

Sygn. akt KIO 1656/16

Sygn. akt KIO 1664/16

## WYROK

z dnia 21 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 września 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września br. przez wykonawcę **Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (sygn. akt KIO 1656/16)** oraz przez wykonawcę **Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (sygn. akt KIO 1664/16)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie**

przy udziale po stronie zamawiającego:

- A. w postępowaniu **sygn. akt KIO 1656/16** wykonawcy "BBF" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, wykonawcy AECOM Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykonawcy SYSTRA S.A. w Paryżu, Francja wykonawcy TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku;
- B. w postępowaniu **sygn. akt KIO 1664/16** wykonawcy "BBF" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, wykonawcy AECOM Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykonawcy SYSTRA S.A. w Paryżu, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Egis Polska Inżynieria spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Infrares spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

**orzeka:**

**1A. uwzględnia odwołanie sygn. akt KIO 1656/16 i nakazuje zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie powtórzenie badania i oceny ofert**

**z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawcę Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;**

**1B. oddała odwołanie sygn. akt KIO 1664/16.**

**2A. kosztami postępowania sygn. akt KIO 1656/16 obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez **Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie** na rzecz **Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

**2B. kosztami postępowania sygn. akt KIO 1664/16 obciąża Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez **Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący: .....**

**Sygn. akt KIO 1656/16**

**Sygn. akt KIO 1664/16**

## **U z a s a d n i e n i e**

I. PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 077-137569. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

### **Sygn. akt KIO 1656/16**

W dniu 5 września 2016 r. Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 90 Prawa zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę oferty oraz wyjaśnień Odwołującego w zakresie zaoferowanej ceny,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i odrzucenie oferty Odwołującego.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, jego oferta została niesłusznie odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył on obszernie wyjaśnienia. Z uwagi na okoliczność, iż przedstawione przez Odwołującego Zamawiającemu (w trybie art. 90 Prawa zamówień publicznych) wyjaśnienia z dnia 17.06.2016r. stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa w niniejszym odwołaniu Odwołujący nie przytaczał w odwołaniu zawartych tam informacji, a jedynie wskazywał na ich zakres, charakter, obszerność i umiejscowienie. Polemizował z podstawami faktycznymi odrzucenia oferty podanymi przez Zamawiającego. W jego ocenie wyjaśnienia są wystarczające, dlatego nie powinno dojść do odrzucenia jego oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: "BBF" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, AECOM Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, SYSTRA S.A. w Paryżu, Francja, TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku.

### **Sygn. akt KIO 1664/16**

W dniu 5 września 2016 r. Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r.) poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i wadliwe uznanie, że Odwołujący nie udowodnił, że złożona przez Odwołującego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty rzekomo zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r.) poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na nieprecyzyjnym wezwaniu Odwołującego do udzielenia wyjaśnień a w następstwie złożenia wyjaśnień na nieprecyzyjne wezwanie uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r.) poprzez ich niezastosowanie polegające na nierównym traktowaniu Wykonawców wyrażające się w nie zastosowaniu jednakowych standardów do Wykonawców tj. na dwukrotnym wezwaniu Wykonawców SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu oraz BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu a jednokrotnym wezwaniu Odwołującego jak również nierówne traktowanie Wykonawców polegające na precyzyjnym wezwaniu Wykonawców SYSTRA S. A. z siedzibą w Paryżu,

BBF Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu do złożenia wyjaśnień oraz lakonicznym wezwaniu do złożenia wyjaśnień skierowanym do Odwołującego;

4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r.) poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie ofert następujących Wykonawców:

- SYSTRA S. A. z siedzibą w Paryżu
- BBF Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu
- AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
- Konsorcjum w składzie: Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infracore Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie

jako ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r.) poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez następujących Wykonawców:

- SYSTRA S. A. z siedzibą w Paryżu
- BBF Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu
- AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
- Konsorcjum w składzie: Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infracore Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie

pomimo, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2016 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,

2) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2016 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego,

3) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 26 Sierpnia 2016 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,

4) odtajnienie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez następujących Wykonawców:

- SYSTRA S. A. z siedzibą w Paryżu
- BBF Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu
- AEGOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą W Warszawie

- Konsorcjum w składzie: Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infracores Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie,
  - 5) dokonanie ponownej oceny ofert,
  - 6) wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych,
  - 7) odrzucenie ofert następujących Wykonawców:
    - SYSTRA S. A. z siedzibą w Paryżu
    - BBF Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu
    - AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
    - Konsorcjum w składzie: Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infracores Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie
- jako ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wnosilo o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z opinii biegłego z zakresu inżynierii i budownictwa (np. Izby Projektowania Budowlanego, Al. Jerozolimskie 87, 02-001 Warszawa) na okoliczność ustalenia, czy jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego oraz za ceny zaoferowane przez Wykonawców: SYSTRA S. A. z siedzibą w Paryżu, BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Konsorcjum w składzie: Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infracores Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz na okoliczność ustalenia jaka wysokość ceny gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, to jest poniżej jakiej ceny wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie jest możliwe.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosil o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: "BBF" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, wykonawcy AECOM Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykonawcy SYSTRA S.A. w Paryżu, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Egis Polska Inżynieria spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Infracores spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego oba odwołania rozpoznano na rozprawie.

Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

### **Sygn. akt KIO 1656/16**

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Wartość zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 42 472 381,92 złote.
2. W postępowaniu złożono 10 ofert z następującymi cenami: wykonawca WYG - 9 420 570,00 zł (oferta odrzucona), wykonawca Multiconsult - 9 085 272,00 zł (oferta odrzucona), wykonawca SYSTRA - 10 849 830,00 zł (oferta uznana za najkorzystniejszą), wykonawca BBF - 14 046 600,00 zł, Konsorcjum Schuessier - 14 514 000,00 zł, wykonawca AECOM - 17 097 000,00 zł, Konsorcjum IDOM - 18 087 150,00 zł, Konsorcjum EGIS - 18 696 000,00 zł; Konsorcjum ARCADIS - 23 923 500,00 zł, wykonawca Transprojekł Gdański - 29 766 000,00 zł (oferta odrzucona).
3. Zamawiający zwrócił się do wykonawców z wezwaniem do wyjaśnieni rażąco niskiej ceny i w konsekwencji odrzucił pięć ofert, uznając wyjaśnienia za niewystarczające i nieprzekonujące (w tym wyjaśnienia obu Odwołujących).
4. Po przeanalizowaniu wyjaśnień Multiconsult, Zamawiający odrzucił jego ofertę w dniu 26 sierpnia 2016 z następującym uzasadnieniem:
  - „złożone w przewidzianym terminie wyjaśnienia Zamawiający ocenia jako niewystraszające w szczególności wobec treści artykułu 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych”;
  - „przedłożona w załączniku nr 1 kalkulacja kosztów związanych z realizacją zamówienia nie stanowi wystraszających dowodów, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska”;
  - „udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, nie zawierają rzeczowej argumentacji i szczegółowych wyliczeń, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, nie zostały też poparte dowodami”;
  - „czynniki, które w opinii Wykonawcy umożliwiły skalkulowanie ceny w zaoferowanej wysokości, nie mogły pozwolić mu na tak znaczące obniżenie ceny, gdyż nie mają szczególnego, obiektywnego, ani indywidualnego charakteru. Są właściwe wszystkim wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, także tym którzy zaoferowali

znacznie wyższe ceny. Niezależnie od charakteru tych czynników, Wykonawca nie wykazał konkretnych oszczędności z nimi związanych”;

- „ wyjaśnienia nie zostały wsparte dowodami w zakresie głównego elementu cenotwórczego - kosztów wynagrodzeń pracowników. Postaci dowodu nie mają również przytoczone dane z raportów wynagrodzeń powoływane przez Wykonawcę, gdyż nie sposób ustalić, czy pracowników Wykonawcy rzeczywiście obowiązują podobne stawki (...) Jako, że Wykonawca miał możliwość przedstawienia wiarygodnego dowodu potwierdzającego wysokość wynagrodzeń pracowników, np. w postaci umów o pracę zawartych z pracownikami, to jego głośne twierdzenia nie mogą zostać uznane za wystarczające”;

- „stwierdzono bardzo poważną rozbieżność stanu faktycznego oferty z stanem, na który powołuje się sam Wykonawca. W złożonych wyjaśnieniach (...) Wykonawca powołując się na swoją sytuację finansową przytacza fakty, które nie znajdują potwierdzenia w ofercie. Z przedłożonej wraz z ofertą opinii bankowej z dnia 25.04.2016 r. wynika, że Wykonawca posiada środki finansowe na koncie w wysokości 15 462 651,90 PLN (...). Jednocześnie w wyjaśnieniach Wykonawca powołując się na przedmiotowy dokument twierdzi, że potwierdza on zupełnie inną kwotę (...). Rozbieżność ta, powoływanie się na niezgodny z ofertą stan faktyczny w tak istotnej kwestii jak stan środków na koncie nie tylko nie potwierdza przytoczonego argumentu, ale podważa ogólną rzetelność wyjaśnień Wykonawcy w przedmiocie rażąco niskiej ceny”.

5. W konsekwencji Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, z czym Odwołujący się nie zgodził i złożył odwołanie.

Analizując opisane wyżej podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, w kontekście treści wyjaśnień Multiconsult z dnia 17 czerwca 2016 r., Izba stwierdziła, że Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na podane wyżej przyczyny. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający znacznie zmodyfikował uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, i Izba nie badała w toku niniejszego postępowania odwoławczego nowych ewentualnych podstaw odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę, a ograniczyła się do podstaw faktycznych sformułowanych przez Zamawiający w piśmie z dnia 26 sierpnia 2016 r., z którymi zarzuty odwołania były skorelowane. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, Izba nie może orzekać poza granice odwołania.

Rzeczywiście pierwsza część wyjaśnień, złożonych przez Odwołującego, ma charakter bardzo ogólny i pomijalny (definicje rażąco niskiej ceny, przytaczanie



orzecznictwa, dywagacje na temat prawidłowości szacowania wartości zamówienia), jednak dalej Odwołujący prezentuje sposób obliczenia ceny oraz koszty w niej zawarte.

Dlatego nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, iż „udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, nie zawierają rzeczowej argumentacji i szczegółowych wyliczeń, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, nie zostały też poparte dowodami”.

Do wyjaśnień załączono szczegółową kalkulację i oferty podwykonawców. Można twierdzić, że „przedłożona w załączniku nr 1 kalkulacja kosztów związanych z realizacją zamówienia nie stanowi wystraszających dowodów, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska”, ponieważ samo rozbieżności ceny na sumujące się składniki nie stanowi samoistnie wiarygodnego dowodu, niemniej jednak w ocenie składu orzekającego każda kalkulacja powinna być badana indywidualnie, w świetle treści wyjaśnień i załączonych dowodów.

Rację ma Odwołujący, że Zamawiający nie sprecyzował, z jakich powodów odmówił wiarygodności dowodowej kalkulacji przedłożonej w załączniku nr 1 - wskazując tylko ogólnie, iż nie stanowi ona wystraszających dowodów. Odwołujący do wyjaśnień, celem zobrazowania rynkowej wysokości cen oferowanych przez podwykonawców - załączył oferty porównawcze dla tego samego zakresu realizacji (Załączniki 3,5,6,8,12,14,16 (niektóre pozycje) do wyjaśnień). Równocześnie dla obszarów realizacji, które Odwołujący będzie realizował siłami własnymi - załączył oferty podmiotów zawodowo zajmujących się świadczeniem usług z tych obszarów, dla udokumentowania, że kalkulacja własna Odwołującego jest rzetelna i rynkowo uzasadniona (załączniki nr 9,10,11,16 (niektóre pozycje) do wyjaśnień).

Odwołujący załączył do wyjaśnień także dowody w postaci ofert podmiotów zewnętrznych, które dokumentują zasadność przyjętego poziomu kosztów ubezpieczenia i wynajmu biura. W ocenie Izby dla oceny wiarygodności wyjaśnieni nie ma znaczenia to, że w kalkulacji Odwołujący przyjął koszt w wysokości nieco wyższej, niż koszt polisy o najniższej cenie. Przeciwnie, uwiarygadnia to rzetelność kalkulacji, oparcie jej na realnych kosztach.

Ponadto w celu udokumentowania kosztów samodzielnej realizacji części przedmiotu zamówienia przez Odwołującego – do wyjaśnień załączono oświadczenia własne Odwołującego poparte dodatkowo szczegółowymi danymi porównawczymi w postaci tabel, wykresów - z podaniem źródła danych (np. dane dotyczące wynagrodzeń w branży, str. 14-15 wyjaśnień), a dla newralgicznych obszarów realizacji - także w postaci ofert podmiotów zawodowo zajmujących się świadczeniem usług z tych obszarów (załączniki nr 9,10,11,16 (niektóre pozycje) do wyjaśnień).

Trafnie Odwołujący w odwołaniu zauważał, że w treści wezwania do wyjaśnień ceny z dnia 9 czerwca 2016r. Zamawiający wskazał wyraźnie (str. 2 wezwania), że „Wyjaśnienia

należy złożyć wraz z (...) załącznikami w postaci dowodów odnośnie wysokości kosztów składających się na wycenę. Jako dowód należy rozumieć każdy dokument, opinię lub oświadczenie Wykonawcy.”

W konsekwencji nie ma powodów do odmawiania oświadczeniom Odwołującego wartości dowodowej i wskazywanie na obowiązek przedstawienia dodatkowych dowodów, w sytuacji, gdy Zamawiający sam - wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień - poinformował Odwołującego, że jego oświadczenie będzie uznawane za dowód. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do złożonych oświadczeń, mógł zażądać dodatkowych wyjaśnień względnie dowodów - dwóch innych wykonawców wezwał do przedstawienia umów o pracę. Skoro Zamawiający dodatkowo wezwał innych wykonawców do przedłożenia umów o pracę, a Odwołującego nie wezwał, a mimo to odrzucił – nie można nie zauważyć, że doszło do nierównego traktowania wykonawców (co nie było przedmiotem zarzutów odwołania).

Niezależnie od powyższego, stwierdzić trzeba, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 17 czerwca 2016r. (str. 12, drugi akapit od góry oraz załącznik nr 1) wskazują, iż do ustalenia ceny przyjęto wynagrodzenia pracowników na poziomie znacznie przewyższającym wartość ustawowego minimalnego wynagrodzenia za pracę, oraz że koszty pracy wyliczone przy zastosowaniu wynagrodzeń w takiej wysokości, zostały uwzględnione w cenie oferty. Jednocześnie liczne dane porównawcze (str. 14-15 wyjaśnień) obrazują, iż przyjęte stawki nie odbiegają od obowiązujących na rynku. Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać wyjaśnienia za niewystarczające dlatego że nie załączono do nich umów o pracę – jeżeli zdaniem Zamawiającego wgląd w przedmiotowe umowy był konieczny, powinien z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców wezwać Odwołującego do ich przedłożenia.

Nie można się zgodzić z Zamawiającym, który twierdzi, że „czynniki, które w opinii Wykonawcy umożliwiły skalkulowanie ceny w zaoferowanej wysokości, nie mogły pozwolić mu na tak znaczące obniżenie ceny, gdyż nie mają szczególnego, obiektywnego, ani indywidualnego charakteru. Są właściwe wszystkim wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, także tym którzy zaoferowali znacznie wyższe ceny. Niezależnie od charakteru tych czynników, Wykonawca nie wykazał konkretnych oszczędności z nimi związanych”, Szacunkową wysokość oszczędności Odwołujący przedstawił bowiem na str. 17 (odnośnie polisy) oraz 20 swych wyjaśnień (odnośnie innych czynników mających wpływ na obniżenie ceny).

W ocenie Izby nieuprawnioną przyczyną uznania przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego za niewiarygodne jest błędnie podana informacja co do wysokości posiadanych środków (w wyjaśnieniach podano kwotę wyższą, niż w załączonej do oferty opinii bankowej). Rozbieżność może być wynikiem omyłki pisarskiej – Odwołujący sam się

w wyjaśnieniach powołuje na opinie bankową załączoną do oferty, zatem nie można twierdzić, że dążył do ukrycia swojej sytuacji finansowej.

Nieuprawnione też jest porównywanie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego z innymi wyjaśnieniami pod kątem kompletności informacji tam zawartych – Zamawiający na rozprawie zgłaszał, że inni wykonawcy wezwani do wyjaśnień podali koszt uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a Odwołujący takiego kosztu nie podał. Pomijając fakt, że okoliczność ta nie została wymieniona wśród podstaw faktycznych odrzucenia oferty, w ocenie składu orzekającego Zamawiający nie ma prawa kwestionować wyjaśnień z tego powodu, że nie zawarto w nich informacji, o które wprost nie poprosił. Jeżeli Zamawiający ma wątpliwości, w której pozycji kalkulacji Odwołujący ujął koszt uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, powinien wezwać do dalszych wyjaśnień.

Reasumując, Izba uznała zarzuty odwołania za uzasadnione, stwierdzając, że okoliczności faktyczne podane przez Zamawiającego jako podstawy odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny są nieuprawnione, w konsekwencji orzekła, jak w sentencji, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

### **Sygn. akt KIO 1664/16**

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

W pierwszej kolejności Izba zbadała, czy Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z pkt 8.2.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wymagał dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, m.in. oczekiwał koordynatora w branży linie, węzły i stacje kolejowe (1 osoba), który powinien mieć następujące doświadczenie: „W okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie (2) dokumentacje projektowe (obejmujące projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy, co najmniej 20 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej, zelektryfikowanej zawierających w swym zakresie co najmniej dwie (2) stacje kolejowe obejmujące przynajmniej (2) tory główne dodatkowe i 30 rozjazdów (w zakresie nawierzchni, podtorza, odwodnienia, torów).”

2. W celu potwierdzenia spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu w zakresie szczegółowego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia na stanowisko koordynatora branży linie, węzły i stacje kolejowe Odwołujący wskazał osobę, która posiada doświadczenie w wykonaniu

(1) wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy budowy 24 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej, zelektryfikowanej zawierających w swym zakresie 2 stacje obejmujące dwa tory główne dodatkowe stacja Gdańsk Wrzeszcz (powyżej 30 rozjazdów) w zakresie nawierzchni, podtorza, odwodnienia torów w ramach dokumentacji budowa Pomorskiej Kolei Metropolitalnej oraz (2) wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy przebudowy ok. 6 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej, zelektryfikowanej zawierających w swym zakresie 2 stacje obejmujące dwa tory główne dodatkowe Warszawa Główna Towarowa (powyżej 30 rozjazdów) (w zakresie nawierzchni, podtorza, odwodnienia torów) oraz stacji Warszawa Zachodnia dwa tory główne dodatkowe (powyżej 30 rozjazdów) (w zakresie nawierzchni, podtorza, odwodnienia torów). Położenie linii dwutorowej, zelektryfikowanej w ramach dokumentacji Modernizacja linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska) - prace przygotowawcze.

3. W dniu 11 lipca 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wskazując, że „wykazano doświadczenie z realizacji usługi, której zakres nie zawierał: zelektryfikowanej linii kolejowej, 20 km nawierzchni torowej wraz z odwodnieniem. W związku z tym nie wykazano spełniania warunku udziału w postępowaniu.” Tylko w odniesieniu do przedmiotowego koordynatora Zamawiający w wezwaniu wskazywał na brak w zakresie „20 km nawierzchni torowej”.

4. W odpowiedzi, pismem z dnia 14 lipca 2016 r. Odwołujący wskazał (pkt II.2 pisma), że „Osoba wskazana na stanowisko Koordynatora branży linie, węzły i stacje kolejowe spełnia warunek udziału w postępowaniu - zakres wskazanego doświadczenia w realizacji usług zawierał zelektryfikowaną linię kolejową. Linia kolejowa nr 248 (PKM) została zaprojektowana, zarówno na etapie projektu budowlanego jak i wykonawczego jako linia zelektryfikowana. Jednak budowa sieci trakcyjnej została odłożona na przyszłość ponieważ zasadność elektryfikacji linii 248 uzależniona jest od elektryfikacji linii 201.”

5. Zamawiający, wobec niezpełnienia dokumentów na wezwanie skierowane do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Odwołujący zarzucał Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r.) poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na nieprecyzyjnym wezwaniu Odwołującego do udzielenia wyjaśnień a w następstwie złożenia wyjaśnień na nieprecyzyjne wezwanie uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu; ponadto naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r.) poprzez ich niezastosowanie

polegające na nierównym traktowaniu Wykonawców wyrażające się w nie zastosowaniu jednakowych standardów do Wykonawców tj. na dwukrotnym wezwaniu Wykonawców SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu oraz BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu a jednokrotnym wezwaniu Odwołującego jak również nierówne traktowanie Wykonawców polegające na precyzyjnym wezwaniu Wykonawców SYSTRA S. A. z siedzibą w Paryżu, BBF Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu do złożenia wyjaśnień oraz lakonicznym wezwaniu do złożenia wyjaśnień skierowanym do Odwołującego.

Analizując tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było prawidłowe. Zamawiający wymagał koordynatora doświadczonego w wykonaniu dwóch linii kolejowych o długości 20 km nawierzchni torowej. Odwołujący zaproponował koordynatora doświadczonego w wykonaniu dwóch linii, jednej o długości 24 km, drugiej o długości 6 km. W ocenie Izby wezwanie Zamawiającego, w kontekście brzmienia SIWZ i wykazu załączonego do oferty Odwołującego było jasne i jednoznaczne: wezwano do uzupełnienia jednej linii o długości 20 km. Odwołujący nie uzupełnił dokumentów. Słusznie Zamawiający zauważał w odpowiedzi na odwołanie, że treść SIWZ nie dawała podstaw, aby doświadczenie sumować (w postanowieniach SIWZ, gdzie można było sumować posiadane doświadczenie, Zamawiający używał określenia „łącznie”). Skoro Odwołujący nie uzupełnił dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie, słusznie Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, dlatego Izba oddaliła przedmiotowy zarzut podniesiony w odwołaniu.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r.) poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i wadliwe uznanie, że Odwołujący nie udowodnił, że złożona przez Odwołującego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty rzekomo zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – i skład orzekający uznał ten zarzut za trafny, jednak z tego powodu nie można było uwzględnić odwołania, skoro ustalono, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania.

Aktualne pozostają rozważania odnośnie rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 1664/16. W podanych przez Zamawiającego podstawach uznania wyjaśnień Odwołującego za niewystarczające. Rzeczywiście trudno dopatrzeć się powodów takiej decyzji Zamawiającego; Odwołujący ma siedzibę blisko miejsca realizacji zamówienia i zaoferował najwyższą cenę spośród wykonawców uczestniczących w postępowaniu odwoławczym. Rację ma Odwołujący, że Zamawiający naruszył art. 7 Prawa zamówień publicznych, przez nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ

Zamawiający do wykonawców SYSTRA S.A. oraz BBF Sp. z o.o. skierował powtórne wezwanie dotyczące zaoferowanej ceny ofertowej, które wprost wskazuje wykonawcom, złożenia jakich dowodów od nich oczekuje (kopie umów o pracę), jednocześnie zarzucając Odwołującemu, że umów o pracę nie przedłożył. Jednak Izba nie nakazywała skierowania wezwania do Odwołującego w tym zakresie, ponieważ został on wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie ofert następujących wykonawców: SYSTRA S. A. z siedzibą w Paryżu, BBF Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infrares Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie jako ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie podjął próby uprawdopodobnienia tak sformułowanego zarzutu, ograniczając się jedynie do wniosku o powołanie biegłego. Izba oddaliła wniosek o powołanie biegłego, stwierdzając, że na obecnym etapie postępowania analiza tak postawionego zarzutu ogranicza się do oceny prawidłowości i kompletności złożonych przez wykonawców wyjaśnień. Izba nie znalazła podstaw, aby zakwestionować wyjaśnienia złożone przez wykonawców. Niezależnie od powyższego trzeba zauważyć, że ceny zaproponowane przez wykonawców były znacznie niższe od wartości zamówienia, zatem uprawnione będzie stwierdzenie, że w tym postępowaniu na tym poziomie ukształtowały się ceny rynkowe; co z kolei może prowadzić do przypuszczenia, że Zamawiający przeszacował wartość zamówienia.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez następujących wykonawców: SYSTRA S. A. z siedzibą w Paryżu, BBF Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu, AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infrares Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie jako ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jako uzasadnienie tak sformułowanego zarzutu Odwołujący opisywał, co oznacza pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa” Podstawę faktyczną zarzutu upatrywał w tym, że „W ocenie Odwołującego dokonane zastrzeżenie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne.”.

Tak uzasadnionego zarzutu nie można uwzględnić. Rzeczywiście, wyjaśnienia wszystkich wykonawców zawierają część ogólną, którą można byłoby odtajnić, jednak nie miałyby to wpływu na wynik postępowania. W dalszej części wyjaśnienia zawierają jednak informacje o charakterze sensytywnym, które wykonawcy mają prawo chronić – informacje o wynagrodzeniach pracowników, dane osób zaangażowanych w realizację zamówienia, oferty kontrahentów, umowy o podwykonawstwo. W ocenie Izby dane te mogą podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa - mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Nadto należy zauważyć, że Odwołujący sam zastrzegł swoje wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa, i w piśmie z dnia 21 lipca 2016 r. zastrzeżenie to stanowczo podtrzymał. Argumentacja Odwołującego w przywołanym piśmie odnosząca się do uprawniania zastrzeżenia wyjaśnień jako niepodlegających ujawnieniu innym wykonawcom stoi w sprzeczności z argumentacją opisaną w odwołaniu. W konsekwencji Izba zarzut oddaliła.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

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 [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 \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#).

**Przewodniczący:**

.....