

Sygn. akt: KIO 484/17

WYROK
z dnia 28 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. (lider konsorcjum), MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Mieszka 110, 40-877 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów,**

przy udziale wykonawcy: **ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy: **Sweco Consulting sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum: „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. (lider konsorcjum), MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Mieszka 110, 40-877 Katowice, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. (lider konsorcjum), MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Mieszka 110, 40-877 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę 4 056 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. (lider konsorcjum), MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Mieszka 110, 40-877 Katowice** na rzecz zamawiającego: **Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu opłaty skarbowej, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Tramwaje Śląskie S.A. w Chorzowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Inżyniera Kontraktu dla zadań objętych Projektem pn.: „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko- Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego”. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na cztery części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2016 r. pod nr 2016/S 230-419666.

W postępowaniu wpłynęło do Zamawiającego 7 ofert – wszystkie oferty zostały złożone na cztery części zamówienia. W dniu 3 marca 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej we wszystkich czterech częściach zamówienia. Dokonał wyboru: oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jako najkorzystniejszej w części nr I, II, III i IV zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum: „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A., MP-Mosty Sp. z o.o. wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru we wszystkich częściach zamówienia (tj. części 1, 2, 3 i 4) oferty złożonej przez wykonawcę Sweco Consulting Sp. z o. o. (dalej: Sweco). Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę Sweco wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej na wszystkie części zamówienia, mimo iż oferta zawiera rażąco niską (niskie) cenę (ceny) w stosunku do przedmiotu zamówienia, wykonawca zaś nie złożył wyjaśnień czyniących zadość wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1 - 3 Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sweco na wszystkie części zamówienia, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sweco na wszystkie części zamówienia mimo, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny w odniesieniu do wszystkich części zamówienia tj. jest niezgodna z wymaganiami określonymi w Rozdziale XIV pkt. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a błędy te nie stanowią innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących

istotnych zmian w treści oferty, a zatem nie podlegały poprawieniu,

4) art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez naruszenie zasady jawności postępowania i zaniechania ujawnienia w całości ofert wraz z załącznikami oraz korespondencji i wyjaśnień złożonych przez wykonawców: Sweco, konsorcjum SAFEGE S.A.S. i „CONSEKO- SAFEGE" S.A. (dalej Konsorcjum Safege), ECM Group Polska S.A. (dalej: ECM), mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają ustawowych przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wskazani wykonawcy nie wykazali skutecznie zasadności dokonanego zastrzeżenia;

5) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sweco wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznania jego oferty na wszystkie części zamówienia za odrzuconą, względnie zaniechania odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada wymogom SIWZ, mimo iż w części IV sekcja C pkt 2 JEDZ wykonawca nie zawarł w pełnym zakresie oświadczeń wymaganych zgodnie z Rozdziałem VI, pkt II, Uwaga 3 SIWZ, a w szczególności nie zawarł danych o datach wykonywania zadań przez Koordynatora nadzoru inwestorskiego i poszczególnych Inspektorów nadzoru;

6) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Safege, ECM, względnie zaniechanie wykluczenia tych wykonawców wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznania ich ofert na wszystkie części zamówienia za odrzucone, wobec tego, że ich treść nie odpowiada wymogom SIWZ, a wykonawcy nie wykazali spełnienia wymogu określonego w Rozdziale IV, pkt 2 SIWZ w zw. z Rozdziałem VI pkt II ppkt 2 SIWZ, tj. wymogu przedstawienia i przypisania do odpowiednich 2 części zamówienia odrębnych zespołów personelu, zgodnych z wymaganiami SIWZ;

7) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia w zakresie wszystkich części wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, tj. wykonawcy Sweco.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla wszystkich części zamówienia (tj. części 1, 2, 3 i 4);
- 2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert dla wszystkich części zamówienia (tj. części 1,2, 3 i 4);
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sweco na wszystkie części zamówienia (tj. części 1, 2, 3 i 4), ewentualnie wykluczenia wykonawcy Sweco i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 4) odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Safege oraz ECM na wszystkie części

zamówienia (tj. części 1, 2, 3 i 4), względnie wykluczenia tych wykonawców i uznania ich ofert za odrzucone;

5) ujawnienia wszystkich zastrzeżonych części ofert wykonawców Sweco, Konsorcjum Safege oraz ECM w szczególności w zakresie:

- ECM: informacji o doświadczeniu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (zał. nr 4 do SIWZ), JEDZ w zakresie części zawierającej wykaz osób,

- Konsorcjum Safege: informacji o doświadczeniu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (zał. nr 4 do SIWZ), JEDZ w zakresie Część IV: kryteria kwalifikacji C: Zdolność techniczna i zawodowa,

w zakresie, w jakim nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i/lub nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawców;

6) ujawnienia w całości zastrzeżonych przez wykonawcę Sweco wyjaśnień rażąco niskiej ceny, skierowanych na wezwania Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2017 r. oraz 3 lutego 2017 r. wraz z załącznikami oraz pozostałej korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcami: Sweco, Konsorcjum Safege oraz ECM po dniu otwarcia ofert - w zakresie, w jakim nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i/lub nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawców;

7) wyboru oferty Odwołującego na wszystkie części zamówienia, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę na wszystkie części zamówienia. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w zakresie części 3 zamówienia, a w zakresie części 1,2 i 4 oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 4 miejscu (po ofertach wykonawców Sweco, Konsorcjum Safege oraz ECM).

Zważywszy na zastosowanie w niniejszej sprawie tzw. „procedury odwróconej” oraz treść Rozdziału VII, pkt I, ppkt 7, Odwołujący podniósł zarzuty wobec ofert wykonawców w zakresie możliwym na obecnym etapie postępowania.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Oferta złożona przez wykonawcę Sweco zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (wszystkich jego części), wykonawca zaś nie złożył wyjaśnień czyniących zadość wymaganiom art. 90 ust. 1-3 Pzp.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że gdyby KIO uznała zasadność zarzutu nr 4 w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Sweco, to w ewentualnym braku uznania cen oferty Sweco za rażąco niskie, zasadnym byłoby rozpoznanie kwestii rażąco niskiej ceny, jako obecnie przedwczesnej, po ujawnieniu przez Zamawiającego wskazanych wyjaśnień (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 lutego 2017 r., do sygn. KIO 110/17).

Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego ceny zaoferowane przez Sweco

są już *prima facie* rażąco niskie.

Oferta Sweco w każdej części zamówienia stanowi dokładnie 33,59 % wartości odpowiedniego budżetu Zamawiającego, w odniesieniu do ceny średniej złożonych ofert odpowiednio 25,60 % (część I), 38,73 % (część II), 31,44 % (część III), 24,10 % (część IV), oraz w sposób bardzo istotny (od ponad 70 % do ponad 60 %) odbiega od ustawowych wyznaczników wskazanych w art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp. Zatem w odniesieniu do oferty Sweco zaszły obie okoliczności wskazane w art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp jako obligatoryjne przesłanki zażądania przez Zamawiającego wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. W świetle art. 90 ust. 2 Pzp zaktualizowało się powstanie domniemania, iż cena zaoferowana przez Sweco jest rażąco niska oraz w konsekwencji przeniesienie na Sweco ciężaru dowodu co do tego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Na wykonawcy ciążył zatem obowiązek złożenia wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp.

Jak wynika z wezwania wykonawcy Sweco (pismo z dnia 3 lutego 2017 r.), pierwotne wyjaśnienia złożone przez Sweco pismem z dnia 25 stycznia 2017 r. miały charakter „bardzo ogólny oraz nie załączono do złożonych wyjaśnień żadnych dowodów, które potwierdzałyby istnienie okoliczności wskazanych przez Wykonawcę jako mające wpływ na obniżenie ceny”. Zamawiający zażądał przedstawienia szczegółowych dowodów w postaci umów o pracę, umów zlecenia, umów przedwstępnych itp. z osobami wyznaczonymi do realizacji zamówienia, jak również wskazał na nieprawdopodobność przyjętej stawki wynagrodzenia, zwłaszcza w kontekście braku uwzględnienia kosztów pośrednich. Zamawiający zażądał przedstawienia w wyjaśnieniach wariantu kosztów i zysku w przypadku udzielenia wykonawcy wyłącznie jednej części zamówienia oraz przedłożenia tytułów prawnych do stosowanych programów komputerowych. Z pisma Zamawiającego wynika, iż wykonawca Sweco dopatrywał się oszczędności „w dysponowaniu wzorami dokumentacji przetargowej” co jest kuriozalne zważywszy na publiczną dostępność dokumentacji przetargowej jako informacji publicznej.

W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana przez Sweco jest całkowicie nierealna. Nawet z pisma Zamawiającego z dnia 3 lutego 2017 r. wynika brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny oraz wręcz brak podstaw do skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania.

Zamawiający określił szacunkową wartość nadzorowanych robót budowlanych:

- w zakresie części I zamówienia na 64 150 000 zł, a cena oferty Sweco wynosi 265 005,96 zł brutto (czyli 0,41 %);
- w zakresie części II zamówienia na 148 050 000 zł, a cena oferty Sweco wynosi 611 601,51 zł brutto (czyli 0,41%);
- w zakresie części III zamówienia na 107 600 000 zł, a cena oferty Sweco wynosi 444

499,86 zł brutto (czyli 0,41%);

- w zakresie części IV zamówienia na 50 000 000 zł, a cena oferty Sweco wynosi 206 552,67 zł brutto (czyli 0,41%).

Z informacji zawartych w SIWZ wynika, że wartość nadzorowanych robót to łącznie około 369 mln zł brutto, a szacowana wartość nadzoru to ok. 4,5 mln zł brutto, tak więc Zamawiający zakładał, że nadzór stanowi 1,2% robót budowlanych, natomiast oferta Sweco zakłada, że nadzór (obejmujący zgodnie z SIWZ nie tylko nadzór inwestorski, ale w szczególności również nadzór autorski, co wynika z pkt 2.1) i 2.2), pkt 5.1) d) OPZ, a także § 2 ust. 1 pkt 2) Wzoru umowy, oraz kontrolowanie rozliczeń budowy, stanowi jedynie ok. 0.4% wartości robót budowlanych, co w ocenie Odwołującego jest całkowicie nierealistyczne.

Z informacji publikowanych kwartalnie - SEKOCENBUD Wartość Kosztorysowa Inwestycji (WKI) IV kw. 2016, wynika, że udział procentowy nadzoru inwestorskiego z kontrolowaniem rozliczeń budowy (jak ma to miejsce w przedmiotowym zamówieniu) mieści się w granicach 1,8%-3,2%. Jakkolwiek zaoferowanie ceny odbiegającej od tych wskaźników samo w sobie nie przesądza o cenie rażąco niskiej, to sformułowanie przez Sweco oferty za sprawowanie nadzoru w tak szerokim zakresie na poziomie 0,4% świadczy o skalkulowaniu ceny w sposób nierynkowy, nierealistyczny, rażąco niski, poniżej rzeczywistych kosztów świadczenia usług.

Przedmiot zamówienia obejmuje 4 części, a w każdej jest kilka zadań (w sumie 26) o lokalizacjach rozproszonych po całym województwie Śląskim, co uzasadnia dodatkowo konieczność pełnego zaangażowania personelu kluczowego.

W cenie oferty konieczne jest uwzględnienie w szczególności zakresu wskazanego w pkt 2 oraz pkt 5.1, pkt 5.3 OPZ. W świetle pkt 5.10 lit.c OPZ wykonawca powinien dysponować kadrą rezerwową dla zapewnienia ciągłego świadczenia usług, co także winno zostać ujęte w wycenie. Wykonawca, kalkulując ofertę, musi także uwzględnić chociażby koszty obsługi prawnej, koszty środków promocyjno-informacyjnych (pkt 5.9 OPZ), koszty biurowe (w tym personelu biurowego) i archiwizacji dokumentów (pkt 5.1 lit.n OPZ), koszty zaplecza konferencyjnego (pkt 5.3 lit. k i l OPZ), koszty środków transportu, koszty polisy ubezpieczeniowej (zgodnej z § 5 ust 1 i 2 projektu umowy), koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy (zgodnie z § 9 projektu umowy). Wykonawca winien również uwzględnić, iż umowa na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu obowiązuje od dnia jej podpisania do zakończenia inwestycji, tzn. zakończenia wszystkich zadań wchodzących w skład danej części zamówienia, z przedłużeniem o okres wykonywania obowiązków wynikających dla wykonawcy z rękojmi wg obowiązujących przepisów prawa (Rozdział V SIWZ, § 4 ust. 1, § 15 projektu umowy).

W ocenie Odwołującego, wykonawca Sweco nie uwzględnił prawidłowo w kalkulacji cen poszczególnych części zamówienia oraz w swoich wyjaśnieniach wskazanych powyżej

obowiązków i kosztów. Łączna wartość oferty Sweco wynosi 1 527 660 zł brutto, a zatem realnie nie pokrywa nawet kosztów minimalnego personelu, koniecznego dla realizacji wszystkich części zamówienia, nie mówiąc nawet o innych kosztach.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 uznk

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Sweco, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia. Wykonawca zaoferował ceny poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z możliwości wykonania zamówienia w jakiegokolwiek części, co uzasadnia podniesienie przedmiotowego zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Sweco na wszystkie części zamówienia mimo, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z treścią Rozdziału XIV SIWZ („Opis sposobu obliczenia ceny”), w szczególności w pkt 2. Za niezgodności w sposobie obliczenia ceny wobec postanowień Rozdziału XIV pkt 2 SIWZ Zamawiający odrzucił oferty dwóch innych wykonawców, a zatem niezgodności te uznawał za błędy w obliczeniu ceny.

Wykonawca Sweco, w pkt 1a) oferty dla każdej części zamówienia, dopuścił się błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, nie dokonując równego podziału ceny na zadania wchodzące w zakres danej części zamówienia, a określając w sposób dowolny (nierówny) wysokość wynagrodzenia dla poszczególnych zadań.

W świetle powyższego niedopuszczalne było zastosowanie przez Zamawiającego procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż poprawieniu w tym trybie nie podlegają błędy w obliczeniu ceny, nawet jeśli stanowią jednocześnie niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Nie można przy tym uznać by błąd, którego dopuścił się wykonawca Sweco był nieistotny.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk.

Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania i zaniechał ujawnienia całej treści ofert wraz z załącznikami oraz korespondencji i wyjaśnień złożonych przez następujących wykonawców: Sweco, Konsorcjum Safege, ECM mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają ustawowych przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wskazani wykonawcy nie wykazali zasadności dokonanego zastrzeżenia.

Zamawiający na podstawie art. 8 ust. 1 - 3, i art. 7 ust. 1 Pzp jest zobowiązany do szczególnie rzetelnego przeprowadzenia weryfikacji dokonanych zastrzeżeń i ujawnienia wszelkich informacji nieprawidłowo zastrzeżonych lub niebędących w ogóle informacjami o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, najpóźniej w momencie zastrzeżenia,

łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Za szczególnie nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego zastrzeżenia, co ma uniemożliwić weryfikację prawidłowości zastrzeżenia, a ze swej istoty takie zastrzeżenie nie zawiera lub zawiera w stopniu nieistotnym informacje, które nawet teoretycznie mogłyby być rozpatrywane z punktu widzenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy Sweco wobec niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu i uznania jego oferty na wszystkie części zamówienia za odrzuconą, względnie zaniechał odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada wymogom SIWZ, mimo iż w części IV sekcja C pkt 2 JEDZ wykonawca nie zawarł w pełnym zakresie oświadczeń wymaganych zgodnie z Rozdziałem VI, pkt II, Uwaga 3 SIWZ, tj. nie zawarł danych o datach wykonywania zadań przez Koordynatora nadzoru inwestorskiego i poszczególnych Inspektorów nadzoru, a zatem nie wykazał by osoby te spełniały wymogi określone w Rozdziale VI, pkt II ppkt 2.2 SIWZ. Oferta Sweco nie odpowiada w tym zakresie treści SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Safege oraz ECM, względnie zaniechał wykluczenia tych wykonawców wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i uznania tych ofert na wszystkie części zamówienia za odrzucone, wobec okoliczności, iż ich treść nie odpowiada wymogom SIWZ, a ww. wykonawcy nie spełnili wymogu określonego w Rozdziale IV, pkt 2 SIWZ w zw. z Rozdziałem VI pkt II ppkt 2 SIWZ, tj. przedstawienia i przypisania do odpowiednich 2 części zamówienia odrębnych zespołów personelu, zgodnych z wymaganiami SIWZ. Oferty te nie odpowiadają w tym zakresie treści SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i winny podlegać odrzuceniu. W przypadku ewentualnego uznania braku przesłanek do odrzucenia ofert, Zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, winien wykluczyć ww. wykonawców wobec niewykazania przez nich spełnienia warunków udziału w postępowaniu i uznać ich oferty na wszystkie części zamówienia za odrzucone.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez udzielenie zamówienia w zakresie wszystkich części wykonawcy Sweco wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Wykonawca ECM Group Polska S.A. oraz wykonawca Sweco Consulting sp. z o.o. zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Obaj wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 24 marca 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący w żadnym stopniu nie odniósł się w sposób właściwy do oferty Sweco w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazał także nieprawidłowości działań Zamawiającego w zakresie oceny oferty Sweco, dlaczego dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień nie została zrealizowana w sposób rzetelny i prawidłowy. Ponadto, Odwołujący nie udowodnił, że oferta złożona przez Sweco stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wyjaśnił, że oferta Sweco zawiera prawidłowo określoną cenę, zgodnie z pkt 2 rozdz. XIV SIWZ za wykonanie czynności opisanych w pkt 5 ppkt 2 OPZ. Wykonawca nie dokonał jednak podziału tej ceny równo na wszystkie zadania w danej części zamówienia. Zamawiający uznał, że niezgodność ta podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Było to możliwe bez udziału wykonawcy, który jedynie zaakceptował poprawę.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający zaniechał weryfikacji, dokonanych przez wskazanych w odwołaniu wykonawców, zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Wykonawcy wykazali spełnienie wszystkich przesłanek do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Okoliczności te zostały wykazane w ustawowym terminie.

W ocenie Zamawiającego, nie było także podstaw do wykluczenia wykonawcy Sweco z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, określonego w rozdz. VI pkt 2.2 SIWZ. Wykonawcy byli zobowiązani do podania w JEDZ oświadczenia w stosunku do każdej wskazanej osoby, według wzoru określonego w rozdz. VI pkt 2.2 SIWZ. Wykonawca złożył żądane oświadczenia w stosunku do każdej osoby z wymienionych w JEDZ, za wyjątkiem daty wykonania zadań, w ramach których kierowali robotami/wykonywali pracę. Niewskazanie tych dat nie stanowiło podstawy do wykluczenia wykonawcy, gdyż Zamawiający mógł sam zweryfikować daty realizacji tych zadań na podstawie posiadanych dokumentów, w tym załącznika nr 4 do oferty, jak i powszechnie dostępnych baz danych – stron internetowych inwestorów realizujących zadania wymienione przez wykonawcę w JEDZ (art. 26 ust. 6 Pzp).

Bezpodstawny jest zarzut zaniechania odrzucenia ofert lub wykluczenia Konsorcjum Safege i wykonawcy ECM z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. IV pkt 2.2 SIWZ w zw. z rozdz. IV pkt 2 SIWZ, tj. przedstawienia odrębnego personelu dla realizacji każdej z dwóch części zamówienia. Niespełnienie

warunków udziału nie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z SIWZ. Zamawiający ze względu na procedurę tzw. odwróconą nie był zobowiązany dokonywać oceny spełniania warunków udziału wskazanych wykonawców, a jedynie wykonawcy, którego ofertę ocenił jako najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie czterech części zamówienia. Odwołujący złożył ofertę na wszystkie części zamówienia. Uwzględnienie odwołania w zakresie podniesionych zarzutów wobec ofert złożonych przez wykonawcę Sweco, Konsorcjum Safège oraz wykonawcę ECM stwarzałoby możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia w zakresie wszystkich czterech części zamówienia.

Wykonawcy: ECM Group Polska S.A. oraz Sweco Consulting sp. z o.o. skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, spełniając wymagania zawarte w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Obaj wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Izba uznała, że oferta złożona przez wykonawcę Sweco w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie daje podstaw do stwierdzenia, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie czterech części zamówienia. Złożone przez wykonawcę Sweco wyjaśnienia zostały ocenione przez Zamawiającego w sposób prawidłowy – czynności Zamawiającego nie naruszają przepisów art. 90 ust. 1-3 Pzp.

Jak podnosił Odwołujący, oferta Sweco w odniesieniu do wartości poszczególnych części zamówienia stanowi 33,59 % wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Oferta ta

stanowi jednocześnie w odniesieniu do ceny średniej złożonych ofert odpowiednio 25,60 % (część I), 38,73 % (część II), 31,44 % (część III), 24,10 % (część IV).

Powyższe wskaźniki arytmetyczne uzasadniają wątpliwości Zamawiającego co do faktu, czy oferta w poszczególnych częściach zamówienia nie jest ceną rażąco niską, która może nie gwarantować prawidłowego wykonania zamówienia. Okoliczności powyższe stanowią przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie są to jednak jednocześnie okoliczności, które są wystarczające i wprost uzasadniałyby uznanie, że cena oferty jest rażąco niska, a tym samym – które uzasadniają wprost odrzucenie oferty. W każdym przypadku podejrzenia zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej konieczne jest uprzednie umożliwienie wykonawcy wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Dopiero w oparciu o złożone wyjaśnienia zamawiający może dokonać oceny, czy wykonawca zaoferował cenę realną, wynikającą z dostępnych wykonawcy sprzyjających warunków realizacji danego zamówienia, czy też cenę niepokrywającą kosztów realizacji zamówienia.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również KIO pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”).

Stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania wraz z przedstawieniem stosownych dowodów, że zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach i kosztach, które należy ponieść celem wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego oraz że zachodzą po stronie wykonawcy konkretne i obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny jego oferty odpowiednio poniżej poziomu średnich cen rynkowych.

W przedmiotowym postępowaniu z uwagi na wypełnienie się ustawowych przesłanek do żądania przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie wysokości ceny oferty, Zamawiający wezwał wykonawcę Sweco do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp.

Wykonawca Sweco złożył wyjaśnienia pismem z dnia 24 stycznia 2017 r., zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień wykonawca załączył

kalkulację ceny oferty wraz z założeniami nakładów pracy oraz opinię bankową.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za zbyt ogólne i wymagające dalszego uszczegółowienia. Zamawiający wezwał wobec powyższego wykonawcę Sweco ponownie w dniu 3 lutego 2017 r. do uszczegółowienia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający zażądał przedstawienia przez wykonawcę umów o pracę, umów zlecenia, umów przedwstępnych itp. z osobami wyznaczonymi do realizacji zamówienia, tytułów prawnych do stosowanych programów komputerowych, dowodów współpracy z ekspertami, laboratoriami, posiadania biur w rejonie realizacji umowy, dysponowania certyfikowanym systemem jakości, przedstawienia wariantu kosztów i zysku w przypadku udzielenia wykonawcy Sweco wyłącznie jednej części zamówienia.

Pismem z dnia 10 lutego 2017 r. wykonawca Sweco złożył dalsze wyjaśnienia, których treść została także konsekwentnie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień zostały załączone wymagane przez Zamawiającego dowody.

Odnosząc się do złożonych przez wykonawcę Sweco wyjaśnień, Izba oceniła, że zarówno wyjaśnienia złożone na pierwsze wezwanie Zamawiającego, jak i kolejne, nie mogą być uznane za wyjaśnienia ogólne. Wykonawca w sposób konkretny i rzeczowy przedstawił obiektywne okoliczności – czynniki, które miały wpływ na cenę zaoferowaną w tym postępowaniu. Wyjaśnienia są ponadto spójne i odnoszą się do wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia przy realizacji zamówienia.

Jak ustalono, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zakładał, że nadzór stanowi 1,2% robót budowlanych. Oferta Sweco zakłada, że nadzór (obejmujący zgodnie z SIWZ nie tylko nadzór inwestorski, ale w szczególności również nadzór autorski, co wynika z pkt 2.1) i 2.2), pkt 5.1) d) OPZ, a także § 2 ust. 1 pkt 2) Wzoru umowy, oraz kontrolowanie rozliczeń budowy, stanowić będzie jedynie ok. 0.4% wartości robót budowlanych. Nie jest to jednak wystarczający argument, aby uznać, że cena oferty jest rażąco niska. Dowodem przeciwnym jest bowiem kalkulacja ceny i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, w których przedstawiono uzasadnienie do przyjęcia wskazanych kosztów. Sam Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że informacji zawarte w SEKOCENBUD Wartość Kosztorysowa Inwestycji (WKI) IV kw. 2016, oraz zaoferowanie w ofercie ceny odbiegającej od tych wskaźników samo w sobie nie przesądza o cenie rażąco niskiej.

Odwołujący podnosił również, że w cenie oferty konieczne jest uwzględnienie, wymagań Zamawiającego, w szczególności odnoszących się do dyspozycyjności i zaangażowania personelu kluczowego, zgodnie z treścią pkt 5.1 OPZ, gdyż Zamawiający wymagał, aby przedstawiciele wykonawcy nie byli zaangażowani w realizację innych zamówień, w ramach których ich obowiązki czasowo i pod względem interesów Zamawiającego kolidowałyby z obowiązkami wynikającymi z zajmowanego stanowiska oraz zgodnie z treścią pkt 5.3 OPZ, pkt 5.10 lit. c) OPZ (wymóg dysponowania kadrą

rezerwową dla zapewnienia ciągłego świadczenia usług). Przedmiot zamówienia obejmuje 4 części, które obejmują łącznie 26 zadań na terenie województwa śląskiego. Kalkulując ofertę konieczne jest uwzględnienie także kosztów obsługi prawnej, środków promocyjno-informacyjnych (pkt 5.9 OPZ), kosztów biurowych (w tym personelu biurowego) i archiwizacji dokumentów (pkt 5.1 lit. n OPZ), koszty zaplecza konferencyjnego (pkt 5.3 lit. k i l OPZ), koszty środków transportu, koszty polisy ubezpieczeniowej (zgodnej z § 5 ust 1 i 2 projektu umowy), koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy (zgodnie z § 9 projektu umowy). Odwołujący wskazywał, że w jego ocenie wykonawca Sweco nie uwzględnił prawidłowo w kalkulacji cen dla poszczególnych części zamówienia oraz w swoich wyjaśnieniach w szczególności wskazanych powyżej obowiązków i kosztów. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie. Odwołujący złożył na rozprawie w poczet materiału dowodowego:

- wyciąg z publikacji Sekocenbud (podgrupa 7.790 Wskaźniki kosztów nadzoru, zastępstwa inwestorskiego i kierownictwa kontraktu, przedmiarów, kosztorysów inwestorskich, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, itp. – zeszyt 72/2016 na okoliczność wskaźników procentowych nadzoru inwestorskiego liczonego od kosztów robót budowlanych i mostowych ((1,5-3,2%) oraz nadzoru inwestorskiego liczonego od kosztów wykonania dokumentacji projektowej, przedmiarów robót i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.(10-15%),
- szacunkową kalkulację kosztów dla 4 części (26 zadań), w której przyjął stawki dla personelu wykonawczego 17 osób na jeden etat – 2300,00 zł i 3 osoby na ½ etatu oraz projektantów na ½ etatu w ciągu 48 miesięcy i inne koszty na kwotę 84 tysiące złotych.

Przestawione w tych dokumentach informacje nie odnoszą się w sposób bezpośredni do konkretnych warunków, w których działa wykonawca Sweco ani do czynników dostępnych temu wykonawcy przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie są to zatem dowody, które są wystarczające do obalenia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Sweco, w tym danych wynikających ze złożonych przez tego wykonawcę dowodów. W świetle złożonych wyjaśnień nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta wykonawcy Sweco zawiera rażąco niskie ceny na każdą z czterech części zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 uznk

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Sweco na wszystkie części zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 uznk. W ocenie Izby, zgromadzony materiał dowodowy w niniejszej sprawie nie jest wystarczający do stwierdzenia, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usług lub towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia. W szczególności Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał, aby ceny oferty Sweco złożonej

na cztery części zamówienia były rażąco niskie, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący nie wykazał przy tym ani okoliczności, że oferta Sweco stanowi przejaw sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu, ani że oferta została złożona przez wykonawcę Sweco w celu eliminacji innych przedsiębiorców, które to okoliczności muszą być spełnione łącznie, aby zaistniał czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. W zakresie tego zarzutu Odwołujący nie przedstawił również żadnej dodatkowej argumentacji, również na rozprawie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Izba uznała, że w danym stanie faktycznym powyższy zarzut jest niezasadny.

W treści Rozdziału XIV SIWZ „Opis sposobu obliczenia” Zamawiający zawarł w pkt 2 postanowienie o treści: „Cena netto, o której mowa w pkt. 1a), nie może być wyższa niż 5% ceny obliczonej za wykonanie czynności, o których mowa w pkt 1b). Ustaloną w ten sposób cenę należy podzielić równo na zadania wchodzące w zakres danej części zamówienia. Dopuszcza się różnice groszowe wynikające z zaokrągleń oraz wyliczeń.”

Wykonawca Sweco, w pkt 1 a) oferty (dla wszystkich części zamówienia) nie dokonał równego podziału ceny na zadania wchodzące w zakres danej części zamówienia, lecz określił w sposób nierówny wysokość wynagrodzenia dla poszczególnych zadań.

Zamawiający dokonał poprawy treści oferty w tym zakresie i pismem z dnia 15 lutego 2017 r. powiadomił wykonawcę Sweco o poprawieniu treści oferty w omawianym zakresie, w odniesieniu do wszystkich części zamówienia. Zamawiający przedstawił sposób poprawy oraz wyjaśnił, że cena w tym zakresie dla części 1 pozostała bez zmian, natomiast dla części 2-4 uległa zmianie (w wyniku konsekwencji rachunkowych). Powyższa zmiana cen jest nieistotna i wynosi: dla części 2 – 0,03 zł, dla części 3 – 0,02 gr, a dla części 4 -0,01 zł. Wykonawca Sweco wyraził zgodę na tak dokonaną poprawę treści oferty.

W ocenie Izby, zastosowanie przez Zamawiającego procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w omawianym zakresie było prawidłowe.

Postanowienie SIWZ dotyczące równego podzielenia ceny na poszczególne zadania w ramach pkt 1a) formularza oferty, zawarte w rozdziale zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” faktycznie dotyczą wyłącznie sposobu prezentacji (przedstawienia) ceny. Podział ceny na równe części jest czynnością mającą charakter techniczny, wtórny w stosunku do rzeczywistego obliczenia ceny we wskazanym przez Zamawiającego zakresie dla każdej części zamówienia. Wartość omawianej ceny należało obliczyć zgodnie z wymogiem dotyczącym poziomu max. 5% ceny obliczonej za wykonanie czynności, o których mowa w pkt 1b), a dopiero tak wskazaną cenę należało następnie podzielić na równe ceny cząstkowe.

Twierdzenie Odwołującego, że za niezgodności w sposobie obliczenia ceny wobec postanowień Rozdziału XIV pkt 2 SIWZ Zamawiający odrzucił oferty dwóch innych wykonawców, a zatem niezgodności te w sposób jednoznaczny uznawał za błędy w obliczeniu ceny, jest wynikiem nieprawidłowego uogólnienia sytuacji. Faktycznie dwie oferty zostały odrzucone jako zawierające błędy w obliczeniu ceny w odniesieniu do wymagań zawartych w tym punkcie, jednak były one wynikiem niespełnienia wymagania zawartego w pierwszym zdaniu, tj. „Cena netto, o której mowa w pkt. 1a), nie może być wyższa niż 5% ceny obliczonej za wykonanie czynności, o których mowa w pkt 1b).” które wymaga decyzji wykonawcy co do określenia poziomu % (nie więcej niż 5%) ceny obliczonej za wykonanie czynności określonych w 1b). W przypadku podania w ofercie w powyższym zakresie ceny, która przekraczała poziom 5% Zamawiający nie miał możliwości samodzielnego poprawienia takiego błędu, bez ustalenia z wykonawcą konkretnej wartości niższej niż 5%. Konieczność dokonania takiego ustalenia powoduje, że omyłka (błąd) nie może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż taka poprawa prowadziłaby do istotnej zmiany treści złożonej oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, podkreślić należy, że nie ma również istotnego znaczenia dla zastosowania trybu określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 fakt, że dana omyłka znajduje się w formularzu ofertowym. Okoliczność ta nie wyklucza zastosowania tego przepisu, wówczas gdy spełnione są wymagane przesłanki uznania danej omyłki za nieistotną i podlegającą poprawie, która nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia w całości złożonych ofert wraz z załącznikami oraz korespondencji i wyjaśnień złożonych wykonawców: Sweco, Konsorcjum Safege, ECM, ponieważ zastrzeżone przez ww. wykonawców informacje spełniają ustawowe przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawcy skutecznie wykazali zasadność dokonanego zastrzeżenia w ustawowo wymaganym terminie.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wykonawcy dokonujący zastrzeżenia zastrzegli nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być udostępniane oraz wykazali, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, która jest zdefiniowana w art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne,

organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przesłanki określone w tym przepisie powinny być spełnione łącznie, aby określona informacja (wiadomość) mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. sygn. ICKN 304100).

Do istotnych przesłanek warunkujących efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa należy zatem: uprzednie wyodrębnienie określonej wiadomości jako poufnej informacji, doniosłość poufnej informacji dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności, brak okoliczności uwalniających od obowiązku dochowania tajemnicy. W związku z powyższym zastrzeżone jako niejawnie w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogą być tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście ustanowioną w trybie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie mogą to być informacje wybrane przez Wykonawcę jako niejawnie dla potrzeb konkretnego postępowania, lecz ujawniane i powszechnie dostępne w innych postępowaniach, o których zainteresowany podmiot mógł powziąć wiadomość na zwykłej i dozwolonej drodze. Określona informacją przestaje być tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli każdy konkurent może się o niej dowiedzieć na dozwolonej drodze (wyrok SN z dnia 3.04.2002r. V KKN 22312000).

W okolicznościach tej sprawy nie sposób uznać, że Zamawiający nie dokonał szczegółowej weryfikacji zgłoszonych zastrzeżeń na podstawie art. 8 ust. 1 – 3 oraz z uwzględnieniem art. 7 ust. 1 Pzp, i w sposób nieuprawniony nie dokonał ujawnienia informacji nieprawidłowo zastrzeżonych lub niebędących informacjami o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca Sweco zastrzegł wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, przedstawiając szczegółowe uzasadnienie do zastrzeżenia przedstawionych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie ulega wątpliwości, że w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zawarte są istotne informacje handlowe, organizacyjne i technologiczne dotyczące tego przedsiębiorstwa, które są chronione przez wykonawcę przed dostępem do nich przez osoby trzecie. Z punktu widzenia wykonawcy mają one znaczną wartość gospodarczą, a co za tym idzie, ich ujawnienie skutkowałoby narażeniem wykonawcy na wymierne straty.

Wykonawca ECM oraz Konsorcjum Safege, w złożonych ofertach zawarli zastrzeżenie informacji zawartych w JEDZ Część IV Kryteria kwalifikacji C: zdolność techniczna i zawodowa oraz w załączniku nr 4 do SIWZ Informacja o doświadczeniu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Na marginesie tylko należy wskazać, że również Odwołujący zastrzegł w swojej ofercie powyższe informacje w podobnym zakresie.

Wskazani powyżej wykonawcy wraz z ofertą złożyli stosowne wyjaśnienia dotyczące

przesłanek zastrzeżenia tych informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, które w ocenie Izby uzasadniają uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku sygn. akt V Ca 421/07, „wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykaz taki stanowi informacje o niewątpliwej wartości dla firmy, biorąc zwłaszcza pod uwagę sytuacje na rynku pracy i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu. Informacje należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że przykładowo jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazu osób”.

Wskazany natomiast przez Odwołującego w odwołaniu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2017 r. sygn. KIO 110/17 odnosi się do dokumentów zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa jednakże w odmiennym stanie faktycznym, tj. w sytuacji braku przedstawienia przez wykonawców wystarczającego uzasadnienia i wykazania zasadności zastrzeżenia. Izba jednoznacznie stwierdziła w tym orzeczeniu, że „wykonawcy nie wyczerpali obowiązku wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno co do wykazu osób, jak i wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.(...)”.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk został rozpoznany jedynie w zakresie, który został skonkretyzowany przez Odwołującego, tj. postawiony w odniesieniu do konkretnych dokumentów. W pozostałym zakresie dotyczącym „innych dokumentów i korespondencji” pomiędzy wykonawcami, a Zamawiającym, Izba uznała zarzut ten za gołosłowny, wobec nieprzedstawienia przez Odwołującego, jakich dokumentów zarzut dotyczy.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Izba stwierdziła, że nie wystąpiły przesłanki do wykluczenia wykonawcy Sweco z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznania oferty tego wykonawcy na wszystkie części zamówienia za odrzuconą lub odrzucenia oferty złożonej przez Sweco na wszystkie części zamówienia - wobec okoliczności, że treść oferty nie odpowiada wymogom SIWZ określonym w Rozdziale VI, pkt II, Uwaga 3 SIWZ w zakresie podania informacji o datach wykonywania zadań przez Koordynatora nadzoru inwestorskiego i poszczególnych Inspektorów nadzoru.

W części IV sekcja C pkt 2 JEDZ wykonawca Sweco podał informacje odnośnie udziału Koordynatora nadzoru inwestorskiego i poszczególnych Inspektorów nadzoru w wykonywaniu zadań, które zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu miały być zrealizowane w okresie ostatnich 5 i 7 lat. Wykonawca nie podał konkretnych dat realizacji wymienionych zadań.

Zamawiający wyjaśnił, że zweryfikował wymagane w tym zakresie informacje zawarte w JEDZ samodzielnie, opierając się na brzmieniu art. 26 ust. 6 Pzp, który pozwala zamawiającemu na samodzielną weryfikację dokumentów dotyczących danego wykonawcy, jeśli zamawiający posiada je we własnych zasobach lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w odniesieniu do wykonawcy Sweco dokonał oceny terminów realizacji wskazanych przez wykonawcę zadań - w oparciu o posiadane dokumenty we własnych zasobach oraz na podstawie informacji publikowanych na oficjalnych stronach internetowych zamawiających, na rzecz których wskazane zadania były zrealizowane.

Izba wzięła przy tym pod uwagę, że Odwołujący nie podnosił, aby którekolwiek z zadań, podanych przez wykonawcę Sweco na potwierdzenie warunków doświadczenia posiadanego przez zaproponowany personel, nie spełniało warunków w zakresie terminu realizacji w odniesieniu do poszczególnych wskazanych osób.

Wobec powyższego brak jest podstaw do stwierdzenia, że wskazane osoby nie spełniają wymogów określonych w rozdziale VI, pkt II ppkt 2.2 SIWZ, a wobec tego, że wykonawca Sweco podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Nie jest również uzasadniony zarzut, że oferta złożona przez wykonawcę Sweco nie odpowiada w omawianym zakresie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż wymagane informacje w zakresie dat realizacji zamówień stanowią element wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. warunków podmiotowych wykonawcy. Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu nie może skutkować odrzuceniem oferty - niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

W postanowieniu rozdziału IV pkt 2 SIWZ, Zamawiający postawił wymaganie, o treści: „Każdy Wykonawca może złożyć ofertę na wszystkie lub wybrane części zamówienia, przy czym Zamawiający zastrzega, że personel zaproponowany przez Wykonawcę do realizacji zamówienia może zostać maksymalnie przedstawiony do realizacji 2 części zamówienia. Oznacza to, że Wykonawca, który zamierza złożyć ofertę na więcej niż 2 części do kolejnych dwóch musi przedstawić inny personel do realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Rozdziale VI pkt II ppkt 2. Zastrzeżenie to nie dotyczy osób wykazanych jako projektanci robót budowlanych.”

Powyższe wymaganie dotyczy warunków podmiotowych wykonawcy, tj. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, którego niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

oraz uznaniem oferty za odrzuconą. Nie są to wymagania przedmiotowe, dotyczące stricte treści oferty, których niespełnienie skutkuje niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konsorcjum Safege oraz wykonawca ECM nie przedstawili w złożonych ofertach dwóch list personelu do realizacji zamówienia w związku ze złożeniem ofert na cztery części zamówienia.

Należy zauważyć, że Zamawiający zastosował w tym postępowaniu tzw. procedurę odwróconą, w ramach której najpierw dokonywana jest ocena ofert, a dopiero następnie ocena podmiotowa wykonawcy w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, o czym postanowił w rozdziale VII pkt I.6 i 7 SIWZ, zgodnie z art. 24aa Pzp.

W świetle powyższego, na obecnym etapie postępowania, wobec oceny oferty Sweco jako najkorzystniejszej w czterech częściach zamówienia, Zamawiający nie był zobowiązany do oceny spełniania przez wykonawców ECM i Konsorcjum Safege warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający nie mógł ewentualnie wykluczyć tych wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zarzut niewykazania przez Konsorcjum Safege i wykonawcę ECM spełniania warunków udziału w postępowaniu należało uznać zatem za niezasadny i przedwczesny.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutów odnoszących się do oceny ofert złożonych przez wykonawców Sweco, ECM i Konsorcjum Safege, Izba mnie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców lub udzielenia zamówienia w zakresie czterech części zamówienia na rzecz wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonawcy Sweco.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

.....