnomocnictwa dla Pana A. V.). Powyższe już oznacza, że Pan A. V. był i jest umocowany do złożenia oferty w tym postępowaniu w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Technital S.P.A. i Sintagma S.P.A. Wskazywany przez odwołującego Systra punkt 6 pełnomocnictwa dla Pana A. V. nie stanowi ograniczenia jego uprawnień tylko do działalności promocyjnej i organizacyjnej poza granicami Włoch, skoro jest on umocowany – zgodnie z punktem 2 tego pełnomocnictwa – do udziału w przetargach i dbałości o rozwój handlowy spółki za granicą, to tym bardziej w świetle tego i następnych punktów pełnomocnictwa jest on umocowany do podpisywania, a co za tym idzie składania ofert w imieniu spółki za granicą. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utajnienie elementów oferty wykonawcy Technital i Sintagma, mimo iż w ofercie wyłącznie zastrzeżono, że

52

informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (zarzut 3.5.) potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 14 SIWZ „Forma oferty”, pkt 14.9. podał, iż „wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, może zastrzec w treści oferty, (...), iż zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Nadto w „Formularzu oferty”, pkt 10 zamieścił następującą treść „oświadczamy, iż – za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stornach nr od ... do ... wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zabezpieczyliśmy zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 14.9 IDW”.

Wykonawca Technital i Sintagma w punkcie 10 „Formularza ofertowego” oświadczył, że „za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stronach nr od 127 do 196 wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie załączył jednak do oferty stosownego zastrzeżenia.

Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów uzasadniających nałożenie klauzuli „Tajemnicy Przedsiębiorstwa” pod rygorem odtajnienia dokumentu, a wykonawca Technital i Sintagma takie wyjaśnienia złożył.

Odwołujący Systra podniósł m.in., że w ofercie zastrzeżono, że wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W treści oferty wykonawcy Technital i Sintagma informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały w sposób wskazany przez zamawiającego wyodrębnione. Wykonawca wypełnił także punkt 10 „Formularza ofertowego”, wskazując, że informacje zawarte na wskazanych stronach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak wykonawca ten wraz z ofertą nie złożył zastrzeżenia, z treści którego wynikałoby z jakich powodów informacje te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia w tym zakresie złożył dopiero, odpowiadając na wezwanie zamawiającego.

Tymczasem – w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinno być dokonane „nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu". Przepis ten nie przewiduje możliwości „uzupełnienia” brakującego zastrzeżenia. Tak więc wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji, powinien tego dokonać w terminie wskazanym w tym przepisie. Skoro wykonawca poza wskazaniem w „Formularzu ofertowym”, iż zastrzega określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podjął żadnych działań mających uzasadniać ich zastrzeżenie (przewidzianych w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) oznacza to, że nie dokonał skutecznego ich zastrzeżenia. Zamawiający, działając w ramach należytej staranności, aby nie narazić się na sankcję wynikającą z art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, może zażądać od wykonawcy złożenia szerszych informacji w tym zakresie czy też wyjaśnienia pewnych wątpliwości. Nie może jednak żądać uzupełnienia informacji, które w wraz z ofertą w ogóle nie zostały złożone. Tym samym wezwanie dokonane przez zamawiającego w tym zakresie i w tym konkretnym przypadku należy uznać za bezpodstawne.

Zarzut naruszenia:

**art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia –
wykonawcy Torprojekt, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w
postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej
względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania –
wykonawcy Transprojekt do złożenia prawidłowej opinii bankowej
(zarzut 4.1.) potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 8 SIWZ „Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy”, punkt 8.4.2., iż każdy wykonawca powinien wykazać, „że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”, tj. m.in. „posiada środki finansowe lub zdolność kredytową – w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN”.

Na potwierdzenie powyższego zobowiązany był złożyć – zgodnie z punktem 9.1.5. lit. b) „informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”. Wykonawca Torprojekt złożył wraz z ofertą Opinię bankową wystawioną przez Bank BPH S.A. z dnia 14 marca 2015 r. (str. 56 oferty) oraz opinię bankową Trakcji PRKI S.A. wystawioną przez Alior Bank S.A. z dnia 11 lutego 2015 r. (str. 83 oferty).

Odwolujący Systra zakwestionował te opinie, podnosząc, że pierwsza nie zawiera informacji o kwocie zdolności kredytowej lub posiadanych środkach, druga zaś została wystawiona wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Dokumentem potwierdzającym sytuację finansową wykonawcy jest informacja z banku, w którym wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. I taki dokument wykonawca Torprojekt złożył. Niemniej jednak z treści pierwszej z opinii bankowych, tj. opinii wystawionej przez Bank BPH S.A. nie wynika wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa wykonawcy o wartości wymaganej przez zamawiającego. Wskazano w niej bowiem dwa konta i, odnosząc się do nich podano, że „saldo księgowo rachunku wyraża się kwotą sześciocyfrową”, podczas gdy wymagane było posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN, czyli nie sześciocyfrowej a siedmiocyfrowej. Opinia ta nie potwierdza więc spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. Warunku tego nie potwierdza także opinia wystawiona przez Alior Bank S.A., gdyż została wystawiona wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Tym samym wykonawca ten powinien być wezwany w tym zakresie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Potwierdził się zatem zarzut niespełnienia przez

wykonawcę Torprojekt warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej oraz zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia prawidłowej opinii bankowej.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Torprojekt, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej (zarzut 4.2.) nie potwierdził się w zakresie kwestionowanym w tym zarzucie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 8 SIWZ „Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy”, punkt 8.4.2., iż każdy wykonawca powinien wykazać, „że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”, tj.:

- a) posiada w ciągu ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 5.000.000 PLN
- b) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową – w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN
- c) posiada aktualne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (tj. świadczeniem usług projektowych) na sumę ubezpieczeniową nie mniejszą niż 5.000.000,00 PLN”

55

Na potwierdzenie powyższego zobowiązany był złożyć – zgodnie z punktem 9.1.5.:

- a) część sprawozdania finansowego, tj. rachunek zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta (...) również opinię o badanym rachunku, a wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania przypadku finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres
- b) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składani ofert
- c) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (...)

Wykonawca Torprojekt złożył wraz z ofertą m.in. rachunki zysków i strat wykonawcy Torprojekt (str. 47-55 oferty), zobowiązanie (str. 60 oferty), rachunki zysków i strat podmiotu trzeciego (str. 74-82 oferty) oraz Opinię bankową wystawioną przez Bank BPH S.A. z dnia 14 marca 2015 r. (str. 56 oferty) oraz opinię bankową Trakcji PRKI S.A. wystawioną przez Alior Bank S.A. z dnia 11 lutego 2015 r. (str. 83 oferty).

Odwolujący Systra zakwestionował spełnienie przez wykonawcę Torprojekt warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, wskazując na nieadekwatny sposób udostępnienia zdolności w formie poręczenia do zasobu, który faktycznie jest przekazywany.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca może wykazać celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego podmiotu w zakresie zdolności ekonomicznej (przedstawia wówczas środki na rachunku bankowym lub zdolność kredytową innego podmiotu) i finansowe (inny podmiot spełnia wskaźniki ekonomiczne wymagane dla uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia oraz istnieje możliwość dostępu do zasobów innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia). Wykonawca Torprojekt w tym celu posłużył się podmiotem trzecim, tj. TRAKCJA PRKiL S.A. W złożonym zobowiązaniu podmiot udostępniający, tj. TRAKCJA PRKiL S.A. zobowiązała się do oddania do dyspozycji na rzecz wykonawcy Transprojekt zdolności finansowych i ekonomicznych niezbędnych do spełnienia warunków „posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej – w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN” oraz „posiadania aktualnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (tj. świadczeniem usług projektowych) na sumę ubezpieczeniową

56

nie mniejszą niż 5.000.000,00 PLN". Oddanie do dyspozycji wykonawcy, do wykorzystania przez niego ww. środków finansowych lub zdolności kredytowej – jak wskazał podmiot udostępniający w treści zobowiązania - nastąpi m.in. poprzez: „umowę pożyczki, poręczenie kredytu udzielonego przez instytucję finansową oraz udostępnienie polisy OC w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia". W zobowiązaniu tym oznaczono więc przedmiot świadczenia, jak również sposób w jaki jego udostępnienie nastąpi.

W zakresie oddania do dyspozycji na rzecz wykonawcy Transprojekt „zdolności finansowych i ekonomicznych niezbędnych do spełnienia warunków „posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej – w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN" podmiot udostępniający zobowiązany był złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert i taki dokument podmiot udostępniający złożył. Złożył bowiem opinię bankową Alior Bank S.A., dotyczącą podmiotu udostępniającego, gdyż to na jego potencjale wykonawca Torprojekt opierał wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykazał także realność tego udostępnienia. Udostępnienie nastąpi – jak wskazano w treści zobowiązania - przez umowę pożyczki i poręczenie kredytu udzielonego przez instytucję finansową.

W zakresie oddania do dyspozycji na rzecz wykonawcy Transprojekt „zdolności finansowych i ekonomicznych niezbędnych do spełnienia warunków", tj. „posiadania aktualnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (tj. świadczeniem usług projektowych) na sumę ubezpieczeniową nie mniejszą niż 5.000.000,00 PLN" podmiot udostępniający zobowiązany był złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (...). Wykonawca złożył polisę dotyczącą podmiotu udostępniającego, gdyż to na jego potencjale w tym zakresie opierał wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykazał także realność tego udostępnienia. Udostępnienie nastąpi – jak wskazano w treści zobowiązania – przez udostępnienie polisy OC w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia. Podmiot udostępniający będzie przy tym – jak wynika z punktu 11 „Formularza ofertowego" - podwykonawcą w czasie realizacji tego zamówienia (zobowiązanie ze strony 33 oferty nie było kwestionowane).

Zauważyć przy tym należy, iż zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie wskazał w jaki sposób wykonawcy zobowiązani są wykazać spełnienie warunku dotyczącego sytuacji finansowej i/lub ekonomicznej, a mianowicie „oprócz pisemnego zobowiązania wykonawca winien złożyć dokument zawierający odpowiednio: część sprawozdania finansowego, o którym mowa w punkcie 9.1.5. lit. a), informację, o której mowa w pkt 9.1.5. lit. b) oraz

57

opłaconą polisę, o której mowa w pkt 9.1.5. lit. c) dotyczące tych podmiotów. Takie też dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, zgodnie z wymogiem zamawiającego, wykonawca Torprojekt załączył do złożonej oferty. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Torprojekt, mimo że zawiera rażąco niską cenę, jak również zaniechanie przeprowadzenia badania ceny oferty, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, mimo że cena oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia (zarzut 4.3.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający przeznaczył na sfinansowanie realizacji zamówienia, w ramach tej części (części 3 zamówienia), kwotę 28.290.000,00 zł.

Wykonawca Torprojekt oświadczył, iż zrealizuje „część 3 zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ za całkowitą cenę netto 14.983.000,00 PLN (...) plus należny podatek VAT: 3.446.090,00 PLN (...), co stanowi całkowitą cenę brutto 18.429.090,00 PLN".

Zamawiający, pismem z dnia 29 czerwca 2015 r., wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 2 lipca 2015 r. wykonawca Torprojekt złożył wyjaśnienia, zastrzegając je przy tym jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, załączając do wyjaśnień dowody na ich poparcie.

Zamawiający, pismem z dnia 29 lipca 2015 r., zwrócił się do wykonawcy Torprojekt o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień, podnosząc, że w obecnym stanie faktycznym nie pozwalają one zamawiającemu na dokonanie kompletnej merytorycznie weryfikacji tych zagadnień.

Wykonawca Torprojekt, pismem z dnia 3 sierpnia 2015 r., złożył wyjaśnienia odnośnie zaoferowanej ceny, zastrzegając je jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwolujący Systra, kwestionując powyższe podniósł, iż zamawiający nie przeprowadził badania ceny oferty, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, mimo że cena oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający „zwraca się o udzielenie wyjaśnień”. W tym przypadku zamawiający, pismem z dnia 29 czerwca 2015 r., wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający otrzymał szczegółowe wyjaśnienia. Mimo to poddał je dalszej weryfikacji, wzywając wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień i dopiero po ich weryfikacji uznał, że cena oferty nie jest rażąco niska. Przeprowadził więc procedurę z art.

58

90 ustawy Pzp. Prawidłowo również ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, uznając, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska. Udzielone wyjaśnienia są bowiem bardzo szczegółowe, a ponadto odnoszą się do wszystkich elementów ceny i pokazują proces jej kalkulacji. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utajnienie elementów oferty wykonawcy Torprojekt, mimo iż nie zostały one w prawidłowy sposób zastrzeżone przez wykonawcę (zarzut 4.4.) potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 14 SIWZ „Forma oferty”, pkt 14.9. podał, iż „wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, może zastrzec w treści oferty, (...) iż zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Nadto w „Formularzu oferty”, pkt 10 zamieścił następującą treść „oświadczamy, iż – za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stornach nr od ... do ... wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zabezpieczyliśmy zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 14.9 IDW”.

Wykonawca Torprojekt w „Formularzu oferty”, pkt 10 podał „oświadczamy, iż – za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stornach nr od 35 do 41 i od 100 - 123 wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zabezpieczyliśmy zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 14.9 IDW” i wyróżniając zastrzeżone dokumenty spośród pozostałych stron w sposób wymagany przez zamawiającego, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 15 lipca 2015 r., wezwał wykonawcę Torprojekt do złożenia stosownych wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów uzasadniających nałożenie klauzuli „Tajemnicy Przedsiębiorstwa” pod rygorem odtajnienia dokumentu – Metody Realizacji Zamówienia i Wykaz osób.

Wykonawca Torprojekt, pismem z dnia 21 lipca 2015 r., złożył wyjaśnienia dotyczące zakwalifikowania części oferty jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwolujący Systra podniósł m.in., iż określone dokumenty nie zostały w sposób prawidłowy zastrzeżone, a wykonawca ten został wezwany do uzasadnienia powodów ich zastrzeżenia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

59

Wykonawca Torprojekt, mimo, iż w „Formularzu ofertowym” zastrzegł, że określone dokumenty zawierają informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa to jednak nie złożył

żadnego dokumentu, w treści którego wykazałby zasadność ich zastrzeżenia. Tymczasem to wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzegając określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien udowodnić spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym konkretnym przypadku wykonawca zastrzegł określone informacje, zaznaczając, które z nich tą tajemnicą są objęte, jak również oznaczając je w sposób umożliwiający ich identyfikację w ofercie. Niemniej jednak nie podał żadnych powodów objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tymczasem – w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinno być dokonane „nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”. Przepis ten nie przewiduje możliwości „uzupełnienia” brakującego zastrzeżenia. Tak więc wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji, powinien tego dokonać w terminie wskazanym w tym przepisie. Skoro wykonawca poza wskazaniem w „Formularzu ofertowym”, iż zastrzega określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podjął żadnych działań mających uzasadniać ich zastrzeżenie (przewidzianych w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) oznacza to, że nie dokonał skutecznego ich zastrzeżenia.

Zamawiający, działając w ramach należytej staranności, aby nie narazić się na sankcję wynikającą z art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, może zażądać od wykonawcy złożenia szerszych informacji w tym zakresie czy też wyjaśnienia pewnych wątpliwości. Nie może jednak żądać uzupełnienia informacji, które wraz z ofertą w ogóle nie zostały złożone. Tym samym wezwanie dokonane przez zamawiającego w tym zakresie i w tym konkretnym przypadku należy uznać za bezpodstawne.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utajnienie elementów oferty wykonawcy Transprojekt Gdański, mimo iż formularzu oferty w pkt 10 wykonawca nie zastrzegł informacji, a nadto wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (zarzut 5.1.) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 14 SIWZ „Forma oferty”, pkt 14.9. podał, iż „wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, może zastrzec w treści oferty, (...), iż zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Dodatkowym obowiązkiem

60

wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Nadto w „Formularzu oferty”, pkt 10 zamieścił następującą treść „oświadczamy, iż – za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stornach nr od ... do ... wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zabezpieczyliśmy zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 14.9 IDW”.

Wykonawca Transprojekt Gdański nie wypełnił punktu 10 „Formularza oferty”.

Wykonawca ten zastrzegł w treści oferty strony 7-53 i 87-112, wyróżniając je spośród pozostałych stron w sposób wymagany przez zamawiającego, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty: Metoda realizacji zamówienia (str. 7-53), Wykaz wykonanych usług – Załącznik nr 5 (str. 87-88), Poświadczenia (str. 89-93), Oświadczenie (str. 94-97), Potencjał kadrowy – Załącznik nr 4 (str. 99), Wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – Załącznik nr 4A (str. 100-104), Wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – Załącznik nr 4B (str. 105-108), Oświadczenie (109-110) oraz zobowiązanie (str. 111-112), załączając informację dotyczącą zasadności zastrzeżenia zastrzeżonych dokumentów. Informacja ta nie jest opatrzona numerem strony.

Odwolujący Systra podniósł m.in., że wykonawca nie zastrzegł żadnych informacji, nie wykazał zasadności utajnienia, a ponadto pośród utajnionych elementów oferty znajdują się informacje, których co do zasady się nie utajnia, a także takie które nie mogą być utajnione z uwagi na treść jawnych elementów oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W treści oferty wykonawcy Transprojekt Gdański informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały w sposób wskazany przez zamawiającego wyodrębnione. Istotnie wykonawca nie wypełnił punktu 10 „Formularza ofertowego”. Niemniej jednak ten brak nie powoduje utraty waloru tajemnicy przedsiębiorstwa określonych wyodrębnionych przez niego w ofercie dokumentów i zawartych tam informacji. W ofercie wykonawcy znajduje się bowiem zastrzeżenie, z treści którego jednoznacznie wynika z jakich powodów informacje te zostały tą tajemnicą objęte. Dokument ten nie jest numerowany. Znajduje się jednak w treści oferty. Nie można więc zarzucić temu wykonawcy, że nie zastrzegł skutecznie informacji objętych następnie tajemnicą przedsiębiorstwa. Stosowny dokument złożył on bowiem wraz z ofertą, podając powody ich zastrzeżenia i, odwołując się do przesłanek z art.11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zakwestionował możliwość zastrzeżenia jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązań podmiotu trzeciego, tj. URS Polska Sp. z o.o. i Geopartner Sp. z o.o. Podmioty te zostały bowiem wskazane przez wykonawcę w punkcie 11 „Formularza

61

ofertowego” jako podmioty, na zasobach których wykonawca będzie polegał przy realizacji zamówienia. Niemniej jednak w treści tych zobowiązań znajdują się informacje, które ten wykonawca (zresztą pozostali wykonawcy również) zastrzegł, podając szczegółowo powody ich zastrzeżenia i informacje te, w ocenie Izby, rzeczywiście prawidłowo mogą być zastrzeżone.

sygn. akt KIO 1823/15

Zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę BPK jako tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i opracowania BPK „Metoda realizacji zamówienia” oraz przez wykonawcę Voessing części opracowania BPK „Metoda realizacji zamówienia” a także wyjaśnień składanych przez obu wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 14 SIWZ „Forma oferty”, pkt 14.9. podał, iż „wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, może zastrzec w treści oferty, (...), iż zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Zamawiający w „Formularzu oferty”, pkt 10 zamieścił następującą treść „oświadczamy, iż – za wyjątkiem informacji zawartych w ofercie na stronach nr od ... do ... wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zabezpieczyliśmy zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 14.9 IDW”.

Nadto w rozdziale 14 SIWZ „Forma oferty”, pkt 14.9. zamieścił następującą informację „Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, może zastrzec w treści oferty, (...), iż Zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę w taki sposób, aby arkusze (kartki), których dotyczy tajemnica

62

przedsiębiorstwa były w sposób trwały odłączone od pozostałej części ofert z zachowaniem ciągłości nem racji stron.”.

Wykonawca BPK złożył ofertę składającą się z dwóch części: części jawnej (str. 1-43 oferty), zawierającej „Formularz ofertowy”, punktu 10 którego wykonawca ten nie wypełnił,

oraz część niejawną (str. 44-137 oferty), zawierającą „uzasadnienie utajnienia części oferty” (str. 44-51 oferty), które zostało z uwagi na wystąpienie okoliczności w nich wskazanych objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wykonawca Voessing zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazane w wyodrębnionej części oferty elementy opracowania zawarte na stronach 130-150 oferty tego wykonawcy. Uzasadnienie ich zastrzeżenia zamieścił na stronach nienumerowanych, poprzedzających objęte tajemnicą przedsiębiorstwa strony. Wypełnił także punkt 10 „Formularza ofertowego”.

Odwolujący BBF podniósł m.in., iż informacje zawarte w ofertach wykonawców: BPK i Voessing nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem nie podlegają skutecznemu zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepisy stosuje się odpowiednio do konkursu.

Wykonawca BPK zastrzegł w treści swej oferty, iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to zawarł na stronach 44-51 części niejawnej oferty. Zastrzeżone informacje zostały wyodrębnione spośród pozostałych jako informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Istotnie wykonawca nie wypełnił punktu 10 „Formularza ofertowego”. Niemniej jednak ten brak nie powoduje utraty waloru tajemnicy przedsiębiorstwa określonych i wyodrębnionych przez niego w ofercie dokumentów i zawartych tam informacji. Brak ten jest brakiem jedynie czysto formalnym. W ofercie wykonawcy znajduje się bowiem zastrzeżenie, z treści którego jednoznacznie wynika z jakich powodów informacje te zostały tą tajemnicą objęte. Nie można więc zarzucić temu wykonawcy, że nie zastrzegł skutecznie informacji objętych następnie tajemnicą przedsiębiorstwa. Stosowny dokument złożył on bowiem wraz z ofertą, podając powody ich zastrzeżenia i, odwołując się do przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. A ponadto zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca

63

BPK, wykazując zasadność zastrzeżenia odniósł się szczegółowo do każdego z dokumentów, każdej z zastrzeżonych informacji.

Także wykonawca Voessing zastrzegł w treści swej oferty, iż określone informacje (elementy opracowania) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, zamieszczając ich uzasadnienie w tej części oferty, którą objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Informacje te wyodrębnił spośród pozostałych, podając iż są to informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wraz z ofertą złożył więc stosowny dokument, podając w nim powody zastrzeżenia określonych informacji i, odwołując się do przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło więc jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający dokonał oceny złożonych zastrzeżeń oraz zasadności zastrzeżenia określonych informacji. W jej toku zwrócił się także do wykonawcy BPK o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa opracowania „Metodyka Realizacji Zamówienia”. Działanie to – w świetle art. 8. ust. 3 ustawy Pzp – może budzić wątpliwości. Literatura przedmiotu dopuszcza jednak możliwość dodatkowego wyjaśniania zastrzeżonych wcześniej informacji, mimo iż z treści przepisu możliwość taka nie wynika. „W przypadku sytuacji budzących wątpliwości zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 87 ust. 1, powinien zwrócić się do wykonawcy w celu wyjaśnienia oferty w tym zakresie, aby nie narażać się na sankcję – przewidzianą w art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (M. Stachowiak, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz Lex, Warszawa 2014, s. 142). Wydaje się jednak, że zamawiający, działając w ramach należytej staranności, aby nie narażać się na sankcję wynikającą z art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, może zażądać od wykonawcy złożenia szerszych

informacji w tym zakresie czy też wyjaśnienia pewnych wątpliwości. Nie może jednak żądać uzupełnienia informacji, które wraz z ofertą w ogóle nie zostały złożone. Niemniej jednak w tym konkretnym stanie faktycznym wykonawca ten (wykonawca BPK) już w złożonym wraz z ofertą zastrzeżeniu informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, podał powody objęcia opracowania tajemnicą przedsiębiorstwa i nie były one ogólnikowe. Zauważyć przy tym należy, iż dokument ten (opracowanie) tajemnicą przedsiębiorstwa objęli niemal wszyscy wykonawcy, w tym także odwołujący BBF.

Reasumując Izba stwierdziła, iż obaj wykonawcy wykazali spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zastrzeżone w ich ofertach informacje. Złożone przez nich wyjaśnienia nie są ogólnikowe, przeciwnie są szczegółowe i wyczerpujące. To odwołujący BBF, formułując zarzuty nieuprawnionego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji w treści odwołania w zasadzie, poza odniesieniem

64

się do zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa „Metodyki realizacji zamówienia” i wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie odniósł się do innych dokumentów, zawierających informację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Cytował szeroko literaturę i orzecznictwo. Niemniej jednak nie przedstawił żadnych argumentów wskazujących na to, dlaczego określony dokument (zawierający dane informacyjne) nie może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Przeciwnie – jak podnosił – oczekuje, że to Izba zbada zasadność zastrzeżenia każdego z zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów. Pamiętać jednak należy, że postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny. Tak więc to odwołujący, w tym przypadku wykonawca BBF, powinien był wykazać, opierając się chociażby na jawnym zestawieniu dokumentów, które tą tajemnicą zostały objęte (18 dokumentów w ofercie wykonawców BPK), że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i decyzja o ich nieodtajnieniu w tym stanie faktycznym i w odniesieniu do wprost wskazanych dokumentów była nieprawidłowa. „Skoro skarżący twierdzi, że informacje zastrzeżone przez wykonawców nie powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa winien przedstawić dowody dla stwierdzenia tych faktów. Na etapie postępowania przed KIO, (...) to skarżący, jako strona atakująca powinien podważyć słuszność decyzji zamawiającego, to na nim spoczywa ciężar dowodu” (wyrok SO w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt V Ca 3061/11).

Odnosząc się do poszczególnych dokumentów, co do których argumenty chociażby szczątkowo zostały w treści odwołania przedstawione (w odniesieniu do wykazu osób chociażby przez cytowane orzecznictwo) stwierdzić należy, co następuje:

- opracowanie „Metoda realizacji zamówienia” jest dokumentem, który został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa niemal przez wszystkich wykonawców, w tym i odwołującego BBF. Dziwi więc kwestionowanie jego zastrzeżenia w ofertach konkurencyjnych wykonawców czy to w całości (BPK), czy to w części (bo tylko część opracowania zastrzegł wykonawca Voessing), gdyż dokument ten, mimo iż powstał na potrzeby tego postępowania to zawiera *know-how* przygotowującego go wykonawcy. Jest wynikiem jego wieloletniego doświadczenia. Dokument ten istotnie miał odpowiadać wskazanym w SIWZ wymaganiom zamawiającego niemniej jednak nie stanowił ich prostej kopii. Wykonawcy mieli m.in. uszczegółowić określone i wymagane przez zamawiającego elementy, w tym np. zaplanować realizację całego zamówienia wraz z określeniem kluczowych elementów organizacji i zarządzania kontraktem, co ma podstawowy wpływ na jakość usługi. Dokument ten stanowi pewną spójną całość. Nie można więc bezkrytycznie odtajniać jakiegś jego części, wyrwanych z kontekstu zdań. Informacje zawarte w opracowaniu łączą się bowiem, tworząc jednolite opracowanie będące twórczą myślą danego wykonawcy. Obaj wykonawcy (BPK i Voessing) bardzo szczegółowo uzasadnili zasadność zastrzeżenia opracowania czy też jego określonych części, odnosząc się do przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu

65

nieuczciwej konkurencji, wykazując – w ocenie Izby – iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa.

- „Wykaz osób” – dokument ten został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa nie tylko przez wykonawcę BPK, ale niemal przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym i odwołującego BBF. Wykonawca BPK uzasadnił szeroko istnienie w odniesieniu także do tych właśnie informacji przesłanek z art. 11 ust. 4

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tego typu działanie (utajnienie wykazu osób przewidzianych do realizacji danego zamówienia) – jak słusznie podniósł zamawiający – jest działaniem uzasadnionym, ponieważ podanie takich informacji, jak: imiona i nazwiska osób, ich kwalifikacje, a także status względem przedsiębiorcy może ułatwić podmiotom konkurencyjnym dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę ich „podkupowania”. Są to osoby o wysokich kwalifikacjach. Mogą stanowić zarówno własny zasób kadrowy danego wykonawcy, jak również mogą być mu na określonych zasadach udostępnione. Dane te mają więc wartość gospodarczą. Zauważyć przy tym należy, na co także zwrócono uwagę podczas rozprawy, że wykonawcy ci działają na tym samym rynku usług, część z nich nawet na tym samym terenie lokalnym (terenie jednego miasta), tym bardziej więc wiedza na temat personelu konkurencyjnej firmy może być przedmiotem ich zainteresowania. A co z kolei łączy się z potencjalną możliwością podejmowania działań mających na celu ich pozyskanie kosztem innej firmy.

Odwolujący BBF zakwestionował także zasadność zastrzeżenia jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. ustawy Pzp przez wykonawcę BPK (pismem z dnia 2 lipca 2015 r.) oraz wykonawcę Voessing (pismami z dnia 3 lipca 2015 r. i 4 sierpnia 2015 r.). Obaj wykonawcy, zastrzegając treść złożonych informacji oraz treść załączonych do nich dokumentów, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykazali zasadność ich zastrzeżenia, odnosząc się do treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tego typu informacje (informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy) – jak wynika już z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO – mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i jej elementy składowe wypełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż stanowią *know-how* danego wykonawcy. Informacje te posiadają wartość handlową i gospodarczą. Obrazują bowiem sposób kalkulacji ceny. „Metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu” (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Wobec powyższego braku jest podstaw do kwestionowania zasadności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez wykonawców: BPK i Voessing.

66

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców BPK i Voessing wobec tego, że z samej treści wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że cena ofertowa jest rażąco niska nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający dla części I zamówienia ustalił wartość szacunkową zamówienia ustalił na kwotę 15.250.000,00 zł netto (18.757.000,00 zł brutto).

W postępowaniu złożono 8 ofert. Zaoferowane przez wykonawców ceny były następujące: wykonawca CE Project Group Sp. z o.o. Sp. komandytowa – 16.574.250,00 zł brutto; Voessing Polska Sp. z o.o. – 12.895.000,00 zł brutto; BBF Sp. z o.o. – 13.231.110,00 zł brutto (odwołujący); ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. -14.028.622,32 zł brutto; TEC-CUATRO S.A. – 16.974.000,00 zł brutto; ARCADIS Sp. z o.o. – 18.327.000,00 zł brutto; URS Polska Sp. z o.o. – 13.124.100,00 zł brutto i BPK w Poznaniu Sp. z o.o. – 11.560.278,00 zł brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 29 czerwca 2015r., wezwał wykonawców, w tym wykonawcę BPK oraz wykonawcę Voessing do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w tym struktury kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca BPK, pismem z dnia 2 lipca 2015 r., złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferowanej za wykonanie prac projektowych będących przedmiotem tego zamówienia, załączając do niego szereg dokumentów. Jednocześnie wykonawca ten zastrzegł złożone wyjaśnienia, w tym także załączone do nich dokumenty, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Voessing, pismem z dnia 3 lipca 2015r., złożył wyjaśnienia dotyczące czynników determinujących zaoferowaną cenę. Jednocześnie wykonawca ten zastrzegł złożone wyjaśnienia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 29 lipca 2015r., wezwał wykonawcę Voessing do uzupełnienia i uszczegółowienia wyjaśnień, podkreślając m.in., iż nie pozwalają one na

dokonanie kompletnej merytorycznie weryfikacji tych zagadnień.

Wykonawca Voessing, pismem z dnia 4 sierpnia 2015r., złożył wyjaśnienia, załączając dowody na ich poparcie. Jednocześnie wykonawca ten zastrzegł złożone wyjaśnienia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący BBF podniósł m.in., że wyjaśnienia wykonawcy BPK, podobnie jak wyjaśnienia wykonawcy Voessing charakteryzują się brakiem precyzji i dużym stopniem ogólności. Wynika, że wykonawcy ci nie wykazali, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niską. Z tego względu zamawiający nie był uprawniony do skierowania do tego wykonawcy ponownego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny. Z powyższych względów

67

oferty wykonawców: BPK i Voessing winny zostać odrzucone. A ponadto zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień tych wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Bezspornym jest, iż zamawiający zwrócił się do wykonawców, których ceny ofert były najniższe o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym także do wykonawcy BPK i wykonawcy Voessing. Wykonawcy, odpowiadając na wezwanie zamawiającego, złożyli bardzo szczegółowe wyjaśnienia, załączając dowody na ich poparcie. Istotnie do wykonawcy Voessing zamawiający skierował dwukrotnie wezwanie do złożenia wyjaśnień. Niemniej jednak drugie wezwanie dotyczyło jedynie dodatkowego uszczegółowienia elementów wskazanych już przez tego wykonawcę w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Wobec czego zamawiający nie uchybił przepisom ustawy Pzp. Takie wezwanie jest dopuszczalne, jeżeli dotyczy dodatkowego badania poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie ich uzupełnienia (podobnie wyrok Izby z dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 382/14, wyrok z dnia 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 572/14). W tym też przypadku sytuacja taka miała miejsce. Zamawiający, mając wątpliwości, co do określonych elementów złożonych już wyjaśnień, miał prawo zażądać dodatkowych informacji w tym zakresie, w tym przedstawienia kosztów podwykonawstwa. I takich informacji zażądał. Wykonawca Voessing, odpowiadając na pierwsze wezwanie, złożył już bowiem szczegółowe wyjaśnienia. Podał m.in. konkretne kwoty składające się na konkretne elementy ceny, a więc podał sposób kalkulacji ceny jego oferty. Kolejne wyjaśnienia to jedynie uszczegółowienie tego, co już zostało wcześniej wskazane, jednak podane w takim zakresie, jak wymagał tego w drugim wezwaniu zamawiający i poparte załączonymi do wyjaśnień dowodami, w tym także ofertami podwykonawców.

Wyjaśnienia obu wykonawców, wbrew twierdzeniom odwołującego BBF, nie charakteryzują się brakiem precyzji i dużym stopniem ogólności. Przeciwnie są bardzo szczegółowe i przekonujące. Pokazują bowiem w jaki sposób została skalkulowana cena ofert tych wykonawców. Wyjaśniają m.in. sposób kalkulacji stawki jednostkowej za osobomiesiąc na rok 2015, podają czynniki umożliwiające redukcję kosztów oferty oraz koszty podwykonawstwa, załączając do wyjaśnień ich oferty handlowe. Tak więc wykonawcy ci wykazali nie tylko to, w jaki sposób skalkulowali cenę, ale także i to, jakie czynniki spowodowały możliwość jej obniżenia oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Nadto przedkładając posiadane oferty handlowe wykorzystane – jak wykazali - do kalkulacji ceny oferty udowodnili, iż zaoferowane przez nich ceny nie mają charakteru cen rażąco niskich. Zauważyć przy tym należy, co podnosił także odwołujący BBF, że wykonawcy, których ceny kwestionuje, jak również i on, działając na tym samym rynku lokalnym, korzystają z usług tych samych podwykonawców. I rzeczywiście złożyli oni oferty tych samych firm. Jednak zaoferowane przez nie ceny są już różne. Tak więc nie

68

można dać wiary tylko i wyłącznie ofertom złożonym przez odwołującego BBF, uznając że tylko cena zaoferowana jemu jest ceną rynkową i prawidłową. Podwykonawcy oferują bowiem różne ceny dla różnych firm. Oferty pochodzą bowiem z różnych dat. Zawierają jednak szczegółowe kalkulacje cenowe. Nie można więc uznać, że oferty o niższych cenach nie są wiarygodne. Powstawały one bowiem z innej perspektywy, perspektywy możliwości uzyskania zamówienia. Załączone do wyjaśnień oferty na wykonanie prac geodezyjnych oparte są na identycznej metodyce podziału hektarów, który to podział odwołujący BBF wskazywał jako miarodajny do przyjęcia prawidłowości skalkulowania ceny oferty.

Nie sposób także uznać, iż jedynym i miarodajnym źródłem prawidłowego

skalkulowania ceny oferty jest sposób kalkulacji przyjęty przez odwołującego BBF. Przeprowadzona przez niego w treści odwołania analiza średniego wynagrodzenia oparta jest wyłącznie na danych dotyczących jego oferty. Założenia, że koszty nieosobowe w ofertach konkurujących wykonawców zostały skalkulowane w taki sam sposób jak uczynił to odwołujący BBF, a więc identycznie nie znajdują uzasadnienia, gdyż każdy z wykonawców, dokonując kalkulacji ceny, uwzględnił wszystkie niezbędne elementy, biorąc pod uwagę specyfikę swojej firmy.

Istotnie, jak słusznie podniósł odwołujący BBF, głównymi elementami cenotwórczymi są koszty osobowe. To one wpływają na cenę oferty. Tak więc analiza kalkulacji tego właśnie elementu pozwala na ustalenie czy cena została prawidłowo skalkulowana. Wykonawca BPK przedstawił szczegółową kalkulację stawki jednostkowej za osobo-miesiąc na rok 2015. Wskazane przez niego koszty osobowe kształtują się na takim poziomie, jaki za prawidłowy uznał odwołujący BBF, a kwota roboczo-godziny mieści się w granicach roboczo-miesięcy. Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność co do sposobu wykorzystania personelu zatrudnionego przy realizacji przedmiotowej usługi. Wobec powyższego brak jest podstaw do uznania, że koszt ten został nieprawidłowo skalkulowany.

Reasumując Izba stwierdziła, iż wykonawcy BPK i Voessing w złożonych wyjaśnieniach wykazali, że ceny ich ofert nie są rażąco niskie. Natomiast postawione w tym zakresie zarzuty przez odwołującego BBF są niczym niepopartymi przypuszczeniami i dywagacjami przeprowadzonymi w oparciu o swój indywidualny sposób kalkulacji ceny. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b ustawy Pzp, art. 22 ust. 5 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyjęcie, że wykonawca Voessing spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej, mimo że wykonawca ten nie udowodnił, że będzie realnie dysponował udostępnionym zasobem nie potwierdził się.

69

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 8 SIWZ „Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy”, punkt 8.4.2. podał, iż każdy wykonawca powinien wykazać, „że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”, tj.: „posiada środki finansowe lub zdolność kredytową – w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN”. Na potwierdzenie powyższego zobowiązany był złożyć – zgodnie z punktem 9.1.5., lit. b) „informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”

Wykonawca Voessing w załączeniu do oferty złożył:

- informację z banku dotyczącą podmiotu udostępniającego, tj. Ing.-Buro Dipl. Ing. H.Vossing GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, Niemcy, w treści której wskazano m.in., że „istnieje możliwość przyznania firmie kredytów awalowych w wysokości 5.000.000 Euro”
- zobowiązanie innego podmiotu, tj. Ing.-Buro Dipl. Ing. H.Vossing GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, Niemcy (str. 78-80 oferty), w treści którego wskazano „I. Zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu: zdolność finansowa i ekonomiczna; II. Sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, w trakcie realizacji zamówienia: Podwykonawstwo; III. Charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem: umowa podwykonawcza”.

Jednocześnie wykonawca Voessing w punkcie 11 „Formularza ofertowego” oświadczył, iż wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp będzie polegać na zasobach innych podmiotów, w tym „Podmiot nr 1 Ing.-Buro Dipl. Ing. H.Vossing GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, Niemcy (...) Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, zdolnościach finansowych podmiotu nr 1. Podmiot nr 1 będzie brał udział w realizacji części Zamówienia”.

Odwołujący BBF zakwestionował złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego podnosząc, iż nie wynika z jego treści realność jego udostępnienia, jak również, że kredy awalowy nie mógłby być przeznaczony na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, co jednoznacznie wynika z treści złożonego zobowiązania, podmiot udostępniający zasoby finansowe, tj. Ing.-Buro Dipl. Ing. H.Vossing GmbH z

siedzibą w Dusseldorfie, Niemcy będzie podwykonawcą części zamówienia. Świadczy to – jak słusznie podniósł zamawiający – o realności udostępnienia potencjału, gdyż użyczenie potencjału ekonomicznego i finansowego może przybrać postać aktywnego udziału w charakterze podwykonawcy w realizacji istotnej części zamówienia. W treści kwestionowanego zobowiązania wskazano: zakres udostępnionych zasobów (zdolność finansowa i ekonomiczna), sposób innego wykorzystania zasobów podmiotu (podwykonawstwo), charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot trzeci z wykonawcą

70

(umowa podwykonawcza), zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia (doradztwo przez cały okres zamówienia). Zobowiązania tego nie można rozpatrywać w oderwaniu od złożonej informacji z banku podmiotu udostępniającego, tj. informacji Deutsche Bank AG, w której bank stwierdził, iż „istnieje możliwość przyznania firmie kredytów awalowych w wysokości 5.000.000 Euro”. Kredyt ma być więc przyznany podwykonawcy. A ponieważ – jak podniósł sam odwołujący BBF – „najważniejsze kredyty awalowe stanowią: poręczenie kredytu (...)” nie sposób uznać, że wykonawca nie potwierdził, składając informację banku zagranicznego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. Wykazał bowiem realność udostępnienia, gdyż z podmiotem udostępniającym będzie go łączyć umowa podwykonawcza. A ponadto na jego potwierdzenie złożył dokument, który wskazał sam zamawiający w SIWZ, jako dokument, który w takim przypadku jest wymagany. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez wykonawcę Voessing w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w punkcie 19.9. SIWZ „Jakość” nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 19 SIWZ „Tryb i sposób oceny ofert”, pkt 19.9. podał, iż kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej będzie: całkowita cena brutto – 60% i Jakość – 40%.

W celu dokonania oceny oferty i przydzielania przez zamawiającego punktów w ramach kryterium „Jakość” i składających się na niego podkryteriów, wykonawca zobowiązany był przedłożyć w ramach oferty „Opracowanie” pt. „Metoda realizacji zamówienia” zawierające w swej treści szczegółowo opisane i przeanalizowane następujące elementy: planowanie realizacji zamówienia i kluczowe elementy organizacji i zarządzania kontraktem.

Zamawiający wskazał także, iż w przypadku nie złożenia przez wykonawcę „Opracowania” oferta wykonawcy w kryterium „Jakość” uzyska 0 punktów.

Wykonawca Voessing złożył wymagane przez zamawiającego opracowanie i w ramach podkryterium 1 otrzymał 70 punktów, a w ramach podkryterium 2 otrzymał 30 punktów.

Odwołujący BBF zakwestionował ilość przyznanych temu wykonawcy punktów w ramach podkryteriów: 1 i 2.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający określił w SIWZ sposób przyznawania punktów w ramach kryterium „Jakość”, jak również wymagania jakie powinno spełniać przygotowane przez wykonawcę „Opracowanie”. Każdy z wykonawców, zachowując wskazane przez

71

zamawiającego minimalne wymagania, miał możliwość przygotowania własnego harmonogramu postępowania i wykonawca Voessing taki harmonogram także przygotował. Istotnie w punkcie 19.9.2.2.1., ppkt 13 SIWZ zamawiający wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest wyodrębnić w przygotowanym opracowaniu „bufor czasowy na składanie dodatkowych wyjaśnień na żądanie organu lub uzupełnienia i korekty złożonej dokumentacji”. Były to – jak podniósł zamawiający na rozprawie – jedynie minimalne bufony. Tak więc wykonawca mógł zdefiniować dłuższe czasy trwania zadań lub wprowadzić czasy wyprzedzenia dla poszczególnych zadań i tym sposobem spełnić warunek buforu czasowego. Niemniej jednak w treści „opracowania” przygotowanego przez odwołującego Voessing wymagane bufony się znajdują (poz. 67 – str. 152 oferty i poz. 146 – str. 154 oferty).

Wykonawca przedstawił w przygotowanym opracowaniu wszystkie dane wymagane w punkcie 19.9.2.2.1., ppkt a). Terminy, których rzekomo jest brak wynikają z treści opracowania. Skoro jest uzgodnienie to musi być przecież i przekazanie, skoro na dane działanie przeznaczono 150 dni to musi to być decyzja ostateczna (odpowiednio punkt 11 i 14 uzasadnienia odwołania).

Wykonawca Voessing wskazał w opracowaniu, wbrew twierdzeniom odwołującego BBF, że wykona komplet niezbędnej dokumentacji a nie tylko i wyłącznie raport o oddziaływaniu na środowisko (punkt 20). W poz. 92 opracowania stosowna informacja została umieszczona, tj. „opracowanie ochrony środowiska”. Tak więc wykonawca wypełnił w ten sposób wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ. Sam zamawiający podał, jak ów wymóg należy rozumieć. Tak więc najpierw wykonawca powinien stwierdzić czy na etapie projektu budowlanego istnieje konieczność wykonania ponownej oceny oddziaływania środowiskowego, a dopiero w przypadku odpowiedzi pozytywnej wykonać wymagane opracowanie.

Również wymóg dotyczący „przygotowania wniosków o zatwierdzenie projektów budowlanych i wydanie pozwoleń” został w opracowaniu zawarty. Zapis z poz. 136 „uzyskanie uzgodnień projektu budowlanego” niewątpliwie obejmuje i jest rozumiany – jak słusznie podniósł zamawiający – jako fakt uzyskania wszystkich niezbędnych opinii, uzgodnień zatwierdzeń projektu budowlanego, gdyż już w pozycji następnej – tj. poz. 138 przewiduje się uzgodnienie projektu budowlanego u zamawiającego.

Dlatego też Izba uznała, że zamawiający przydzielił wykonawcy Voessing prawidłową ilość punktów w ramach podkryterium 1. Prawidłowo ocenił również opracowanie tego wykonawcy w ramach podkryterium 2. W każdym z etapów znajdują się bowiem pozycje, które świadczą o spełnieniu przez tego wykonawcę warunku określonego przez zamawiającego w punkcie 19.9.2.3.2. SIWZ. Zamawiający nie wymagał przy tym takiego

72

przygotowania harmonogramu, jak oczekuje tego odwołujący BBF i takiego uszczegółowienia, na jaki on wskazuje oraz podania dodatkowych pozycji.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony oraz uczestników postępowania, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego MGGP w sprawie o sygn. akt KIO 1809/15 w wysokości 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na podstawie faktury złożonej do akt sprawy oraz koszty dojazdu i noclegu pełnomocnika Systra w sprawie o sygn. akt KIO 1829/15 w wysokości 4.499,40 zł (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych czterdzieści groszy) na podstawie biletów, rachunków oraz faktur złożonych do akt sprawy, a także pełnomocnika zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1823/15 w wysokości 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego Systra, który wniósł o zasądzenie wynagrodzenia według norm przepisanych, gdyż zgodnie z ww. rozporządzeniem (§ 3 pkt 2) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a taki rachunek nie został złożony.

Przewodniczący:

73