

Sygn. akt: KIO 1429/13

Sygn. akt: KIO 1434/13

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 14 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Trakcja Spółkę Akcyjną w Warszawie**

B. w dniu 14 czerwca 2013 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EGIS Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, SAFEGE Spółkę Akcyjną w Nanterre (Francja), ECM Group Polska Spółkę Akcyjną w Warszawie., ZBM Inwestor Zastępczy Spółkę Akcyjną w Warszawie, TPF Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, KOLMEN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EGIS Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, SAFEGE Spółki Akcyjnej w Nanterre (Francja), ECM Group Polska Spółki Akcyjnej w Warszawie., ZBM Inwestor Zastępczy Spółki Akcyjnej w Warszawie, TPF Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, KOLMEN Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania

1

odwoławczego o sygn. akt KIO 1429/13 po stronie odwołującego

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Trakcja Spółki Akcyjnej w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1434/13 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **GETINSA INGENIERIAS.L. w Madrycie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1429/13 oraz KIO 1434/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu – **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółce Akcyjnej w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy **GETINSA INGENIERIAS.L. w Madrycie** i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert.
- kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie** i:
 - zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Trakcja Spółkę Akcyjną w Warszawie (15 000 zł 00 gr)** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EGIS Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, SAFEGE Spółkę Akcyjną w Nanterre (Francja), ECM Group Polska Spółkę Akcyjną w Warszawie., ZBM Inwestor Zastępczy Spółkę Akcyjną w Warszawie, TPF Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, KOLMEN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie (15 000 zł 00 gr)** tytułem wpisów od odwołań.

2.2. zasądza od **PKP Polskich Linii Kolejowych Spółki Akcyjnej w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Trakcja Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),

2

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

2.3. zasądza od **PKP Polskich Linii Kolejowych Spółki Akcyjnej w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EGIS Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, SAFEGE Spółki Akcyjnej w Nanterre (Francja), ECM Group Polska Spółki Akcyjnej w Warszawie., ZBM Inwestor Zastępczy Spółki Akcyjnej w Warszawie, TPF Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, KOLMEN Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 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**.

.....

3

Sygn. akt: KIO 1429/13

KIO 1434/13

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę zarządzania i nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E 75 w ramach projektu POIiŚ 7.1-22.1 „Modernizacja linii kolejowej E 75 Rail Baltica Warszawa – Białystok – granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 14 czerwca 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- 1) Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Trakcja Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący ad 1)
- 2) EGIS Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, SAFEGE Spółka Akcyjna w Nanterre (Francja), ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie., ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie, TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, KOLMEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie (dalej: odwołujący ad 2)

wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący ad 1 zarzucili zamawiającemu:

- 1) zaniechanie odtajnienia dokumentów i badania zasadności zastrzeżenia,

2) wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę -Getinsa Inżynieria S.L. (dalej Getinsa), który podlega wykluczeniu, względnie jego oferta podlega odrzuceniu

3) niewłaściwej oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący ad 1 zarzucili naruszenie:

4

1. art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Getinsa do wyjaśnień w zakresie zasadności utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, ewentualnie dokonanie błędnej oceny złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Getinsa,

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich nie zastosowanie lub błędne zastosowanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Getinsa, który to wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu względnie jego oferta podlega odrzuceniu, a tym samym wybór taki jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp,

3. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Getinsa, który nie wniósł wymaganego przez zamawiającego wadium,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Getinsa zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Pzp poprzez jego nie zastosowanie lub błędne zastosowanie i zaniechanie dokonania oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Getinsa ewentualnie dokonanie oceny wyjaśnień złożonych przez Getinsa jako wiarygodnych i uzasadniających oferowaną cenę, podczas gdy żadne obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów nie uzasadniają należyte wysokości oferowanej ceny,

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie badania oferty lub błędną ocenę treści oferty złożonej przez wykonawcę Getinsa i zaniechanie odrzucenia tej oferty z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakresie zaoferowanego świadczenia.

Z ostrożności procesowej odwołujący ad 1 zarzucili również naruszenie:

7. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm. - dalej ustawa uznk) w zw. z art. 3 ustawy uznk poprzez nie dokonanie badania oferty lub błędną ocenę treści oferty złożonej przez wykonawcę Getinsa i zaniechanie odrzucenia tej oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z powodu zaoferowania usług

5

poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku nadzorów nad inwestycjami kolejowymi i jest sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Z uwagi na powyższe odwołujący ad 1 wnieśli o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Getinsa;

2. odtajnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Getinsa;

3. nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert i nakazanie wykluczenia wykonawcy Getinsa względnie odrzucenie jego oferty;

4. dokonanie wyboru oferty odwołujących ad 1 jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący ad 1 podnieśli, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono 7 ofert, przy czym oferta wybranego wykonawcy - Getinsa opiewała na kwotę 8.200.822,80 zł netto. Oferta odwołujących ad 1 wyniosła 21.243.680 zł netto, zaś oferta najdroższa wyniosła 57.345.678 zł netto. Pozostali czterej wykonawcy zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu bądź ich oferty zostały odrzucone. Jedynym kryterium wyboru oferty była cena.

Z ogłoszenia o zamówieniu, jak również protokołu z postępowania przetargowego wynika, iż zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 59.390.661 zł netto, a wraz z zamówieniami uzupełniającymi na kwotę 69.390.661 zł netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na zamówienie kwotę 73.050.513,03 zł brutto. W ocenie odwołujących ad 1 zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Getinsa. W ocenie odwołujących ad 1 wykonawca Getinsa podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, względnie oferta tego podmiotu podlegała odrzuceniu.

Ponadto, w ocenie odwołujących ad 1, zamawiający bezpodstawnie zaniechał czynności odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Getinsa w zakresie rażąco niskiej ceny, co niewątpliwie ma również wpływ na wynik postępowania i uniemożliwia kontrolę podjętej przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp odwołujący ad 1 kwestionują decyzję zamawiającego, który

6

7 czerwca 2013r. odmówił mu udostępnienia części oferty złożonej przez wykonawcę Getinsa tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zasłaniając się zastrzeżeniem tego wykonawcy, iż dokumenty te stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawnione.

Odwołujący ad 1 podnieśli, że zasadą naczelną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie odtajnienia i udostępnienia tej części oferty uniemożliwia ocenę, czy wykonawca Getinsa prawidłowo skalkulował swoją cenę i czy zamawiający dokonał właściwej oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Poza tym zamawiający nie podjął czynności zmierzających do weryfikacji stanowiska wykonawcy Getinsa w zakresie zastrzeżenia tych informacji, co oznacza, że podjęta decyzja w zakresie odmowy udostępnienia dokumentów nie ma podstaw prawnych i faktycznych.

Odwołujący ad 1 podnieśli, że informacje dotyczące kalkulacji ceny nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie są spełnione łącznie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności brak jest wyjaśnień ze strony wykonawcy Getinsa, które potwierdziłyby spełnienie tych przesłanek.

W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący ad 1 podnieśli, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast dyspozycja art. 7 ust. 3 nakazuje udzielić zamówienia tylko temu wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W ocenie odwołujących ad 1 wykonawca Getinsa podlega wykluczeniu, ewentualnie jego oferta podlega odrzuceniu co oznacza, że oferta tego wykonawcy nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą i nie powinien on uzyskać przedmiotowego zamówienia.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy Getinsa odwołujący ad 1 wskazali, iż zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 pkt. 2 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca,

którego oferta została wybrana m.in.:

2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

Zamawiający w pkt. 20.2 SIWZ wymagał, aby wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie przewidzianej w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp.

7

Odnosząc się do treści gwarancji bankowej przedstawionej przez Getinsa odwołujący ad 1 stwierdzili, że nie zabezpiecza ona zamawiającego w sytuacji określonej w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Z treści gwarancji wynika bowiem, że gwarantowana kwota zostanie wypłacona w przypadku, *gdy El Ejecutor no ha aprobado garantía suficiente de la realización correcta del contrato*, co w tłumaczeniu oznacza *Wykonawca nie zatwierdził wystarczającego zabezpieczenia dla celów należytej realizacji zamówienia*. Zdaniem odwołujących ad 1 tłumaczenie zamieszczone w ofercie przez Getinsa jest nieprawidłowe i nie odzwierciedla faktycznego znaczenia zdania zamieszczonego w gwarancji.

Z poprawnego tłumaczenia wynika, iż sformułowanie „aprobado” w żadnej mierze nie oznacza czynności faktycznej, polegającej na wniesieniu albo konkretnej sumy gwarancyjnej, albo dokumentu stanowiącego zabezpieczenie należytego wykonania umowy, a jedynie wyrażenie samego oświadczenia woli przez wykonawcę.

W ocenie odwołujących ad 1 nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby sytuacja, w której wykonawca nie zgadza się/nie zatwierdza wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz nie wnosi zabezpieczenia należytego wykonania umowy rodzi takie same konsekwencje i skutki zarówno od strony zamawiającego jak i wystawcy gwarancji. Należy zwrócić bowiem uwagę na możliwość wystąpienia sytuacji, w której zamawiający zgodnie z pkt 20.2 SIWZ będzie oczekiwał przez wykonawcę wniesienia gwarancji należytego wykonania, gdy tymczasem wykonawca wprawdzie nie odmówił formalnie czynności, a nawet formalnie ją zatwierdził i zgodził się na jej dokonanie, jednakowoż jej nie dokonał w terminie określającym ważność wniesionego wadium. Wówczas zamawiający będzie pozbawiony możliwości zatrzymania wadium z uwagi na brak faktycznego zaistnienia przesłanki określonej w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ad 1 wnieśli o powołanie biegłego - filologa języka hiszpańskiego w celu:

1) przetłumaczenia na język polski sformułowania *El Ejecutor no ha aprobado garantía suficiente de la realización correcta del contrato*

2) określenia zakresu znaczeniowego wskazanego wyżej zdania, a w szczególności stwierdzenie, czy przedstawione powyżej zdanie znaczeniowo odzwierciedla postanowienia art. 46 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp „nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy” czy też ma inne znaczenie? Jakież?

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp odwołujący ad 1 podnieśli, że oferta wybranego wykonawcy, tj Getinsa, zawiera cenę rażąco niską, czyli cenę skalkulowaną poniżej cen rynkowych. Cena przedstawiona przez Getinsa jest ceną

8

niewiarygodną i nierealistyczną w odniesieniu do cen rynkowych oraz do ceny oszacowanej przez zamawiającego.

Zawarcie umowy z Getinsa o wartości 8.200.822,80 zł netto, grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Zamawiający, uznając, że jest to cena rażąco niska, wezwał Getinsa, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jednak odwołujący ad 1 zostali pozbawieni możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami Getinsa, gdyż stanowiły one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Cena Getinsa (8.200.822,80 netto) w stosunku do wartości kwoty na jaką

zamawiający oszacował to zadanie (59.390.661 zł netto) wynosi zaledwie 13,81 % (oferta odwołujących ad 1 35,8 %).

Odwołujący ad 1 podnieśli, że zgodnie z SIWZ wynagrodzenie dla wykonawcy nadzoru uzależnione jest od wartości przerobu wykonawcy robót, przy obowiązku uwzględnienia wszystkich okoliczności, o których mówi SIWZ, a sprowadzających się do ograniczenia wynagrodzenia wykonawcy nadzoru w przypadku niezrealizowania pełnego zakresu robót do dnia 30.04.2015r., spowodowanego np. opóźnieniem procesów przetargowych na wybór wykonawców robót lub opóźnieniem w projektowaniu.

Wynagrodzenie za pełnienie nadzoru uzależnione jest w 90% od wartości przerobu wykonawcy robót budowlanych, przy czym należy zaznaczyć, że zgodnie z § 8, pkt 5 (IPU) „w przypadku pełnienia nadzoru nad zmniejszonym zakresem wynikającym z ograniczenia zakresu umowy na roboty budowlane, wynagrodzenia wykonawcy (Inżyniera) zostanie proporcjonalnie pomniejszone” Zapis ten jest szczególnie istotny w świetle zapisów pkt 3.2 OPZ, który zawiera katalog okoliczności, które Inżynier zobowiązany jest uwzględnić przy realizacji projektu (a co z tym idzie podczas opracowywania oferty), tj:

1. Proces przetargowy na wybór wykonawcy (robót) w systemie „projekt i budowa” będzie dłuższy niż planowany, co może skutkować opóźnieniem rozpoczęcia realizacji umów,
2. Opóźnienia w projektowaniu,
3. Opóźnienia związane z otrzymaniem decyzji administracyjnych zezwalających na podjęcie realizacji robót,
4. Opóźnienia w robotach z powodu nieprzewidzianych okoliczności
5. Trudności w dostępie do infrastruktury nie będącej w dyspozycji zamawiającego (...)

9

11. Możliwość opóźnienia w realizacji umów o przyłączenie sieci trakcyjnej do sieci dystrybucyjnej przedsiębiorstwa energetycznego PKP Energetyka S.A.

Zgodnie zaś z pkt 3.3 OPZ dla zrealizowania prac modernizacyjnych planuje się podpisanie 5 umów na wykonanie robót budowlanych (umowy I, IV, V, VI, VII), które objęte byłyby nadzorem przez danego wykonawcę (Inżyniera) w przypadku wygrania przez niego niniejszego postępowania przetargowego. Wspomniane umowy to:

Przetarg nr 1 - (Umowa I) - na zaprojektowanie i wykonanie robót dla odcinka Warszawa Rembertów-Zielonka - Tłuszcz (Sadowne),

Przetarg 4 - (Umowa IV) - na zaprojektowanie i wykonanie przejścia podziemnego na stacji Zielonka w km. 14,850 linii nr 6 i na stacji Wołomin w km. 22,400 linii nr 6;

Przetarg nr 5 - (Umowa V) - na zaprojektowanie i wykonanie wiaduktu drogowego w Zielonce Bankowej w km. 20,004 linii nr 449,

Przetarg nr 6 - (Umowa nr VI) - na zaprojektowanie i wykonanie uzupełnienia systemów komputerowych urządzeń srk i ich modernizację w zakresie wynikającym ze zmian w układzie torowym stacji Warszawa Rembertów (wbudowania nowych rozjazdów),

Przetarg nr 7 - (Umowa nr VII) - na zaprojektowanie i wykonanie robót remontowych na linii nr 10, odcinek Legionowo - Tłuszcz.

Oferenci składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu winni byli wziąć pod uwagę m. in. dłuższy niż planowany proces przetargowy na wybór wykonawcy robót, gdyż ewentualne opóźnienia w wykonawstwie robót rzutują bezpośrednio na poziom wynagrodzenia Inżyniera i wartość ewentualnego ograniczenia wynagrodzenia w związku z niewykonaniem całości robót do dnia 30.04.2015r. (końcowa umowna data sprawowania nadzoru w okresie projektowania i realizacji robót budowlanych).

Najbardziej zaawansowanym pod względem wykonawczym jest Przetarg nr 1 - Umowa nr 1, której zawarcie nastąpiło w dniu 19.12.2012r. Wartość umowy na wykonawstwo robót wynosi 1.298.759.327,35 PLN netto i jest to największy kontrakt z pośród wszystkich pięciu opisanych powyżej zadań wchodzących w skład przedmiotowego Projektu, do objęcia nadzorem przez wykonawcę wyłonionego w przedmiotowym postępowaniu.

Odwolujący ad 1 stwierdzili, że Getinsa, w okresie nadzoru nad realizacją robót budowlanych, za kwotę miesięcznego wynagrodzenia w wysokości około 57 tys. PLN netto, pragnie poprowadzić pełnobrańzowy nadzór nad budową o wartości 1,3 miliarda PLN netto,

10

przy założeniu miesięcznego przerobu wykonawcy robót na poziomie około 30 mln PLN netto, zatrudniając w tym czasie 23 osoby kadry inżynierskiej z zespołu o stałej i zmiennej liczebności, pozostały personel wspierający, zapewnić biuro wraz z całym wyposażeniem oraz sfinansować środki transportu, koszty zakwaterowania, jak również pokryć szereg innych kosztów związanych z zapewnieniem nadzoru nad multidyscyplinarnym przedsięwzięciem inwestycyjnym o prestiżowym znaczeniu. Należy w tym miejscu dodać, że wartość przerobu wykonawcy robót w miesiącach wczesnowiosennych i zimowych kształtuje się na poziomie co najmniej o połowę niższym w stosunku do przerobu przyjętego do kalkulacji, co ma swe odzwierciedlenie w wynagrodzeniu za pracę Inżyniera, zgodnie z przerobowym sposobem wynagradzania.

Reasumując powyższy opis zaawansowania postępowań przetargowych na wykonawstwo robót, czyli zakładając, że:

- do końca 2013 roku trwa okres projektowania w ramach Umowy nr 1,
- umowa w ramach przetargu nr 7 (ogłoszenie o wyborze wykonawcy robót nastąpiło w dniu 10.05.2013r.) zostanie podpisana w lipcu 2013r. oraz, że okres projektowania trwał będzie do końca 2013 roku
- umowa na nadzór zostanie podpisana w lipcu 2013r.,
- nieznane są terminy publikacji ogłoszeń o zamówieniu dla przetargu 4, 5 oraz 6, dlatego też należy wnioskować, że podpisanie umów na wykonawstwo nie nastąpi w 2013 roku
- nieznanym jest dokładny stan zaawansowania uzgodnień z PKP Energetyka, w związku z umowami przyłączeniowymi

wówczas miesięczne wynagrodzenie Getinsa do końca 2013 roku wynosić będzie dokładnie:

- z tytułu nadzoru nad Umową nr 1: 10.263,57 PLN netto.
- z tytułu nadzoru nad Umową nr 7 : 6.842,38 PLN netto

Razem miesięczne wynagrodzenie Getinsa wyniesie: 17.105,95 PLN netto.

Za kwotę 17.105,95 PLN netto miesięcznie firma Getinsa pragnie sfinansować wszystkie koszty przewidziane przez SIWZ (pkt. 5.3 OPZ), tj: zatrudnienie i wynagrodzenie w tym czasie 13 osób wysokokwalifikowanej kadry inżynierskiej z Zespołu Stałego Wykonawcy (w 8.4.2 SIWZ Zamawiający zawarł wymóg, że osoby wymienione w ofercie w Stałym

11

Zespołu Inżyniera będą do pełnej dyspozycji zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych), zapewnienie zakwaterowania i pokrycia kosztów transportu, zapewnienie obsługi sekretarskiej i administracyjnej, pokrycie kosztów związanych z bieżącą działalnością i utrzymaniem wyposażenia oraz pomieszczeń biurowych.

Jeżeli cena zaoferowana przez Getinsa w przedmiotowym postępowaniu jest ceną wyliczoną w oparciu o stosowane, rynkowe stawki wynagrodzenia personelu, z

zastosowaniem sprawdzonych w toku szeregu realizacji zasad organizacji pracy, a jednocześnie możliwie najniższą ceną, za jaką można rzetelnie wywiązać się z usług nadzoru nad realizacją tego zamówienia oczywistym jest wniosek, iż cena oferty Getinsa jest ceną nierealną i odbiegającą, w sposób naruszający uczciwą konkurencję, od warunków rynkowych.

W zakresie naruszenia art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący ad 1 podnieśli, że biorąc pod uwagę treść SIWZ, a w szczególności opis przedmiotu zamówienia i zestawiając to z formularzem cenowym wykonawcy Getinsa uznać należy, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący ad 1 wskazali, że przy ocenie tego zarzutu niezbędnym jest analiza wyjaśnień wykonawcy Getinsa w zakresie rażąco niskiej ceny i stwierdzenie, czy wykonawca ten przedstawiając swoją kalkulację ceny odniósł ją do wymagań zamawiającego i zakresu świadczonych usług. Odwołujący ad 1 wskazali, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca jest zobowiązany zapewnić stały zespół ekspertów składający się z 13 osób, który od momentu zawarcia umowy na roboty budowlane jest do pełnej dyspozycji zamawiającego na wyłączność tzn. osoby te nie mogą pełnić żadnych funkcji na innych kontraktach, poza okresem zgłaszania wad. Dodatkowo, do realizacji zamówienia niezbędny jest personel zmienny składający się z szeregu ekspertów z poszczególnych dziedzin budownictwa. Ponadto wykonawca w ramach realizacji zamówienia jest zobowiązany m. in. do zapewnienia zakwaterowania i pokrycia kosztów transportu, zapewnienie obsługi sekretarskiej i administracyjnej, pokrycia kosztów związanych z bieżącą działalnością i utrzymaniem wyposażenia oraz pomieszczeń biurowych. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że realizacja umowy poza koniecznością utworzenia i prowadzenia biura, wiązała się będzie zarówno z zapewnieniem transportu - przy czym co niezmiernie istotne umowa na roboty budowlane na odcinku Warszawa Rembertów - Zielonka - Tłuszcz (Sadowne) to konieczność pokonywania kilkudziesięciu kilometrów - jak również ponoszeniem innych kosztów jak np. badania laboratoryjne. Są to tylko niektóre elementy, które wchodzą w zakres prawidłowej realizacji umowy.

12

Te wszystkie elementy winny być skalkulowane w cenie oferty, a wyjaśnienie w tym zakresie winno znajdować się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Odwołujący ad 1 podnieśli, że w jego ocenie, w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny brak jest odniesienia się do niektórych z wymienionych elementów cenotwórczych, co w konkluzji oznacza, że wykonawca Getinsa nie uwzględnił tych elementów w swojej ofercie.

Oznacza to, że oferta wykonawcy Getinsa nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie obejmuje realizacji przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez zamawiającego.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy uznk oraz w zw. z art. 3 ustawy uznk odwołujący ad 1 podtrzymali argumentację podniesioną powyżej w zakresie rażąco niskiej ceny i wskazali, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy uznk „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (...).”.

Zaoferowana cena jest z pewnością ceną poniżej kosztów świadczenia. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia jest rzeczą oczywistą, iż żądane wynagrodzenie jest poniżej kosztów świadczenia usługi. Z ostrożności procesowej odwołujący ad 1 wskazali, że w razie uznania przez Izbę, iż zachowanie Getinsa nie wypełniło wszystkich znamion czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, zachowanie to stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 uznk. Jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i utrudniające dostęp do rynku innym przedsiębiorcom należy uznać oferowanie wynagrodzenia na poziomie nie gwarantującym wykonanie usługi.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, SAFEGE Spółka Akcyjna w Nanterre (Francja), ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie., ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna w Warszawie, TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, KOLMEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie (dalej: odwołujący ad 2) zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Getinsa Inżynieria S.L. złożyła w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyczerpujące wyjaśnienia wskazujące na obiektywne czynniki pozwalające jej na

13

zaoferowanie niskiej ceny ofertowej i w ślad za tym przyjęcie, że cena ofertowa tego wykonawcy nie ma charakteru rażąco niskiej;

- art. 8 ust. 3 i w zw. art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Getinsa Inżynieria S.L. jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i utajnienie tego dokumentu w całości,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 65 k.c., względnie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Getinsa Inżynieria S.L. pomimo, iż oferta ta - wobec braku bezwzględnego zobowiązania wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu osób wskazanych w jego ofercie jako Stały Zespół Inżyniera - jest niezgodna z treścią SIWZ, względnie winna być uznana za ofertę wariantową lub warunkową, której to złożenie w niniejszym postępowaniu było niedopuszczalne,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia

KOLTECH z postępowania, mimo złożenia przez tego wykonawcę Konsorcjum nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a dotyczących zakresu uprawnień osoby wskazanej w ofercie do pełnienia funkcji Koordynatora Przeglądu Dokumentacji Mostowej, względnie zaniechanie wezwania Konsorcjum KOLTECH do uzupełnienia oferty o osobę spełniającą wymagania SIWZ dla Koordynatora Przeglądu Dokumentacji Mostowej.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący ad 2 wnieśli o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie oferty Getinsa Inżynieria S.L. oraz wykluczenie z postępowania Konsorcjum KOLTECH, a następnie ponowny wybór najkorzystniejszej oferty - oferty odwołujących ad 2,
- względnie nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie oferty Getinsa Inżynieria S.L. oraz wezwanie Konsorcjum KOLTECH do uzupełnienia oferty.

W zakresie zarzutów odnoszących się do oferty Getinsa Inżynieria S.L. odwołujący ad 2 podnieśli zarzut rażąco niskiej ceny.

14

Wartość szacunkowa niniejszego zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 73.050.513,03 złotych brutto. Getinsa Inżynieria S.L. zaoferowała się wykonać przedmiot niniejszego zamówienia za kwotę 8 200 822,80 zł brutto. Z kolei oferta odwołujących ad 2 opiewała na kwotę 70 535 183,94 zł brutto. Tak ogromna dysproporcja pomiędzy ceną ofertową Getinsa Inżynieria S.L. a szacunkową wartością zamówienia oraz cenami innych ofert złożonych w postępowaniu, nie przesądza, w ocenie odwołujących ad 2, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale uzasadniała wszczęcie względem Getinsa procedury z art. 90 ust. 1 Pzp. W niniejszej sprawie wezwanie takie zostało wystosowane do wykonawcy, a wykonawca złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia co do elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, zastrzegając je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący ad 2 podnieśli, że akceptowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą jest praktyka wykonawców biorących udział w postępowaniach o zamówienie publiczne polegająca na uznawaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa kalkulacji szczegółowych, czy też

ofert dostawców, podwykonawców, zleceniobiorców składanych zamawiającemu przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Niemniej przypomnienia wymaga fakt, iż nie wszystkie dane, informacje, czy zestawienia zawierane w tego typu wyjaśnieniach mogą mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, co z kolei obliguje zamawiającego do każdorazowego rozstrzygnięcia, czy i które informacje, dokumenty zawarte w wyjaśnieniach charakter taki mają.

Odwolujący ad 2 stwierdzili, iż - wobec braku wiedzy odnośnie treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Getinsa- nie mogą w pełni polemizować z argumentami tam zawartymi, niemniej jednak wskazali, iż wedle ich wiedzy po stronie wykonawcy nie zachodzą obiektywne czynniki uzasadniające zaoferowanie przez niego aż tak niskiej ceny ofertowej w stosunku od przedmiotu zamówienia.

Odwolujący ad 2 wskazali, że ewentualne powołanie się przez wykonawcę Getinsa w wyjaśnieniach na fakt realizacji przez niego podobnych kontraktów i posiadanie doświadczeń związanych z realizacją tego typu usług, czy okoliczność posiadania przez niego personelu, który mogłyby zostać wykorzystany do realizacji zamówienia, nie świadczą jeszcze o tym, że wykonawca bez ryzyka związanego z nienależytym wykonaniem zamówienia mógł zaoferować tak niską cenę. Zwłaszcza, iż wykonawca Getinsa rozpoczyna dopiero działalność na rynku polskim (przedstawicielstwo w Polsce od 2010 roku) i jego doświadczenia na tym rynku są stosunkowo niewielkie. Co więcej wykonawca ten nie zrealizował jeszcze na rynku polskim żadnej usługi dotyczącej zarządzania i nadzoru nad robotami. Co za tym idzie, powołanie się przez niego na doświadczenia zdobyte na innych

15

rynkach, czy realizacji innych usług, jedynie w niewielkim stopniu mogą wpłynąć na zmniejszenie kosztów realizacji niniejszego zamówienia.

Na wypadek przyjęcia przez Izbę, iż oferta wykonawcy nie może zostać odrzucona z uwagi na lakoniczność wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wskazać należy, że cena zaoferowana przez wykonawcę ma charakter rażąco niski w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wątpliwość, czy wszystkie ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia (jedynie przykładowo wskazane z pkt 3.2 OPZ - III. SIWZ) zostały w niniejszej sprawie w sposób prawidłowy skalkulowane przez wykonawcę są poważne. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż zamówienie, którego spór dotyczy to zarządzanie i nadzór nad projektowaniem i robotami budowlanymi dotyczącymi złożonej inwestycji infrastrukturalnej pn.: Zarządzenie i nadzór nad modernizacją linii kolejowej E 75 w ramach projektu POLiŚ 7.1-22.1 „Modernizacja linii kolejowej E 75 Rail Baltica Warszawa - Białystok - granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa Rembertów - Zielonka - Tłuszcz (Sadowne) obejmującej m.in.: modernizację wszystkich elementów infrastruktury linii kolejowej w tym: układy torowe stacji i szlaków; nawierzchnię torową z poprawą geometrii toru; podtorze; odwodnienie; urządzenia srk stacyjne, liniowe i przejazdowe; podstawowe urządzenia DSAT; urządzenia i sieci teletechniczne wraz z informacją podróży; sieć trakcyjną, układy zasilania 3 kV prądu stałego wraz z urządzeniami dotyczącymi bezpośrednio sieci trakcyjnej (podstacje trakcyjne, linie zasilające, zasilacze, połączenia powrotne i sterowanie lokalne odłączników sieci trakcyjnej wraz z elementami sterowania zdalnego); linie potrzeb nietrakcyjnych; sieci urządzenia elektroenergetyki kolejowej SN) NN; modernizację lub likwidację przejazdów kolejowych wraz z budową dróg objazdowych, nowych wiaduktów (kolejowych i drogowych), przejść podziemnych i kładek dla pieszych, modernizację istniejących obiektów inżynierskich, obiekty kubaturowe utrzymania ruchu, perony i mała architektura, w tym obiekty zabytkowe, obiekty ochrony środowiska, likwidację kolizji pozostałych elementów infrastruktury nie kolejowej z modernizowaną infrastrukturą kolejową.

O złożoności inwestycji świadczy również fakt, iż zamawiający postawił wysokie wymagania odnośnie doświadczenia personelu, w szczególności względem personelu, który będzie weryfikował dokumentację projektową (4 osoby w stałym zespole Inżyniera - Koordynatorzy przeglądu dokumentacji). Zamawiający wymagał zatrudnienia do realizacji zamówienia 13 ekspertów kluczowych (Stały Zespół Inżyniera) oraz 17 innych ekspertów w zespole o zmiennej liczebności, przy czym jak wynika z zapisów OPZ są to wymagania minimalne w tym znaczeniu, że „Inżynier jest zobowiązany do ustalenia ilości zatrudnianego personelu zmiennego w sposób zapewniający sprawną obsługę umowy (...)

Dodatkowo Inżynier może zatrudnić inny wspierający personel pomocniczy wymagany dla właściwego działania Zespołu, taki jak: eksperci, technicy, asystenci, sekretarki, tłumacze itd." (pkt 5.1.2. OPZ).

Z kolei zgodnie z zapisem pkt 5.2.1 OPZ „osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego z dniem podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych. Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy Zamawiający dopuszcza równoległą pracę Stałego Zespołu Inżyniera na wcześniejszych kontraktach tylko, w przypadku, jeżeli dotyczy ona okresu zgłaszania wad". Ze względu na wskazane powyżej zapisy OPZ, personel wchodzący w skład Stałego Zespołu Inżyniera nie ma praktycznie żadnych możliwości dodatkowego, równoległego zatrudnienia na innych kontraktach. Stąd, koszt zatrudnienia tych osób na kontrakcie - który z racji ich wiedzy i doświadczenia jest kosztem istotnym - nie może być dzielony pomiędzy różne realizowane przez Wykonawcę usługi.

Koszty „osobowe” przy tego typu usługach są najistotniejsze, tymczasem wynagrodzenie wykonawcy nie pokrywa tych kosztów.

Odwołujący ad 2 wskazali w tym miejscu także na okoliczność, iż sam zamawiający miał poważne wątpliwość odnośnie tego, czy cena wykonawcy ma charakter realny, w szczególności biorąc pod uwagę sposób podziału tej ceny pomiędzy poszczególne nadzorowane projekty. Wyrazem tego jest fakt, iż dwóch z pięciu członków komisji przetargowej głosowało za odrzuceniem oferty wykonawcy.

Ponadto wskazali, iż wykonawca Getinsa Ingeniería S.L zastosował w swojej ofercie prosty mechanizm podziału ceny na poszczególne kontrakty (3 z nich tj. Kontrakt nr 4, 5 i 7 wycenił identycznie) bez pochylenia się nad zakresem usług do wykonania dla tych poszczególnych zadań, które różnią się merytorycznie zarówno zakresem przewidzianych do wykonania prac jak również wymagają różnego zaangażowania personelu i środków. Fakt ten wskazuje co najmniej na niestaranność w kalkulacji ceny za usługi na poszczególnych kontraktach z uwagi na fakt, iż istnieje ryzyko rezygnacji z realizacji któregoś z kontraktów na roboty, co powinien wziąć pod uwagę profesjonalny wykonawca chcący rzetelnie zrealizować zamówienie.

Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt iż zamawiający przewiduje również możliwość wystąpienia robót dodatkowych (pkt. 3.3 OPZ) Roboty te, do wartości nieprzekraczającej 110 mln PLN netto będą musiały być zrealizowane w ramach skalkulowanej ceny ryczałtowej i nie będą podlegały osobnemu wynagrodzeniu.

W zakresie niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ odwołujący podnieśli, że zamawiający nałożył na wykonawców zapisami SIWZ obowiązek wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia przy wykorzystaniu personelu wskazanego w ofercie jako członkowie Stałego Zespołu Inżyniera. Ponadto wprowadził następujące zasady korzystania z tego personelu na etapie realizacji przedmiotu zamówienia:

„Wymiana umieszczonego w ofercie członka Stałego Zespołu Inżyniera może być zaakceptowana jedynie w przypadkach szczególnych" (pkt 5.1.2. OPZ).

„Osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego z dniem podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych. Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy Zamawiający dopuszcza równoległą pracę Stałego Zespołu Inżyniera na wcześniejszych kontraktach tylko, w przypadku, jeżeli dotyczy ona okresu zgłaszania wad" (pkt. 5.2.1 OPZ).

Złożenie ofert w niniejszym postępowaniu miało miejsce 30 października 2012r. W dniu 15 października 2012r. wykonawca złożył ofertę w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Nadzór nad modernizacją linii E 20/CE 20 na odcinku Siedlce (91,489 km) - Biała Podlaska (170,300 km) w ramach projektu POIiŚ 7.1-9.1 "Modernizacja linii kolejowej E 20/CE 20 na odcinku Siedlce - Terespol, etap II".

W postępowaniu, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie, jak i w postępowaniu dotyczącym linii E20/CE 20 zamawiający postawił zbliżone warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do personelu - członków Stałego Zespołu Inżyniera. Co jednak istotniejsze z punktu widzenia niniejszej sprawy, w SIWZ dla przetargu dotyczącego linii E20/CE 20

zamawiający także wprowadził warunek, by osoby wskazane w ofercie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu następnie realizowały przedmiot umowy, żądając ich pełnej dyspozycyjności i ograniczając możliwości dokonania zmian w tym zakresie.

Jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2013r. (znak: IRZUa- 0815-POIŚ 7.1.22.1/w-2a/13) w obu tych postępowaniach wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy przy wykorzystaniu tych samych osób, tj. p. L..... J..... (Inżynier Rezydent), T..... B..... (Specjalista materiałowy), M..... F..... (Specjalista ds. obmiarowo - rozliczeniowych E75 i specjalista ds. kontroli kosztów E20), A..... G..... (Koordynator dostępu do torów), S..... S..... (Kierownik zespołu przeglądu dokumentacji), H..... S..... (Koordynator przeglądu dokumentacji w zakresie stacje, linie, węzły kolejowe), S..... L..... (Koordynator przeglądu dokumentacji w

18

specjalności mostowej). Kierując się zasadami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 k.c., przyjąć należy, iż w obu wypadkach to zobowiązanie wykonawcy miało charakter warunkowy w tym znaczeniu, że wykonawca zobowiązał się do wykonania w obu przypadkach umowy z zamawiającym przy wykorzystaniu ww. osób wskazanych w jego ofertach, o ile (pod warunkiem, że...) wykonawca nie uzyska drugiego z zamówień. Oczywistym pozostaje bowiem, że wykorzystanie tych samych osób przy realizacji obu kontraktów byłoby - wobec zapisów obu SIWZ - niemożliwe.

Oferta wykonawcy nie odpowiadała więc treści SIWZ. tj. nie zawierała bezwzględnej umowy do przy zobowiązania wykonania przedmiotu umowy wykorzystaniu osób wskazanych w ofercie. Oferta wykonawcy miała więc *de facto* charakter wariantowy. Dyspozycja art. 83 ust. 1 Pzp - odnosząca się do ofert wariantowych - dopuszcza możliwość złożenia ofert stanowiących zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w odmienny sposób niż opisany przez zamawiającego, w granicach w SIWZ dopuszczonych (tak KIO w wyroku z dnia 16.06.2010r., sygn. akt KIO/UZP 1041/10). Przez odmienny sposób wykonania przedmiotu umowy można - w realiach niniejszej sprawy - uznać możliwość wykorzystania do jego realizacji osób innych niż wskazane w ofercie wykonawcy jako członkowie Stałego Zespołu Inżyniera. Możliwości złożenia takiej oferty wariantowej nie dopuszczały w niniejszej sprawie ani zapisy SIWZ, ani obowiązujących przepisów Pzp.

Powyższy zarzut nabiera szczególnego znaczenia, jeżeli weźmie się pod uwagę fakt, iż Wykonawca uzyskał zamówienie na „Nadzór nad modernizacją linii E 20/CE 20 na odcinku Siedlce (91,489 km) - Biała Podlaska (170,300 km) w ramach projektu POIŚ 7.1-9.1 "Modernizacja linii kolejowej E 20/CE 20 na odcinku Siedlce - Terespol, etap II", a co za tym idzie zgodnie z zapisami SIWZ dla tego postępowania, do realizacji zamówienia powinien skierować powyżej wskazane osoby. Stąd, zasadne wydaje się postawienie pytania, w jaki sposób wykonawca zamierza dotrzymać zobowiązania zaciągniętego poprzez złożenie oferty w niniejszym postępowaniu, tj. zobowiązania do wykonania przedmiotu umowy przy wykorzystaniu tych samych osób. W ocenie odwołujących ad 2, taka sytuacja winna zostać zakwalifikowana przez zamawiającego, co najmniej jako uchylanie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc sytuacja, do której odnosi się przepis art. 94 ust. 3 Pzp.

W zakresie oferty Konsorcjum KOLTECH odwołujący ad 2 podnieśli, że zgodnie z zapisami SIWZ - osoba przewidziana do pełnienia funkcji „Koordynator przeglądu dokumentacji w specjalności mostowej” powinna dysponować uprawnieniami budowlanymi

19

do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej.

Zgodnie z przepisem obecnie obowiązującego § 19 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578 ze zm.) uprawnienia budowlane w specjalności mostowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak:

1) drogowy obiekt inżynierski, w rozumieniu przepisów o drogach publicznych;

2) kolejowy obiekt inżynierski: most, wiadukt, przepust, konstrukcja oporowa oraz nadziemne i podziemne przejście dla pieszych, w rozumieniu przepisów o warunkach technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe.

Obecnie wydawane uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej - do których nawiązują zapisy SIWZ - obejmują więc uprawnienie do projektowania zarówno obiektów inżynierskich drogowych, jak i

W celu wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, Konsorcjum KOLTECH wskazało w ofercie p. S..... K....., oświadczając, iż osoba ta posiada wymagane zapisami SIWZ uprawnienia.

W ocenie odwołujących ad 2 oświadczenie to nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym.

Wedle wiedzy odwołujących ad 2, p. S..... K..... posiada uprawnienia budowlane nr ONBIf-907/714/66 przyznane mu dnia 21 października 1966r. przez Dyрекję Okręgową Kolei Państwowej w Warszawie w specjalności „mosty kolejowe” do projektowania w zakresie kolejowych obiektów budowlanych wymienionych w § 3 ust. 2 pkt 2 zarządzenia nr 195 Ministra Komunikacji z dnia 1 grudnia 1964r. (Dz. Budownictwa nr 23, poz. 73). Są to więc uprawnienia ograniczone w rozumieniu obecnie obowiązujących przepisów, bowiem nie obejmują one uprawnienia do projektowania każdego rodzaju obiektów inżynierskich wskazanych w ww. przepisach rozporządzenia.

Odwołujący ad 2 wskazali, iż zgodnie z art. 104 Prawa budowlanego, osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Jak wskazuje się w orzecznictwie, „to, w jakim zakresie dana osoba zachowała uprawnienia budowlane w rozumieniu przepisów art. 67 Prawa budowlanego z 1974 r. oraz art. 104

20

Prawa budowlanego z 1994 r., decyduje treść orzeczenia stwierdzającego nabycie tych uprawnień.” (tak NSA w Warszawie w wyroku z dnia 11.02.1998r., sygn. akt IV SA 693/96). Skoro więc w dacie uzyskania omawianych uprawnień p. K..... nie był uprawniony do projektowania obiektów drogowych, uprawnień takich nie posiada także w obecnie obowiązującym stanie prawnym.

Zdaniem odwołujących ad 2 z powyższych względów przyjąć należy, iż Konsorcjum KOLTECH nie wykazało spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu odnoszącego się do dysponowania Koordynatorem przeglądu dokumentacji w specjalności mostowej z uprawnieniami budowlanymi do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej. Na podstawie posiadanych uprawnień, p. K..... nie może bowiem projektować obiektów drogowych w sytuacji, co jest istotne także i z tego względu, że w ramach przedmiotu umowy przewidziano nadzór nad wykonaniem dokumentacji odnoszącej się do budowy i przebudowy także 3 wiaduktów drogowych.

Nadto, zawarte w ofercie Konsorcjum KOLTECH oświadczenie o posiadaniu przez tą osobę wymaganych uprawnień uznane powinno być - jako oczywiście niezgodne ze stanem rzeczywistym - za złożenie informacji nieprawdziwych mogących mieć wpływ na wynik niniejszego postępowania. Poza sporem pozostaje, iż tylko wykazanie się osoba o uprawnieniach „bez ograniczeń” umożliwiłoby wykonawcy wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a więc i uzyskanie niniejszego zamówienia.

Ze względu natomiast na specyfikę przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, jak i branży jako takiej, nie sposób przyjąć, by w niniejszej sprawie doszło do omyłki, czy niezamierzonego błędu po stronie Konsorcjum KOLTECH w zakresie uprawnień p. K..... Wymagania zamawiającego co do personelu byłby bowiem bardzo wygórowane, a co za tym idzie krąg osób, które mogłyby wejść w skład Stałego Zespołu Inżyniera był z założenia ograniczony. Z tego względu, profesjonalnie działający wykonawca ze szczególną starannością wybiera personel wskazywany w danej ofercie, w pierwszej kolejności weryfikując posiadane przez te osoby uprawnienia.

21

Odwołania są zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 1429/13

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Getinsa, który nie wniósł wymaganego przez zamawiającego wadium.

Izba ustaliła, że wykonawca Getinsa złożył wraz z ofertą gwarancję bankową zapłaty wadium z dnia 11 października 2012 roku wystawioną przez CAIXABANK SA w Madrycie. Z treści gwarancji wynika, że gwarantowana kwota zostanie wypłacona m.in. w przypadku, *gdy El Ejecutor no ha aprobado garantia suficiente de la realizacion correcta del contra to*.

Powołany przez Izbę tłumacz przysięgły w odpowiedzi na pytanie, czy powyższe sformułowanie odpowiada polskiemu: „Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy” udzielił przeczącej odpowiedzi. Zgodnie z dokonanym tłumaczeniem sformułowanie zawarte w dokumencie gwarancji w tłumaczeniu na język polski brzmi: „Wykonawca nie zatwierdził wystarczającej gwarancji należytego wykonania umowy”. Zdaniem Izby brzmienie zawarte w dokumencie nie jest tożsame z treścią przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Gwarancja bankowa jest jedną z form, w jakich można wnieść wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość taką przewiduje art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Mimo, że ani przepisy ustawy Prawo bankowe, ani przepisy ustawy Pzp nie wskazują elementów, które winny być zawarte w dokumencie gwarancji bankowej składanym jako forma wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, minimalny katalog takich elementów można ustalić w oparciu o cel, jakiemu służy ustanowienie wadium w takim postępowaniu.

Aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że

22

w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Gwarancja winna wskazywać okoliczności, zaistnienie których spowoduje konieczność zatrzymania wadium. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 13 listopada 2009 roku (sygn. akt XII Ga 350/09) stwierdził, że *gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp*.

A zatem w treści gwarancji winno znaleźć się zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie a także wówczas, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach zawartych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Nie wymienienie w treści gwarancji którejkolwiek ze wskazanych wyżej przesłanek lub zmiana którejkolwiek z nich w taki sposób, że wypacza znaczenie przepisu, uzasadnia stwierdzenie, iż interes zamawiającego nie jest w pełni zabezpieczony. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku gwarancji złożonej przez wykonawcę Getinsa.

Zamawiający obowiązany jest wykluczyć z postępowania wykonawcę, który przedłożył taki dokument, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Getinsa zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że wykonawca Getinsa zaoferował cenę w wysokości 8.200.822,80 zł netto. Oferta odwołujących ad 1 wyniosła 21.243.680 zł netto, zaś oferta najdroższa (odwołujących ad 2) wyniosła 57.345.678 zł netto. Pozostali czterej wykonawcy zostali

23

wykluczeni z udziału w postępowaniu bądź ich oferty zostały odrzucone. Jedynym kryterium wyboru oferty była cena.

Zgodnie z Istotnymi Postanowieniami Umowy (IPU) na nadzór nad przedmiotowym postępowaniem, sposób wynagradzania Inżyniera przedstawia się następująco:

§ 8, pkt 2 - ..wynagrodzenie (...) należne Wykonawcy (...) składało się będzie z części zmiennej odpowiadającej procentowemu zaawansowaniu robót budowlanych wyliczanemu w oparciu o wartość netto faktur za roboty budowlane, które wpłynęły do Zamawiającego w danym miesiącu w stosunku do wartości netto całej umowy na roboty budowlane oraz części stałej płatnej przez okres 33 miesięcy (okres ten będzie odpowiednio skrócony, licząc od momentu podpisaniu umowy na nadzór do dnia 30.04.2015)". Przy czym, część zmienna odnosić się będzie do 90% ceny ofertowej, zaś część stała odnosić się będzie do 10% ceny ofertowej za nadzór.

Z ogłoszenia o zamówieniu, jak również protokołu z postępowania przetargowego wynika, iż zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 59.390.661 zł netto, a wraz z zamówieniami uzupełniającymi na kwotę 69.390.661 zł netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na zamówienie kwotę 73.050.513,03 zł brutto.

Pismem z dnia 27 listopada 2012 roku zamawiający zwrócił się do wykonawcy Getinsa o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pismem z dnia 3 grudnia 2012 roku wykonawca Getinsa złożył żądane wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z akt postępowania realizacja modernizacji linii kolejowej E 75, odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne) zamówienia ma odbywać się poprzez zawarcie siedmiu następujących umów:

- 1) umowa I na zaprojektowanie i wykonanie robót dla odcinka Warszawa – Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne)
- 2) Umowa II na pełnienie czynności zarządzania i nadzoru nad modernizacją linii E 75 (Rail Baltica) Warszawa – Białystok – granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa-Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne)
- 3) Umowa III na działania informacyjno-promocyjne dla projektu „Modernizacja linii kolejowej E 75 (Rail Baltica) Warszawa – Białystok – granica z Litwą, etap I na odcinku Warszawa – Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne); OPZ na

24

zarządzanie i nadzór nad modernizacją linii kolejowej E 75 w ramach projektu POIiŚ 7.1-22.1

- 4) Umowa IV na zaprojektowanie i wykonanie przejścia podziemnego na stacji Zielonka w km 14,850 linii nr 6 i stacji Wołomin w km 22,400 linii nr 6
- 5) Umowa V na zaprojektowanie i wykonanie wiaduktu drogowego w Zielonce Bankowej w km 20,004 linii 449
- 6) Umowa VI na zaprojektowanie i wykonanie uzupełnienia systemów komputerowych urządzeń srk i ich modernizację w zakresie wynikającym ze zmian w układzie torowym stacji Warszawa Rembertów (wbudowanie nowych rozjazdów)
- 7) Umowa VII na zaprojektowanie i wykonanie robót remontowych na linii nr 10

odcinek Legionowo- Tłuszcz.

Zamawiający w SIWZ sformułował wysokie wymagania odnośnie doświadczenia personelu. Zamawiający wymagał zatrudnienia do realizacji zamówienia 13 ekspertów kluczowych (Stały Zespół Inżyniera) oraz 17 innych ekspertów w zespole o zmiennej liczebności, przy czym należy zauważyć, iż są to wymagania minimalne. Jak wynika z zapisów OPZ inżynier jest zobowiązany do ustalenia ilości zatrudnionego personelu zmiennego w sposób zapewniający sprawną obsługę umowy w systemie „projektuj i buduj”, w szczególności zapewnienia codziennej kontroli jakości robót przez właściwego inspektora nadzoru w branży, dla której prowadzone są roboty. Dodatkowo Inżynier może zatrudnić inny wspierający personel pomocniczy, wymagany dla właściwego działania Zespołu, taki jak: eksperci, technicy, asystenci, sekretarki, tłumacze itd. (pkt. 5.1.2 OPZ).

Zgodnie z zapisem pkt 5.2.1 OPZ osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera będą do pełnej dyspozycji zamawiającego z dniem podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych. Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy zamawiający dopuszcza równoległą pracę Stałego Zespołu Inżyniera na wcześniejszych kontraktach tylko w przypadku, jeżeli dotyczy ona okresu zgłaszania wad. Wynika z tego, iż personel wchodzący w skład Stałego Zespołu Inżyniera nie ma praktycznie żadnych możliwości dodatkowego zatrudnienia na innych kontraktach.

Odwolujący ad 1 wskazali na inne jeszcze czynniki mające wpływ na wysokość zagrozenia:

25

- 1) Zlecenie tymczasowego sprawowania nadzoru innemu Inżynierowi w przypadku zawarcia umowy z wykonawcą robót i rozpoczęcia robót przed podpisaniem umowy usługi nadzoru (pkt 3.1 ppkt 2 OPZ),
- 2) Pomniejszenie wynagrodzenia w przypadku objęcia nadzorem robót będących w trakcie realizacji w chwili podpisania umowy (§ 8 ust. 4 projektu umowy),
- 3) Zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku pełnienia nadzoru nad zmniejszonym zakresem wynikającym z ograniczenia zakresu umowy na roboty budowlane (§ 8 ust. 5 projektu umowy)
- 4) Pomniejszenie wartości faktury wykonawcy w przypadku zakwestionowania części lub całości robót stanowiących podstawę wyliczenia wynagrodzenia (§ 8 ust. 6 projektu umowy)
- 5) Opóźnienia w projektowaniu i w robotach (pkt 3.2 OPZ) itp.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Getinsa Izba doszła do przekonania, że powyższe okoliczności nie zostały przez wykonawcę wzięte pod uwagę.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z wyjaśnień wykonawcy Getinsa wynika, iż w jego przypadku nie zaszły żadne z przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, uzasadniających zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie. Wykonawca ustalił składniki wynagrodzenia biorąc pod uwagę wyłącznie minimalne uwarunkowania narzucone przez zamawiającego. Śadna ze wskazanych wyżej okoliczności, zawarta w dokumentacji postępowania, mająca wpływ na cenę oferty, nie została przez niego wzięta pod uwagę. Tym samym wykazał on, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest

26

punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do

przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... *etc.* Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Powyższa argumentacja jest w pełni aktualna do uzasadnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 i 3, a także zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zmianami), które to zarzuty Izba uznała za zasadne.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Getinsa do wyjaśnień w zakresie zasadności utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

27

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia

działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego

28

badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie zwrócił się do wykonawcy Getinsa z żądaniem wykazania przesłanek skutecznego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji dotyczących zaoferowanej ceny. Jak wskazał na rozprawie uznał za wystarczającą informację zawartą w rzeczonych wyjaśnieniach, iż całość pisma stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) oraz że zostały spełnione wszystkie warunki prawidłowości zastrzeżenia.

W ocenie Izby zawarte w piśmie wykonawcy Getinsa zastrzeżenie nie jest wystarczające dla uznania, że informacje zawarte w piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Pomimo uwzględnienia powyższego zarzutu Izba nie nakazała zamawiającemu dokonywania żadnych czynności mających na celu wyjaśnienie skuteczności dokonanego

29

zastrzeżenia a to z uwagi na fakt, iż nakazała zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Getinsa z przedmiotowego postępowania i odrzucenie jego oferty. Jakiegokolwiek inne czynności dotyczące oferty tego wykonawcy nie byłyby zatem celowe.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, iż minimalne wymagania zawarte w dokumentacji postępowania zostały przez wykonawcę Getinsa zachowane. Pozostaje to jednak bez wpływu na kwestię rażąco niskiej ceny.

Izba uznała za zasadne zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp. W tym zakresie podtrzymuje argumentację wskazaną wyżej, podczas rozpatrywania tożsamych zarzutów w odwołaniu odwołujących ad 1.

Izba nie uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 65 K.c., względnie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Getinsa, pomimo, że oferta ta – wobec braku bezwzględnie zobowiązania wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu osób wskazanych w jego ofercie jako Stały Zespół Inżyniera – jest niezgodna z treścią SIWZ, względnie winna być uznana za ofertę wariantową lub warunkową, której to złożenie w niniejszym postępowaniu było niedopuszczalne. Odwołujący ad 2 podnieśli, iż wykonawca Getinsa w przedmiotowym postępowaniu wskazał te same osoby, których nazwiska podał również w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego na „Nadzór nad modernizacją linii E 20/CE 20 na odcinku Siedlce(91,489 km) – Biała Podlaska (170,300 km) w ramach projektu POIiŚ 7.1 – 9.1 „Modernizacja linii kolejowej E 20/CE 20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II”. Zdaniem odwołujących ad 2 w przypadku obu postępowań zobowiązanie wykonawcy miało charakter warunkowy w tym znaczeniu, że wykonawca zobowiązał się do wykonania w obu przypadkach umowy z zamawiającym przy wykorzystaniu osób wskazanych w jego ofertach, o ile (pod warunkiem, że...) wykonawca nie uzyska drugiego z zamówień.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na

30

zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią siwz jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań siwz sporządzonej w danym postępowaniu.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu postawił określone wymagania odnośnie doświadczenia personelu. Zamawiający wymagał zatrudnienia do realizacji zamówienia 13 ekspertów kluczowych (Stały Zespół Inżyniera) oraz 17 innych ekspertów w zespole o zmiennej liczebności. Wykonawca Getinsa w wykazie osób przewidzianych do pełnienia określonych funkcji wskazał osoby spełniające postawione warunki. Brak zatem podstaw do twierdzenia, iż w tym zakresie jego oferta jest niezgodna z SIWZ, co wyklucza jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby w rozpoznawanym przypadku nie można mówić też o tym, iż wykonawca Getinsa złożył ofertę wariantową. Definicja oferty wariantowej, zawarta w art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, stanowi, iż przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Wariantowość oferty dotyczy zatem *stricto* przedmiotu umowy nie zaś osób, które tę umowę będą realizować.

Wreszcie, sytuacja na którą wskazują odwołujący ad 2, nie oznacza również, iż wykonawca Getinsa złożył ofertę pod warunkiem W myśl bowiem art. 89 K.c. z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od

wydarzenia przyszłego (niepewnego).

Art. 89 K.c. pod pojęciem warunku rozumie zastrzeżenie (postanowienie) w treści czynności prawnej. W ofercie wykonawcy Getinsa takiego zastrzeżenia nie było. Nie jest warunkiem w rozumieniu tego przepisu samo zdarzenie (fakt, okoliczność, zjawisko), od którego ziszczenia uzależnione zostało powstanie lub ustanie stosunku prawnego.

31

Sytuacja, w której wykonawca, którego oferta została wybrana, nie mógłby realizować przedmiotu zamówienia zgodnie z zobowiązaniem zawartym w ofercie, może podlegać ocenie wyłącznie z punktu widzenia odpowiedzialności tegoż wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania umowy. Nie jest to zatem okoliczność podlegająca badaniu na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący ad 2 podnieśli, że zgodnie z zapisami SIWZ osoba przewidziana do pełnienia funkcji „Koordynator przeglądu dokumentacji w specjalności mostowej” powinna dysponować uprawnieniami budowlanymi do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej. Wskazany przez wykonawcę Konsorcjum KOLTECH Pan S..... K..... nie posiada, w ocenie odwołujących ad 2, wymaganych uprawnień.

Izba rozstrzygając przedmiotowy zarzut oparła się na dowodzie z dokumentu urzędowego w postaci postanowienia Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa Komisji Kwalifikacyjnej w Warszawie z dnia 17 lipca 2013 roku, wydanym na podstawie art. 113 § 2 K.p.a., z którego wynika, iż uprawnienia budowlane Pana S..... K..... Nr ONB1f-907/714/66 są uprawnieniami bez ograniczeń i stanowią podstawę do projektowania w specjalności mostowej.

Odwołujący ad 2 złożyli jako dowód w sprawie pismo Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej z dnia 30 lipca 2013 roku wraz z zapytaniem z dnia 2 lipca 2013 roku do tegoż organu, jednakże informacje wynikające z tego pisma nie potwierdzają postawionego zarzutu. Wręcz przeciwnie – Polska Izba Inżynierów Budownictwa stwierdza, iż nie może udzielić wiążącej odpowiedzi na postawione pytanie i sugeruje wystąpienie z wnioskiem o wyjaśnienie wątpliwości do organu, który wydał decyzję o nadaniu uprawnień budowlanych.

Zgodnie z art. 113 § 2 K.p.a. organ, który wydał decyzję, wyjaśnia w drodze postanowienia na żądanie organu egzekucyjnego lub strony wątpliwości co do treści decyzji. Polska Izba Inżynierów Budownictwa, będąc następcą prawnym organów administracji państwowej w przedmiocie nadawania uprawnień budowlanych, jest organem właściwym do wydawania postanowień w odniesieniu do uprawnień budowlanych. Ostateczne

są dla organów orzekających w sprawach postanowienia wiążące wszystkich indywidualnych.

32

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

33