

**Sygn. akt: KIO 1674/15**

**WYROK**  
**z dnia 18 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2015 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Getinsa Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Nowogrodzkiej 31, 00-511 Warszawa oraz **Getinsa – Payma S.L.** z siedzibą w Madrycie, Ramon de Aguinaga 2, 28028 Madrid, Hiszpania

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, 03-734 Warszawa

przy udziale

wykonawcy ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Safège S.A.S. z siedzibą w Nanterre, 15-27 rue du Port, Parc del l'Île, 92000 Nanterre, Francja oraz Koltech Infra Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Wolnego 12 lok. 309, 40-857 Katowice, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Getinsa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Getinsa – Payma S.L. z siedzibą w Madrycie i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Getinsa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Getinsa – Payma S.L. z siedzibą w Madrycie, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Getinsa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Getinsa – Payma S.L. z siedzibą w Madrycie na rzecz Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, kwotę **1.845 zł 00 gr.** (słownie: tysiąc osiemset czterdzieści pięć 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 Warszawa - Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – PKP PLK S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy w Krakowie na *nadzór nad robotami budowlanymi na linii E30 na odcinku Krzeszowice-Kraków Mydlniki – Kraków Główny Towarowy od km 46,700 do km 67,200 linii kolejowej nr 133 w ramach projektu POiiŚ 7.1-11.1 pn. „Modernizacja linii kolejowej E30, etap II, odcinek Zabrze – Katowice - Kraków* (nr postępowania: IREZA3d-216-02/POiiŚ 7.1-11.1/15), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 056-097750 w dniu 20 marca 2015 r., wobec czynności badani i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zostały wniesione w dniu 3 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania Wykonawców: ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1669/15) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Getinsa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Getinsa – Payma S.L. z siedzibą w Madrycie (sygn. akt KIO 1674/15). O wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 24 lipca 2015 r.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania został połączony do wspólnego rozpoznania. Przed otwarciem posiedzenia prowadzonego z udziałem stron Odwołujący w sprawie KIO 1669/15 cofnął odwołanie, a postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2015 r.

W świetle powyższego rozpoznaniu podlegało odwołanie oznaczone sygnaturą akt KIO 1674/15.

Do postępowania odwoławczego w terminie przystąpili wykonawcy: ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa, po stronie Odwołującego oraz wspólnie ubiegający się o zamówienie: Safège S.A.S. z siedzibą w Nanterre, 15-27 rue du Port, Parc del l'Île, 92000 Nanterre, Francja oraz Koltech Infra Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Wolnego 12 lok. 309, 40-857 Katowice (dalej jako Konsorcjum Safège), po stronie Zamawiającego.

Izba na posiedzeniu niejawnym, przed otwarciem rozprawy, dopuściła przystępujących do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników postępowania.

Odwołujący – konsorcjum w składzie Getinsa Polska Sp. z o.o., Getinsa – Payma S.L. (dalej jako Konsorcjum Getinsa), zaskarżyło czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum Safège), jako naruszających przepisy ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum Safege, Ekocentrum, SGS, Grontmij, pomimo, iż oferty te zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś w/w/ wykonawcy nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 2-3 ustawy;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców: Konsorcjum Safege, Ekocentrum, Grontmij, wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: Konsorcjum Safege, SGS, Ekocentrum, pomimo, iż wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z ostrożności procesowej – zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie dokonania ponownej czynności oceny ofert, odtajnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu, wykluczenie z postępowania SGS, odrzucenie ofert Konsorcjum Safege, Ekocentrum, SGS, Grontmij, z ostrożności, wezwanie wykonawców: Konsorcjum Safege, Ekocentrum SGS do uzupełnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez: Konsorcjum Safege, Ekocentrum, SGS, Grontmij, pomimo, że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i zarzutu nienależytego ocenienia wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców.

W postępowaniu złożonych został 7 ofert, z których żadna nie przekraczała budżetu Zamawiającego ustalonego w kwocie 28.764.511,70 zł. Ceny wskazanych wykonawców nie przekraczają 41% budżetu Zamawiającego na to zamówienie i wynoszą odpowiednio: Konsorcjum Safege – 24,25% (6.976.358,28 zł.), Ekocentrum – 25,01 % (7.195.500,00 zł.), SGS – 40,61% (11.682.693,75 zł.), Grontmij – 40,62% (11.684.852,40 zł.). Oferta Odwołującego stanowi 68,78 % i wynosi 19.782.828,00 zł. Poziom różnicy cen wykonawców, stanowiących zaledwie 25% szacowanej przez Zamawiającego ceny, w sposób oczywisty wskazywać ma na niewiarygodność tych cen, ich oderwanie od realiów rynkowych.

W niniejszym postępowaniu wszyscy wykonawcy zostali wezwani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, co stworzyło domniemanie prawne rażąco niskiej ceny, które trwa i wywołuje skutki prawne do momentu, aż wykonawca nie obali tego domniemania poprzez złożenie odpowiednich wyjaśnień.

Odwołującemu nie jest znana treści wyjaśnień, jakie złożyli wykonawcy: Konsorcjum Safege i Grontmij, pomimo tego uznał, iż nie obalają one powstałego domniemania, ani też nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskich cen, które to czynniki nie istnieją w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców. Wszyscy wykonawcy świadczą usługi na podobnych warunkach, stosując te same metodyki i zasady, płacąc analogiczne wynagrodzenie pracownikom i podwykonawcom, stosując te same rozwiązania techniczne i organizacyjne. Wskazuje na to również ocena wyjaśnień wykonawców MGGP i ECM Group Polska, które Zamawiający uznał za niewystarczające z uwagi na brak okoliczności, czynników specyficznych tylko dla tych wykonawców i na tej podstawie obie oferty odrzucił. Do wniosku takiego prowadzą również wyjaśnienia SGS, udostępnione Odwołującemu, które nie zawierają wszystkich elementów związanych z należyтым wykonaniem zamówienia. Udostępnione w części wyjaśnienia Ekocentrum również nie zawierają wszystkich elementów związanych z należyтым wykonaniem zamówienia, a jedynie te które mają niebagatelny wpływ na kalkulację ceny. Nie zawierają żadnych konkretów ani też okoliczności, które mogą być charakterystyczne tylko dla tego wykonawcy, co Odwołujący wywiódł z informacji o załącznikach złożonych do wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego wykonawcy: Konsorcjum Safege, Ekocentrum, SGS i Grontmij nie ujęli w swoich ofertach, a następnie nie wykazali w wyjaśnieniach wszystkich elementów przedmiotu zamówienia – składników cenowych:

- Ryzyk związanych z postanowieniami pkt 3.1 OPZ w postaci:
  - opóźnień w płatności związanych z wypłatą wynagrodzenia w odniesieniu do procentowego zaawansowania robót budowlanych;
  - pomniejszenia wynagrodzenia: „W związku z wcześniejszym wprowadzeniem Wykonawcy robót budowlanych wynagrodzenie Inżyniera zostanie odpowiednio pomniejszone - proporcjonalnie do wartości prac i robót nie objętych nadzorem, na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę robót”;
  - uwzględnienie prowadzenia robót w systemie pracy ciągłej (całodobowej) z uwzględnieniem decyzji środowiskowej;
- Ryzyk związanych z postanowieniami pkt. 3.2 OPZ w postaci:

- ograniczenia wynagrodzenia Inżyniera w związku z przedwczesnym rozwiązaniem umowy z wykonawcą robót budowlanych;
- wystąpienia robót dodatkowych wydłużających czas trwania kontraktu podstawowego
- Ryzyko związane postanowieniem pkt 4.1. OPZ - nie zwiększenie wynagrodzenia Inżyniera w przypadku wykorzystania przez Wykonawcę robót budowlanych kwoty warunkowej stanowiącej do 10% wartości Umowy podstawowej na wykonanie robót budowlanych.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt 4.2. Nie uwzględnienie ryzyka związanego z kosztami, jakie wystąpią w momencie rozszerzenia przez Zamawiającego robót nadzorowanych przez Inżyniera, w przypadku nałożenia takiego obowiązku w decyzji o udzieleniu pozwolenia na budowę.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt. 4.2. Nie uwzględnienie ryzyka związanego z kosztami, jakie wystąpią w momencie konieczności, kiedy Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego będzie przygotowywał informacje i zestawienia danych dotyczących realizacji nadzorowanych umów w terminie i formie każdorazowo określonej przez Zamawiającego, w tym również materiałów niezbędnych do przygotowania ewentualnych procedur przetargowych na roboty nie objęte kontraktem zasadniczym, w tym m.in. przygotowanie Opisów Przedmiotów Zamówienia, oszacowań itp. W przypadku niewywiązania się Wykonawcy z powyższych obowiązków i braku przekazania żądanych materiałów, za każdy dzień zwłoki zostaną naliczone kary zgodne z zapisami Umowy. Powyższe wiąże się z koniecznością posiadania dodatkowego wykwalifikowanego personelu.
- Ryzyko związane z postanowieniem OPZ pkt. 4.2.2 ppkt. 2 - Brak uwzględnienia kosztów opracowania harmonogramów realizacyjnych.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ 4.2.2 ppkt, 17 - Brak uwzględnienia kosztów Nadzoru nad przeprowadzanymi pracami geodezyjnymi i opracowywaną dokumentacją geodezyjną i kartograficzną, w tym min.: dokonywanie przeglądu osnowy geodezyjnej oraz przekazywanie informacji o stanie osnowy geodezyjnej do Biura Nieruchomości i Geodezji Kolejowej, przeprowadzanie kontroli zgodności prowadzenia prac geodezyjnych i opracowania dokumentacji geodezyjnej zobowiązującymi przepisami oraz wewnętrznymi aktami Zamawiającego, aprobaty wytyczeń i geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, wydawanie instrukcji wykonawcom robót w sprawach dotyczących geodezji i kartografii.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ 4.2.2. ppkt 34 - Brak uwzględnienia kosztów związanych z Doradztwem w zakresie roszczeń lub sporów dotyczących umów na

roboty oraz rozwiązywanie konfliktów mogących pojawić się w trakcie realizacji robót, a w przypadku powstania sporów, podejmowanie działań w kierunku polubownego ich rozwiązania; udział jako Przedstawiciel Zamawiającego, w ewentualnych procedurach arbitrażowych i sądowych, mogących powstać w związku z realizacją umów na roboty.

- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt. 4.2.2. ppkt. 43- Brak uwzględnienia kosztów dodatkowych obowiązków dotyczących również robót nie objętych kontraktem zasadniczym, w tym m.in. przygotowania Opisów Przedmiotów Zamówienia/Programów Funkcjonalno-Użytkowych, oszacowań, kosztorysów inwestorskich itp. o wartości łącznej nieprzekraczającej 50% wartości szacunkowej robót budowlanych, niezależnie od przyczyn ich wystąpienia.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt 5 ppkt. 6 - Nie uwzględnienie kosztów zapewnienia certyfikowanego laboratorium, które musi wykonać co najmniej 10% badań kontrolnych wykonywanych w ramach realizacji zadania podstawowego w zakresie gruntów, kruszyw i betonów.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt. 5 ppkt. 8 - Brak uwzględnienia kosztów wynikających z konieczności zobowiązującej Inspektorów nadzoru do codziennych wizyt na placu budowy w trakcie realizacji prac danej branży oraz do udziału we wszystkich odbiorach prac.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt. 5 ppkt. 10 - Brak uwzględnienia kosztów całego wymaganego personelu oraz potrzeb.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt. 5 ppkt. 12 - Brak kosztów wyposażenia zespołu ekspertów i inspektorów w niezbędne wsparcie i techniczną pomoc innych specjalistów, którzy mogą być niezbędni do właściwej implementacji tych kontraktów [tj. np.: uprawniony geodeta, geotechnik, ekspert ds. inżynierii ruchu, doradca prawny, ekspert od zabezpieczenia przeciwpożarowego, inżynier materiałowy, inżynier automatyk, inżynier drogowy, ekspert od spraw bezpieczeństwa, specjalista ds. ochrony środowiska, itp., osoba pełniąca nadzór przyrodniczy w zakresie określonym decyzjami o środowiskowych uwarunkowaniach.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt. 5 ppkt. 13 - Brak uwzględnienia kosztów operacyjnych oraz kosztów całego wynagrodzenia personelu.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt. 5 ppkt. 15. Brak uwzględnienia kosztów zastęp podczas nieobecności personelu.
- Ryzyko związane postanowieniem OPZ pkt. 5 ppkt. 18: nie uwzględnienie kosztów zapewnienia biura zgodnego - wymóg biura o odpowiednim standardzie oraz biur zlokalizowanych będą na terenie budowy. Biuro powinno być wyposażone w

odpowiednią liczbę zestawów komputerowych z oprogramowaniem umożliwiającym współpracę z Zamawiającym, który posiada oprogramowanie Microsoft: Windows, Office, Project, CAD, telefon, fax, stałe łącze internetowe, urządzenia kopiujące, aparat cyfrowy do dokumentacji postępu robót. Inżynier zapewni również swojemu personelowi środki transportu wymagane do realizacji prac.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia złożonych przez Konsorcjum Safege, Grontmij i Ekocentrum (w części) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pomimo że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał na przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, których spełnienie umożliwia objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty, tj. wykazania łącznie, że informacja:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wyłączono możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji natury ogólnej, odnoszących się do całego przedsiębiorstwa, a nie do jednego tylko postępowania. Tak w wyroku KIO 1833/14: *„Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt przedmiotowej sprawy, dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia dotyczące elementów kalkulacyjnych oferty, co do zasady odnoszą się nie do wartości o charakterze generalnym, o konkretnej wartości gospodarczej, zwykle nie zawierają opisu technologii [ten bowiem powinniśmy wcześniej znaleźć w części opisującej oferowany przedmiot, ale są wytwarzane na potrzeby konkretnego postępowania, podobnie jak sama kalkulacja ceny zaaferowanej w danym postępowaniu. Już więc sam charakter wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych ceny wskazuje, że zwykle trudno będzie się w nich dopatrzeć elementów na tyle stałych, sięgających poza dane postępowanie, że poza nim będą miały jakąkolwiek wartość gospodarczą.”*

Odnosnie warunku „nie ujawnienia do wiadomości publicznej” Odwołujący wskazał na znaczenie nadane w orzecznictwie, w którym przyjmuje się, za takową informację, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.



Odnosnie warunku dotyczącego podjętych działań mających na celu zachowanie poufności, Odwołujący wskazał, iż działania te mają prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego, informacje objęte treścią wyjaśnień nie spełniają opisanych przesłanek, stąd zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt. III CZP 74/05), Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, a zaniechanie jakiego się dopuścił prowadzi do naruszenia przepisów Ustawy, w szczególności zasady jawności postępowania oraz zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Przy braku wykazania w wyjaśnieniach wszystkich przesłanek do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, samo objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej informacji nie jest wystarczające. Odwołujący uznał, iż faktycznym powodem zastrzeżenia treści dokumentów w całości jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji, lecz chęć utrudnienia konkurencji weryfikację ofert pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż ten bezkrytycznie podszedł do faktu złożenia oświadczeń o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa całości wyjaśnień – zamiast pochylić się nad tymi dokumentami i dokonać realnej ich oceny oraz ewentualnej zawartej w nich tajemnicy. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż ocena zasadności objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa może być dokonywana wyłącznie w granicach uzasadnienia zawartego w samych wyjaśnieniach. Ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i wykładni treści art. 8 ust. 3 ustawy po ostatniej nowelizacji. Odwołujący zakłada, iż z całą pewnością wyjaśnienia Konsorcjum Safege i Grontmij nie zawierają żadnych informacji, które spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k. (nie zostały mu udostępnione nawet uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa).

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: Konsorcjum Safege, SGS, Ekocentrum, pomimo, iż wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z ostrożności procesowej – zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał na treść zobowiązań podmiotów trzecich, na których zasobach wykonawcy polegają w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Safege w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużyło się zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia firmy KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. (zobowiązanie na stronie 32 oferty). Zobowiązanie to jest bardzo ogólne, zawiera jedynie następujące zobowiązanie: *„stały konsulting i doradztwo ze strony naszej kadry technicznej, mającej doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień w zakresie opracowania dokumentacji, procesu organizacji inwestycji oraz sposobów rozwiązywania pojawiających się jej trakcie problemów”*.

Ekocentrum w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużyło się zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia firmy Jacobs Polska Sp. z o.o. (zobowiązanie na stronie 27 oferty). Zobowiązanie to jest bardzo ogólne, zawiera jedynie następujące zobowiązanie: *„Udostępnione zasoby będą wykorzystywane poprzez m.in. wsparcie merytoryczne konsultacje, porady, pomoc w rozwiązywaniu problemów tak, aby usługa była wykonana z należytą starannością oraz zgodnie z warunkami umowy,”*.

SGS w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużyło się zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia firmy SGS Czech Republic s.r.o. (zobowiązanie na stronie 49 oferty). Zobowiązanie to jest bardzo ogólne, zawiera jedynie następujące zobowiązanie: *„zobowiązujemy się świadczyć usługi obejmujące pełne wsparcie merytoryczne dla SGS Polska przy realizacji Zamówienia, nadzór nad prawidłowością wykonywanych czynności, doradztwo techniczne i wszelką inną pomoc umożliwiającą wykonanie zamówienia przez SGS Polska”,* a jednocześnie SGS Czech Republic s.r.o. wyraźnie oświadczyło, że nie będzie brać udziału w realizacji zamówienia.

Zamawiający w dniu 15 czerwca 2015 roku wezwał SGS do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi SGS złożyło wyjaśnienia potwierdzające, iż SGS będzie samodzielnie wykonywać wszelkie czynności dotyczące realizacji zamówienia, zaś SGS Czech Republic s.r.o. nie będzie wykonywała żadnych czynności związanych z realizacją zamówienia. W drugiej części wyjaśnień SGS rozszerzył treść oświadczenia złożonego przez SGS Czech Republic s.r.o. na stronie 49 oferty, wskazując, że przedmiotem udostępnienia będzie usługa konsultingowa, wydawanie opinii oraz stałe doradztwo. Odwołujący podkreśla, że żadna z tych czynności czy usług nie została wskazana przez SGS Czech Republic s.r.o. w złożonym przez SGS Czech Republic s.r.o. oświadczeniu. Skoro zaś dokument znajdujący się na stronie 49 oferty jest jednostronnym oświadczeniem SGS Czech Republic s.r.o., to z całą pewnością SGS nie jest uprawnione do dokonywania wyjaśnień, które rozszerzają treść oświadczenia SGS Czech Republic s.r.o. Stąd też przy ocenie oferty SGS należy pominąć zupełnie treść tych wyjaśnień w zakresie, w jakim rozszerzają one oświadczenie SGS Czech Republic s.r.o. Z kolei zobowiązanie do udostępnienia zasobów znajdujące się w ofercie SGS nie wykazuje spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego jest ono na tyle ogólne, że nie wykazuje rzeczywistego, realnego udziału podmiotu

udostępniającego w realizacji zamówienia w sposób, który zapewniłby realne skorzystanie z użyczonego zasobu. Okoliczność uzasadnia wnioszek o wykluczenie SGS z postępowania. Odnosząc się do wszystkich w/w zobowiązań do udostępnienia zasobów Odwołujący wskazał, że Wykonawca może co prawda zgodnie z ustawą polegać na wiedzy i doświadczeniu osób trzecich, to jednak w każdym takim przypadku dany wykonawca musi udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował takimi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przedłożenie do oferty dokumentów, z których wynika zakres i udział innego podmiotu w realizacji zamówienia, sposób udostępnienia zasobów oraz charakter stosunku prawnego łączącego podmioty.

W dalszym uzasadnieniu Odwołujący wskazał na tezy z orzecznictwa dotyczące możliwości i sposobu udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia, wymagające wykazania realności udostępnienia i rzeczywistego udostępnienia oraz konieczności zaangażowania podmiotu w wykonanie zamówienia.

Ocena realności udostępnienia zasobów powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem uwarunkowań danego zamówienia oraz rodzaju udostępnianego zasobu. Skoro w przedmiotowym przypadku udostępniono zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia - tj. doświadczenie w realizacji zamówień podobnych, to nie jest możliwe korzystanie z doświadczenia w sposób inny, niż poprzez udział takiego podmiotu w realizacji zamówienia. Nie można bowiem przekazać przez udzielanie porad, czy też przez szkolenia doświadczenia. Dany podmiot, który nabył takie doświadczenie poprzez uprzednią realizację zamówienia podobnego, nie może udostępnić swojego doświadczenia i wiedzy w tym zakresie w sposób inny niż poprzez swój bezpośredni udział w realizacji zamówienia. Tymczasem w każdym z powyższych przypadków udział podmiotów udostępniających zasobów ma się odbywać zgodnie z treścią zobowiązań poprzez konsultacje czy porady.

Ponieważ SGS samo złożyło oświadczenie co do braku udziału SGS Czech Republic SRO w realizacji zamówienia, tym samym złożył też oświadczenie, że w zakresie wiedzy i doświadczenia z podwykonawców korzystać nie będzie. Jednakże bez udziału podwykonawców wykonawca SGS nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zatem SGS powinien zostać wykluczony z postępowania, bez zastosowania trybu art. 26 ust. 3 ustawy. Nie jest to bowiem brak oferty, który może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, czy też wyjaśniony w trybie art. 26 ust 4, czy art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż treść formularza ofertowego nie może być zmieniana przez wykonawcę po jego złożeniu.

## **Stanowisko Izby**

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 17 sierpnia 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne odwołania i skierowała je na rozprawę, do udziału w której dopuszczeni zostali wykonawcy, którzy w terminie zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz Odwołującego.

Do rozpoznania odwołania 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”.

Przed rozstrzygnięciem w przedmiocie zarzutów, Izba ustaliła, iż Odwołujący wykazał się interesem w uzyskaniu zamówienia, na który złożył ofertę, a która w przypadku uwzględnienia odwołania, mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołanie dotyczy bowiem czynności oceny ofert, których Zamawiający nie odrzucił, a które były tańsze od oferty Odwołującego. Powyższe wypełniało przesłanki materialno prawne z art. 179 ust. 1 ustawy, a ich spełnienie umożliwiało odniesienie się do zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Odnosząc się w kolejności podniesionych zarzutów, koniecznym było ustalenie stanu faktycznego, w jakim Zamawiający podejmował czynności w postępowaniu zakreślone w podstawie zarzutów, które to ustalenia znajdują się poniżej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum Safege, Ekocentrum, SGS, Grontmij, pomimo, iż oferty te zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś w/w/ wykonawcy nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 2-3 ustawy.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 23 385 781,87 zł. netto, uwzględniając wartość zamówień uzupełniających, stanowiących 50% wartości zamówienia podstawowego. Po odliczeniu wartości robót uzupełniających, wartość zamówienia podstawowego (wycenianego w ofertach) wynosi 15 590 521,25 zł. netto. Porównując wartości ofert pomniejszone o stawkę podatku VAT, różnica ofert w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu podstawowego, kształtuje się na poziomie 61 % (SGS), 37 % (Ekocentrum), 36% (Konsorcjum Safege) i 61 % (Grontmij). Oferta Odwołującego jako jedyna przekracza wartość zamówienia (podstawowego).

Podstawą ustalenia wartości szacunkowej była wartość robót budowlanych podlegających nadzorowi, którą Zamawiający określił na kwotę ok. 800 000 000 zł, przyjmując wskaźnik 2,25% dla obliczenia wartości usług nadzoru. Zamawiający brał pod uwagę cennik Sekocenbudu, który wskazuje, że wartość usług nadzoru mieści się w przedziale od 1,5% do 4% wartości robót budowlanych. Zamawiający choć zdawał sobie sprawę ze spadku cen na rynku tego typu usług, poniżej wartości określonych w Sekocenbud, to z ostrożności przyjął wskaźnik powyżej średniej Sekocenbud, mając na uwadze, iż w trakcie przedłużającego się postępowania przetargowego możliwy jest i prawdopodobny wzrost cen do przynajmniej cen średnich występujących w Sekocenbud.

Na rozprawie ustalono, na podstawie niekwestionowanych oświadczeń stron o wysokości cen ofert wybranych w innych postępowaniach prowadzonych przez PKP S.A na rodzajowo tożsamy zakres usług – nadzoru nad pracami prowadzonymi na liniach kolejowych, iż kształtowały się one na poziomie odpowiadającym wartości przedmiotu zamówienia odpowiednio: 20,49% (linia kolejowa nr 1 odcinek Koluszki – Częstochowa), 20,61 % (linia kolejowa nr 143 odcinek Kalety – Kluczbork), 19,60% (linia kolejowa nr 8 odcinek Warszawa Okęcie – Radom), 21,11% (linia kolejowa nr 353, odcinek Inowrocław – Jabłonowo Pomorskie), 22,44% (linia kolejowa nr 22,44%, odcinek Zawiercie – Dąbrowa Górnicza Ząbkowice – Jaworzno Szczakowa), 17,85% (linia kolejowa E 20/CE, odcinek Siedlce – Terespol). Również Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu dotyczącym sprawowania nadzoru na linii E20 Siedlce-Biała Podlaska, która wyniosła około 18% ceny budżetowej i na taką kwotę zawarto z wykonawcą umowę.

W przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało siedem ofert, z których każda była niższa od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (uwzględniającej wartości robót uzupełniających). Poczynając od najtańszej do najdroższej oferty złożyli: Konsorcjum Safege (6 976 358,28 zł brutto), Ekocentrum Sp. z o.o. (7 195 500,00 zł. brutto), MGGP S.A. (9 692 498,40 zł. brutto), ECM Group Polska S.A. (9 820 418,40 zł. brutto), SGS Polska Sp. z o.o. (11 682 693,75 zł. brutto), Grontmij Polska Sp. z o.o. (11 684 852,40 zł. brutto), Konsorcjum Getinsa (19 782 828,00 zł. brutto).

Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż decyzję o wezwaniu wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy podejmował, porównując wartość złożonych ofert z wartością szacunkową zamówienia podstawowego powiększonego o wartość zamówień uzupełniających, kierując się treścią znowelizowanego przepisu, w którym wprowadzono obowiązek wyjaśnienia, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, między innymi jeżeli jest ona niższa o 30% od wartości zamówienia.

Zamawiający skierował identyczne wezwania do każdego z wykonawców o złożenie wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny. Wyjaśnienia i dowody, zdaniem Zamawiającego powinny obejmować elementy składowe takiej jak: wynagrodzenia pracowników, koszty lokali niezbędnych dla realizacji zamówienia, koszty majątku ruchomego (samochody, komputery, oprogramowanie specjalistyczne), koszty zarządu, obsługi prawnej. Zamawiający oczekiwał, aby wyjaśnieniach wykazane zostało, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia. Ponadto winny wskazać, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

Wyjaśnienia kwestionowanych wykonawców objęte zostały w całości lub części klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Przedmiotem oceny pod kątem rażąco niskiej ceny były wyjaśnienia Konsorcjum Safege z dnia 8 lipca 2015 r., Ekocentrum Sp. z o.o. z dnia 7 i 22 lipca 2015 r., SGS Polska Sp. z o.o. z dnia 8 lipca 2015 r. oraz Grontmij Polska Sp. z o.o. z 6 lipca 2015 r.

Odwołujący na rozprawie przedłożył jako dowód w sprawie opinię dotyczącą minimalnej kwoty niezbędnej do wykonania przedmiotowego zamówienia, przygotowaną na jego zlecenie przez Członka Zarządu Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców SIDIR, nie opatrzoną datą sporządzenia - wnosząc o jej dopuszczenie jako dowodu na okoliczność wysokości minimalnej ceny oferty, za jaką możliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia, określonej w opinii na kwotę co najmniej 14 445 658,18 PLN. Wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy budownictwa kolejowego z zakresu realizacji, nadzorowania oraz kosztorysowania robót kolejowych na okoliczność ustalenia, czy ceny ofertowe w ofertach wykonawców: konsorcjum SAFEGE, Ekocentrum, SGS, Grontmij zapewniają należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ w szczególności, czy obejmują wszystkie elementy OPZ.

**Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum Safege, Ekocentrum, SGS, Grontmij nie potwierdził się.**

Zasadniczo podstawa zarzutu sprowadzała się do kwestionowania treści wyjaśnień tych wykonawców złożonych na wezwanie Zamawiającego, dotyczących wysokości cen. Pomimo, iż Odwołującemu nie była znana treść wyjaśnień, w zakresie, w jakim wykonawcy zastrzegli informacje w nich zawarte, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący postawił tezę o niedostatecznej treści wyjaśnień z uwagi na brak uwzględnienia w nich wszystkich elementów przedmiotu zamówienia (opisanych ryzyk), a także brak wystąpienia indywidualnych, wyróżniających sytuacje poszczególnych wykonawców okoliczności

pozwalających na tak znaczące obniżenie cen. Jednocześnie Odwołujący podkreślał, iż brak dowodów potwierdzających okoliczności opisane w treści wyjaśnień powinien prowadzić do uwzględnienia odwołania, gdyż to na Wykonawcach oraz Zamawiającym spoczywał ciężar dowodu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do ciężaru dowodu przy zarzucie zaniechania odrzucenia ofert, Izba wskazuje, iż Odwołujący zobowiązany jest wykazać zasadność stawianych tez, co przy zarzucie rażąco niskiej ceny sprowadza się zwyczajowo do kwestionowania treści wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W sytuacji objęcia wyjaśnień klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący pozbawiony jest możliwości prezentacji pełnej argumentacji. Nie oznacza to, iż zarzut nie może okazać się zasadny, gdyż podstawowym dowodem w sprawie są wyjaśnienia jakie wykonawcy składali w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, podlegające ocenie przez Izbę niezależnie od naniesionej klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba uznała, iż dowód w postaci opinii złożonej przez Odwołującego nie może mieć znaczenia dla ustalenia, czy ceny poniżej kwoty wskazanej w opinii uniemożliwiają wykonanie zamówienia. Zasadniczą przeszkodą dla przyjęcia opinii, jako wiążącej wytycznej dla oceny ofert, były odmienne założenia przyjęte w opinii odbiegające od opisu przedmiotu zamówienia, a dotyczące ilości pracowników, czy też wyliczenia ilości pojazdów i związanych z nimi kosztami. Ponadto wątpliwość budziła możliwość przyjęcia tego dokumentu, jako obiektywnego opracowania, skoro zostało ono przygotowane na zlecenie Odwołującego, a wnioski ujęte w podsumowaniu prowadziły do przyjęcia, iż tylko kalkulacja Odwołującego jest prawidłowa. Nie można również ustalić kiedy została ona sporządzona (brak daty), a tym samym prawdopodobne jest iż przy jej opracowaniu autor miał świadomość wysokości zaoferowanych cen w postępowaniu, co pomniejszało jej walor jako dokumentu stanowiącego obiektywną wycenę zakresu prac. Zasadniczo Izba uznała, iż opinia złożona w sprawie przez Odwołującego nie mogła zastępować treści wyjaśnień wykonawców, jako dowodów na okoliczność braku wystąpienia w ofertach rażąco niskiej ceny. Przedłożona opinia stanowiła jedynie przykładowy sposób kalkulacji ceny w tym postępowaniu, subiektywny, nie uwzględniający założeń innych wykonawców, jakie towarzyszyły kalkulacji kosztów. W świetle powyższego Izba pominęła wnioski płynące z opinii, a sam dokument uznany został jako stanowisko strony.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego w celu sporządzenia opinii mającej walor dowodu w sprawie na okoliczności prawidłowości wyceny zakresu prac, uznając, iż jedynym właściwym źródłem dowodowym na okoliczność kalkulacji cen ofertowych były wyjaśnienia udzielane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i przedkładane wraz z nimi dowody.

Izba dokonała oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców Wezwanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy – które to dokumenty stanowiły podstawę dla czynności Zamawiającego

podjętych w postępowaniu, zakończonego wyborem oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum Safege).

Wykonawcy składali wyjaśnienia pod kątem rażąco niskiej ceny z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego wskazanych w wezwaniach, opisanych jako elementy składowe: wynagrodzenia pracowników, koszty lokali niezbędnych dla realizacji zamówienia, koszty majątku ruchomego (samochody, komputery, oprogramowanie specjalistyczne), koszty zarządu, obsługi prawnej. Uwzględniając specyfikę przedmiotowego zamówienia Izba uznała, iż wyjaśnienia dotyczące co najmniej wskazanych elementów, pozwalały Zamawiającemu na ocenę rzetelności prezentowanych kalkulacji. Pomimo dużej rozbieżności cen w stosunku do szacowanej wartości zamówienia, kalkulacje Wykonawców (sześciu) pozostawały na porównywalnym poziomie, co pozwala przyjąć, iż przy tego rodzaju usługach, gdzie czynnik ludzki ma decydujące znaczenie przy kalkulacji kosztów, przyjęty przez Zamawiającego sposób szacowania wartości zamówienia odbiega znacząco od realiów rynkowych. Wskazują na to również przedstawione przykłady postępowań na rodzajowo tożsamy przedmiot zamówienia, w których składane oferty stanowiły około 20% szacunków zamawiającego PKP.S.A. Izba uznała, iż porównanie cen ofert z wartością szacunkową zamówienia wypaczało rzeczywisty poziom różnicy, gdyż szacunek Zamawiającego wykraczał poza zakres prac wycenianych w ofertach, co wynikało z dodania wartości robót uzupełniających, stanowiących 50% wartości robót podstawowych. Już to czyniło argumentację Odwołującego nietrafną, a także wpływało na ocenę zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień.

Izba uznała twierdzenie Odwołującego o konieczności wyszczególnienia w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ryzyk opisanych w przedmiocie zamówienia, jako zbyt daleko idące, wykraczające poza ramy badania wskazane przez Zamawiającego w wezwaniach z dnia 02.07.2015 r., skierowanych do wszystkich wykonawców (w tym również samego Odwołującego). Nawet gdyby wykonawcy odnosili się w wyjaśnieniach do sposobu wyceny ryzyk opisanych w przedmiocie zamówienia, to zdaniem Izby nie byłoby to pomocne dla ustalenia istnienia właściwych danemu wykonawcy okoliczności wpływających na obniżenie ceny oferty. Izba uznała, iż czynniki wskazane w wezwaniach faktycznie identyfikowały te obszary, w których wykonawcy mogli odmiennie kalkulować koszty uwzględniając właściwe im uwarunkowania umożliwiające obniżenie kosztów świadczenia usługi. Ponieważ ocena ofert zakończyła się wyborem oferty najkorzystniejszej, Izba szczególną uwagę poświęciła wyjaśnieniom, jakie udzieliło Konsorcjum Safege, oferujące najniższą cenę. Odwołujący wnosił o sprawdzenie, czy wyjaśnienia zostały poparte dowodami. Takie dowody zostały złożone i stanowiły: ofertę usług laboratoryjnych dla przedmiotowego zadania, ofertę wynajmu lokalu użytkowego. Do wyjaśnień załączono kalkulację elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, z uwzględnieniem wytycznych wskazanych w wezwaniu. W



wyjaśnieniach wskazane zostały obiektywne czynniki, właściwe temu wykonawcy, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a także szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów kalkulacyjnych. Izba uznała, iż wyjaśnienia pozwalały przyjąć, iż Wykonawca rzetelnie oszacował koszty związane z realizacją usługi, w których uwzględnił ryzyka i obowiązki opisane w pkt 3 i 4 OPZ, a także wymagania z pkt 5 OPZ. Cena oferty uwzględnia również zysk. Powyższe czyniło zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Safege bezpodstawnym.

W świetle powyższego szczegółowa ocena wyjaśnień pozostałych wykonawców w zasadzie nie wpływałaby na wynik postępowania, w którym ofertą najkorzystniejszą jest oferta Konsorcjum Safege, stąd Izba poprzestała na stwierdzeniu, iż w wyjaśnieniach wykonawcy odnosili się do okoliczności wskazanych w wezwaniu Zamawiającego. W części wykonawcy ograniczali się w zasadzie do przedstawienia kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co przy innym rodzaju zamówienia mogło być uznane za nie wystarczającą. Uwzględniając charakter prac, których zasadniczym elementem kosztowym jest wynagrodzenie personelu w okresie projektowania i budowy oraz w okresie gwarancji i rozliczenia, wysokość kosztów mogła odbiegać znacząco, przy uwzględnieniu możliwości wykorzystywania pracowników zaangażowanych również na innych projektach, co stanowiło o indywidualnym podejściu wykonawców do kalkulacji kosztów.

Odnosnie wyjaśnień złożonych przez Ekocentrum w dniu 7 lipca 2015 r., Izba uznała, iż nie były one wystarczające, co również potwierdza późniejsza czynność z dnia 17.07.2015 r. - wezwania do ponownego złożenia wyjaśnień. Dopiero złożone w piśmie z dnia 22 lipca 2015 r. wyjaśnienia zawierały informacje dotyczące elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby, w tej sytuacji ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień Ekocentrum mogło naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający zastrzegł w wezwaniach z dnia 2 lipca 2015 r., iż brak wyjaśnień będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Ponieważ jednak Zamawiający w taki sam sposób postąpił w odniesieniu do wykonawcy MGGP, którego również wezwał ponownie do złożenia brakujących wyjaśnień, należało uznać, iż nie doszło do uchybienia zasadom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 ustawy). Ponadto odwołanie nie mogło być uwzględnione na tej podstawie w świetle regulacji zawartej w art. 192 ust. 2 ustawy. Nawet, gdyby przyjąć, że przy ocenie wyjaśnień Zamawiający dopuścił się naruszenia zasad, to naruszenie to nie mogło wpłynąć na wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum Safege, a sama zmiana na dalszych pozycjach rankingu również nie może do tego prowadzić. Ponadto Izba miała na uwadze, iż samo wezwanie do złożenia wyjaśnień było wynikiem porównania wartości ofert z wartością szacunkową zamówienia, wykraczającą poza przedmiot podstawowy, wyceniany w ofertach. Tym samym, wezwanie skierowane do wykonawców powodowało powstanie domniemania prawnego, które przy

porównaniu wartości zamówienia (podstawowego) z wartością ofert, nie powstałoby (różnica w cenach nie przekracza 30% wartości zamówienia podstawowego). W świetle regulacji art. 192 ust. 2 ustawy spornym pozostaje ustalenie, czy wynikiem postępowania jest samo wskazanie na ofertę najkorzystniejszą, czy również ustalenie dalszego rankingu ofert. Skład orzekający w niniejszej sprawie uznał, iż przy braku uwzględnienia mogących istotnie wpływać na wynik postępowania, zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum Safege, uwzględnienie odwołania w części dotyczącej dalszej oferty, pozostawałoby bez wpływu na wynik rozumiany, jako wskazanie oferty najkorzystniejszej, a zatem nie było zasadnym nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty Konsorcjum Safege.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 zd. drugie ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców: Konsorcjum Safege, Ekocentrum, Grontmij, wyjaśnień.

Wyjaśnienia wskazanych wykonawców objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający oceniając zasadność zastrzeżenia tajemnicą całości informacji w wyjaśnieniach Ekocentrum uznał, iż nie było to skuteczne z uwagi na charakter informacji nie mających wartości gospodarczej i w dużej części wyjaśnienia odtajnił.

Zamawiający nie udostępnił części jawnej wyjaśnień Konsorcjum Safege, które zostały podzielone na dwie części. Część opisana pod pkt 2, stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyjaśnienia Grontmij w całości objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

**Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania udostępnienia części jawnej wyjaśnień Konsorcjum Safege, potwierdził się, co jednak pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.**

Oceniając czynność Zamawiającego Izba uznała, iż zarzut stawiany Zamawiającemu o bezkrytycznym przyjęciu zasadność uznania informacji zawartych w wyjaśnieniach za tajemnicę przedsiębiorstwa stał w sprzeczności z okolicznościami faktycznymi, których wyrazem były decyzje o odtajnieniu części wyjaśnień. Dotyczy to nie tylko wyjaśnień Ekocentrum, ale również wyjaśnień Odwołującego, które Zamawiający odtajnił, uznając, że wykonawcy w sposób nieskuteczny objęli klauzulą treść wyjaśnień.

Odnosząc się do czynności oceny zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawców składanych w zakresie elementów cenotwórczych, należy poczynić uwagę ogólną odnoszącą się do charakteru informacji.

Jak słusznie Odwołujący wskazywał, odwołując się do dorobku orzecznictwa, ocena zasadność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, prowadzona jest każdorazowo z uwzględnieniem charakteru informacji, jak również uzasadnienia prezentowanego przez

wykonawcę. Nie można jednak pomijać, iż wyjaśnienia niejednokrotnie wykraczają istotnie poza treść oferty w tym znaczeniu, iż szerzej od wymagań zawartych w siwz prezentują okoliczności dotyczące wyceny oraz sposobu realizacji zamówienia. Prowadzi to do sytuacji, w której inni wykonawcy, nie wezwani do złożenia wyjaśnień, mogą poznać istotne z punktu widzenia budowy przewagi konkurencyjnej w postępowaniu informacje, samemu nie będąc do tego zobowiązanym. Stąd szczególnie istotnym jest to, aby oceniać wyjaśnienia z ostrożnością i rozważą, tym bardziej iż samo wezwanie do złożenia wyjaśnień nie zawsze musi znajdować uzasadnienie, w szczególności gdy możliwe jest ustalenie, że szacowanie wartości zamówienia było efektem zamierzonej ostrożności Zamawiającego lub dodania wartości zamówień uzupełniających. W niniejszym postępowaniu taka sytuacja wystąpiła, co zostało omówione przy pierwszym zarzucie. Odnosząc się do charakteru informacji, już wezwanie Zamawiającego pozwalało na ustalenie, że informacje dotyczyć będą strony organizacyjnej przedsiębiorstwa związanej z realizacją tego konkretnego zamówienia, sposobem kalkulacji kosztów, co niewątpliwie mieści się w pojęciu informacji chronionych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do wyjaśnień SAFEGE z dnia 2 lipca 2015 r. oraz Grontmij z dnia 6 lipca 2015 r. (s. 9), Izba ustaliła, że informacje w nich zawarte umożliwiały poznanie założeń dotyczących indywidualnego podejścia do procesu realizacji przedmiotowej inwestycji wynikających z organizacji i wykorzystania posiadanych zasobów własnych, a także pozyskanego dla tej inwestycji zaplecza. W toku rozprawy ustalono, iż Odwołujący zwrócił się o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami. Zamawiający pomimo, że Konsorcjum Safege w części wyjaśnień nie utajniło, nie udostępnił treści jawnej pisma z dnia 08.07.2015 r. Mając jednak na uwadze ogólny (wprowadzający do zasadniczej treści) charakter informacji zawartych w tej części pisma (pkt 1), Izba uznała, iż ich udostępnienie nie zmieniłoby oceny dalszej części wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym Izba uznała, iż, zarzut Odwołującego w tym zakresie wprawdzie potwierdził się, co jednak nie oznacza, iż odwołanie mogło być na tej podstawie uwzględnione. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi, iż naruszenie przepisów ustawy miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym, przy braku zasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Safege, omówionego w pierwszej części uzasadnienia, a także charakteru informacji zawartych w części jawnej wyjaśnień, naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy nie miało i nie mogło mieć znaczenia dla wyboru oferty Konsorcjum Safege, jako najkorzystniejszej. Istotne z punktu widzenia podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Safege informacje mogły być skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: Konsorcjum Safege, SGS, Ekocentrum, pomimo, iż wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z ostrożności procesowej – zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Konsorcjum Safege w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużyło się zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia firmy KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. (zobowiązanie na stronie 32 oferty), który to podmiot pozostaje powiązany personalnie i kapitałowo z spółkonsorcjantem Koltech Infra Sp.z o.o. (posiada 30% udziałów). Na rozprawie pełnomocnicy Konsorcjum Safege wskazywali na dotychczasową współpracę pomiędzy Koltrech Infra Sp. z o.o. i Koltrech Inwestor Sp. z o.o., gdzie ten ostatni świadczył usługi nie będąc jednocześnie podwykonawcą.

W treści zobowiązania z dnia 26.05.2015 r. podmiot oświadczył, iż w ramach umowy cywilno-prawnej zamierza udostępnić zasób na czas wykonania zamówienia przez „stały konsulting i doradztwo ze strony naszej kadry technicznej, mającej doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień w zakresie opracowania dokumentacji, procesu organizacji inwestycji oraz sposobów rozwiązywania pojawiających się jej trakcie problemów”.

Ekocentrum w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużyło się zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia firmy Jacobs Polska Sp. z o.o. (zobowiązanie z dnia 13.04.2015 r., str. 27 oferty). W treści zobowiązania, wskazane zostało, iż „Udostępnione zasoby będą wykorzystywane poprzez m.in. wsparcie merytoryczne konsultacje, porady, pomoc w rozwiązywaniu problemów występujących przy realizacji zamówienia tak, aby usługa była wykonana z należytą starannością oraz zgodnie z warunkami umową. Jednocześnie oświadczamy, że będziemy brać udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący: umowa cywilno-prawna”. W formularzu ofertowym Ekocentrum w pkt 10 oświadczyło, iż zamówienie będzie realizować z udziałem Jacobs Polska Sp. z o.o.

SGS w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużyło się zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia firmy SGS Czech Republic s.r.o. (zobowiązanie z 26.05.2015 r., str. 49 oferty). Przekazanie zasobu miało nastąpić poprzez świadczenie usługi obejmujące pełne wsparcie merytoryczne dla SGS Polska przy realizacji Zamówienia, nadzór nad prawidłowością wykonywanych czynności, doradztwo techniczne i wszelką inną pomoc umożliwiającą wykonanie zamówienia przez SGS Polska”, a jednocześnie SGS Czech Republic s.r.o. oświadczyło, że nie będzie brać udziału w realizacji przedmiotowej umowy. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 26.06.2015 r. potwierdził, iż udostępniający potencjał nie będzie bezpośrednio wykonywał żadnych czynności związanych z realizacją

zamówienia, a wszelkie opinie oraz analizy wynikające z usługi konsultingowej będą wsparciem merytorycznym podczas czynności i decyzji podejmowanych samodzielnie przez Wykonawcę w trakcie realizacji usługi. W formularzu oferty (pkt 10) Wykonawca potwierdził, iż podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia, a w załączniku nr 6 dotyczącym prac przeznaczonych do podwykonawstwa nie ma informacji związanych z udostępnieniem wiedzy i doświadczenia przekazywanego przez SGS Czech Republic.

**Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców: Konsorcjum Safege, Ekocentrum i SGS nie potwierdził się.**

Na wstępie Izba wskazuje, iż brak ustawowego obowiązku udziału podmiotu w realizacji usług w charakterze podwykonawcy nie budzi większych wątpliwości interpretacyjnych w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Powszechnych. Ponadto, Zamawiający w siwz nie wymagał bezwzględnego uczestnictwa podmiotu udostępniającego swój potencjał wykonawcy w realizacji zamówienia, wskazując w uwadze II, na obowiązek przedłożenia dodatkowych dokumentów z pkt 9.1.1 lit. b. i pkt 9.1.2 lit. a, tylko w sytuacji, gdy podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia. Odmienną kwestią, istotną również w tym postępowaniu jest ocena, czy przekazanie wiedzy i doświadczenia może mieć charakter realny, jeżeli podmiot udostępniający swój potencjał nie zamierza brać bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia, zobowiązując się do wsparcia merytorycznego w postaci prowadzenia szkoleń, doradztwa, nadzoru w trakcie realizacji zamówienia. Ocena ta nie może być oderwana od rodzaju i zakresu zamówienia, jakim w niniejszym postępowaniu jest usługa nadzoru nad robotami budowlanymi.

W przypadku każdego z zobowiązań, przekazanie potencjału przybiera formy wsparcia merytorycznego wykonawcy w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru a w przypadku Jacobs Polska Sp. z o.o. połączone zostało z deklaracją udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawcy (potwierdzone deklaracją Wykonawcy Ekocentrum w ofercie). W przypadku Ekocentrum realność przekazana potencjału i możliwości skorzystania z niego w trakcie realizacji zamówienia nie budziła wątpliwości, w świetle deklaracji bezpośredniego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, co czyniło zarzut skierowany wobec oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bezzasadnym. Odnosząc się natomiast do oceny zobowiązań pozostałych dwóch Wykonawców Izba uwzględniła charakter potencjału, jakim jest wiedza i doświadczenie w nadzorze, co niewątpliwie związane jest z wiedzą i doświadczeniem kadry podmiotu trzeciego. Jest to potencjał nierozzerwalny z zasobem osobowym tego podmiotu, tym samym możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia pracowników może przybrać różne formy, bez potrzeby angażowania samego podmiotu w proces realizacji zamówienia. Teza ta znajduje

wsparcie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 marca 2011 r., sygn. akt XIX Ga 92/11, w którym nie podzielił stanowiska KIO, iż przy zasobach nierozzerwalnie związanych z podmiotem ich udzielającym, niemożliwy jest samodzielny nimi obrót i dalsze ich udzielanie bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Powyższe nie oznacza, że wykonawca zwolniony jest z obowiązku udowodnienia zamawiającemu, iż tymi zasobami będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia.

Uwzględniając powyższe zasób doświadczenia w zarządzaniu i nadzorze może być realnie udostępniiony i możliwy do wykorzystania przez udział podmiotu w charakterze wspierającego proces zarządzania projektem i nadzoru, którego przejawem niewątpliwie są konsultacje i doradztwo na bieżąco w całym okresie realizacji zamówienia, bez konieczności bezpośredniego udziału w nadzorze osób skierowanych przez podmiot trzeci. Zamawiający takiego wymagania nie wprowadził, pozostawiając wykonawcom możliwość dowolnego pozyskania wsparcia merytorycznego koniecznego do wykonania przedmiotowej usługi. Odnośnie zobowiązania Koltrech Inwestor Sp. z o.o., dodatkowe uzasadnienie dla oceny realności udostępnienia potencjału Konsorcjum Safege wynikać może z faktu istnienia powiązań kapitałowych oraz personalnych, a także z przebiegu dotychczasowej współpracy ze współkonsorcjantem.

Mając powyższe na względzie Izba 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 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 oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w sprawie sygn. akt. KIO 794/15.

**Przewodniczący: .....**