

WYROK

z dnia 19 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie 17 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 września 2018 r. przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb

Państwa - Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, przy udziale wykonawcy Ayesa Polska Sp. o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8

ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie odtajnienia nieujawnionej dotychczas treści dokumentów złożonych przez Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie wykazu osób, w pozostałym zakresie zarzuty

odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Skarb Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg

Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz odwołującego TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kwoty uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztu zastępstwa procesowego.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1779/18

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w

Kielcach), (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 - Odcinek I (Kielce - m. Brzeziny/Morawica) - w systemie projektuj i buduj”, znak postępowania: O.Ki.D-3.2413.39.2018.mj, (dalej: „Postępowanie”).

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.04.2018 r., pod nr 2018/S 072-159909.

3 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący” lub „TPF”), od czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp czynności polegającej na wyborze oferty

Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej „Ayesa”) jako oferty najkorzystniejszej,

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ayesa, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;

3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Pzp).

4. naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Ayesa do złożenia wyjaśnień, pomimo iż istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego;

5. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ayesa, pomimo iż wykonawca ten wprowadził

Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, tj. nie dokonując samooczystczenia;

6. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez

zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Ayesa, dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy PZP, pomimo że Ayesa nie zastrzegła, że informacje zawarte w dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie załączyła uzasadnienia, a ponadto informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Ponowną ocenę ofert,
4. Wezwania Ayesa do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp,
5. Odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
6. Wykluczenia Ayesa z postępowania,
7. Odrzucenia oferty wykonawcy Ayesa.

Uzasadniając odwołanie, Odwołujący podał co następuje.

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

Zgodnie z zapisami pkt. 2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ) Konsultant musi zapewnić dla personelu biurowego oraz personelu pomocniczego dla okresu projektowania oraz wykonania robót budowlanych po minimum 1 osobie, oraz okresu dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu minimum 1 osobę. W tym miejscu Odwołujący przywołał brzmienie pkt 2.1.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowe osoby muszą być zatrudniano na umowie o pracę- wskazał na to Zamawiający w SIWZ TOM I MWU, § 13 ust. 6 „Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na umowę o pracę były również osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących personel biurowy oraz personel pomocniczy, tj. czynności biurowe, administracyjne o organizacyjne wskazane w pkt. 2.1 OPZ”. Dalej, Odwołujący przywołał, § 13 ust. 7, w którym wskazano: „Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu, z zastrzeżeniem, iż w Okresie Projektowania Główny inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalista ds. rozliczeń, Specjalista ds. rozszczeń zatrudnieni będą w wymiarze nie mniejszym niż $\frac{1}{2}$ etatu, tzn. będą pełnili obowiązki w co najmniej połowę dni roboczych w miesiącu. Technolog, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż $\frac{1}{2}$ etatu.”

Ponadto, w OPZ w pkt. 2.1 Personel Konsultanta - Zamawiający wskazał wymogi dla prowadzenia biura Konsultanta przez cały okres realizacji Umowy, także w okresie po wydaniu świadectwa przejęcia: „Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu.”

Z kolei w Formularzu Cenowym, w wymaganiach zamieszczonych pod tabelą, Zamawiający wskazał: „Pozycja „Personel biurowy musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta”.

Powyższe postanowienia SIWZ jednoznacznie, w ocenie Odwołującego, potwierdzają, że w obowiązku Personelu Biurowego jest praca w taki sposób, aby od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 biuro Konsultanta było czynne i dostępne. Wobec powyższych postanowień SIWZ nie jest dopuszczalne, aby obowiązki Personelu Biurowego w zakresie funkcjonowania

biura Konsultanta realizowały inne osoby.

Zgodnie z przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2100 zł - a zatem taką minimalną stawkę wynagrodzenia w wysokości 2100 zł brutto winien przyjąć wykonawca do kalkulacji oferty. Z kolei zatrudnienie pracownika na umowę o pracę nakłada na Wykonawcę szereg kolejnych obowiązków i konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z umową o pracę. Zdaniem Odwołującego, takie koszty nie zostały uwzględnione w ofercie Ayesa zgodnie z zapisami SIWZ. Ayesa dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (po wystawieniu ostatniego Świadczenia Przejęcia) uwzględniła w cenie oferty zaledwie 1.600 złotych na 1 osobę, jako koszty związane z zatrudnianiem na podstawie umowy o pracę - wskazano odpowiednio w pozycji 4.5 i 4.6. Formularza Cenowego.

Koszty, jakie zgodnie z prawem ponosi pracodawca przy zatrudnianiu pracownika na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem równym minimalnej - obecnie 2.100,00 zł brutto (przy podstawowych kosztach uzyskania -111,25 zł) - wynoszą 535,75 zł (zgodnie z wyliczeniem przedstawionym przez Odwołującego). Wobec czego realny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu 1 osoby na umowę o pracę to 2635,75 zł na osobę.

Ponadto pracodawca w cenie oferty zobowiązany był uwzględnić kolejne elementy kosztowe, wynikające z przepisów prawa, tj.:

- koszt urlopów - zgodnie z przepisem art. 152 § 1 Kodeksu pracy (Dział VII - Urlopy pracownicze) minimalny urlop, za który pracownikowi przysługuje wynagrodzenie, to 20 dni roboczych, tj. prawie 1 miesiąc kalendarzowy. Zatem wykonawca musi dla każdej z osób zapewnić zastępstwo co najmniej na 1 miesiąc. Nawet jeśli osoba zatrudniona na zastępstwo także zarabiałaby minimalne wynagrodzenie, to koszt takiego urlopu wynosi 2.635,75 złotych w każdym roku, tj. 219,65 złotych miesięcznie.
- koszt zwolnień lekarskich - za pierwsze 33 dni tzw. chorobowego wynagrodzenie płaci pracodawca. Departament Statystyki i Prognoz Aktuariatycznych ZUS opublikował w 2017 roku raport „Absencja chorobowa w 2016 roku”, z którego wynika, że „Przeciętnie długość absencji chorobowej w 2016 roku przypadająca na 1 osobę ubezpieczoną w ZUS wyniosła 12,43 dnia.” Zatem także w tym przypadku wykonawcy powinni ująć co najmniej dodatkową kwotę miesięcznego wynagrodzenia w skali roku w przypadku każdego z pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę-co miesięcznie także dają kwotę 219,65 złotych.
- koszt wyposażenia stanowiska pracy i obowiązkowych badań lekarskich - 510.00 pln rocznie, co miesięcznie daje kwotę 42,50 pln (wg. szczegółowych wyliczeń (Odwołującego).

Wobec czego miesięczny realny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu na umowę o pracę to, wg. wyliczeń Odwołującego 3 117,55 zł.

Odwołujący podniósł, że nawet przyjmując iż Ayesa zatrudni swój personel na 3/5 etatu (przy czym Odwołujący przeczy, że to jest dopuszczalne - o czym dalej), to kwota jaką będzie musiał zapłacić to $3\ 117,55\ \text{zł/miesiąc} \times 3/5 = 1\ 870,53\ \text{PLN}$. Tymczasem Ayesa wskazała w ofercie zaledwie 1.600 złotych miesięcznie. Zatem kwotę mniejszą. Tym samym, wyjaśnienia Ayesa w tym zakresie są niewystarczające i nie tłumaczą, w jaki sposób Ayesa pokryje koszty zatrudnienia Personelu Biurowego w okresie po wydaniu ostatniego Świadczenia przejścia. Odwołujący wskazał, że nawet rezerwa, na którą wskazuje Ayesa nie pokryje całości kosztów. Wskazana przez Ayesa „rezerwa” to kwota zaledwie 1229,25 zł na okres 15 miesięcy - co daje kwotę 81,95 złotych miesięcznie. Kwota ta nie wystarcza nawet na zapewnieniu urlopu zgodnie z kodeksem pracy, pomijając już ewentualne zwolnienia. Jak powyżej podał Odwołujący - nawet przy przyjęciu 3/5 etatu wykonawcy Ayesa brakuje aż 170,53 złote miesięcznie na pokrycie pełnych kosztów związanych z faktem zatrudnienia na umowę o pracę.

Odwołujący podkreślił, iż argumentacja jaką wskazała w wyjaśnieniach Ayesa jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ - otóż pkt 2.1. - jak wskazano powyżej punkt - stanowi, iż „Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu.” Zaś w wyjaśnieniach z dnia 3 lipca 2018 r. Ayesa stwierdza „Jednocześnie w warunkach wzoru umowy §13 ust 6 - „Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były również osoby wykonywujące czynności wchodzące w zakres obowiązków tworzących

Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy; tj. czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt 2.1 OPZ". Dodatkowo w §13 ust 7 „Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust 5 i 6, przez okres realizacji umowy, do wydania Ostatniego Świadczenia Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili swoje obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu". Zgodnie z powyższymi postanowieniami w okresie zgłaszania wad, z uwagi na niższy poziom zaangażowania personelu, Zamawiający nie wymaga zatrudnienia Personelu Biurowego oraz Pomocniczego na cały etat. Wykonawca przyjął, że w okresie od wystawienia Ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, zatrudni na podstawie umowy o pracę Personel biurowy (1 osoba) w wymiarze 3/5 etatu oraz Personel Pomocniczy (1 osoba) w wymiarze 3/5 etatu z dłuższym miesięcznym okresem rozliczeniowym. Osoby te będą pracować naprzemiennie zapewniając ciągłość pracy biura Konsultanta. Powyższe zapewni pracę i dostępność biura Konsultanta w całym tygodniu w godzinach od 7 do 15 oraz wypełnia wymagania opisanych w § 23 Obowiązki Konsultanta w zakresie czynności podejmowanych po wystawieniu Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności."

Ayesa w swoich wyjaśnieniach wskazała wprost, że nie zatrudni Personelu Biurowego w wymiarze pełnego etatu, a jedynie w 3/5 etatu. Powoduje to, że Ayesa nie może zapewnić dostępności biura Konsultanta we wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ godzinach. Co więcej w wezwaniu z dnia 11 lipca 2018r Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 prosi o wyjaśnienia w sposób jednoznaczny „Personel Biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku, w godzinach 7 -15 na wszystkich etapach Kontraktu."

W związku z wymaganiami Zamawiającego, aby Personel Biurowy jak i Personel Pomocniczy był zatrudniony na umowę o pracę oraz z obowiązującym prawem zapewnienia minimalnego wynagrodzenia, Zamawiający ponownie zwraca się z prośbą o wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny jednostkowej oraz wskazania czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględni wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem, w tym w szczególności koszty zastępstw podczas nieobecności pracowników (choroba, urlop) oraz ewentualnych kosztach pozapłacowych."

Ayesa zobligowana została do ponownego wyjaśnienia sposobu kalkulacji Personelu biurowego oraz zapewnienia dostępności biura zgodnie z wymaganiami SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie, Ayesa w wyjaśnieniach z dnia 16 lipca 2018r stwierdziła:

1. „Wyjaśnienie przesłane przez Wykonawcę pismem PL/OF/414/07/18 z dnia

03.07.2018 odnośnie sposobu wyliczenia kosztów pracy Personelu biurowego i Personelu pomocniczego w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia ostatecznego Świadczenia Płatności wskazane w poz. 4.5 i 4.6 Formularza Cenowego były wyjaśnieniami pełnymi i zawierającymi wszystkie konieczne informacje.

2. Wykonawca w całości podtrzymuje wyjaśnienia i oświadczenia przesłane

pismem PL/OF/414/07/18 z dnia 03.07.2018, to jest; (...)

c) Konsultant tak zorganizuje pracę Personelu Konsultanta, Personelu Biurowego oraz Personelu pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w umowie, oraz zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach od 7-15 na wszystkich etapach

kontraktu,

d) Personel biurowy oraz Personel pomocniczy będzie zatrudniony na umowę o pracę z zachowaniem minimalnego wynagrodzenia."

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, iż Ayesa nie uwzględniła w przedmiotowej cenie jednostkowej wszystkich kosztów związanych z zatrudnianiem pracowników zgodnie z SIWZ.

Ponadto podał, iż zgodnie z zapisami SIWZ, tom I, IDW pkt. 15.3, „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/iłośc rozliczenia w Formularzu cenowym". Dodatkowe wymagania w tym

zakresie Zamawiający zawarł w Formularzu Cenowym, gdzie wskazał w pkt 1.2. i 1.3.

(stosowane do od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia zgodnie z pkt 4), iż każda z tych pozycji musi obejmować „całość kosztów”. Co więcej w przypadku „Personelu biurowego” ma to być całość kosztów „związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta”. Zgodnie z zapisami SIWZ, pkt 2.1 oraz zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 11 lipca 2018r., to na personelu biurowym ciąży obowiązek zapewnienia dostępności biura w godzinach 7-15 od poniedziałku do piątku, a więc w ramach pełnego etatu, co wskazano wyżej.

Powyższe skutkuje tym, że żaden z wykonawców, w tym także Ayesa, nie jest uprawniony do wskazywania, iż część kosztów została ujęta gdzie indziej, w innych kosztach. Ayesa nie wskazywała na taką okoliczność do tej pory. Odwołujący jedynie z ostrożności wskazał, że także takie wyjaśnienia byłyby sprzeczne z treścią SIWZ.

2. Zaniechanie wystąpienia o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1-3 Pzp, tj.

wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny

Zamawiający nie wystosował do wykonawcy Ayesa wezwania w trybie art. 90 ust. 1-3 Pzp w zakresie ceny oferty, a w szczególności w zakresie dotyczącym istotnych części składowej ceny oferty, tj. w zakresie: ceny wskazanej w pozycji 4.5 i 4.6 w zakresie „Personel biurowy” i „Personel pomocniczy”.

Odwołujący wskazał, że istniały podstawy wystosowania takiego wezwania. Wynikają one wprost z brzmienia treści oferty. Jak wskazano powyżej - nie jest możliwe zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę w zamian za wynagrodzenie wskazane w przedmiotowych pozycjach. Skoro kwoty te są niższe, niż minimalne wynikające z przepisów prawa - to Zamawiający powinien wystąpić o wyjaśnienia w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego takie zaniechanie - zarówno w świetle rynkowych cen obowiązujących na rynku, jak i cen w tym zakresie w innych ofertach - stanowi naruszenie przepisów. Zatrudnienie Personelu biurowego i Personelu pomocniczego na umowę o pracę.

Zgodnie z zapisami OPZ pkt. 2.1 Konsultant musi zapewnić dla personelu biurowego oraz personelu pomocniczego dla okresu projektowania oraz wykonania robót budowlanych po minimum 1 osobie - tj. 1 osoba personelu biurowego i 1 osoba personelu pomocniczego.

Natomiast zgodnie z SIWZ TOM II WU, §13 pkt. 6 „Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na umowę o pracę były również osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących personel biurowy oraz personel pomocniczy

Na podstawie przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017r. w

sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018r., minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi w 2018 r. 2100 zł brutto, a zatem minimalną stawkę wynagrodzenia w wysokości 2100 pln należało przyjąć do kalkulacji oferty, była ona znana przed terminem składania ofert.

W tym miejscu Odwołujący powołuje się na wyliczenia wskazane w pkt 1 uzasadnienia -

zgodnie z którymi minimalne koszty 1 etatu to 3.117,55 złotych miesięcznie. I minimum taką kwotę na 1 etat powinien przewidzieć każdy wykonawca.

3. Zaniechanie wykluczenia Ayesa z postępowania

Odwołujący wskazał, że wykonawca Ayesa zawarł w swojej ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Co więcej - Ayesa do dnia oceny ofert wyjaśnił w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, tj. nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do samooczyszczenia. Koniunkcja tych 2 okoliczności:

S podania w ofercie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego,

S przy jednoczesnym zaniechaniu złożenia odpowiednich wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Ustawy PZP,

spowodowała, że wobec Ayesa zaktualizowała się przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Według najlepszej wiedzy Odwołującego wykonawca Ayesa podał w swojej ofercie nieprawdziwe informacje dotyczące Pana M. W. - Technologa. Odwołującemu nie udostępniono Wykazu osób w tym zakresie (z naruszeniem prawa, o czym w dalszej części odwołania), przy czym Odwołujący opierając się na wiedzy pozyskanej w innych postępowaniach wnioskując, że także w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Ayesa wskazał w ofercie tę samą osobę do pełnienia funkcji Technologa. Wskazanie Pana M. W. jako Technologa skutkowało wykluczeniem Ayesa z następujących postępowań (w tym miejscu Odwołujący przedstawia zestawienie tabelaryczne postępowań w których Ayesa z tego powodu została wykluczona z postępowania). Jak wynika z powyższego Ayesa została już wykluczona przez Zamawiającego z postępowania w czerwcu 2018 roku właśnie za podanie nieprawdziwych informacji, że Pan M. W. pełnił stanowisko Technologa, podczas gdy Zamawiający ustalił, że takiego stanowiska nie pełnił. Nie pełnił żadnej funkcji związanej z kontrolą materiałów, czy to po stronie nadzoru inwestorskiego, czy to po stronie wykonawcy robót. Nie jest zrozumiałe, dlaczego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający inaczej ocenił Ayesa i nie wykluczył go z postępowania. Co więcej, Odwołujący podał, że w identycznym stanie faktycznym i prawnym (tożsamość postanowień SIWZ) także Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że wykonawca Ayesa powinien zostać wykluczony z postępowania właśnie za podanie nieprawdziwych informacji dotyczących Pana M. W..

Istotna, w ocenie Odwołującego, jest także okoliczność, że przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ziszczają się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziszcza się przesłanka wykluczenia z postępowania. Przywołuje wyrok KIO z dnia 27 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 444/18.

Odwołujący ponadto wskazał, że kwestia wykluczania wykonawców przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad właśnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w przypadku wskazania dla specjalistów informacji nie mających potwierdzenia w rzeczywistości była już badana przez Krajową Izbę Odwoławczą. KIO uznawała za prawidłową czynność wykluczenia wykonawców, co znalazło swoje potwierdzenie w następujących wyrokach: z dnia 13 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 185/18, z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 380/18. Odwołujący przywołuje również wyrok KIO, z dn. z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 531/18.

W ocenie Odwołującego, wszystkie wyżej wymienione wyroki zapadły w takim samym stanie prawnym - Zamawiający prowadzi bowiem szereg postępowań w oparciu o identyczne dokumenty SIWZ. Z kolei stany faktyczne w w/w sprawach i w przedmiotowym postępowaniu są analogiczne - tj. w Ayesa podała dane dotyczące personelu, które to dane nie znajdują odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Zamawiający na etapie oceny ofert posiadał wiedzę o wprowadzeniu go w błąd - posiadał tę wiedzę z innych postępowań, a mimo tego nie wykluczył wykonawcy Ayesa z postępowania. Jest to oczywiste naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien traktować wykonawców tak samo w takim samym stanie faktycznym i prawnym. W innych postępowaniach Zamawiający wykluczał Ayesa w takim samym stanie faktycznym i prawnym, a w przedmiotowym postępowaniu zaniechał takiego wykluczenia, nie podając żadnego uzasadnienia.

4. Zaniechanie udostępnienia dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust 1 Pzp

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu dokumentów złożonych przez Ayesa w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy PZP w zakresie wykazu osób, wskazując, że wykaz ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający przekazał informację, że w treści dokumentów nie znajduje się zastrzeżenie, że dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, ani też - nie dołączono do nich żadnego uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 8 ust. 3 Pzp, tj. skutecznego zastrzeżenia informacji wyłączania w przypadku jednoczesnego wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, że zastosowanie

do dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp ma uzasadnienie zastrzeżenia jawności dołączone do oferty - to także to uzasadnienie jest niewystarczające, tj. nie spełnia wymagań określonych w Pzp w art. 8 ust. 3. Uzasadnienie dołączone do oferty jest lakoniczne, nie zawiera wykazania ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstw. W szczególności - uzasadnienie to nie zawiera wykazania wartości gospodarczej informacji, nie dołączono do niego żadnych dowodów, które wykazywałyby ziszczenie się przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając stosowną argumentację.

Podczas rozprawy, Odwołujący wycofał zarzut dot. zaniechania wykluczenia wykonawcy Ayesa z postępowania, co skutkuje brakiem rozpoznania tego zarzutu przez Izbę, na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp, na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus. Jeżeli Odwołujący może zrezygnować z popierania zarzutów odwołania w całości, to może również zrezygnować z popierania jednego z nich.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej również Przystępujący), uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją Postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

W Tomie I SIWZ, Instrukcja Dla Wykonawców (dalej IDW), dziale XV, Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny, stawiając m.in. następujące wymagania:

15.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zawarty w Tomie IV SIWZ.

15.2. Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt 15.1, należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczy cenę netto łącznie.

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego.

15.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt

wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.

Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i w cenach ryczałtowych (dział 2, pozycje 2.1, 2.2,) uwzględni odpowiednią ilość wszystkich ekspertów i specjalistów tak, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.

15.4. Dla działów 1, 2, (pozycja 2.2.), 3, 4 oraz 5 Formularza cenowego Zamawiający przewiduje limity określone w tym Formularzu. W przypadku gdy którykolwiek z wymienionych limitów zostanie przekroczony w ofercie Wykonawcy, Zamawiający odrzuci taką ofertę.

(...)

W Tomie IV SIWZ Formularz cenowy, odnośnie kwestionowanej pozycji 4.3 Personel biurowy, Zamawiający zawarł następujący limit - „cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.3”, podobnie dla poz. 4.4. Personel pomocniczy - „cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4”.

W „Uwagach Zamawiającego” zawartych pod Formularzem cenowym wskazano odnośnie Kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności - „Uwagi analogiczne jak w Dziale 1.” tj.

1. Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ.

2. Pozycja "Personel biurowy" musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura, Konsultanta.

3. Pozycja "Personel pomocniczy" musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych asystentów i pracowników, którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ.

Tom III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ) pkt 2.1. Personel Konsultanta, zawiera następujące wymagania:

Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi.

W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

- 1) Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci,),
- 2) Personel biurowy

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 1 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.),

- 3) Personel pomocniczy

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 1 osoby, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi,),

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi,), niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

W zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy

wchodzi:

S Przyjmowanie korespondencji i potwierdzanie tego faktu
S Prowadzenie rejestrów korespondencji przychodzącej i wychodzącej
S Nadawanie numerów korespondencji wychodzącej

s Obsługa urządzeń biurowych

s Odbieranie telefonów zewnętrznych i łączenie rozmów z poszczególnymi pracownikami Biura Inżyniera

s Systematyczna obsługa poczty e-mail Konsultanta

s Archiwizowanie korespondencji i dokumentów kontraktowych w tym wykonywanie kopii (scany) zgodnie z przyjętym systemem

s Wydawanie pism i dokumentów Wykonawcom, Zamawiającemu i stronom trzecim

s Przygotowanie pism i dokumentów do wysyłki za pośrednictwem poczty lub kuriera (pakowanie, adresowanie, opłacenie, nadanie)

s Przyjmowanie wszystkich interesantów, informowanie ich o możliwościach załatwienia sprawy i skierowanie do właściwej osoby

s Dostarczanie Inżynierowi Kontraktu/IR bieżącej korespondencji

s Przekazywanie zadekretowanych pism i dokumentów poszczególnym osobom

s Współpraca z personelem w zorganizowaniu Rad Budowy i innych spotkań

s Prowadzenie spraw związanych z utrzymaniem i funkcjonowaniem Biura i jego wyposażenia technicznego

Personel Konsultanta będzie biegle posługiwał się językiem polskim w zakresie ogólnym i technicznym. Jeśli taka sytuacja nie będzie miała miejsca, Konsultant zapewni przez cały czas pracy odpowiednio wykwalifikowanego tłumacza dysponującego zarówno wiedzą ogólną w zakresie tłumaczenia, jak i wiedzą techniczną.

Inżynier / Inżynier Rezydent będzie odpowiedzialny za pracę swojego Personelu oraz Personelu biurowego i pomocniczego.

Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, zapisy dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, zmniejszeniem intensywności prac w okresach zimowych itp.

Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde zasadne wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót.

Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7 - 15 na wszystkich etapach Kontraktu.

Tom II SIWZ Istotne Postanowienia Umowy (dalej IPU), definiuje Personel biurowy i pomocniczy w następujący sposób: „personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) nie będący Personelem Konsultanta.”

W § 11 Potencjał kadrowy i zasoby administracyjne IPU, Zamawiający zastrzegł, że:

(...)

18. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe

zastępstwo w przypadkach:

- 1) śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta;
- 2) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z

innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn.

Kierownik Projektu jest zobowiązany rozpatrzyć propozycję najpóźniej następnego dnia roboczego następującego po dniu, w którym Kierownik Projektu otrzymał propozycję Konsultanta. Kierownik Projektu może nie wyrazić zgody na osobę zaproponowaną

przez Konsultanta z podaniem uzasadnienia.

19. W przypadku, gdy członek Personelu Konsultanta nie może zostać niezwłocznie, tj. w

tym samym dniu, zastąpiony lub zmieniony, Inżynier Kontraktu lub Konsultant jest zobowiązany najpóźniej w tym samym dniu wskazać spośród Personelu Konsultanta osobę lub osoby wykonujące tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, przy czym stan taki nie będzie trwał dłużej niż 3 miesiące.

W § 13 „Ogólne obowiązki Konsultanta” IPU, w ust.:

5. Zamawiający wymaga, aby wszystkie osoby wykonujące funkcje objęte kluczową częścią zamówienia, o której mowa w ust 4, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez Konsultanta.

6. Zamawiający, wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były również osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i

organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ.

7. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu, z zastrzeżeniem, iż w Okresie Projektowania Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalista ds. rozliczeń, Specjalista ds. rozszczeń zatrudnieni będą w wymiarze nie mniejszym niż % etatu, tzn. będą pełnili obowiązki w co najmniej połowę dni roboczych w miesiącu. Technolog, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż % etatu.

8. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia, utrzymywać stan ciągłości zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na zasadach opisanych w ust. 7. W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, o których mowa w ust. 5 lub 6, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w ust. 7 na okres nie krótszy niż do końca realizacji Usługi do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia. W przypadku, o którym mowa powyżej, wyznaczenie danej osoby do realizacji Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą.

Przystępujący w złożonym wraz z ofertą Formularzu cenowym w poz. 4.5. Personel biurowy i 4.6 Personel pomocniczy przewidział cenę jednostkową za miesiąc 1600 zł. Wraz z ofertą złożył również uzasadnienie w zakresie zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa na potrzeby postępowania, zastrzegając w nim informacje dot. Personelu Konsultanta, zawarte w wykazie osób oraz w formularzu składanym na potrzeby oceny doświadczenia personelu Konsultanta w ramach przewidzianych kryteriów oceny ofert.

Zamawiający dwukrotnie w dniu 28 czerwca 2018 r. oraz 11 lipca 2018 r. wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp odnośnie sposobu kalkulacji zaoferowanych cen jednostkowych za pracę Personelu biurowego i pomocniczego, w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności, odpowiednio poz. 4.5. i 4.6. Formularza Cenowego.

W odpowiedzi na ww. wezwania Przystępujący złożył wyjaśnienia odpowiednio w dniu 3 lipca 2018 r. oraz w dniu 16 lipca 2018 r.

W dniu 3 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Wykonawca złożył wymagane dokumenty w dniu 7 sierpnia 2018 r. W ramach tych dokumentów złożył jako załącznik nr 4 do pisma przewodniego Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż podniesiony w treści odwołania zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp odnośnie nieujawnienia treści dokumentów (wykazu osób) złożonych przez Ayesa, zasługuje na uwzględnienie. Natomiast pozostałe zarzuty, w ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwały.

Izba wielokrotnie wskazywała, że ograniczenie dostępu do treści oferty, czy też korespondencji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym dokonywane poprzez zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, może być dokonywane tylko w celu ochrony tajemnicy firmy, niedopuszczalne jest natomiast ograniczanie dostępu do informacji innym wykonawcom w celu ograniczenia korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowania o udzielenie zamówienia jest jawne. Jawność postępowania stanowi jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i może doznawać ograniczenia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Pzp). Wyjątkiem od zasady jawności przewidzianym w art. 8 ust. 3 Pzp, jest nieujawnianie 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.

Do niniejszej sprawy ma zastosowanie brzmienie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk), sprzed nowelizacji z dnia 5 lipca 2018 r. na podstawie art. 15 ust. 1 ustawy nowelizującej, zgodnie z którym - przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 3-14 w brzmieniu nadanym tą ustawą stosuje się do oceny stanów faktycznych, zaistniałych po jej wejściu w życie. Zastrzeżenie informacji przez Przystępującego zostało dokonane w ofercie, która została otwarta w dniu 11 czerwca 2018r., a więc sprawa dot. oceny stanu faktycznego zaistniałego przed datą wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 lipca 2018 r. które to nastąpiło w dniu 4 września 2018 r.

Zgodnie z uznk, 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. Należy zauważyć, że jednym z wyznaczników uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest jej obiektywna wartość gospodarcza, jaką sobą przedstawia.

Wskazanie okoliczności faktycznych, w których Odwołujący upatruje niewywiązanie się z obowiązków przez Zamawiającego i Przystępującego w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należało do Odwołującego, który pomimo tego, że nie miał dostępu do przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia objęcia złożonych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, uczynił to trafnie. Zdaniem Izby Odwołujący wywiązał się ze swego obowiązku odnosząc się w odwołaniu do treści uzasadnienia zastrzeżenia i wskazał w czym upatruje bezprawność tego zastrzeżenia i jego oceny przez Zamawiającego. W tym miejscu Izba zauważa, że Zamawiający, wbrew twierdzeniom podnoszonym na rozprawie, nie przedstawił potwierdzenia przekazania ww. uzasadnienia Odwołującemu (po terminie wyboru oferty jako najkorzystniejszej). Wobec tego w ocenie Izby, działanie Zamawiającego polegające na nie przekazaniu uzasadnienia zastrzeżenia pomimo, że nie było ono samo w sobie objęte tym zastrzeżeniem, narusza zasadę jawności postępowania oraz przepisy o udostępnianiu ofert i załączników do protokołu.

Jednakże w świetle art. 8 ust. 3 Pzp to wykonawca przedkładający Zamawiającemu informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w terminie składania ofert, a (zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą) w odniesieniu do informacji składanych w terminie późniejszym, wraz z ich przedłożeniem, że zastrzegane informacje spełniają wszystkie przesłanki określone w uzkn, i jako takie powinny być objęte ochroną. W ocenie Izby, wykonawca, który raz zastrzegł określone informacje, w określonym postępowaniu, nie musi przedstawiać uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia za każdym razem gdy się do tych informacji odwołuje lub gdy przedstawia raz jeszcze tożsame informacje. Tym samym, na gruncie niniejszego postępowania dokonane zastrzeżenie informacji załączonych do oferty w zakresie wykazu osób, byłoby skuteczne również do ponownie złożonego tożsamego wykazu na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, pod warunkiem że wykonawca prawidłowo wykazałby zasadność zastrzeżenia. Powyższe nie powoduje jednak, że wykonawca nie powinien dołożyć należytej staranności w oznaczaniu przekazywanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tak aby podmiot do którego te informacje są kierowane wiedział, że ma do czynienia z informacjami o szczególnym charakterze - informacjami chronionymi.

Inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy je zastrzegającym, co wprost wynika z art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający natomiast zobowiązany jest do ustalenia czy wykonawca sprostą nałożonemu na niego obowiązki „wykazania”. Przy czym owo „wykazanie” stanowi coś więcej, niż wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Za „wykazanie” nie może być uznane ogólne odniesienie się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w wyżej przywołanym art. 11 ust. 4 uzkn, czy też powołanie orzecznictwa Izby lub sądów. Wykonawca, przedkładając zamawiającemu uzasadnienie zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien wykazać zasadność zastrzeżenia i wypełnienie przesłanek z art. 11 ust. 4 uzkn w okolicznościach tej konkretnej sprawy. Stwierdzenie niezasadności takiego zastrzeżenia może nastąpić w przypadku ustalenia, że wykonawca nie przedstawił w terminie uzasadnienia bądź, że przedstawione uzasadnienie nie wykazuje istnienia przesłanek zastrzeżenia. W sytuacji, gdy wykonawca nie sprostą nałożonemu na niego obowiązki, Zamawiający odtajnia zastrzeżone informacje i może je udostępniać podmiotom zainteresowanym zapoznaniem się z nimi.

W ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał skutecznie, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wykaz osób, wypełniają łącznie przesłanki z art. 11 ust. 4 uzkn. Przystępujący wyraził w przedłożonym piśmie wolę objęcia przedstawionych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a także wskazał na orzecznictwo Izby, dopuszczające możliwość utajnienia zawartych w wykazie osób danych. Ponadto Przystępujący, wskazał, że zastrzeżone informacje dot. danych osobowych osób skierowanych do realizacji zamówienia jak również informacje dot. ich umiejętności oraz posiadanego doświadczenia zawodowego mają dla wykonawcy wartość organizacyjną, handlową i gospodarczą gdyż określają w sposób szczegółowy potencjał, którym dysponuje Wykonawca o wymiernej wartości umożliwiający uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych. Ponadto wykonawca podniósł, że „Wymogi dotyczące personelu sformowane przez zamawiającego przedmiotowego postępowania wymagały od Wykonawcy przedstawienia zespołu wysoko wykwalifikowanych specjalistów o zróżnicowanych kwalifikacjach. Personel stanowi grupę wąsko wyspecjalizowanych osób posiadających unikalne na rynku usług inżynierskich zdolności. W takim wypadku o sile firmy stanowią ludzie stąd też konieczne staje się zabezpieczenie danych o posiadanych zasobach kadrowych przed dostępem do nich przez konkurencyjne firmy działające na rynku. Na tej podstawie informacje dotyczące kluczowych specjalistów podlegają ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów którzy mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb a tym samym uniemożliwić Wykonawcy uzyskanie i należyłą realizację zamówienia.”

Izba w tym zakresie podziela i przyjmuje za własne stanowisko, wyrażone w wyroku o sygn. akt KIO 2237/15 z dn. 9.11.2015 r., w którym stwierdzono, że oświadczenie Odwołującego (tu: Przystępującego) ograniczające się do stwierdzenia, że wiedza fachowa osób realizujących zamówienie stanowi kluczową wartość gospodarczą i decyduje o zdolności do realizacji zamówienia, a zatem stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa należało uznać za niemieszczące się w wymogu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust.3 Pzp. Według zapatrywania Izby wskazanie powyższych okoliczności oraz informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupywaniu personelu pomiędzy konkurencyjnymi spółkami nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej.

Izba nie przeczy, że informacje tego rodzaju mogą być objęte ochroną jako tajemnica

przedsiębiorstwa, jednakże taka ochrona nie jest automatyczna i aby tak się stało wykonawca, każdorazowo musi wykazać istnienie przesłanek uzasadniających jej zastosowanie.

Przystępujący w przedłożonym Zamawiającemu uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawartych wykazie osób, złożył jedynie ogólne deklaracje, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie mają wartość organizacyjną, gospodarczą i handlową oraz nie były ujawnione do publicznej wiadomości. Deklaracji tych, nie można uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich konkretnych obrazujących w jaki negatywny sposób na działalność Przystępującego może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji.

Jednocześnie należy wskazać, że Przystępujący, w szczególności nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji. W ocenie Izby stwierdzenie, że „Odnosnie warunku dotyczącego informacji nieujawnionych od wiadomości publicznej pragniemy zaznaczyć, że Informacje objęte zastrzeżeniem nie zostały jako całość ujawnione do wiadomości publicznej i są znane jedynie personelowi zarządzającemu firmie Ayesa Polska Sp. z o.o. podejmującemu decyzje co to uczestnictwa w danym postępowaniu oraz ograniczonej grupie pracowników działu ofertowania biorącej udział w przygotowywaniu dokumentacji przetargowej. Inni wykonawcy, nie mogą wejść w posiadanie tych informacji „zwykłą” i dozwoloną drogą.

Firma Ayesa Polska Sp. z o.o. na etapie przygotowania ofert wprowadza liczne

zabezpieczenia mające na celu zachowania poufności danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa a mianowicie:

- ściśle określony obieg dokumentów i przechowywanie danych w zabezpieczonym systemie informatycznym, do którego dostęp posiadają wyłącznie wyznaczone osoby z działu ofertowania,
- unikalny system loginów i haseł chroniący przed nieuprawnionym dostępem do baz danych zawierających informacje zastrzeżone,
- wprowadzanie klauzul o zachowaniu poufności z umowach z innymi Wykonawcami,
- w przypadku użyczenia kontakt jest prowadzony wyłącznie z osobami do tego wyznaczonymi, a tym samym przekazywane informacje są niedostępne dla osób nieuprawnionych,
- stosowanie zabezpieczeń w postaci oprogramowania antywirusowego.”

nie jest wystarczające dla uznania, że Przystępujący wykazał wypełnienie ww. przesłanki. W szczególności Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu zasad wspomnianego obiegu dokumentów lub kopii dokumentu je regulującego, zasad udostępniania danych, treści klauzul w umowach o pracę, kopii umów o zachowaniu poufności z innymi Wykonawcami, czy też opisu stosowanych zabezpieczeń uniemożliwiają w ten sposób Zamawiającemu należyte badanie prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i poprzestając na ogólnych deklaracjach.

Na marginesie należy wskazać, że również przekazując Zamawiającemu zastrzeżone informacje w postaci Załącznika nr 4 do pisma z dn. 7 sierpnia 2018 r. Ayesa dość niefrasobliwie potraktowała zastrzeżone informacje, gdyż w żaden sposób nie oznaczyła ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak, w tym zakresie jakichkolwiek oznaczeń czy informacji na kopercie w której przesyłane były dokumenty, na liście przewozowym czy też już na samym Załączniku nr 4. Powyższe mogło spowodować, iż po odebraniu przesyłki, pracownicy Zamawiającego mogli nie mieć świadomości co do charakteru przekazanych informacji, co narażało Przystępującego na ujawnienie tychże informacji. Trudno uznać takie zachowanie Przystępującego jako mieszczące się w granicach należytej staranności w zakresie ochrony zastrzeżonych danych.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że Przystępujący nie wykazał również, wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a tylko takie informacje mogą podlegać ochronie. W przedłożonym wyjaśnieniu zawarte jest tylko lakoniczne stwierdzenie, że zastrzeżone informacje taką wymierną wartość mają, brak jest natomiast uzasadnienia na czym konkretnie polega wartość gospodarcza.

Uznać należy, że Zamawiający niewłaściwie ocenił przedłożone przez Przystępującego

uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz treść zastrzeżonych informacji jako posiadające walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie czynności odtajnienia informacji zawartych w wykazie osób złożonym przez Przystępującego, co do których nie wykazano aby stanowiły one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba uznała, że zaniechanie Zamawiającego polegające na nie odtajnieniu informacji zawartych w wykazie osób, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż Odwołujący został pozbawiony możliwości zapoznania się z nimi, ich oceny i skorzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie bezpodstawnie zastrzeżonych informacji.

Odnośnie pozostałych zarzutów, w ocenie Izby zarzuty te nie potwierdziły się.

W zakresie zarzutu dot. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i naruszenia tym samym przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba stoi na stanowisku, że postanowienia SIWZ powinny być odczytywane i jej normy odkodowane w oparciu o całokształt jej postanowień, a nie w oparciu o wybrane postanowienia potwierdzające z góry założoną tezę. Odwołujący podczas rozprawy podnosił że, pozycje Personel biurowy i Personel pomocniczy są przez Przystępującego traktowane łącznie i wymiennie, co w świetle postanowień specyfikacji jest niedopuszczalne. Jako na podstawę tego twierdzenia, wskazywał pkt 2.1 OPZ, zdanie ostatnie, dotyczący tylko Personelu biurowego, który stanowił, że za biuro konsultanta odpowiada Personel biurowy. Powyższą tezę w ocenie Odwołującego potwierdza również pkt 2 uwag do Formularza cenowego oraz pkt 15.3 IDW. Odwołujący opierając się na wymaganych godzinach pracy biura Konsultanta, wnioskował, że Personel biurowy musi być zatrudniony na cały etat, a co za tym idzie kwota wynagrodzenia tego Personelu, przewidziana przez Ayesa, jest mniejsza niż minimalne wynagrodzenie, w związku z tym Odwołujący uznał, iż Przystępujący nie zaoferował spełnienia funkcji przez Personel biurowy w wymaganym wymiarze czasu, co stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Odnośnie tego zarzutu, Izba co do zasady podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, zwracając uwagę jednocześnie na następujące kwestie. Zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw aby pominąć również inne postanowienia SIWZ. Zamawiający tworząc zasady organizacji i obsługi biura Konsultanta nie był do końca konsekwentny. Z jednej strony wymagał aby pozycja Personel Biurowy obejmowała całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta, a z drugiej określił zakres obowiązków Personelu Biurowego i Personelu pomocniczego jako tożsame (por. pkt 2.1 OPZ), sprowadzając go tym samym do realizacji jednej - tożsamej funkcji tj. zapewnienia prawidłowej pracy biura Konsultanta. Ponadto Zamawiający z jednej strony w pkt 2.1. OPZ stwierdza, że „Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 7 - 15 na wszystkich etapach Kontraktu”, a w §13 pkt 7 IPU wymaga aby wszystkie osoby których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (również Personel biurowy oraz Personel pomocniczy), przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, nie ustanawiając takiego obowiązku dla etapu realizacji umowy mającego miejsce od wystawienia Ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności. Dalej Zamawiający w pkt 2.1. OPZ wymaga zarówno dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych jak i dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min. 1 osoby Personelu biurowego (podobnie Personelu pomocniczego), wymagając jednocześnie pod rygorem odrzucenia oferty (15.4 IDW) aby Wykonawcy w poz. Formularza cenowego nr 4.3 i 4.4. Personel biurowy oraz Personel pomocniczy od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności przyjęli cenę jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla tożsamych pozycji wycenianych dla okresu od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia. Jednocześnie, Zamawiający pozostawił Konsultantowi pewną swobodę co do organizacji pracy stwierdzając, w pkt 2.1. OPZ, że Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, zapisy dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, zmniejszeniem intensywności prac w okresach zimowych itp.

Mając powyższe na uwadze, gdyby wykonawca przyjął dla poz. 4.3 i 4.4. Formularza cenowego wynagrodzenie minimalne, groziłoby mu odrzucenie jego oferty, gdyż przekroczyłby określony przez Zamawiającego limit 50 % ceny jednej jednostki czasu dla tożsamyh pozycji wycenianych dla okresu od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia, które to pozycje jako niekwestionowane uznać należy za wycenione prawidłowo.

Izba stwierdziła, że przy tak określonych ramach dot. zasad pracy Personelu biurowego i Personelu pomocniczego w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności, że Personel pomocniczy może pełnić obowiązki Personelu biurowego, gdyż są one tożsame, a rozgraniczenie ich nie jest możliwe. Potwierdza to również łączne zdefiniowanie Personelu biurowego i pomocniczego w Tomie II SIWZ IPU, jako personelu, skierowanego przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) nie będący Personelem Konsultanta. Brak też racjonalnych podstaw do uznania, że członkowie Personelu biurowego i pomocniczego nie mogą się wzajemnie zastępować. Zamawiający nie uregulował co prawda tej kwestii w SIWZ, jednakże w ocenie Izby, nie można z tego wywodzić, iż takie zastępstwa nie są dopuszczalne, tym bardziej, że Zamawiający dopuścił możliwość zastępstw w zakresie Personelu Konsultanta, a więc personelu znacznie bardziej istotnego dla realizacji zamówienia. W ocenie Izby, nieuregulowanie tej kwestii w stosunku do Personelu biurowego i Personelu pomocniczego świadczy o jej malej istotności dla Zamawiającego, dla którego istotne było aby praca biura była tak zorganizowana przez Konsultanta zapewniona była praca i dostępność biura Konsultanta w minimalnym wymaganym przez Zamawiającego czasie na wszystkich etapach Kontraktu.

Jednocześnie w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności Zamawiający nie wymagał zatrudnienia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego na pełen etat (brak takiego zastrzeżenia wprost wyrażonego w treści SIWZ).

Wobec powyższego, założenia przyjęte przez Przystępującego i przedstawiane w składanych przez niego wyjaśnieniach, zarówno co do przyjętego wymiaru czasu pracy Personelu biurowego oraz Personelu pomocniczego, przyjętego okresu rozliczeniowego, jak i kosztów wynagrodzenia uznać należy za prawidłowe.

Odnosnie zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie dotyczącym istotnych części składowych ceny oferty tj. w zakresie poz. 4.5. i 4.6. Personel biurowy i Personel pomocniczy Formularza cenowego, w ocenie Izby brak było podstaw do wystosowania takiego wezwania. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...). W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał istotności tych elementów w kontekście przywołanego przepisu i wpływu tych pozycji na całokształt oferty Przystępującego, a tylko w takiej sytuacji istniałaby podstawa do wystosowania takiego wezwania. Kwestionowane pozycje dotyczą końcowego etapu realizacji umowy, w głównej mierze już realizowanej, tj. wynagrodzenia Personelu biurowego oraz Personelu pomocniczego w okresie od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności. W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania ich za „istotne” zarówno w kontekście wartościowym w odniesieniu do ceny oferty (łącznie wartość poz. 4.3. i 4.4 wynosi 48 000 zł vs. 5 440 184, 48 zł - cena oferty), jak i przedmiotowym tzn. po względem ich istotności dla prawidłowej realizacji zamówienia, które w znacznej mierze zostało już zrealizowane.

Izba, w związku z wyjaśnieniami Przystępującego i przyjętymi przez niego założeniami, nie stwierdziła zaniżenia wartości ww. pozycji. Przystępujący w cenie tych pozycji uwzględnił wszystkie wymagane składniki kosztowe mające znaczenie dla ich wyceny. Formułując zarzut Odwołujący opierał się w głównej mierze na własnych założeniach co do kalkulacji wartości tych pozycji, uznając wyliczenia Przystępującego za obarczone wadą, która w ocenie Izby wyrażonej już w stosunku do przedniego zarzutu nie wystąpiła. Tym samym, w ocenie Izby również ten zarzut nie potwierdził się.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: