

Sygn. akt: KIO 2692/15

**WYROK**  
**z dnia 22 grudnia 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2015 r. przez Odwołującego **Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Jagiellońskiej 88, B51 BC, lok. 36, 03-215 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych**, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Szyszkowej 34, 02-285 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

wykonawcy **Schuessler-Plan Inżynierzy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowskiej 12/14, 02-495 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Getinsa Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Nowogrodzkiej 31, 00-511 Warszawa (Lider), **Getinsa – Payma S.L.** z siedzibą w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid (Hiszpania), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą 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 Odwołującego Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego Zakładów Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawy, Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, na *pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami związanymi z realizacją zadania inwestycyjnego pn. modernizacja ciągu ul. Marsa – Żołnierska na odcinku węzeł Marsa – granica miasta – etap II* (nr postępowania ZP/7/PN/7/15), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 132-243582 w dniu 11.07.2015 r., wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zostało wniesione w dniu 11 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. (sygn. akt KIO 2692/15). Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 02.12.2015 r.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili w dniu 17 grudnia 2015 r. wykonawcy: TPF Sp. z o.o., Schuesser-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Getinsa.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, przed otwarciem rozprawy w dniu 21.12.2015 r., dopuściła przystępujących do postępowania odwoławczego w charakterze jego uczestników.

Odwołujący – Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako ZBM), zaskarżył czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

- wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie mimo tego, że oferta wykazuje cechy oferty z rażąco niską ceną, za którą nie jest możliwe rzetelne wykonanie zamówienia;
- braku odtajnienia wyjaśnień, jakie zostały złożone na wezwanie Zamawiającego przez wykonawców: Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A., TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynierzy Sp. z o.o.;
- braku odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. mimo, że oferta tego wykonawcy wykazuje cechy oferty z rażąco niską ceną, za którą nie jest możliwe rzetelne wykonanie zamówienia;
- braku odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A., TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynierzy Sp. z o.o. mimo tego, iż oferty te wykazują cechy ofert z rażąco niską ceną, za którą nie jest możliwe rzetelne wykonanie zamówienia;

- braku przyznania ofercie Odwołującego odpowiedniej ilości punktów, stosownie do kryteriów oceny ofert przyjętych w Postępowaniu;
- braku udostępnienia Odwołującemu protokołu z oceny ofert, w szczególności protokołu zawierającego ocenę punktową w zakresie metodyki realizacji zamówienia oraz organizacji zespołu inżyniera stosownie do kryteriów oraz podkryteriów oceny przyjętych w Postępowaniu.

W związku z zaskarżonymi czynnościami i wskazanymi zaniechaniami Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 8 ust. 1, 2 i 3 poprzez brak ujawnienia informacji zawartych w pismach wykonawców: Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A., TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynierzy Sp. z o.o., stanowiących wyjaśnienia złożone Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 mimo, iż przynajmniej część z tych informacji nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również pomimo, iż wykonawcy nie zdołali wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz poprzez brak ujawnienia szczegółowego protokołu z oceny ofert, w szczególności protokołu zawierającego ocenę punktową w zakresie metodyki realizacji zamówienia oraz organizacji zespołu inżyniera stosownie do kryteriów i podkryteriów oceny przyjętych w Postępowaniu;
2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 przez brak odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o. mimo tego, iż ocena wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę uzasadnia wnioski, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także mimo tego, iż wykonawca ten nie złożył Zamawiającemu żadnych dowodów na potwierdzenie swych wyliczeń. Zarzut analogiczny Odwołujący stawia w odniesieniu do ofert wykonawców Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A., TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynierzy Sp. z o.o.;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z postanowieniami rozdziału XVI siwz poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej i nieprzyznanie ofercie Odwołującego odpowiedniej ilości punktów stosownie do kryteriów oceny;
4. art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji wskutek nieprawidłowego utajnienia przynajmniej części informacji znajdujących się w pismach wykonawców stanowiących odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, poprzez brak udostępnienia szczegółowego protokołu z oceny ofert, w szczególności protokołu zawierającego ocenę punktową w zakresie metodyki realizacji zamówienia oraz organizacji zespołu inżyniera stosownie do kryteriów i podkryteriów oceny przyjętych w Postępowaniu, poprzez brak odrzucenia ofert wykonawców, którzy nie zdołali wykazać, iż zaofferowana cena była prawidłowa i

by możliwe było wykonanie za nią przedmiotowego zamówienia oraz brak przyznania Odwołującemu odpowiedniej ilości punktów w ramach przyjętych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (TPF Sp. z o.o.), odrzucenia oferty Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o., odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców: Halcrow Group Limited, ECM Group Polska s.A., TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o., w takim zakresie w jakim Izba uzna, iż nie podlegają one utajnieniu, udostępnienia szczegółowego protokołu z oceny ofert, dokonania badania i oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na wysokość zaoferowanych cen w postępowaniu, wynoszących od 2.351.022,02 zł (TPF) do 6.777.300,00 zł. (Bud-Invent Sp. z o.o.), przy budżecie Zamawiającego wynoszącym 6.110.000,00 zł. brutto. Odwołujący przedstawił zestawienie cen z którego wynika, iż dwie kwestionowane oferty zakładały wykonanie zamówienia za kwoty poniżej 2.500.000,00 zł, w czterech kolejnych zaoferowano ceny w okolicy 3.500.000,00 zł., dalsze oferty opiewały na kwoty około 5 mln (dwie oferty) i najdroższa przekraczała kwotę 6.500.000,00 zł. Wobec tego oferty poszczególnych wykonawców odbiegały od tego szacunku na poziomie od 61,52%, 59,30 %, 53,95%, 42,89%, 42,23%, 41,68%, 19,11%, 17,09%.

Odwołujący nie uzyskał dostępu do wyjaśnień złożonych przez wykonawców: Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A., TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o., jak również dostępu do protokołu z oceny ofert, który przedstawiałby konkretną liczbę punktów przyznaną w ramach poszczególnych podkryteriów, również za działania opisane w metodyce przez Odwołującego (w rozmowie telefonicznej w dniu 10.12.2015 r.).

#### **I. zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.**

W ocenie Odwołującego wykonawca TPF Sp. z o.o. nie wykazał, iż dokonane przez niego zastrzeżenie informacji ma swoje uzasadnione podstawy. Nie wykazał charakteru zastrzeganej informacji, a przede wszystkim nie wykazał, by podjął jakiegokolwiek kroki w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Skoro wyjaśnienia, zdaniem TPF Sp. z o.o., przedstawiają elementy strategii wyceny, to w pozostałym zakresie, podlegały ujawnieniu. Zamawiający nie może w sposób automatyczny i bezrefleksyjny przyjmować zastrzeżeń dokonywanych przez wykonawców, jeśli nie są one poparte stosownym wywodem, a także odpowiednimi dowodami. Zadaniem Zamawiającego jest przede wszystkim dbałość o przestrzeganie w toku postępowania podstawowych jego zasad, do których z pewnością należy zasad jawności postępowania.

W odniesieniu do wyjaśnień pozostałych wykonawców Odwołujący nie może przedstawić precyzyjnego wyводу, gdyż nie zostały one w żadnym fragmencie udostępnione Odwołującemu. Ogólnie wskazał, iż przedmiotem ochrony na gruncie art. 8 ust. 3 Pzp nie są dokumenty stanowiące nośnik informacji, lecz konkretne informacje zawarte w poszczególnych dokumentach. Nie jest w praktyce możliwe, ani spotykane, by wszystkie informacje zawarte w poszczególnych dokumentach zasługiwały na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ramach podniesionych zarzutów Krajowa Izba Odwoławcza będzie mogła dokonać kontroli skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a także ich charakteru.

Ponieważ Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu protokołu z oceny ofert według podkryteriów wskazanych w siwz, nawet w zakresie oceny dotyczącej oferty Odwołującego, Odwołujący nie miał realnej możliwości zweryfikowania, czy w sposób prawidłowy dokonano oceny jego oferty. Odwołujący wskazał, iż różnica punktowa pomiędzy jego ofertą, a ofertą wybraną wynosi obecnie 14,24 pkt. Natomiast w ramach kryterium „metodyka realizacji zamówienia” Odwołujący mógłby uzyskać jeszcze 18,17 punktu, a w ramach kryterium „organizacja zespołu inżyniera” 8,66, co łącznie daje ilość możliwych do zdobycia dodatkowo punktów 26,83 pkt. Brak wiedzy co do sposobu przeprowadzonej oceny uniemożliwia Odwołującemu dokonanie prawidłowej kontroli czynności Zamawiającego.

## **II. zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.**

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. potwierdzają, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska. Wykonawca ograniczył się jedynie do złożenia lakonicznych wyjaśnień oraz złożenia nieprawdopodobnej kalkulacji, natomiast nie złożył żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń (do złożenia których był wezwany przez Zamawiającego). Brak takich dowodów nie dawał Zamawiającemu odpowiednich narzędzi do zweryfikowania rzetelności złożonych wyjaśnień. Wykonawca ten odwołuje się do rzekomej oszczędności metody wykonania, lecz nie przedstawia na czym ta metoda miałby polegać. Doświadczenie w realizacji podobnych usług ma każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu, nie jest to więc żaden element oszczędnej metody wykonania. Każdy podmiot realizujący zamówienie publiczne potrafi w sposób najbardziej efektywny gospodarować swymi zasobami więc i ten aspekt nie może stanowić o oszczędności metody wykonania zamówienia. Postawione przez Zamawiającego warunki (rozdział VI siwz, w szczególności pkt 1.2 i 1.3) obligowały oferentów do posiadania wiedzy i doświadczenia, co stwarza równe szanse w kalkulacji wszystkich ofert. Jednocześnie wskazuje, że wiedza i doświadczenie powinny być gwarantem właściwego nadzoru, a cena powinna wynikać z zakresu prac nim objętych. Stąd

za właściwy wskazuje wniosek, odwrotny do założonego przez Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., iż większa wiedza i doświadczenie poszczególnych ekspertów wpływają na koszty wykonania zamówienia poprzez ich zwiększenie i przekładają się na wyższą cenę. Również koszty stałe nie mogły uzasadniać tak dużej różnicy w cenach. Wyjątkowo sprzyjającym warunkiem nie może być również okoliczność wykonywania innego zamówienia, a wykonawca nie był uprawniony do przyjęcia założenia, iż część zespołu będzie mogła być wykorzystana do realizacji dwóch zamówień. Z opisu przedmiotu zamówienia wynika bowiem obowiązek zaplanowania prac ekspertów w zgodzie z harmonogramem prac budowlanych, który dopiero powstanie, a wykonawca nie będzie miał prawa domagać się dostosowania harmonogramu do własnych zasobów ludzkich i sprzętowych. Może się zatem okazać, że oba zadania będą wykonywane równolegle w tym samym czasie. Zamawiający wymaga, by godziny pracy inspektorów nadzoru były dostosowane do godzin pracy wykonawcy robót budowlanych. wymagane jest też, by inspektorzy nadzoru poszczególnych branż byli obecni na budowie codziennie w czasie wykonywania robót w ich branżach w godzinach dostosowanych do potrzeb budowy. § 10 ust. 1 projektu umowy zabrania wręcz podejmowania przez Zespół Nadzoru pracy kolidującej z realizacją umowy. Niewiarygodnie brzmią twierdzenia Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. w odniesieniu do znajomości infrastruktury technicznej, a poza tym nie wiadomo w jaki sposób miałyby się to przełożyć na wykonanie zamówienia. Nie jest też jasne co wykonawca rozumie poprzez znajomość lokalnych procedur oraz terminów. Odwołujący nie widzi związku pracy w wymienionych trzech województwach (Świętokrzyskie, Lubuskie i Mazowieckie) ze znajomością miejscowych warunków związanych z lokalizacją zamówienia (ul. Żołnierska). Ponadto Odwołujący wskazał na ogólnikowych charakter wyjaśnień, w których nie wykazano w jaki konkretnie sposób okoliczności powoływane przez wykonawcę, wymienione w piśmie z dnia 15.09.2015 r. wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny. W ocenie Odwołującego założenie przyjęte przez wykonawcę, iż projekt będzie trwał jedynie 26 miesięcy (wskazany przez Zamawiającego jako hipotetyczny) nie uwzględnia ryzyka opóźnienia w wykonywaniu prac budowlanych i nie uwzględnia maksymalnego okresu świadczenia usługi określonego w pkt V.2 siwz na 122 miesiące. Odwołujący przywołał tezy z orzeczeń Izby wskazujące na niewystarczalność wskazania w wyjaśnieniach wyliczenia przykładowych czynników mających mieć wpływ na wysokość ceny (wyrok z 28.02.2012 r., sygn. akt KIO 314/12; KIO 882/12; wyrok z 14.06.2011 r. sygn. akt KIO 1124/11; wyrok z 25.11.2010 r., sygn. akt KIO 2465/10). Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, bowiem ocena wyjaśnień udzielonych przez tego wykonawcę musi prowadzić do wniosku, że cena jest rażąco niska, niewiarygodna, nierealna. Wykonawca wskazał, iż każdy z jego dziewięciu członków personelu zarabia dokładnie taką samą kwotę brutto, a przy tym na poziomie płacy minimalnej w kraju, które to twierdzenia są nieprawdziwe.

Dodatkowo wykonawca nie złożył żadnych dowodów na poparcie swoich nieprawdopodobnych twierdzeń, co powinno prowadzić do odrzucenia jego oferty.

Identyczny zarzut Odwołujący formułuje wobec oceny wyjaśnień pozostałych wykonawców: Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A., TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o., których treść została w całości objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, a co uniemożliwia Odwołującemu sprecyzowania zarzutów. Jako zarzut wtórny do zarzutu dotyczącego braku podstaw do utajnienia wyjaśnień, powinien być rozpoznany przez Izbę jedynie w przypadku, gdyby nie znalazła ona podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego utajnienia wyjaśnień.

### **III. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.**

Odwołujący podniósł, iż w jego ocenie Zamawiający naruszył zasady przyznawania punktów przy ocenie oferty Odwołującego w ramach poszczególnych kryteriów i podkryteriów, a z uwagi na utajnienie protokołu (arkusza ocen) Odwołujący pozbawiony został możliwości wytknięcia Zamawiającemu błędów. Ewentualna pula dodatkowych punktów, jakie mogłyby być przyznane jego ofercie (26,83) wskazuje, że Odwołujący ma realną szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie, gdyż przy obecnym wyniku różnica pomiędzy ofertą najkorzystniejszą wynosi 14,24 pkt. Zdaniem Odwołującego Zamawiający źle ocenił jego ofertę w kryterium „metodyka realizacji zamówienia”, przy której obowiązywały trzy podkryteria. Odwołujący opisał w sposób wystarczający i kompletny poszczególne działania jakie podjęte zostaną na etapie weryfikacji dokumentacji, w następstwie wykrycia ewentualnych błędów, a także prawidłowo i wyczerpująco przedstawił ryzyka w zakresie zgłaszania roszczeń przez wykonawcę robót budowlanych.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 21 grudnia 2015 r. uznała, iż nie występują przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne podnoszonych zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę, do udziału w

której dopuszczeni zostali wykonawcy, którzy w terminie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się kolejno do zarzutów, Izba miała na uwadze poczynione na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalenia opisane poniżej przy każdym z zarzutów.

Zarzut naruszenia przepisów art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez brak ujawnienia informacji zawartych w pismach wykonawców: Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A, TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynierzy Sp. z o.o. stanowiących wyjaśnienia złożone Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy oraz poprzez brak ujawnienia szczegółowego protokołu z oceny ofert, w szczególności protokołu zawierającego ocenę punktową w zakresie metodyki realizacji zamówienia oraz organizacji zespołu inżyniera stosownie do kryteriów i pokryteriów oceny przyjętych w postępowaniu.

Odwołujący opiera zarzut na twierdzeniu, iż Zamawiający w sposób nieuzasadniony ocenił informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawców: Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A., TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynierzy Sp. z o.o. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako zawierające informacje stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto Odwołujący wskazywał na naruszenie zasady jawności postępowania przez Zamawiającego, który nie udostępnił Odwołującemu protokołu z oceny (arkuszy oceny) jego oferty w kryterium metodyka realizacji zamówienia oraz organizacji zespołu inżyniera.

Ponieważ Odwołującemu nie zostały udostępnione wyjaśnienia wskazanych powyżej wykonawców, z wyjątkiem części wyjaśnień wykonawcy TPF Sp. z o.o. Odwołujący zarzut opiera na założeniu, iż nie jest możliwym, aby w całości wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny mogły zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa podlegającą ochronie na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym to Izba rozstrzygając zarzut powinna zweryfikować zasadność objęcia tajemnicą całości wyjaśnień i ewentualnie nakazać ich odtajnienie w części, w jakiej mają one charakter ogólnikowy lub nie dotyczą okoliczności, właściwych tylko danemu wykonawcy, mający wpływ na kalkulację ceny ofertowej.

Odnosnie zastrzeżonej części wyjaśnień wykonawcy TPF Sp. z o.o. Odwołujący wnioskował z jawnej części uzasadnienia objęcia tajemnicą informacji, iż wykonawca ten nie wykazał charakteru zastrzeganej informacji, a przede wszystkim nie wykazał, by podjął jakiegokolwiek kroki w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Skoro wyjaśnienia, zdaniem TPF Sp. z o.o., przedstawiają elementy strategii wyceny, to w pozostałym zakresie, podlegały ujawnieniu.

Na rozprawie Izba ustaliła, iż wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów kalkulacyjnych mających wpływ na wysokość ceny zostały skierowane przez Zamawiającego w związku z różnicą w cenach przekraczającą próg 30% do wartości szacunkowej zamówienia (w stosunku do czterech ofert) lub średniej arytmetycznej złożonych ofert (w stosunku do dwóch ofert). Pięciu z sześciu wezwanych wykonawców (z wyjątkiem wykonawcy Schuessler-Plan Inżynierzy S.A.) wskazali, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w jednakowy sposób ocenił zasadność objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach tajemnicą przedsiębiorstwa przyjmując, że działania wykonawców były usprawiedliwione. Zamawiający uwzględnił charakter danych, które dotyczyły strategii wyceny, wartości wynagrodzeń, metody działania powiązanych z zastrzeżonymi przez wszystkich wykonawców częściami ofert, dotyczącymi opracowanych na potrzeby tego zamówienia metodyk wykonania oraz organizacji zespołu inżyniera, stanowiących przedmiot oceny ofert w kryterium *metodologia* oraz *organizacja zespołu inżyniera*.

Zamawiający pismami z dnia 10.09.2015 r. wezwał sześciu wykonawców (z najniższymi cenami w ofertach) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, wskazując w treści na brzmienie przepisu oraz wymaganie *wskazania konkretnych uwarunkowań i czynników jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (merytorycznego, jak i finansowego) na wysokość ceny. Przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami mają na celu ocenę możliwości wykonania przez Wykonawcę przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Kalkulacja winna obejmować wszystkie elementy zamówienia niezbędne do jego należytego wykonania. Wymagane jest także złożenie dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń. Ocena wiarygodności i rzetelności założonych kosztów dokonana zostanie w świetle przedstawionych przez Wykonawcę obiektywnych czynników*. Wezwania o tej treści zostały skierowane do każdego z sześciu wykonawców.

W odpowiedzi na te wezwania wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego, tj. do 15.09.2015 r. zastrzegając, że przekazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w pełnym zakresie lub w części, poza wykonawcą Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., który nie utajnił wyjaśnień.

Izba ustaliła, iż wyjaśnienia TPF Sp. z o.o. złożone w piśmie z dnia 15.09.2015 r. w części mającej dotyczyć tajemnicy przedsiębiorstwa zawierały ogólne informacje związane z doświadczeniem zdobytym przez wykonawcę przy realizacji zamówień na rzecz podmiotów publicznych, sytuacji na rynku budowlanym, czy też istotnego dla kalkulacji ceny optymalnego wykorzystania potencjału kadrowego, z których nie dało się ustalić w jakim

stopniu wpływały na obniżenie ceny ofertowej, do najniższej ze złożonych w postępowaniu. Wykonawca jedynie wskazywał, iż nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za niższą od zaofertowanej przez niego ceny. Niezależnie od wskazanych powyżej okoliczności, wyjaśnienia zawierały również w części informacje o założonej organizacji pracy zespołu inżyniera i przyjętych stawkach wynagrodzeń, które pozostawały w związku z utajnioną częścią oferty (opracowanie *Metodyka* oraz *organizacji zespołu inżyniera*). Wykonawca prezentował również szczegółowe wyliczenia ceny (tabela), ze wskazaniem na istotny dla przedmiotu zamówienia element wynagrodzeń zespołu specjalistów.

Wyjaśnienia pozostałych wykonawców objęte zostały w całości klauzulą poufności

**Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania udostępnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie zasługiwał na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do wyjaśnień TPF Sp. z o.o. co do których Odwołujący prezentował szerszą argumentację, mającą mieć zastosowanie również do wyjaśnień pozostałych czterech wykonawców (w całości utajnionych).

Na wstępie należy poczynić ogólną uwagę, iż zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć na celu wyłącznie utrudnienie weryfikacji czynności Zamawiającego przez innych wykonawców, a jedynym uzasadnieniem dla utrzymania klauzuli poufności informacji w dokumentach składanych w publicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wykazanie przez nanoszącą klauzulę, spełnienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ocena zasadności utrzymania klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa dokonywana przez Zamawiającego obok oceny merytorycznej informacji jest niezależna i opiera się na innych przesłankach niż ocena merytoryczna oferty (dokumentów). Stwierdzenie, że informacje nie spełniają przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie ma to natomiast wpływu na ewentualne stwierdzenie wystąpienia przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Również sam Odwołujący wskazuje na odrębność zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert, jako zawierających rażąco niskie ceny od zarzutu naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającą z decyzji o braku ujawnienia treści wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy.

Przechodząc do oceny zasadności zastrzeżenia informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty TPF Sp. z o.o. Izba przyjęła, iż istotna z punktu widzenia ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, część wyjaśnień (w zakresie przyjętych stawek wynagrodzeń oraz harmonogramu planowanej pracy) posiadała

wartość poznawczą dla ustalenia stosowanej przez wykonawcę strategii wyceny, pozwalającej na zbudowanie przewagi nad konkurencją przy tym zamówieniu, w którym decydującym elementem kalkulacyjnym było oszacowanie kosztów pracowniczych (podkreślane przez każdego z wykonawców). Do wniosku takiego skłaniał charakter świadczenia stanowiący przedmiot zamówienia w całości oparty na potencjale osobowym specjalistów z danej branży. Analiza stanowisk prezentowanych na rozprawie prowadzi do wniosku, iż wykonawcy prezentowali różne podejścia co do ustalenia stopnia zaangażowania personelu w procesie budowlanym, które niewątpliwie miały znaczenia dla ustalenia podstawy wynagrodzenia pracowników. Ponieważ ten element oferty stanowił nie tylko przedmiot oceny ofert w kryterium *organizacja pracy*, ale jednocześnie został utajniony przez wykonawców w postępowaniu Izba ograniczyła się wyłącznie do stwierdzenia, iż element wyjaśnień dotyczący harmonogramu pracy wraz ze stawką wynagrodzeń stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa podlegająca ochronie. Odnośnie tych informacji decyzja Zamawiającego o utrzymaniu klauzuli poufności była prawidłowa, co zasadniczo oznaczało, iż zarzut Odwołującego nie mógł być uwzględniony. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż wyjaśnienia nie miały w całości takiego charakteru, aby można było przypisać im walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co jednak nie mogło wpłynąć na ocenę czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu istotnych z punktu widzenia oceny ofert, co objęte zostało rozważaniami Izby przy rozstrzygnięciu o zarzucie zaniechania odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Nakazanie odtajnienia w części wyjaśnień, w których wykonawca ogólnie (bez wykazywania rzeczywistego wpływu okoliczności na wycenę) wskazywał na uwarunkowania związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia (w znacznej części wynikające z opisu przedmiotu zamówienia), jak też opis zdobytego dotychczas doświadczenia w realizacji kontraktów publicznych, w zasadzie nie dostarczałoby konkurencji, żadnych konkretnych informacji o strategii wyceny. W oparciu o te dane Zamawiający faktycznie nie mógł w żaden sposób ustalić rzeczywistego wpływu na kalkulację ceny, a w ocenie Izby stanowiły jedynie tło dla zasadniczej informacji precyzującej podstawy kalkulacji ceny ofertowej (tabela). Tym samym brak możliwości zapoznania się przez Odwołującego z wyjaśnieniami w szerszym zakresie, w ocenie Izby nie oznaczał naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności postępowania w takim stopniu, aby miało to wpływ na ocenę oferty TPF Sp. z o.o. Należy również odnieść się do tezy Odwołującego o konieczności uznania wyjaśnień nie popartych dowodami za niedostateczne. W tej materii wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt XXIII Ga 1388/13, w którym wskazał na charakter wyjaśniający, a nie dowodowy czynności podejmowanych w związku z wezwaniem kierowanym na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy. W ocenie Izby, wskazanie to oddaje rzeczywistą istotę czynności zmierzających do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Formułowane często

zarzuty co do brak dostatecznych dowodów, o jakich mowa w przepisie, mają wyłącznie na celu podważenie informacji zawartych w wyjaśnieniach, pozwalających na ustalenie czy wykonawca w sposób rzetelny dokonał kalkulacji kosztów związanych z przedmiotem zamówienia, bez merytorycznego odniesienia się do okoliczności powoływanych przez wykonawców. W ocenie Izby, taka wykładnia przepisu może prowadzić do naruszenia istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wypaczenie jego wyniku i niezasadne odrzucenie oferty najkorzystniejszej. Dlatego też istotne jest, aby analiza wyjaśnień każdorazowo zmierzała do ustalenia, czy wykonawca nie pominął istotnych elementów decydujących o rentowności przedsięwzięcia, co pozostaje w zgodzie z podstawą do odrzucenia oferty przez Zamawiającego wskazaną w art. 90 ust. 3 Ustawy *jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Tylko wówczas można uniknąć pewnego automatyzmu przy ocenie ofert. W ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym wykonawca TPF Sp. z o.o. w wyjaśnieniach odniósł się do zasadniczego przy tym zamówieniu elementu kalkulacji, tj. stawek wynagrodzeń, ale również przyjętego stopnia zaangażowania pracowników. Odwołujący nie wykazał, aby zasadnym było przyjęcie potrzeby zaangażowani specjalistów w danej branży przez cały okres świadczenia usługi na rzecz tego zamówienia, niezależnie od stopnia postępu prac budowlanych. Tym samym nie było podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca nie uwzględnił wszystkich okoliczności istotnych z punktu widzenia ustalenia ceny.

W świetle powyższego, Izba uznała za właściwe oddalenie odwołania w całości w związku z brzmieniem art. 192 ust. 2 Ustawy, gdyż stwierdzone na podstawie analizy wyjaśnień uchybienie wynikające z nie udostępnienia przez Zamawiającego części wyjaśnień pozostawało bez wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z przywołanym artykułem Izba uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Aby móc stwierdzić, że naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało wpływ na jego wynik, konieczne było ustalenie w przedmiotowym stanie faktycznym adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy odmową udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień, a wynikiem oceny oferty TPF Sp. z o.o. pod kątem ustalenia braku podstaw do jej odrzucenia. Niewątpliwie brak wiedzy co do treści wyjaśnień udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy stanowiło obiektywne utrudnienie dla weryfikacji przez innych wykonawców zasadności dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień, a w konsekwencji oferty, co jednak nie czyni jeszcze samej oceny oferty nieprawidłową. W związku z powyższym Izba uznała, iż zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień TPF Sp. z o.o. wprowadziło naruszenie przepisów Ustawy (art. 8 ust.

3), to jednak nie było możliwe stwierdzenie, aby naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, tj. uznanie że oferta nie podlega odrzuceniu, o czym zdecydowały okoliczności omówione przy zarzucie zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Ustawy.

Odnośnie pozostałych (w całości utajnionych) wyjaśnień wykonawców: Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A., TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynierzy Sp. z o.o., Izba podobnie miała na uwadze, iż dotyczyły one istotnej z punktu widzenia kalkulacji ceny ofertowej okoliczności związanej z wyceną prac specjalistów, pozostając w związku z niejawną częścią ofert wykonawców (metodyki), których zasadność utajnienia nie budziła wątpliwości Odwołującego (który również utajnił w tym zakresie ofertę). Zawierały one przekonujące uzasadnienia co do konieczności objęcia informacji klauzulą poufności, pozwalające Zamawiającemu na przyjęcie wyjaśnień bez naruszania klauzuli i oceny na ich podstawie rzetelności kalkulacji ceny zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców.

Zarzut naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący opiera również na braku udostępnienia przez Zamawiającego protokołu z oceny oferty Odwołującego w kryteriach pozacenowych (arkuszy oceny). W tym zakresie Izba ustaliła, iż podstawa faktyczna zarzutu nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach sprawy ustalonych w toku rozprawy, a wynikających z korespondencji pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym dotyczącej przekazania załączników do protokołu. Na podstawie pism okazanych na rozprawie Izba ustaliła, iż Odwołujący otrzymał dokument, którego udostępnienia się domaga w związku z podniesionym zarzutem (arkusz oceny). Na rozprawie Odwołujący przyznał, iż otrzymał od Zamawiającego w dniu 11 grudnia 2015 r. (w odpowiedzi na wniosek z 10.12.2015 r.) arkusz oceny jego oferty zawierający wyszczególnienie ilości punktów, jakie były przyznane przez sześciu Członków Komisji w obu kryteriach pozacenowych. Z wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika, iż faktycznie Odwołujący oczekiwał pisemnego uzasadnienia przyczyn dla których poszczególni członkowie komisji przyznawali różne ilości punktów w obu podkryteriach pozacenowych. Zamawiający oświadczył, iż takiego szczegółowego uzasadnienia nie ma wśród załączników do protokołu.

**Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania udostępnienia arkuszy oceny oferty Odwołującego w kryteriach pozacenowych nie zasługiwał na uwzględnienie.**

W zasadzie nie mogło budzić wątpliwości, iż Zamawiający niezwłocznie w odpowiedzi na wnioski Odwołującego przekazywał dokumenty stanowiące załączniki do protokołu. Okoliczność, iż arkusz oceny ofert zawiera jedynie zestawienie ilości przyznanych przez

poszczególnych Członków Komisji punktów nie dowodził, iż Zamawiający naruszył zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro w protokole postępowania nie ma dodatkowych dokumentów, prezentujących szczególną argumentację dla przyznawanych punktów, to zarzut, jak i żądanie ich udostępnienia nie mogły być uwzględnione.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez brak odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., Halcrow Group Limited, ECM Group Polska S.A, TPF Sp. z o.o., Konsorcjum Getinsa, Egis Polska Inżynierzy Sp. z o.o. mimo tego, że ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawców powinna prowadzić do wniosku, iż oferty zawierają ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę netto (bez uwzględnienia zamówień uzupełniających) 4.967.139,37 zł (brutto: 6.109.581,43 zł), przyjmując jak podstawę do jej ustalenia wartości ofert złożonych na wykonanie robót budowlanych, jako podstawy do oszacowania przedmiotu zamówienia na poziomie 3,5% szacowanych kosztów robót budowlanych (dowód *wniosek o wszczęcie postępowania z dnia 08.05.2015 r., wyliczenie podstawy oszacowania*). W dniu 27.04.2015 r. miało miejsce otwarcie ofert w przetargu na wykonanie robót budowlanych związanych z modernizacją ciągu ul. Marsa-Żołnierska na odcinku węzeł Marsa – granica miasta – etap II (ZP/2/PN/2/15), których wartości Zamawiający uwzględnił przy ustaleniu podstawy do oszacowania wartości zamówienia na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad tymi robotami, przyjmując do podstawy szacowania kwotę netto 141.918.267,81 zł (brutto 174.559.469,41 zł). Stosując kalkulację indywidualną, koszt Inżyniera Kontraktu oszacowano na poziomie 3,5% szacowanych kosztów robót budowlanych, tj. 4.967.139,37 zł (brutto: 6.109.581,43 zł).

W postępowaniu złożonych zostało 9 ofert, z których najdroższa (oferta nr 6 – 6.777.300,00 zł. złożona przez Bud-Invent Sp. z o.o.) nie była oceniana według ustalonych w postępowaniu kryteriów (wykonawca wykluczony, oferta odrzucona). W pozostałych ofertach przedmiot zamówienia wyceniony został na kwoty brutto: 2.351.022,02 zł. (oferta nr 7 - TPF Sp. z o.o.); 2.486.445,00 zł. (oferta nr 3 – Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o.); 3.296.400,00 zł. (oferta nr 9 – Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o.), 3.489.000,00 zł. (oferta nr 8 - Konsorcjum Getinsa), 3.529.499,22 zł. (oferta nr 1 – Halcrow Group Limited), 3.563.310.00 zł. (oferta nr 2 – ECM Group Polska S.A.), 4.941.885,39 zł (oferta nr 5 - Konsorcjum Kolmen Sp. z o.o., SGS Polska Sp. z o.o.), 5.065.372,74 zł. (oferta nr 4 – ZBM Inwestor Zastępczy S.A.). Średnia cena ze wszystkich złożonych w postępowaniu ofert wyniosła 3.944.470,49 zł., w stosunku do której oferty nr 3 i 7 odbiegały o ponad 30% (posiadały wartość poniżej

2.761.129,35 zł). Zamawiający ustalił stosunku do ofert sześciu najtańszych, iż są tańsze o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia (oferty nr 1,2,3,7,8,9).

Zamawiający pismami z dnia 10.09.2015 r. wezwał sześciu wykonawców (z najniższymi cenami w ofertach) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, wskazując w wezwaniach na brzmienie przepisu oraz wymaganie *wskazania konkretnych uwarunkowań i czynników jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (merytorycznego, jak i finansowego) na wysokość ceny. Przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami mają na celu ocenę możliwości wykonania przez Wykonawcę przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Kalkulacja winna obejmować wszystkie elementy zamówienia niezbędne do jego należytego wykonania. Wymagane jest także złożenie dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń. Ocena wiarygodności i rzetelności założonych kosztów dokonana zostanie w świetle przedstawionych przez Wykonawcę obiektywnych czynników.* Wezwania o tej treści zostały skierowane do każdego z sześciu wykonawców. W odpowiedzi na te wezwania wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego, tj. do 15.09.2015 r. zastrzegając, że przekazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w pełnym zakresie lub w części, poza wykonawcą Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., który w ogóle nie utajnił wyjaśnień.

**Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznała, iż zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Ustawy ofert wykonawców wezwanych do wyjaśnień, nie zasługiwał na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego Izba uznała, iż opracowania: *raport płacowy Podsumowanie 2014* oraz *Wynagrodzenia na stanowisku Inspektor nadzoru budowlanego* nie miały wartości dowodowej na okoliczność stwierdzenia rażąco niskiej ceny w kwestionowanych ofertach. Z treści *raportu* wynika, iż przy opracowaniu skupiono się na deklarowanych oczekiwaniach finansowych potencjalnych pracowników i wynagrodzeniach oferowanych przez pracodawców, a celem raportu jest wsparcie klientów w procesie rekrutacyjnym niezależnie od sektora rynku, czy profilu firmy, przez znalezienie najlepszych kandydatów dla Klientów. W dalszej części załączonych fragmentów opracowania prezentowane są wysokości wynagrodzeń dla poszczególnych kierowników robót, inspektorów, asystentów, projektantów wyrażone kwotami brutto/miesięcznie w danych miastach. Przede wszystkim należy wskazać, iż opracowanie to nie uwzględnia zakresu prac objętych przedmiotowym

zamówieniem i specyfiki zamówienia związanej z organizacją pracy kadry pracowniczej, co stanowiło zasadniczy aspekt poruszany w wyjaśnieniach przez wykonawców. Tym samym nie miały one wartości dowodowej przeciwko oświadczeniom złożonym w wyjaśnieniach.

Również z treści wprowadzenia do opracowania *Wynagrodzenie na stanowisku Inspektor nadzoru budowlanego* wynika fakt jego nieprzydatności, jako dowodu w sprawie. Autorzy wskazują bowiem na samym początku, iż *przedstawione analizy ze względu na niską próbę nie są reprezentatywne dla całej populacji, dane mają charakter orientacyjny*.

Tym samym Izba przy rozstrzygnięciu w przedmiocie tego zarzutu miała na uwadze przede wszystkim okoliczności dotyczące przyjętej przez Zamawiającego dla potrzeb oszacowania wartości zamówienia podstawy, a także wyjaśnienia złożone przez wykonawców w celu wykazania braku podstaw do stwierdzenia rażąco niskiej ceny w złożonych ofertach, tańszych od oferty Odwołującego.

Izba przyjęła, iż zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy stosowali podobną metodę oszacowania wartości zamówienia, przyjmując procentowy wskaźnik odnoszony do wartości robót budowlanych inwestycji, na której ma być wykonywane świadczenie objęte niniejszym zamówieniem. Na podstawie ofert złożonych w postępowaniu na roboty budowlane dla przedmiotowego zadania inwestycyjnego Zamawiający ustalił wartość robót budowlanych, jako podstawy do oszacowania wartości zamówienia obejmującego pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu. Zamawiający przyjął wskaźnik na poziomie 3,5 % określając go na rozprawie wysokim, z uwagi na potrzebę zabezpieczenia się przed koniecznością unieważnienia postępowania z uwagi na brak środków finansowych nie przekraczających ceny oferty najkorzystniejszej. Wykonawca TPF Sp. z o.o. przyjął wskaźnik na poziomie ok. 1,5 %, a ceny pozostałych wykonawców wezwanych do wyjaśnień opiewały na poziomie 1,5 – 2,3 % wartości robót budowlanych. Powyższe prowadziło do wniosku, iż wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego znacząco odbiegała od poziomu cen rynkowych za tego typu usługę i nie mogła z tej przyczyny stanowić podstawy do stwierdzenia, iż ceny znacząco poniżej 6 mln zł., zaoferowane przez wezwanych wykonawców, były rażąco niskie.

Zasadniczo argumenty Odwołującego sprowadzały się do zanegowania wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, z tej przyczyny, iż wykonawcy poza twierdzeniami natury ogólnej nie przedstawili wiarygodnych dowodów, co powinno prowadzić do wniosku, że cena jaką zaoferowali jest rażąco niska, niewiarygodna, nierealna. Odwołujący odniósł się również do założeń związanych zabezpieczeniem udziału personelu specjalistów w całym okresie świadczenia usługi. Odnośnie braku dowodów stanowisko Izby zostało już wyrażone przy zarzucie naruszenia art. 8 Ustawy i jedynie uzupełniająco należy wskazać, iż zasadniczo kalkulacja wykonawców opierała się na przyjętym w siwz założeniu potrzeby zaangażowania poszczególnych specjalistów na właściwym danej branży etapie robót

budowlanych. Odwołujący zmierzał do wykazania, iż w rzeczywistości wykonawcy powinni założyć potrzebę stałego zatrudnienia całego zespołu niezależnie od stanu zaawansowania prac, co stało w sprzeczności z zapisami specyfikacji, cytowanymi również w odwołaniu *Zamawiający wymaga, by godziny pracy inspektorów nadzoru były dostosowane do godzin pracy wykonawcy robót. Wymagane jest też, by inspektorzy nadzoru poszczególnych branż byli obecni na budowie w czasie wykonywania robót w ich branżach w godzinach dostosowanych do potrzeb budowy.*

Izba uznała, iż specyfika przedmiotowej usługi na etapie składania ofert wymagała od wykonawców umiejętności właściwego oszacowania kosztów pracowniczych, w obszarze którym to występowały znaczące rozbieżności pomiędzy ofertami. Jednocześnie nie można w sposób kategoriyczny stwierdzić, iż wycena dokonana w ofercie TPF Sp. z o.o. była nierzetelna, gdyż faktycznie każdy z wykonawców kierował się w tym zakresie własnymi doświadczeniami oraz możliwościami wykorzystania specjalistów przy różnych zamówieniach planowanych do realizacji w tym samym okresie. W oparciu o cytowane postanowienia siwz nie było podstaw do formułowania zakazu wykorzystania specjalistów skierowanych do przedmiotowego zamówienia na innych kontraktach w okresie nie kolidującym z etapem prac w danej branży. Powyższe czyniło argumentację Odwołującego nietrafną, co w konsekwencji czyniło zarzuty bezpodstawnymi.

Zarzut naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej i nieprzyznanie ofercie Odwołującego odpowiedniej ilości punktów w kryteriach pozacenenowych, Izba oddaliła.

Podstawa faktyczna zarzutu wynikała bezpośrednio z ustalonych w rozdziale XVI siwz zasad oceny ofert w kryterium *metodyka realizacji zamówienia (M) – 30%* oraz *organizacja Zespołu Inżyniera (O) – 40%*. Zamawiający opisał w pkt XVI.3 siwz podkryteria, jakie miały być brane pod uwagę przy ocenie w kryterium *metodyka (M1-M3)*, w którym maksymalna liczba punktów może wynosić 30, po 10 w każdym z trzech podkryteriów opisanych jako:

- *zapewnienie zgodności realizacji zamówienia z OPZ na nadzór oraz z Dokumentacją Projektową – opis działań wykraczających poza określone przez Zamawiającego w OPZ jakie podejmie Inżynier w celu wykrycia błędów w Dokumentacji Projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania (M1). Wykonawca może wskazać nie więcej niż pięć jego zdaniem najważniejszych propozycji działań wykraczających poza określone przez Zamawiającego w OPZ jakie podejmie Inżynier w celu wykrycia błędów (...) wraz algorytmem działania dla wykrycia błędów oraz z uzasadnieniem celowości tego działania.* Za każdą propozycję taką propozycję możliwych było uzyskanie maksymalnie 2 punktów. O przyznaniu 1 lub 2 punktów decydować miała ocena uzasadnienia celowości dla danego

działania (dostateczne – 1 pkt, kompletne – 2 pkt). W przypadku wskazania działania nie związanego z podkryterium lub działania bez uzasadnienia lub z uzasadnieniem nieadekwatnym bądź niekompletnym dla danego działania oraz nie wykazania żadnego działania Zamawiający przewidział „0” pkt. O liczbie uzyskanych w podkryterium punktów decydować miała łączna suma punktów przyznanych przez każdego z członków komisji podzielona przez ich ilość.

- *zapewnienie zgodności realizacji zamówienia z OPZ na nadzór oraz z Dokumentacją Projektową – opis działań wykraczających poza określone przez Zamawiającego w OPZ jakie podejmie Inżynier w następstwie wykrycia błędów w Dokumentacji Projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania (M2). Wykonawca może wskazać nie więcej niż pięć jego zdaniem najważniejszych propozycji działań wykraczających poza określone przez Zamawiającego w OPZ jakie podejmie Inżynier w celu wykrycia błędów (...) wraz algorytmem działania dla wykrycia błędów oraz z uzasadnieniem celowości tego działania.* Za każdą propozycję taką propozycję możliwych było uzyskanie maksymalnie 2 punktów. O przyznaniu 1 lub 2 punktów decydować miała ocena uzasadnienia celowości dla danego działania (dostateczne – 1 pkt, kompletne – 2 pkt). W przypadku wskazania działania nie związanego z podkryterium lub działania bez uzasadnienia lub z uzasadnieniem nieadekwatnym bądź niekompletnym dla danego działania oraz nie wykazania żadnego działania Zamawiający przewidział „0” pkt. O liczbie uzyskanych w podkryterium punktów decydować miała łączna suma punktów przyznanych przez każdego z członków komisji podzielona przez ich ilość.

- *identyfikacja obszarów ryzyk zgłoszenia roszczeń przez Wykonawcę robót budowlanych (M3). Wykonawca może wskazać nie więcej niż pięć, jego zdaniem najważniejszych obszarów ryzyk zgłoszenia roszczeń przez Wykonawcę robót budowlanych i propozycji środków/sposobów służących zarządzaniu danym ryzykiem i zamierzeniami Inżyniera w celu ominięcia a lub zminimalizowania danego ryzyka lub jego następstw. Zamawiający oceniać będzie sposób zarządzania i zamierzeniami Inżyniera w celu ominięcia lub zminimalizowania danego ryzyka lub jego następstw. Za każdy właściwie zidentyfikowany obszar ryzyka wraz ze wskazaniem środków/sposobów służących zarządzaniem danym ryzykiem przez Inżyniera zostaną przyznane maksymalnie 2 punkty.* O przyznaniu 1 lub 2 punktów decydować miała ocena wskazania w stopniu dostatecznym (1 pkt) lub w stopniu kompletnym (2 pkt). W przypadku wskazania obszaru ryzyka bez wskazania środków/sposobów służących zarządzaniu danym ryzykiem, Zamawiający przewidział „0” pkt. O liczbie uzyskanych w podkryterium punktów decydować miała łączna suma punktów przyznanych przez każdego z członków komisji podzielona przez ich ilość

Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego 11,83 pkt w kryterium *metodyka* oraz 31,34 pkt (najwyższa przyznana ocenianym ofertą) w kryterium *organizacja*, co łącznie

dawało sumę punktów w kryteriach pozacenowych - 43,17 pkt (na 70 możliwych do uzyskania). Oferta odwołującego uzyskała najmniejszą ilość punktów w kryterium *cena* – 13,92 pkt, co łącznie złożyło się na ilość punktów uzyskanych we wszystkich kryteriach oceny – 57,09 pkt, a oferta najkorzystniejsza uzyskała łączną ilość punktów – 71,33 (TPF Sp. z o.o.). Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazywał na możliwe do uzyskania dodatkowe punkty w obu kryteriach pozacenowych w łącznej ilości 26,83, które powodowałyby, iż jego oferta stałaby się ofertą najkorzystniejszą, gdyż obecnie różnica w ilości całkowitej punktów otrzymanych we wszystkich kryteriach w stosunku do oferty TPF Sp. z o.o. wynosi 14,24 pkt. Faktycznie uzasadnienie Odwołującego zarzutu wadliwej oceny w kryterium pozacenowym zostało ograniczone do oceny *metodyki*, do której to oceny Odwołujący odnosi się wprost wskazując, iż *opisał w sposób wystarczający i kompletny poszczególne działania jakie podjęte zostaną na etapie weryfikacji dokumentacji, w następstwie wykrycia ewentualnych błędów, a także prawidłowo i wyczerpująco przedstawił ryzyka w zakresie zgłaszania roszczeń przez wykonawcę robót budowlanych.*

**Mając powyższe na względzie Izba oddaliła zarzut.**

Na rozprawie Odwołujący przyznał, iż otrzymał od Zamawiającego w dniu 11 grudnia 2015 r. (w odpowiedzi na wniosek z 10.12.2015 r.) arkusz oceny jego oferty zawierający wyszczególnienie ilości punktów, jakie były przyznane przez sześciu Członków Komisji w obu kryteriach pozacenowych. Stąd twierdzenie Odwołującego o braku możliwości wskazania konkretnie, w którym z podkryteriów oceny *metodyki* Zamawiający powinien przyznać dodatkowe punkty, w których uśredniona liczba punktów wyniosła 4 pkt (M1), 4 pkt (M2) oraz 3,83 pkt (M3), było gołosłowne. Wykonawca mógł przedstawić argumenty (jeżeli takowe znalazł) pozwalające na przyznanie większej ilości punktów, co wymagało odniesienia się do konkretnych opisów *metodyki* znanej temu wykonawcy. Analiza uzasadnienia zarzutu skłania do wniosku, iż Odwołujący faktycznie oczekuje zmiany ilości punktów w takim zakresie, aby ostatecznie jego oferta (najdroższa spośród ocenianych) została uznana za najkorzystniejszą, skupiając się wyłącznie na rachunkowym zestawieniu ilości koniecznych do przyznania dodatkowo punktów. W świetle tych okoliczności Izba nie miała podstaw do uznania, iż ocena dokonana przez poszczególnych Członków Komisji naruszała ustalone w siwz zasady oceny ofert. To że w różny sposób Członkowie Komisji przetargowej oceniali merytorycznie treść oferty Odwołującego wskazuje na samodzielność tych ocen, a także spowodowane było opisem kryteriów, pozostawiającym swobodę w ocenie, czy uzasadnienie danego działania lub wskazanie ryzyka było *dostateczne*, czy też *kompletne*. Jednocześnie Zamawiający przewidział, iż dla ustalenia ilości przyznanych punktów brana będzie pod uwagę średnia z ocen cząstkowych, co miało miejsce w odniesieniu do oceny oferty Odwołującego.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**