

Sygn. akt KIO 1123/14

WYROK
z dnia 25 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **SYSTRA Spółka Akcyjna, 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż**, działającego przez **Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu, ul. Św. Antoniego 2/4, 50-073 Wrocław**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, reprezentowanego przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Szczecinie, ul. Korzeniowskiego 1, 70-211 Szczecin**,

przy udziale wykonawcy **Halcrow Group Limited Elms House, 43 Brook Green, W6 7EF, Londyn**, działającego przez **Halcrow Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce, ul. Wspólna 47/49, 00-684 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SYSTRA Spółka Akcyjna, 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż**, działającego przez **Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu, ul. Św. Antoniego 2/4, 50-073 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu,

2.1 zasądza od wykonawcy **SYSTRA Spółka Akcyjna, 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż**, działającego przez **Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu, ul. Św.**

Antoniego 2/4, 50-073 Wrocław, na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, reprezentowanego przez PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Szczecinie, ul. Korzeniowskiego 1, 70-211 Szczecin, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Pragaw Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1123/14

Uzasadnienie

I. Wykonawca SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu - odwołujący w postępowaniu odwoławczym- wniósł odwołanie wobec czynności zaniechań zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, reprezentowanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Szczecinie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie Studium wykonalności dla realizacji zadania pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu - Prace przygotowawcze”- POLiŚ 7.1-99, nr referencyjny IRO8ZA2-0815-POLiŚ7.1-99-02/13, polegających na:

- 1) zaniechaniu czynności odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum WYG Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i WYG International sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („konsorcjum WYG”) oraz HalcrowGroup Limited z siedzibą w Londynie („Halcrow”), pomimo, że oferty te zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) zaniechaniu czynności wszczęcia procedury zmierzającej do ustalenia, czy oferty wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow zawierały rażąco niską cenę,
- 3) zaniechaniu czynności ujawnienia dokumentów zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow, pomimo, że wykonawcy ci w żaden sposób nie wykazali, że dokumenty taki przymiot posiadają,
- 4) zaniechaniu czynności zażądania od wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow wyjaśnień w zakresie zastrzeżonej przez te podmioty tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo, że wykonawcy ci w żaden sposób nie wykazali, że dokumenty taki przymiot posiadają,
- 5) zaniechaniu czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Halcrow, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie:
 - a) posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia,
 - b) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
 - c) braku podmiotowych podstaw do wykluczenia,
- 6) zaniechaniu czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum WYG, pomimo, że wykonawca ten:
 - a) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
- 7) czynności oceny ofert wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow, pomimo, że

wykonawcy ci powinni podlegać wykluczeniu z postępowania,

- 8) czynności wyboru oferty wykonawcy Halcrow, jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że ten wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, a jego oferta powinna być traktowana jako odrzucona.

Wskazując czynności i zaniechania zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w skrócie „Pzp”:

- 1) art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie dokonania czynności odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek przewidzianych ww. przepisem jak i zaniechaniu wszczęcia procedury zmierzającej do wyjaśnienia, czy oferty wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow zawierały rażąco niską cenę,
- 2) art. 8 w zw. z art. 7 oraz art. 87 przez nieujawnienie pełnej treści ofert wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow i uznanie skutecznego zastrzeżenia przez te podmioty tajemnicy przedsiębiorstwa bez jakiegokolwiek weryfikacji, czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym zwłaszcza zażądania od tych wykonawców wyjaśnień w tym zakresie, pomimo żądania takich wyjaśnień od innych wykonawców,
- 3) art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Halcrow, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek przewidzianych ww. przepisami,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z § 3 ust. 4 oraz z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane („rozporządzenie”) przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Halcrow z postępowania, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu,
- 5) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum WYG, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek przewidzianych ww. przepisami.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie odwołania i jego uwzględnienie,
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego - wyboru oferty wykonawcy Halcrow, jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności - wszczęcia procedury zmierzającej do ustalenia, czy oferty wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow

- zawierały rażąco niską cenę,
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ujawnienia pełnej zawartości ofert wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow,
 - 5) ewentualnie nakazanie zamawiającemu dokonania czynności zażądania wyjaśnień w zakresie zastrzeżonych informacji przez wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow,
 - 6) ewentualnie udostępnienie odwołującemu na rozprawie treści ofert wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa,
 - 7) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności- wykluczenia z postępowania wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow z uwzględnieniem zarzutów odwołania,
 - 8) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności- odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow, jako ofert wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania,
 - 9) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności - ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W późniejszym piśmie wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący uzasadnił zachowanie terminu do wniesienia odwołania - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 maja 2014 r. zostało przekazane odwołującemu w dniu 22 maja 2014 r., a nie w dniu 21 maja 2014 r., jak odwołujący podał w odwołaniu.

Wykazując w uzasadnieniu zasadność wniesienia odwołania, odwołujący wskazał: posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz w wyniku przedstawionych w odwołaniu naruszeń przepisów Pzp, może ponieść szkodę. Wskutek bezpodstawnego wyboru oferty wykonawcy Halcrow, jako oferty najkorzystniejszej (mimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania) oraz zaniechania wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum WYG (oferta tego wykonawcy została bezpodstawnie sklasyfikowana na drugim miejscu), odwołujący traci możliwość uzyskania zamówienia.

Podkreślił, że gdyby zamawiający uczynił zadość obowiązującym przepisom Pzp, oferta złożona przez odwołującego, w świetle przepisów i przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, powinna była zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał istotne elementy stanu faktycznego.

W toku procedury badania i oceny ofert, odwołujący został wezwany m.in. do wyjaśnień, czy zastrzeżone elementy oferty (tj. Wykaz osób i podmiotów, które będą

uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz Strategia Realizacji Projektu), jako tajemnica przedsiębiorstwa, w istocie taką tajemnicę stanowią.

Odwołujący po otwarciu ofert wykonał fotokopie ofert wykonawców konsorcjum WYG oraz Halcrow, z których wynika, że wykonawcy ci również zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa w następującym zakresie: 1) wykonawca Halcrow - Strategia Realizacji Projektu, 2) wykonawca konsorcjum WYG - załącznik nr 5 - Wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, referencje i protokoły odbiorów oraz Strategia Realizacji Projektu.

Przy czym, w odniesieniu do ww. wykonawców zamawiający nie zażądał wyjaśnień w tym zakresie. Ponadto, jak wynika z informacji odwołującego, ww. wykonawcy wzywani byli przez zamawiającego zarówno do złożenia wyjaśnień, co do dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jak i do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dowód: wezwania z dnia 7 maja 2014 r. kierowane do obu wykonawców Halcrow i konsorcjum WYG - w aktach sprawy.

Wykonawca Halcrow w odpowiedzi na wezwanie, przedstawił zarówno żądane wyjaśnienia jak i uzupełnił składane dokumenty, przy czym w kontekście odwołania kluczowe znaczenie mają:

- 1) wyjaśnienia dot. usługi opisanej w poz. 1 Wykazu wykonanych usług zawartego w ofercie wykonawcy Halcrow, wraz z załączonym przez tego wykonawcę protokołem odbioru studium wykonalności będącego przedmiotem tej usługi,
- 2) wyjaśnienia dot. osoby proponowanej na stanowisko Koordynatora branży w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym - J. G.. Dowód: pismo wykonawcy Halcrow z dnia 9 maja 2014 r. wraz z załącznikami - w aktach sprawy.

Wykonawca konsorcjum WYG w odpowiedzi na wezwanie przedstawił zarówno żądane wyjaśnienia jak i uzupełnił składane dokumenty, przy czym w kontekście odwołania kluczowe znaczenie mają:

- 1) wyjaśnienia dot. usługi opisanej w poz. 2 Wykazu wykonanych usług zawartego w ofercie wykonawcy konsorcjum WYG. Dowód: pismo wykonawcy konsorcjum WYG z dnia 12 maja 2014 r. wraz z załącznikami - w aktach sprawy.

Po przeprowadzeniu procedury badania i oceny ofert, zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Halcrow, jako oferty najkorzystniejszej. Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 maja 2014r. - w aktach sprawy.

Uzasadnienie zarzutów.

1. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie dokonania czynności odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek przewidzianych ww. przepisem, jak i zaniechaniu wszczęcia procedury zmierzającej do wyjaśnienia, czy oferty wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow zawierały rażąco niską cenę.

W toku badania i oceny ofert zamawiający dokonał oceny 6 ofert, przy czym dominującym kryterium oceny ofert była cena (60% wagi oceny). Zamawiający określił wartość szacunkową, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na 5.166.000,00 zł brutto. Oferty wykonawców konsorcjum WYG oraz Halcrow zawierały ceny znacznie odbiegające od wartości szacunkowej zamówienia:

- 1) oferta wykonawcy Halcrow wskazuje cenę 2.128.107,64 zł, co stanowi 41,19% wartości szacunkowej wskazanej przez zamawiającego,
- 2) oferta wykonawcy konsorcjum WYG wskazuje cenę 2.300.100,00 zł, co stanowi 44,52% wartości szacunkowej wskazanej przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego, ceny ofert wykonawców konsorcjum WYG oraz Halcrow są cenami niewiarygodnymi, oderwanymi całkowicie od realiów rynkowych, co odpowiada definicji rażąco niskiej ceny przyjętej w orzecznictwie KIO. Ponadto fakt, że ceny tak znacząco odbiegają od szacunkowej wartości zamówienia wskazanej przez zamawiającego, również wskazuje, że można w tym wypadku mówić o cenach rażąco niskich, bowiem z pewnością zamawiający szacując budżet zamówienia oparł się na ekspertyzach biegłych i dogłębnie zbadał rynek.

W ocenie odwołującego już sam fakt, że ceny ofert tak znacząco odbiegają od wskazanej wartości szacunkowej zamówienia, obligował zamawiającego do wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 Pzp, zmierzającej do wyjaśnienia, czy w istocie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, czy też nie. Zaniechanie przez zamawiającego dokonania tej czynności uniemożliwia na obecnym etapie pełną weryfikację tego zagadnienia (zwłaszcza w kontekście zastrzeżenia przez ww. wykonawców Strategii Realizacji Projektów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w swoich ofertach).

Niemniej jednak odwołujący stoi na stanowisku (osadzonym we własnym doświadczeniu i rozeznanii w rynku), że za ceny wskazane przez ww. wykonawców nie jest możliwa prawidłowa realizacja zamówienia. Analizując zakres przedmiotu zamówienia, w ocenie odwołującego, najniższą ceną możliwą do zaoferowania (tj. ceną rzeczywistą i realną) jest cena zbliżona do ceny z oferty odwołującego, czyli nie mniejsza 50-60% wartości szacunkowej wskazanej przez zamawiającego. Dla pełnej

weryfikacji postawionego zarzutu konieczne jest jednak wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień dot. czynników kształtujących cenę w ich ofertach. Bowiem (z czego odwołujący zdaje sobie sprawę) sam fakt odbiegania ceny oferty od wartości szacunkowej zamówienia rodzi podejrzenie zaferowania ceny rażąco niskiej, aczkolwiek ceny wskazane w ofertach wykonawców jawią się jako ceny rażąco niskie, a dopiero procedura wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp, jednoznacznie tę kwestię rozstrzyga.

2. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 8 w zw. z art. 7 oraz art. 87 Pzp przez nieujawnienie pełnej treści ofert wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow i uznanie skutecznego zastrzeżenia przez te podmioty tajemnicy przedsiębiorstwa bez jakiegokolwiek weryfikacji, czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym zwłaszcza zażądania od tych wykonawców wyjaśnień w tym zakresie.

Jak wskazano wcześniej, wykonawcy: konsorcjum WYG oraz Halcrow zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa w następującym zakresie: 1) wykonawca Halcrow- Strategia Realizacji Projektu, 2) wykonawca konsorcjum WYG - załącznik nr 5 Wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, referencje i protokoły odbiorów oraz Strategia Realizacji Projektu.

Odwołujący poddał w wątpliwość skuteczność zastrzeżenia tych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawił legalną definicję terminu tajemnica przedsiębiorstwa podnosząc, że za tajemnicę może być uznana określona informacja jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy jak i posiada wartość gospodarczą, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto wobec niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Istotnym jest, że w toku postępowania wykonawcy: konsorcjum WYG oraz Halcrow w żaden sposób nie wykazali, że informacje przez nich zastrzeżone posiadają ww. przymioty. Jest to o tyle istotne, że zamawiający nie uznawał niejako „automatycznie”, że informacje zawarte w dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem w odniesieniu do odwołującego (który zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w przedmiocie załącznika nr 5 oraz Strategii Realizacji Projektu), zamawiający zażądał takich wyjaśnień. Oznacza to, że zamawiający nie przesądza z góry o tym, że informacje zawarte np. w Strategii Realizacji Projektu z zasady stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem jak to miało miejsce w przypadku odwołującego, koniecznym było wykazanie tego faktu (tj. wykazanie, że informacje zastrzeżone posiadają ww. przymioty) przez wykonawcę. Jednak w odniesieniu do wykonawców: konsorcjum WYG oraz Halcrow zamawiający zaniechał żądania takich wyjaśnień, co oznacza, że do chwili obecnej nie zostało w toku postępowania ustalone,

czy informacje zastrzeżone przez tych wykonawcóww istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

3. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Halcrow, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek przewidzianych przepisami.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Halcrow nie przedstawił w toku postępowania dokumentów, z których wynikałoby spełnienie wymogów wskazanych w: 1) 8.4.1 IDW, tj. wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 1 Studium wykonalności lub opracowania (rozpoczęcia i zakończenia) odpowiadającego swoim zakresem studium wykonalności, polegającego na ocenie i dostosowaniu technologii pracy stacji kolejowej oraz jej infrastruktury do aktualnej i prognozowanej struktury rodzajowej ładunków obsługiwanych przez port morski. Studium lub opracowanie winno dotyczyć stacji kolejowej i jej infrastruktury obsługującej port morski o przeładunku nie mniejszym niż 100.000 TEU w roku.

Odwołujący stwierdził, że na potwierdzenie spełniania tego wymogu wykonawca Halcrow przedstawił w poz. 1 załącznika nr 4 do oferty, usługę realizowaną na rzecz zamawiającego w okresie od kwietnia 2011 r. do sierpnia 2013 r., o zakresie odpowiadającym wymogowi. W toku badania ofert, zamawiający wezwał wykonawcę Halcrow do wyjaśnień dot. tej usługi w zakresie m.in. wątpliwości, czy usługa została wykonana należycie. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca Halcrow, oprócz wyjaśnienia zakresu samej usługi wskazał, że z uwagi na realizowanie usługi na rzecz zamawiającego, nie zachodzi potrzeba wykazania przez złożenie odpowiednich dokumentów jej należytej realizacji, przy czym wykonawca Halcrow przekazał protokół odbioru końcowego tej usługi, w którym w jego ocenie, znajduje się informacja o należytej realizacji usługi.

Odwołujący wskazał, że protokół datowany jest na dzień 4 kwietnia 2009 r., co oznacza, że przedstawiona przez wykonawcę Halcrow usługa została finalnie wykonana w tej dacie. Powyższe oznacza, że usługa została wykonana później niż w wymaganym przez zamawiającego okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, tj. dniem 18 kwietnia 2011 r. Oznacza to również, że wskazane pierwotnie w załączniku nr 4 informacje jakoby usługa miała być realizowana w okresie od kwietnia 2011 r. do sierpnia 2013 r. są nieprawdziwe, co sam wykonawca Halcrow potwierdza wskazując protokół odbioru końcowego. Wobec powyższego, odwołujący stwierdził, że wykonawca Halcrow nie wykazał spełnienia wymogu udziału w postępowaniu, 2) 8.2.3 wzw. z 8.4.2 poz. 3 IDW, tj. dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia- Koordynatorem branżowym w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym. Przy czym wymogiem zamawiającego było, aby osoba

posiadała „Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydane na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. 2013 r., poz. 1409) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa lub ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (tj. Dz. U. 2001 nr 5 poz. 42 z późn. zm.) lub ustawy z dnia 16 kwietnia 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich UE (tj. Dz. U. 2008 nr 63, poz. 394 z późn. zm.) oraz udział w okresie ostatnich 4 lat w realizacji co najmniej 1 studium wykonalności lub dokumentacji projektowej w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym dla budowy/modernizacji, obejmującej łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe.”

Odwołujący wskazał, że wykonawca Halcrow na potwierdzenie spełniania wymogu wskazał w poz. 3 załącznika nr 5 do oferty, J. G.. W toku badania ofert zamawiający wezwał wykonawcę Halcrow do wyjaśnień dot. tej osoby w zakresie m.in. jej kwalifikacji i uprawnień zawodowych, poddając w wątpliwość to, czy wskazana przez wykonawcę Halcrow specjalność instalacyjno-inżynieryjna w zakresie urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego, odpowiada wymaganej przez zamawiającego specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca Halcrow zamieścił jedynie lakoniczne potwierdzenie, że uprawnienia posiadane przez J. G. wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, odpowiadają wymaganiom postawionym przez zamawiającego. W ocenie odwołującego stwierdzenie wykonawcy Halcrow jest nieprawdziwe, bowiem zgodnie z obecnym stanem prawnym uprawnienia budowlane pozyskane wcześniej na podstawie § 2 ust. 1 pkt 1 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. e rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. nr 8 poz. 46) nie odpowiadają wprost obecnej specjalizacji określonej w § 24 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. (Dz. U. z 2006r. nr 83 poz. 578). Upraszczając stwierdził, że wedle aktualnego porządku prawnego, uprawnienia w zakresie żądanym przez zamawiającego odpowiadają tzw. specjalności instalacyjnej elektrycznej, a wskazane przez wykonawcę Halcrow uprawnienia pozyskane przez J. G., tj. uprawnienia instalacyjno-inżynieryjne nie są z pewnością uprawnieniami instalacyjno-elektrycznymi, a odpowiadają raczej określonym w § 23 rozporządzenia uprawnieniom instalacyjnym. Wobec powyższego odwołujący

stwierdził, że wykonawca Halcrow pomimo wezwania w tym zakresie do złożenia wyjaśnień, nie wykazał spełnienia wymogu udziału w postępowaniu.

4. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z § 3 ust. 4 oraz z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Halcrow z postępowania, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Halcrow złożył na potwierdzenie spełnienia wymogu wskazanego w pkt 9.3.2 (związanym z pkt 9.1.2 lit. b) IDW, oświadczenia o niekaralności złożone przez osoby umocowane do reprezentacji tego podmiotu przed notariuszem, pomimo, że w kraju, w którym składane były oświadczenia (Wielka Brytania), możliwym jest pozyskanie zaświadczenia o niekaralności od właściwego organu administracji publicznej. Przepis § 4 ust. 3 rozporządzenia dopuszcza zastąpienie jednego ze wskazanych wprost rodzajów dokumentów, jakich może żądać w takich okolicznościach zamawiający, oświadczeniem złożonym przed notariuszem, jedynie w przypadku, gdy w danym kraju tego rodzaju zaświadczenia nie są wydawane przez organy sądowe lub administracyjne. Tymczasem w Wielkiej Brytanii istnieje organ wprost powołany do wydawania tego rodzaju zaświadczeń. Oznacza to, że posłużenie się w tym przypadku przez wykonawcę Halcrow tego rodzaju oświadczeniem było nieuprawnione. Odwołujący wskazał dodatkowo, że samo złożenie przez wykonawcę oświadczenia przed notariuszem w miejsce urzędowego zaświadczenia o niekaralności, bez jednoczesnego wykazania, że w danym kraju takie urzędowe zaświadczenia nie są wydawane jest niewystarczające. Zaznaczył, że wykonawca Halcrow w żaden sposób nie dążył do wykazania, że w istocie w Wielkiej Brytanii nie jest możliwym uzyskanie urzędowego zaświadczenia o niekaralności. Zasadą (narzuconą przez przepisy Pzp) jest złożenie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania, urzędowego zaświadczenia o niekaralności. W istocie przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przewidują możliwość odstępstwa od zasady i złożenia w miejsce urzędowego zaświadczenia o niekaralności oświadczenia złożonego przed notariuszem, jednak należy to traktować jako wyjątek od zasady, a na wykonawcy, który się na tym opiera, ciąży ciężar udowodnienia, że istnieją podstawy do takiego wyjątkowego odstąpienia od przyjętej zasady, przy czym na podobne rozumienie charakteru tej zasady wskazuje również orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1434/12).

Wedle wiedzy odwołującego, urzędowe zaświadczenia o niekaralności wydawane są na terenie Wielkiej Brytanii bez ograniczeń, tj. każdy w każdym celu może uzyskać zaświadczenia wydane przez odpowiednią instytucję (Disclosure and Barring Service jak i Disclosure Scotland), wskazujące czy dana osoba była karana czy nie.

Dodatkowo wskazał, że w przedmiotowej kwestii zajęła stanowisko KIO (wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2781/11), która stwierdziła, że: „Z dostępnych źródeł wynika, że urzędowe zaświadczenia o niekaralności osób wydawane są zarówno we Francji, jak w Wielkiej Brytanii. W Wielkiej Brytanii umocowanym do tego typu działań jest Criminal Records Bureau (CRB). W gestii tej instytucji leży wystawianie zaświadczeń o niekaralności. Wydawany jest tzw. Standard CRB check i Enhanced CRB check. Pierwszy jest zaświadczeniem, w którym zawarte są m.in. informacje o odbytych wyrokach skazujących. Enhanced CRB check jest zaświadczeniem o niekaralności wyższego stopnia, potrzebnym do wykonywania niektórych zajęć zawodowych. Zaświadczenie z CRB nie jest objęte datą ważności, zawiera wyłącznie datę wystawienia dokumentu. Szczegółowe informacje odnośnie wyżej opisanego zaświadczenia o niekaralności ważnego w UK można uzyskać na oficjalnej stronie Criminal Records Bureau www.crb.gov.uk. (...) Zatem nie zachodziły podstawy prawne, aby dokument taki zastępować oświadczeniem własnym członka organu zarządzającego odwołującego, złożonym przed notariuszem. Złożenie takiego oświadczenia jest bowiem dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy w miejscu zamieszkania członka zarządu nie wydaje się zaświadczeń potwierdzających niekaralność.”

Powyższe oznacza, że wykonawca Halcrow nie wykazał w sposób żądany w SIWZ spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

5. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum WYG, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek przewidzianych przepisami.

Z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania wynika, że wykonawca konsorcjum WYG został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie usługi wskazanej w poz. 2 załącznika nr 5 do oferty, na potwierdzenie spełniania wymogów wskazanych w pkt 8.4.1 IDW.

W ocenie odwołującego, możliwym jest (w kontekście odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę konsorcjum WYG), że z dokumentu mającego potwierdzać należyłą realizację usługi nie wynika, że usługa ta obejmowała opracowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego, co z kolei stawia w wątpliwość informacje wskazane przez

wykonawcę konsorcjum WYG w poz. 2 załącznika nr 5 do oferty.

Odwołujący w tym miejscu zaznaczył, że wobec nieujawniania informacji określonych przez konsorcjum WYG, jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. w tym przypadku referencji i protokołów odbiorów), zarzut należy traktować jako ewentualny do chwili udostępnienia odwołującemu treści referencji załączonych przez wykonawcę konsorcjum WYG na potwierdzenie należytej realizacji tej usługi.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł jak w *petitum*.

II. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił w pierwszej części pisma wniosek o odrzucenie odwołania, wobec wniesienia odwołania po upływie ustawowego terminu, ze względu na podanie przez odwołującego w odwołaniu daty zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty - 21 maja 2014 r., zamiast 22 maja 2014 r.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, zamawiający odstąpił od popierania tego żądania uznając, że odwołanie zostało wniesione w terminie.

W drugiej części pisma wnosząc o oddalenie odwołania wskazał (w kolejności zarzutów przedstawionych w odwołaniu), co następuje.

Ad 1. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofertach Halcrow i WYG.

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu złożono 6 ofert. Żadna z ofert nie została odrzucona. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 3 600 000, 00 zł netto, co po uwzględnieniu podatku VAT daje kwotę 4 428 000,00 zł brutto. Ceny poszczególnych ofert i ich stosunek do wartości przedmiotu zamówienia przedstawiały się następująco:

- 1) oferta nr 1 - cena 2 923 710,00 zł brutto, ok. 66%;
- 2) oferta nr 2 - cena 3 055 320, 00 zł brutto, ok. 69%;
- 3) oferta nr 3 Halcrow - cena 2 128 107, 65 zł brutto, ok. 48%;
- 4) oferta nr 4 WYG - cena 2 300 100,00 zł brutto, ok. 52%;
- 5) oferta nr 5 - cena 3 837 600,00 zł brutto, ok. 87%;
- 6) oferta nr 6 odwołującego - cena 2 916 801,55 zł brutto, ok. 65%.

Zamawiający stwierdził, że różnice pomiędzy cenami poszczególnych ofert, a przedmiotem zamówienia są dopuszczalne. Pojęcie ceny rażąco niskiej nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp, jak też nie regulują tego unormowania wspólnotowe. W orzecznictwie ETS wskazano jednak, że jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niską cenę poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich

złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego (orzeczenie ETS z 22.06.1989 r. w sprawie C-103/88). Na gruncie Pzp ani doktryna ani orzecznictwo nie wypracowało jednolitego stanowiska, jaka różnica wskazuje na możliwość zaferowania ceny rażąco niskiej. Zamawiający przywołał wyrok Izby z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1511/08 (rozbieżności pomiędzy ceną badaną, a wartością szacunkową zamówienia, które uzasadniałyby zakwalifikowanie ceny jako rażąco niskiej wynoszą od 40% do 20%). Odnosząc powyższe do cen ofert w tym postępowaniu w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, zamawiający wskazał, że różnica cen ofert kształtuje się powyżej 40%. Zatem, biorąc pod uwagę jedynie arytmetyczne porównanie, żadnej z ofert nie należało zakwalifikować jako zawierającej cenę rażąco niską.

Wskazał, że drugim kryterium porównawczym są ceny innych ofert w danym postępowaniu.

W rozpoznawanym postępowaniu żaden z wykonawców nie zakwestionował prawidłowości ustalenia wartości zamówienia przez zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że oszacował wartość zamówienia zgodnie z art. 32 ust. 1 w zw. z art. 35 ust. 1 Pzp, na podstawie Katalogu Cen Robót Kolejowych, Tramwajowych wydawnictwa Bistyp.

Zamawiający podniósł, że różnice w cenach ofert są także dopuszczalne z uwagi na występującą od lat konkurencję na rynku.

Dla porównania ceny oferty wybranej do cen pozostałych ofert, zamawiający przedstawił stosunek procentowy ceny wybranej oferty do każdej następnej w kolejności ceny oferty: cena oferty wybranej to ok. 92% ceny oferty drugiej (różnica 8%); ok. 73% ceny ofert trzeciej i czwartej (różnica 27%); ok. 70% ceny oferty piątej (różnica 30%); ok. 55% ceny oferty szóstej (różnica 45%).

Zamawiający podkreślił, że różnice nie są niczym innym jak pożądaną w zamówieniach publicznych konkurencją i nie można ich zakwalifikować jako negatywnego zachowania cenotwórczego. W celu ustalenia znamion ceny rażąco niskiej należy badać ogólną cenę oferty za przedmiot zamówienia. Porównanie ceny oferty do przedmiotu zamówienia wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp- odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, czyli jego wartości. Zatem, gdyby uznać, mimo braku w tym przedmiocie zarzutu, że jakaś część oferty jest rażąco niska, to nie czyni to całej ceny rażąco niską.

Zamawiający wskazał, że nie narzucał wykonawcom sposobu kalkulowania ceny, pozostawiając kalkulację w gestii wykonawców, jako ich uprawnienie i jednocześnie zobowiązanie, z uwzględnieniem indywidualnej strategii budowy ceny.

Z tego powodu zamawiający uznał, że ceny przedstawione przez wszystkich

wykonawców są wiarygodne, za zaproponowaną cenę wykonawca Halcrow ma możliwość wykonania zamówienia i nie zachodzą okoliczności zastosowania procedury z art. 90 Pzp. O czynności wyjaśniającej z art. 90 Pzp rozstrzyga zamawiający. Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zaistnieją wątpliwości co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok S.O. w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

W toku badania i oceny ofert, zamawiający nie powziął wątpliwości co do cen zaofertowanych ofertach. Analiza ofert przez porównanie cen ofert nie stwarzała zamawiającemu wątpliwości, nie tylko do samego powzięcia wątpliwości, ale i do wezwania wykonawców Halcrow i WYG do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Takie stanowisko, wbrew pozorom, potwierdza odwołujący, powołując się na swoje doświadczenie, rozeznanie rynku i wskazując, że cena realna za wykonanie zamówienia, to jest cena na poziomie 50-60% wartości szacunkowej zamówienia, co odpowiada stosunkowi procentowemu cen ofert wykonawców Halcrow i WYG do wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie udowodnił, aby zachodziły przesłanki z art. 90, czy też art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w odniesieniu do kwestionowanych ofert, wskazując, że w myśl wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07 - jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kc, zgodnie z którym udowodnienie faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Ad 2. Zarzut dotyczący nieujawnienia pełnej treści ofert złożonych przez Halcrow i WYG.

Zamawiający wskazał, że pismami z dnia 5 maja br. wzywał zarówno odwołującego, jak i wykonawców Halcrow i WYG do złożenia wyjaśnień podstaw utajnienia zastrzeżonych informacji. W odniesieniu do wykonawcy Halcrow, który utajnił dokument pn. Strategia Realizacji Projektu (podobnie zresztą jak odwołujący), zamawiający uzyskał stosowne wyjaśnienia podstaw jego utajnienia i uznał je za zasadne (pismo Halcrow z dnia 7 maja 2014 r.). Natomiast w odniesieniu do wykonawcy WYG zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę (pismem z dnia 5 maja br. i pismem z dnia 19 maja br.) w zakresie przedstawienia wyjaśnień zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W wyniku braku przedstawienia przez wykonawcę WYG do dnia 21 maja br. do godz. 12:00 wyjaśnień w zakresie utajonych stron oferty, tj. stron 109-119 (referencje z protokołami odbioru), zgodnie z pouczeniem zawartym w drugim piśmie z dnia 19.05.2014 r., zamawiający pismem z dnia 23 maja br., zawiadomił wykonawcę WYG o odtajnieniu zastrzeżonych przez niego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, elementów jego oferty. W zakresie utajonych stron oferty, tj. stron

12-18 (wykaz osób i podmiotów) i stron 120-128 (Strategia Realizacji Projektu) zamawiający uzyskał stosowne wyjaśnienia podstaw ich utajnienia i uznał je za zasadne. W świetle powyższego zamawiający uznał, że stawiane zarzuty odwołującego są niezgodne ze stanem faktycznym przebiegu postępowania i nie zasługują na ich uwzględnienie.

Ad 3. Zarzut dotyczący nie wykazania spełniania warunku doświadczenia (poz. 1 Wykazu zamówień) przez wykonawcę Halcrow).

Zamawiający nie podzielił zasadności zarzutu, wskazał, że wykonawca wykazał właściwie spełnianie warunku. W pkt 8.4.1 Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) wykonawca był zobowiązany do przedstawienia wykonania usługi co najmniej „(...) 1 studium wykonalności lub opracowania (rozpoczęcia i zakończenia) odpowiadającego swoim zakresem studium wykonalności, polegającego na ocenie i dostosowaniu technologii pracy stacji kolejowej oraz jej infrastruktury do aktualnej i prognozowanej infrastruktury rodzajowej ładunków obsługiwanych przez port morski. (...)”. Wskazane przez wykonawcę Halcrow zamówienie na rzecz zamawiającego zrealizowane w terminie 04.2011 r. - 08.2013 r., dotyczyło opracowania dokumentacji projektowych oraz przetargowej dla zadania „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Poru Gdańsk (most+dwutorowa linia kolejowa). W ramach zamówienia Halcrow dokonał m.in. aktualizacji Studium Wykonalności (wykonanego przez Halcrow i odebranego w 2009 r.) w zakresie analizy kosztów i korzyści modelu ekonomiczno-finansowego oraz wniosku o dofinansowanie z UE wraz z załącznikami. Z opisu przedmiotu tego zamówienia stanowiącego załącznik do umowy zawartej z zamawiającym w dniu 14 kwietnia 2011 r., wykonawca był zobowiązany do weryfikacji danych zawartych w Studium Wykonalności oraz uzyskania nowych danych, m.in. przez dokonanie pomiarów, badań i wizji lokalnych. Tym samym zamawiający potwierdził, bazując na swojej wiedzy popartej treścią zawartej umowy, jej zakresem oraz faktyczną jej realizacją, wykonanie zadania nr 1 wskazanego w Wykazie zamówień przez Halcrow, że odpowiada ono wymogom opisanym w ww. warunku udziału w postępowaniu i zostało wykonane należyście.

Zamawiający uznał, że wykonawca Halcrow wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w kwestionowanym zakresie, podnosząc, iż zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad 3. Zarzut dotyczący niewykazania posiadania potencjału kadrowego przez wykonawcę Halcrow.

Zamawiający wskazał, że na stanowisko Koordynatora branżowego w zakresie urządzenia zabezpieczenia i sterownia ruchem kolejowym, wymagał posiadania uprawnień bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji

i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Zamawiający podniósł, że obaj wykonawcy, tj. odwołujący i wykonawca Halcrow na przedmiotowe stanowisko wskazali osoby, które legitymowały się takimi samymi uprawnieniami w zakresie specjalności, tj. posiadali uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej. W toku badania i oceny ofert zamawiający skierował wezwania do złożenia wyjaśnień do obu wykonawców, w przedmiocie posiadanych uprawnień. W odpowiedzi na wezwania wykonawcy wyjaśnili, powołując się na te same akty prawne wydania uprawnień, że uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (co zostało dopuszczone przez zamawiającego) odpowiadają wymaganym przez zamawiającego aktualnym uprawnieniom dla Koordynatora branżowego w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterownia ruchem kolejowym.

Zamawiający powołał się na zasady postępowania wyrażone w art. 7 Pzp (zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców). Uznał, że w przypadku, gdy dwóch wykonawców przedstawia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu takie same dokumenty (w tym przypadku posiadane uprawnienia budowlane w danej specjalności) zamawiający, niezależnie od różnic w obszerności, czy szczegółowości złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień, jeśli uzna choćby wyjaśnienia jednego z wykonawców za zasadne, to kierując się zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, musi postępować i podejmować decyzje identyczne w odniesieniu do każdego z tych wykonawców. Zamawiający wskazał, że w analizowanym przypadku jest jasna sytuacja, gdyż chodzi o posiadanie uprawnień budowlanych do pełnienia określonych funkcji, dla których okoliczność złożenia mniej lub bardziej obszernych wyjaśnień nie zmienia stanu faktycznego posiadanych uprawnień budowlanych przez J. G., które są identyczne jak dla osoby przedstawionej przez odwołującego na to samo stanowisko.

Zamawiający stwierdził niezasadność zarzutu.

Ad 4. Zarzut dotyczący niewykazania przez Halcrow spełnienia wymogów w zakresie dokumentów dotyczących niekaralności osób.

Na okoliczność braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10-11 Pzp, Halcrow przedstawił dla każdego z członków zarządu stosowne oświadczenie złożone przed notariuszem. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego o możliwości pozyskania w Wielkiej Brytanii zaświadczenia o niekaralności dla potrzeb udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia od organu Disclosure and Barring Service jak i Disclosure Scotland, nie zgodził się również z poglądem wyrażonym w przywołanym w odwołaniu wyroku. Wskazał, że dysponuje dokumentem z Ambasady Wielkiej Brytanii w Warszawie, z którego wynika, że w tym kraju nie występuje żaden oficjalny dokument potwierdzający niekaralność członków

zarządu.

Podniósł, że kwestia formy przedstawiania zaświadczenia o niekaralności podmiotów w Wielkiej Brytanii była przedmiotem orzekania Izby m.in. w sprawie sygn. akt KIO 2250/11 z dnia 9 listopada 2011 r. W wyroku, po rozpoznaniu kwestii wystawiania zaświadczeń przez CriminalRecordsBureau (CRB) - stwierdzono, że dla potwierdzenia spełnienia wymogu żądania dokumentu o niekaralności, z racji braku odpowiednika do zaświadczenia wymaganego polskimi przepisami wystarczającym jest złożenie przed notariuszem oświadczenia. Zamawiający wskazał, że treść wyroku oraz przywołane w wyroku inne wyroki, mają zastosowanie do kwestii podnoszonej w odwołaniu.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność potwierdzenia swojego stanu wiedzy. Zamawiający bazując na swoim doświadczeniu i praktyce oraz dysponowanymi dokumentami stwierdził, że odwołujący nie udowodnił swojego stanowiska, a jego żądania wykluczenia wykonawcy Halcrow są bezzasadne i w związku z tym nie zasługują na uwzględnienie.

Ad 5. Zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunku doświadczenia (poz. 2 Wykazu zamówień) przez wykonawcę WYG.

Zamawiający uznał, że odwołujący skonstruował zarzut na błędnym poglądzie, iż z dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie zamówienia, musi wynikać zakres prac jakie zostały wykonane w ramach danego zamówienia. Zawartość dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie zamówienia, zgodnie z doktryną i orzecznictwem KIO, ma potwierdzić należyte wykonanie zamówienia i wystarczającym jest zawarcie w ich treści informacji, które pozwolą zamawiającemu na zidentyfikowanie danego dokumentu z zamówieniem wykazanym w wykazie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia wykonawcy WYG stanowiły wystarczającą podstawę do uznania wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w kwestii opracowania PFU i należytego wykonania zamówienia.

Dodatkowo, zamawiający powołując się na wykonanie czynności odtajnienia części oferty WYG, wskazał, że już od dnia przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, odtajnione referencje i protokoły odbioru przedstawione w ofercie WYG były jawne i odwołujący miał możliwość zapoznania się z kwestionowanymi dokumentami, czego nie uczynił.

Stwierdził, że odwołujący nie udowodnił swojego stanowiska, a jego żądania wykluczenia wykonawcy WYG są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego -HalcrowGroup Limited Elms House, 43 Brook Green, W6 7EF,

Londyn, działający przez HalcrowGroup Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie - w zgłoszeniu przystąpienia i w piśmie złożonym na rozprawie, wniósł o oddalenie odwołania podnosząc w zakresie swojej oferty argumentację zbieżną ze stanowiskiem zamawiającego.

W zakresie zarzutu Ad 3 załączył dowód: protokół odbioru z dnia 8.08.2013 r. potwierdzający wykonanie umowy nr 90/134/002/11/Z/I z dnia 14.04.2011 r. na wykonanie dokumentacji projektowych oraz dokumentacji przetargowej dla zadania „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk (most+dwutorowa linia kolejowa) - Prace Przygotowawcze, etapu VI obejmującego studium wykonalności stanowiące załącznik do Wniosku o dofinansowanie.

W zakresie uprawnień J. G. załączył -decyzję PIIB z dnia 24 lutego 2011 r., - stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 21.09.1981 r.

W zakresie zarzutu Ad 4 załączył: -zaświadczenie z Ambasady Wielkiej Brytanii z dnia 14.05.2010 r., -zaświadczenie z Ambasady Wielkiej Brytanii z dnia 04.06.2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący, kwestionując oferty obu wykonawców -Halcrow i WYG - odpowiednio ofertę wybraną i ofertę z drugą pozycją w rankingu ofert, a więc oferty bezpośrednio sklasyfikowane przed ofertą odwołującego (trzecia pozycja), spełnia przesłanki materialnoprawne wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca HalcrowGroup Limited Elms House, 43 Brook Green, W6 7EF, Londyn, działający przez HalcrowGroup Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, wobec skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Na rozprawie odwołujący odstąpił od popierania zarzutu zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy WYG w zakresie, w jakim zamawiający dokonał odtajnienia oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia - str. od 109 do 119 - referencje z protokołami odbioru oraz odstąpił od popierania zarzutów w zakresie zaniechania przez zamawiającego żądania wyjaśnień od obu wykonawców w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Rozpoznając odwołanie w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), Izba ustaliła, że zarzuty odwołania dotyczą:

1) naruszenia przepisów art. 89 ust. 4 w zw.z art. 90 Pzp przez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej, czy oferty wykonawców Halcrow i konsorcjum WYG zawierają rażąco niską cenę oraz odrzucenia ofert tych wykonawców, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek rażąco niskich cenw stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) naruszenia art. 8 w zw. z art. 7 oraz art. 87 Pzp przez nieujawnienie pełnej treści ofert wykonawców konsorcjum WYG oraz Halcrow w przedmiocie Strategii Realizacji Projektu i w ofercie WAG dodatkowo wykazu osób i podmiotów przewidzianych do realizacji zamówienia, załącznik nr 5 do SIWZ. Wobec odstąpienia (na skutek uzyskanych informacji z odpowiedzi zamawiającego na odwołanie) od popierania zarzutów zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy WYG w zakresie, w jakim zamawiający dokonał odtajnienia oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia - str. od 109 do 119 - referencjez protokołami odbioru oraz zarzutów w zakresie zaniechania przez zamawiającego żądania wyjaśnień od obu wykonawców w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzut ten stał się bezprzedmiotowy w tym zakresie;

3) naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Halcrow, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek;

4) naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z § 3 ust. 4 oraz z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Halcrow z postępowania, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu;

5) naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum WYG, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek.

W wyniku oceny materiału dowodowego, Izba oddaliła odwołanie wobec nie wykazania przez odwołującego okoliczności, o których stanowi przepis art. 192 ust. 2 Pzp- naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad 1. Naruszenie przepisów art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 Pzp przez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej, czy oferty wykonawców Halcrow i konsorcjum WYG zawierają rażąco niską cenę oraz odrzucenia ofert tych wykonawców, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu wartość szacunkową zamówienia, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wskazując kwotę 5 166 000,00 zł brutto (opis z odwołania), co sugeruje, że chodzi o kwotę, jaką zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, przeznaczoną na realizację zamówienia, która nie w każdym przypadku jest kwotą wynikającą z wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością, powiększoną o kwotę podatku VAT.

Z zestawienia odwołującego wynika, że stosunek procentowy cen dwóch kwestionowanych ofert do wskazanej w odwołaniu kwoty zamawiającego, wynosi odpowiednio - oferta Halcrow 41,19%, WYG 44,52%. Stosunek procentowy ceny oferty odwołującego został wskazany orientacyjnie, jako 50-60% wartości szacunkowej zamawiającego.

Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie oszacowaną wartość zamówienia na kwotę 3 600 000,00 zł netto, co po uwzględnieniu kwoty podatku VAT, stanowi kwotę 4 428 000,00 zł brutto, wskazując, że oszacował wartość zamówienia zgodnie z art. 32 ust. 1 w zw. z art. 35 ust. 1 Pzp, na podstawie Katalogu Cen Robót Kolejowych, Tramwajowych wydawnictwa Bistyp.

Stosunek procentowy cen ofert do wartości przedmiotu zamówienia, według zamawiającego, wynosił około: oferta wybrana 48%; oferta druga w kolejności 52%; oferta odwołującego 65%, pozostałe oferty 66%; 69%; 87%.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że zwrócenie się do wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty występuje wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości co do ceny oferty. Zamawiający nie miał wątpliwości mając na uwadze, że ceny wszystkich ofert zostały skalkulowane poniżej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością, niekwestionowanej przez wykonawców. Istotny wpływ na ceny ofert miały autorskie opracowania wykonawców - Strategia Realizacji Projektu (kryterium oceny ofert o znaczeniu 40%, cena o znaczeniu 60%), aczkolwiek trzej pierwsi wykonawcy (dwie kwestionowane oferty i oferta odwołującego) uzyskali maksymalne ilości punktów w kryterium Strategii.

Izba uznała za przekonujące uzasadnienie zamawiającego, że różnice pomiędzy

cenami poszczególnych ofert, a przedmiotem zamówienia w tej sprawie, są dopuszczalne. Wobec braku zdefiniowania pojęcia ceny rażąco niskiej w ustawie Pzp, jak też w unormowaniach prawa unijnego, ocena czy cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej odbywa się z uwzględnieniem okoliczności istotnych dla ocenianego postępowania.

Zgodnie z cytowanym przez zamawiającego orzeczeniem ETS, wyznaczającym w tej kwestii standard, przyjmuje się za niedopuszczalne, automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niską cenę poniżej pewnego poziomu. W prawie krajowym jak też unijnym nie wskazano, z oczywistych przyczyn, procentowego progu ustalania poziomu ceny uzależniającego podejmowanie określonych czynności przez zamawiającego.

Porównanie cen ofert w tym postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o kwotę podatku VAT, wskazuje różnicę najtańszej oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia powyżej 40%, zatem trudno jest uznać czynność zamawiającego za niezasadną, że biorąc pod uwagę jedynie arytmetyczne porównanie cen ofert, nie zakwalifikował żadnej z ofert jako stwarzającej wątpliwość co do ustalonej ceny oferty, wskazującej na rażące jej zniżenie.

Również samo porównanie ceny oferty wybranej do cen pozostałych ofert, przedstawiająca się procentowo - około: 92% ceny drugiej oferty; 73% ceny trzeciej i czwartej oferty; 70% ceny piątej oferty; 55% ceny szóstej oferty, nie stanowi podstawy do uznania, że ceny dwóch pierwszych ofert noszą znamiona cen rażąco niskich.

Słusznie zamawiający wskazał, że o czynności wyjaśniającej z art. 90 Pzp rozstrzyga zamawiający. Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zaistnieją wątpliwości co do tego, czy cena nie jest rażąco niska.

Przywołane w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwo, znajduje potwierdzenie w jednym z ostatnich orzeczeń - w wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13 Sąd Okręgowy w Poznaniu wskazał: z literalnego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty wyłącznie w przypadku, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania, w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, uzasadnione jest podejrzenie, iż zaproponowana przez wykonawcę cena jego oferty jest rażąco nieadekwatna do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Ustalenia zamawiającego mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej oferty złożonej w tym

postępowaniu. Prawo żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowi kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w świetle przepisu art. 7 ustawy Pzp wskazującego na wyłączną kompetencję zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający potwierdził w toku składanych wyjaśnień na rozprawie, że wobec zaferowania indywidualnych rozwiązań w Strategiach Realizacji Projektów, utajnionych przez wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu i uznaniem przez zamawiającego - na podstawie złożonych wyjaśnień - zasadności zastrzeżenia przez każdego z wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa, brak było jakichkolwiek podstaw do podejrzenia, że ceny ofert wykonawców noszą znamiona ceny rażąco niskiej.

Odwołujący, kwestionujący ocenę zamawiającego w przedmiocie oceny korzystania z uprawnienia wynikającego z art. 90 ust. 1 Pzp, obciążony jest obowiązkiem udowodnienia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 190 ust. 1 Pzp, podobnie w art. 6 Kc).

Odwołujący nie przedstawił dowodu na tę okoliczność, wskazując jedynie porównanie arytmetyczne cen ofert złożonych w postępowaniu. Nie udowodnił tezy postawionej w odwołaniu, że ceny ofert wykonawców to ceny niewiarygodne, znacząco odbiegające od cen przyjętych na rynku, wskazujące na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów usługi. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę - wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07.

Słusznie przystępujący podniósł, że odwołujący zarzucając naruszenie przepisu nakazującego odrzucenie oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie wskazał chociażby minimalnej ceny, za jaką możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający oczekiwaniom zamawiającego, z uwzględnieniem możliwości konkretnego wykonawcy.

Z przedstawionego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że w przypadku zaferowania przedmiotu zamówienia o rozwiązaniach indywidualnych o charakterze autorskim, jak w tym postępowaniu, ceny ofert są znacznie zróżnicowane, zarówno w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak też ofert innych wykonawców.

Kwestionowane ceny ofert są niższe od ceny przedmiotu zamówienia, niższe też od ceny oferty odwołującego, jednak z przedstawionego materiału dowodowego nie wynika, że ceny są rażąco niskie w rozumieniu przepisów Pzp.

Izba uznała, że brak jest podstaw by przyjąć, że odwołujący udowodnił naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp, przez nie podjęcie czynności wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, czy też przez nieodrzućenie ofert, którym zarzucił rażąco niski poziom cen w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ad 2. Naruszenie art. 8 w zw. z art. 7 oraz art. 87 przez nieujawnienie pełnej treści ofert wykonawców konsorcjum WYG oraz Halcrow w przedmiocie Strategii Realizacji Projektu i w ofercie WAG dodatkowo wykazu osób i podmiotów przewidzianych do realizacji zamówienia, załącznik nr 5 do SIWZ.

Wobec odstąpienia (na skutek uzyskanych informacji z odpowiedzi zamawiającego na odwołania) od popierania zarzutów zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy WYG w zakresie, w jakim zamawiający dokonał odtajnienia oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia - str. od 109 do 119 - referencje z protokołami odbioru oraz zarzutów w zakresie zaniechania przez zamawiającego żądania wyjaśnień od obu wykonawców w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzut ten stał się częściowo bezprzedmiotowy, w pozostałej części bezzasadny.

Zamawiający wezwał pismami z dnia 5 maja 2014 r. wykonawców Halcrow i WYG do złożenia wyjaśnień w przedmiocie utajnienia zastrzeżonych informacji w ofertach. W odniesieniu do wykonawcy Halcrow, który utajnił dokument pn. Strategia Realizacji Projektu, zamawiający uzyskał wyjaśnienie (pismo Halcrow z dnia 7 maja 2014 r.) i uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za zasadne. W odniesieniu do wykonawcy WYG zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę (pisma z dnia 5 i z dnia 19 maja 2014 r.) do złożenia wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w efekcie odtajnił część oferty wykonawcy strony 109-119 (referencje z protokołami odbioru). Uznał jednocześnie za zasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie utajonych stron oferty 12-18 (Wykaz osób i podmiotów) i stron 120-128 (Strategia Realizacji Projektu), po uzyskaniu stosownych wyjaśnień.

Oceniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Izba wskazuje, że zgodnie z art. 8 ust. 3 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 wnioskowo dopuszczenie do udziału

w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Zatem, pozostałe elementy oferty wykonawcy może zastrzec, o ile zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Każdy wykonawca ma możliwość podjęcia czynności w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w swojej ofercie. W każdym z tych przypadków ocena zasadności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy, dokonywana jest indywidualnie w określonym zakresie i w odniesieniu do konkretnych danych w sprawie (m.in. wyrok Izby z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1498/10).

W uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, wskazującej czynności zamawiającego w przedmiocie badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Sąd Najwyższy stwierdził (numeracja przepisów obowiązująca w dacie podjęcia uchwały), że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa mogą być też informacje lub dokumenty wymagane na podstawie przepisów w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 Pzp, i to bez względu na to, czy zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania).

Na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia weryfikacji skuteczności zastrzeżenia. Procedura dokonania weryfikacji oraz czas, sposób i ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zostały pozostawione zamawiającemu.

W ocenie Izby, znaczenie ma poprawne zakwalifikowanie informacji zastrzeżonych w kontekście spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem 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 poufności. Przyjmuje się, że informacja ma charakter

technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą, to w szczególności informacje handlowe. Istotą informacji jest też poufność, tj. nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Ponadto zastrzegający tajemnicę musi wykazać, że podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji.

Z okoliczności sprawy wynika, że zamawiający słusznie uznał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do Strategii Realizacji Projektu w ofertach wykonawców, która stanowi istotne ustalenia zawierające *knowhow* przedsiębiorstwa i zasługuje na prawne chronienie informacji w niej zawartych. W ofercie wykonawcy WYG także utrzymano zastrzeżenie - załącznik nr 5 do SIWZ Wykaz osób i podmiotów, uznając wyjaśnienia wykonawcy za uzasadnione.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów wskazanych w tym zarzucie przez nieuwzglębnienie pełnej treści ofert wykonawców Halcrow i WYG, w sytuacji, gdy potwierdził na rozprawie, że nie występował do zamawiającego o odtajnienie ofert, a do części nieujawnionych miał nieograniczony wgląd, aczkolwiek po wyborze najkorzystniejszej oferty i odtajnieniu części oferty WYG, formułując zarzuty przeciwko ofercie, nie korzystał z możliwości wglądu. Odwołujący podkreślał przede wszystkim kwestię utrzymania przez zamawiającego zastrzeżenia bez weryfikacji zasadności objęcia informacji klauzulą tajemnicy oraz braku żądania wyjaśnień w tym zakresie. Zarzut ten okazał się bezpodstawny i wynikający z braku znajomości dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego.

Izba podziela pogląd przedstawiony w wyroku z dnia 31 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1151/13 i KIO 1164/13, dotyczący oceny zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę: (...) „mimo, że w obszarze zamówień publicznych po podjęciu przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) ukształtowała się praktyka, zgodnie z którą zamawiający jest zobowiązany do zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy, to jednak przepisy ustawy nie statuują takiego obowiązku. Zamawiający może zatem dokonując oceny zastrzeżenia oprzeć się na kwalifikacji własnej lub zwrócić się do wykonawcy z wykorzystaniem odpowiednio, w zależności od rodzaju zastrzeżonej informacji, z art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 Pzp. Dostrzec trzeba jednak, że przywołane przepisy konstytuują uprawnienie, nie zaś obowiązek zamawiającego. Stąd zaniechanie

zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.”

Ad 3. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Halcrow, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek.

1.W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający opisał w pkt 8.4.1 Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) wymóg przedstawienia wykonania usługi co najmniej „(...) 1 studium wykonalności lub opracowania (rozpoczęcia i zakończenia) odpowiadającego swoim zakresem studium wykonalności, polegającego na ocenie i dostosowaniu technologii pracy stacji kolejowej oraz jej infrastruktury do aktualnej i prognozowanej infrastruktury rodzajowej ładunków obsługiwanych przez port morski. (...)”.

Wykonawca Halcrow wskazał w załączniku nr 4 do SIWZ w poz. 1 (Wykaz usług) zamówienie zrealizowane na rzecz zamawiającego w terminie 04.2011 r. - 08.2013 r., dotyczące opracowania dokumentacji projektowych oraz przetargowej dla zadania „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Poru Gdańsk (most+dwutorowa linia kolejowa) - Prace przygotowawcze”.

Zamawiający, jako podmiot, na rzecz którego wskazane zamówienie zostało wykonane, winien był dokonać oceny wykonania zamówienia z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (§ 1 ust. 3 - w przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2).

Zamawiający wezwał wykonawcę pismem z dnia 07.05.2014 r. na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień, wykonawca składając wyjaśnienia z dnia 09.05.2014 r. załączył niewłaściwy protokół odbioru z dnia 4 grudnia 2009 r. Zamawiający i przystępujący (wykonawca Halcrow) zgodnie potwierdzili na rozprawie, że wezwanie wykonawcy nie znajdowało uzasadnienia w okolicznościach sprawy oraz załączony protokół dotyczył robót wykonanych przez tego samego wykonawcę na rzecz tego samego zamawiającego, co czyniło zbędnym załączenie jakiegokolwiek protokołu, zwłaszcza innego protokołu załączonego omyłkowo.

Odwołujący skonstruował zarzut wyłącznie w zakresie omyłkowego protokołu, nie kwestionując co do zasady wykazania spełnienia warunku

(w odwołaniu wskazał - usługa realizowana na rzecz zamawiającego w okresie od kwietnia 2011 r. do sierpnia 2013 r. - o zakresie odpowiadającym wymogowi opisanemu w pkt 8.4.1 IDW - str. 9).

Złożony przez przystępującego protokół odbioru z dnia 8.08.2013 r. potwierdzający wykonanie umowy nr 90/134/002/11/Z/I z dnia 14.04.2011 r. na wykonanie dokumentacji projektowych oraz dokumentacji przetargowej dla zadania „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk (most+dwutorowa linia kolejowa) - Prace Przygotowawcze,” etapu VI obejmującego studium wykonalności stanowiące załącznik do Wniosku o dofinansowanie, z którego wynika należyte wykonanie zamówienia, nie został podważony przez odwołującego.

Zamawiający, na rzecz którego została wykonana usługa potwierdzająca posiadanie wiedzy i doświadczenia, potwierdził należyte wykonanie usługi w wymaganym zakresie.

Omyłkowe załączenie protokołu, w sytuacji, gdy wykonawca nie był zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, nie może stanowić o zasadności zarzutu

2. Zamawiający wymagał od osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora branżowego w zakresie urządzenia zabezpieczenia i sterownia ruchem kolejowym, posiadania uprawnień bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

W załączniku nr 5 w poz. 3 wykonawca Halcrow przedstawił do pełnienia tej funkcji J. G. - inż. elektroniki, przygotowanie zawodowe - uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji projektanta w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego, specjalność: łączność, automatyka i telemechanika, wydane 21.09.1081 r., na podstawie § 13 ust. 1 pkt 4 lit. e rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. nr 8 poz. 46).

W toku badania i oceny ofert zamawiający skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie posiadanych uprawnień (05.05.2014 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp).

Zamawiający po uwzględnieniu wyjaśnień z dnia 09.05.2014 r. uznał, że uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (możliwość dopuszczona przez zamawiającego), odpowiadają wymaganym przez zamawiającego aktualnym uprawnieniom dla Koordynatora branżowego w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterownia ruchem kolejowym.

Analogiczne postępowanie zamawiający przeprowadził w stosunku do

odwołującego, który wskazał do pełnienia funkcji również osobę o uprawnieniach budowlanych uzyskanych na tej samej podstawie prawnej (fakt przyznany przez odwołującego na rozprawie).

Mając na uwadze zasady postępowania wyrażone w art. 7 Pzp, zamawiający uznał, że obaj wykonawcy, tj. odwołujący i wykonawca Halcrow wskazali na stanowisko osoby, które legitymowały się takimi samymi uprawnieniami w zakresie specjalności, tj. posiadali uprawnienia budowlane specjalności instalacyjno-inżynierskiej, zatem niezależnie od różnic w obszerności, czy szczegółowości złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień, podjął decyzje identyczne w odniesieniu do każdego z tych wykonawców.

Składając na rozprawie stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 21.09.1981 r. dotyczące J. G., decyzję PIIBz 24.02.2011 r. i zaświadczenie Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z 13.08.2013 r., potwierdzające członkostwo J. G. w tej Izbie oraz plik dokumentów - protokół odbioru dokumentacji projektowej DP-01/04/2014 za okres 20.11.2013 do 30.04.2014, sporządzony 30.04.2014 r. wraz z załącznikami, przystępujący potwierdził korzystanie z uprawnień budowlanych przez J. G. w zakresie uznanym przez zamawiającego.

W okolicznościach sprawy Izba nie stwierdziła podstaw, by uznać za zasadny zarzut kwestionujący uprawnienia budowlane, nie na podstawie ich treści (zakresu) lecz wyjaśnień wykonawcy, w sytuacji posługiwania się przez odwołującego osobą o takich samych uprawnieniach.

Ad 4. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z § 3 ust. 4 oraz z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Halcrow z postępowania, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Na okoliczność braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 10-11 Pzp (pkt 9.3.2 w zw. z pkt 9.1.2 IDW), Halcrow przedstawił dla każdego z członków zarządu stosowne oświadczenie złożone przed notariuszem (Wielka Brytania).

Odwołujący wskazując na wyjątkowość potwierdzania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sposób, z którego korzystał wykonawca Halcrow i brak ze strony wykonawcy uzasadnienia skorzystania z wyjątku, stwierdził na podstawie posiadanej wiedzy, że w Wielkiej Brytanii wydawane są urzędowe

zaświadczenia niekaralności, odpowiednia instytucja to Disclosure and Barring Service jak i Disclosure Scotland (wskazująca, czy dana osoba była karana, czy nie).

Dodatkowo powołał się na wyrok z dnia 9 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2781/11 wskazujący, że umocowanym do tego typu działań jest Criminal Records Bureau (CRB). Wydawany jest tzw. Standard CRB check i Enhanced CRB check. Pierwszy jest zaświadczeniem, w którym zawarte są m.in. informacje o odbytych wyrokach skazujących. Enhanced CRB check jest zaświadczeniem o niekaralności wyższego stopnia, potrzebnym do wykonywania niektórych zajęć zawodowych.

Zamawiający nie godząc się ze stanowiskiem odwołującego o możliwości pozyskania w Wielkiej Brytanii zaświadczenia o niekaralności dla potrzeb udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia od organu Disclosure and Barring Service, jak i Disclosure Scotland, wskazał, że dysponuje dokumentem z Ambasady Wielkiej Brytanii w Warszawie, z którego wynika, że nie występuje w tym kraju żaden oficjalny dokument potwierdzający niekaralność członków zarządu.

Podniósł, że kwestia formy przedstawiania zaświadczenia o niekaralności podmiotów w Wielkiej Brytanii była przedmiotem orzekania Izby m.in. w sprawie sygn. akt KIO 2250/11 z dnia 9 listopada 2011 r. W wyroku, po rozpoznaniu kwestii wystawiania zaświadczeń przez Criminal Records Bureau (CRB) - stwierdzono, że dla potwierdzenia spełnienia wymogu żądania dokumentu o niekaralności, z racji braku odpowiednika do zaświadczenia wymaganego polskimi przepisami wystarczającym jest złożenie przed notariuszem oświadczenia.

Przystępujący złożył zaświadczenia z Ambasady Wielkiej Brytanii z dnia 14.05.2010 r. i z dnia 04.06.2014 r., których treść należy uznać, jako potwierdzającą stanowisko zamawiającego i przystępującego, przedstawione na str. 7-8 pisma procesowego przystępującego z dnia 23.06.2014 r.

Na uwagę zasługuje podnoszony przez zamawiającego i przystępującego brak jakichkolwiek dowodów ze strony odwołującego na okoliczność potwierdzenia przedstawianego stanowiska.

Izba oceniając czynność zamawiającego, na podstawie przeprowadzonych dowodów zawnioskowanych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, uznała za zasadne stanowisko wywiedzione z dokumentów złożonych przez przystępującego z uwzględnieniem poglądu przedstawionego w sprawie sygn. akt KIO 2250/11 z dnia 9 listopada 2011 r.

Ad. 5. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum WYG, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek.

Izba uznała zarzut za pozbawiony uzasadnienia. Odwołujący poddał w wątpliwość potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej w poz. 2 zał. nr 5 do oferty wykonawcy WYG, przedstawionej na potwierdzenie spełniania wymogów opisanych w pkt 8.4.1 IDW, a mianowicie, czy usługa ta obejmowała opracowanie Programu-Funkcjonalno-Użytkowego.

Zamawiający uznając, że wyjaśnienia wykonawcy WYG stanowiły wystarczającą podstawę do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w kwestii opracowania PFU i należytego wykonania zamówienia, potwierdził pozytywną ocenę tej oferty.

Dodatkowo, powołując się na wykonanie czynności odtajnienia części oferty WYG, wskazał, że już od dnia przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, odtajnione referencje i protokoły odbioru przedstawionej ofercie WYG, były jawne i odwołujący miał możliwość zapoznania się z kwestionowanymi dokumentami, czego nie uczynił.

Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego, uznając zarzut za bezpodstawny.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w tym naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów prawnych, zatem oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zasądzając na rzecz zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, z ograniczeniem zasądzonej kwoty do 3 600 zł, zgodnie z przepisami rozporządzenia.

Przewodniczący: