

Sygn. akt: KIO 417/18

WYROK

z dnia 26 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., KOLTECH INFRA Sp. z o.o., ul. Targowa 69, 03-729 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy „**Sweco Consulting**” Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, **60-829 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., KOLTECH INFRA Sp. z o.o., ul. Targowa 69, 03-729 Warszawa** i:
 - 2.1. 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 udzielenie zamówienia: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., KOLTECH INFRA Sp. z o.o., ul. Targowa 69, 03-729 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., Biuro Projektów**

Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., KOLTECH INFRA Sp. z o.o., ul. Targowa 69, 03-729 Warszawa na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze 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

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap I - część przejazdowa”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 stycznia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 019-032319.

W dniu 5 marca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. i KOLTECH INFRA Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Sweco Consulting Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, a wykonawca Sweco Consulting Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Sweco Consulting Sp. z o.o. nie złożyła odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w trybie art. 90 ustawy Pzp;
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o., pomimo iż treść oferty

nie odpowiada treści SIWZ;

5. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał warunków podmiotowych udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

6. niezgodnej przepisami ustawy Pzp czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w oparciu o dokumenty samodzielnie uzupełnione przez Sweco Consulting Sp. z o.o.;

7. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa w pismach:

a) Pism Sweco Consulting Sp. z o.o. - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - 2 pisma: znak GP/Ł/1622A/2017 i GP/Ł/1622/2017 (według wskazania Zamawiającego)

b) Pism Sweco Consulting Sp. z o.o. - uzupełnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny - 2 pisma: znak GP/Ł/134/2018 i GP/Ł/135/2018 (według wskazania Zamawiającego),

c) wezwania Zamawiającego w zakresie uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny „wezwanie - uzupełnienie wyjaśnień - rażąco niska cena”, znak: IRZUc(ICZ7C)-0815-POLIŚ 5.2-9-NAD—3- 2018 (według wskazania Zamawiającego),

d) Pisma Sweco Consulting Sp. z o.o. - procedura „samooczyszczenia” - pismo znak: GP/Ł/1622B/2017, w części załączników objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie wymienionych w spisie załączników do pisma,

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

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez

nieprawidłową ocenę złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Sweco Consulting Sp. z o.o. nie złożyła wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o., pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,

5. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie miał zastosowania i nie został przez Zamawiającego zastosowany w zakresie wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

6. naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie przy ocenie oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. dokumentów samodzielnie uzupełnionych przez Sweco Consulting Sp. z o.o., pomimo iż Zamawiający nie wezwał Sweco Consulting Sp. z o.o. do przedstawienia dokumentów i oświadczeń w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

7. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

8. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sweco Consulting Sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego - a Sweco Consulting Sp. z o.o. nie przedstawiła dowodów wystarczających do wykazania jej rzetelności,

9. naruszenie art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, poprzez uznanie przez Zamawiającego za

wystarczające wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez Sweco Consulting Sp. z o.o.,

10. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu ww. elementów dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

11. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu).

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

A. W dniu 25 września 2017 r. Zamawiający dokonał pierwszej oceny ofert wybierając jako ofertę najkorzystniejszą - ofertę Sweco Consulting Sp. z o.o.

B. W dniu 26 września 2017 r. Odwołujący wystąpił o przekazanie kopii dokumentacji postępowania, w tym załączników do protokołu. W odpowiedzi, w dniu 28 września 2017 r. Zamawiający przekazał nośnik CD zawierający jawną, w ocenie Zamawiającego, dokumentację postępowania (skany złożonych ofert, wezwania wystosowane przez Zamawiającego), zaś w dniu 3 października 2017 r. (po kolejnym wezwaniu Odwołującego) Zamawiający przekazał protokół postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego. Zaś dopiero w dniu 17 października 2017 r. (po kolejnym wezwaniu Odwołującego) Zamawiający przekazał skan oceny oferty Odwołującego i punktację Odwołującego w ramach Kryterium 3 - Metodologia.

C. W dniu 5 października 2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań objętych pierwszą oceną ofert, o której został poinformowany w dniu 25 września 2017 r. Odwołanie obejmowało między innymi zarzuty:

- i. niewłaściwej oceny oferty Sweco Consulting Sp. z o.o.,
- ii. zaniechania odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. - wobec zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. oraz wobec sprzeczności treści tej oferty z SIWZ,
- iii. wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. - wobec braku wykazania spełniania

warunków udziału w postępowaniu oraz wobec podania nieprawdziwych informacji w ofercie,

iv. zaniechanie udostępnienia części dokumentacji postępowania, w tym wyjaśnień składanych przez Sweco Consulting Sp. z o.o.,

v. zaniechania udostępnienia oceny oferty Odwołującego w Kryterium Metodologia,

vi. zaniechania udostępnienia części dokumentacji postępowania, w tym całości wyjaśnień złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o.

D. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą otrzymało sygnaturę KIO 2087/17, termin rozprawy został wyznaczony na dzień 19 października 2017 r.,

E. Odwołujący złożył w dniu 17 października 2017 r. „Pismo procesowe Odwołującego”, do którego dołączył dowód w postaci oświadczenia Pana W. M. oraz złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka W. M. na okoliczność braku wyrażenia zgody wykonawcy Sweco Consulting Sp. z o.o. do dysponowania potencjałem świadka na potrzeby przedmiotowego postępowania.

F. W dniu 17 października 2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumenty dotyczące oceny oferty Odwołującego w Kryterium Metodologia. W związku z otrzymaniem tych dokumentów Odwołujący w dniu 18 października 2017 r. złożył „Pismo procesowe Odwołującego w związku z przekazaniem przez zamawiającego oceny oferty Odwołującego w ramach kryterium 3 Metodologia”.

G. W dniu 18 października 2017 r. Zamawiający pismem „Pismo procesowe Zamawiającego” uwzględnił wszystkie zarzuty odwołania oraz zobowiązał się do podjęcia czynności w celu uczynienia zadość żądaniom Odwołującego.

H. Pismem z dnia 18 października 2017 r. „Pismo procesowe Przystępującego” Sweco Consulting Sp. z o.o. złożyła sprzeciw wobec czynności Zamawiającego w postaci uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Do pisma dołączono część wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i doręczono je Odwołującemu.

I. W dniu 19 października 2017 r. odbyła się rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą. W toku rozprawy Sweco Consulting Sp. z o.o. upubliczniła informację, że w wykazie osób wskazało Pana W. M. .

J. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 24 października 2017 r. uwzględniła odwołanie. Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt

2 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. oraz ponowną ocenę tej oferty z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Pzp,

K. Odwołujący nie zgodził się z wyrokiem Izby, w szczególności wobec braku orzeczenia nakazania odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. i wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o., w związku z czym w dniu 14 listopada 2017 r. Odwołujący wniósł skargę do Sądu Okręgowego.

L. Zamawiający w dniu 16 listopada 2017 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że został zobowiązany do wykonania czynności wskazanych w sentencji i uzasadnieniu wyroku.

M. Odwołujący pismami z dat: 17 listopada 2017 r., 8 grudnia 2017 r. i 28 grudnia 2017 r. zwrócił się z wnioskiem o przekazanie szeregu dokumentów, w tym złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo, w piśmie z 28 grudnia 2017 r. Odwołujący zawniósł o przekazanie dokumentów wezwań wystosowanych do Sweco Consulting Sp. z o.o. w wykonaniu wyroku Izby.

N. Dnia 10 stycznia 2018 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu część dokumentów, o które wnioskował Odwołujący, w tym pismo Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 4 lipca 2017 r. - I Wyjaśnienia RNC.

O. Dnia 18 stycznia 2018 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu wystosowane do Sweco Consulting Sp. z o.o. dnia 13 i 14 grudnia 2017 r. wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz pismo Sweco Consulting Sp. z o.o. dotyczące procedury samooczyszczenia. Zamawiający nie ustosunkował się do wniosków w zakresie, w jakim nie przekazał wnioskowanych dokumentów.

P. Odwołujący pismami z dat: 23 stycznia 2018 r. i 12 lutego 2018 r. (2 pisma) ponownie zwracał się o udostępnienie dokumentów - Odwołujący zwracał uwagę, że nie przekazano mu odpowiedzi Sweco Consulting Sp. z o.o. na wezwania. Odwołujący zwrócił uwagę, że wobec jawności I Wyjaśnień RNC oraz wobec jawności pism Sweco Consulting Sp. z o.o. składanych w toku postępowania skargowego - informacje dotyczące szacowania ceny oferty stały jawne, a zatem nie jest możliwe, aby Sweco Consulting Sp. z o.o. w kolejnych wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mogło skutecznie zastrzec jakieś informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto - wobec braku rzeczowych i pełnych odpowiedzi Zamawiającego odnośnie udostępniania dokumentacji postępowania - Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o listę dokumentów, jakie pojawiły się w dokumentacji postępowania po wyroku KIO z dnia 24 października 2017 r.

Q. W dniu 8 lutego 2018 r. odbyła się przed Sądem Okręgowym w Warszawie rozprawa ze skargi Odwołującego, sygnatura XXIII Ga 2057/17. Rozprawa została odroczone z terminem na piśmie. Sąd Okręgowy wskazał, że nie miał możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, gdyż całość dokumentacji została doręczona Sądowi przez Krajową Izbę Odwoławczą dopiero w dniu rozprawy, w odpowiedzi na wezwanie Sądu.

Sweco Consulting Sp. z o.o. na rozprawie złożyła pismo „Pismo procesowe uczestnika postępowania”, w którym odniosła się do kwestii rażąco niskiej ceny w swojej ofercie, ujawniając szereg informacji.

R. W dniu 21 lutego 2018 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego 2 pisma. W jednym z pism Zamawiający zawarł „listę dokumentów, jakie zostały złożone do dokumentacji postępowania lub zostały wysłane przez Zamawiającego po wyroku KIO z dnia 24.10.2017 r.”. Dopiero z tego dokumentu Odwołujący powziął wiadomość, że po wyroku KIO Zamawiający dwukrotnie występował do Sweco Consulting Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaś Sweco Consulting Sp. z o.o. w odpowiedzi złożyło aż 4 pisma. Co więcej - Zamawiający wszystkie pisma identyfikuje wyłącznie po znaku pisma, nie wskazując w żadnym przypadku daty pism. Stąd też Odwołujący nie posiada wiedzy, w jakiej dacie Zamawiający wystosował kolejne (3 w toku postępowania) wezwanie do Sweco Consulting Sp. z o.o. o (jak sam wskazał) „uzupełnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny”. Pomimo szeregu wezwań o przekazanie całości dokumentacji postępowania, w tym przekazanie wszystkich wezwań wystosowanych do Sweco Consulting Sp. z o.o. - Odwołujący nie otrzymał tego ostatniego wezwania (sygnatura pisma: IRZUc(ICZ7C)-0815-POIiŚ 5.2-9-NAD—03-2018).

W drugim piśmie Zamawiający wskazał, że pismem z 26 stycznia 2018 r. poinformował Odwołującego „jakie części złożonej przez Sweco dokumentacji uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa, a które podlegają ujawnieniu”.

S. Pismem „Zawiadomienie o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej” z dnia

23 lutego 2018 r. (piątek) Zamawiający poinformował o wyborze oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Pismo to zawiera błędną punktację przyznaną ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. Jest to efekt tego, że Zamawiający do oceny ofert przyjął, że 4 oferty podlegają ocenie. Tymczasem na dzień ponownej oceny, tj. 23 lutego 2018 r. tylko 2 oferty - Sweco Consulting Sp. z o.o. i Odwołującego były ważnymi ofertami w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawcy Konsorcjum NAFTA-GAZ i MGGP nie przedłużyli okresu związania ofertą. Odwołujący wystosował odpowiednie pismo w tym zakresie do Zamawiającego, wnosząc o unieważnienie czynności oceny ofert.

T. W dniu 26 lutego 2018 roku (poniedziałek) Odwołujący wystąpił o przekazanie protokołu postępowania wraz z korespondencją i załącznikami, jakie nie zostały przekazane Odwołującemu do tej pory.

U. Do dnia wniesienia Odwołania Zamawiający nie odpowiedział na pisma wskazane w 2 powyższych punktach, co z całą pewnością utrudnia Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące argumenty:

I. Zaniechanie odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. - rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia, brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, nieprawidłowa ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

1. Odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do całości złożonych wyjaśnień. W związku z powyższym Odwołujący oświadczył, że przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący zauważył, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinien brać swój początek w wyjaśnieniach (w treści wyjaśnień). Odwołujący wniósł o nie rozpatrywanie przedmiotowego zarzutu (jako przedwczesnego) w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut zaniechania udostępnienia części dokumentacji. Jak wskazał Odwołujący, prawidłowość stanowiska Odwołującego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt

KIO 242/17, oraz w wyroku z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1713/17.

2. Odnosząc się do meritum zarzutu Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o., co wynika wprost z porównania cen oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. z cenami zaoferowanymi przez innych wykonawców oraz z cenami rynkowymi realizacji przedmiotu zamówienia. Na prawidłowość takiego punktu odniesienia przy badaniu rażąco niskiej ceny wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 25 sierpnia 2015 r., sygn. akt XXIII1072/15.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 7 ofert, których ceny brutto kształtowały się następująco:

Sweco Consulting Sp. z o.o. – 13 246 422,27 PLN (cena z oferty), 14 136 096,00 PLN (cena po korekcie Zamawiającego),

Odwołujący – 24 324 878,50 PLN,

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Biuro Projektów Nafta Gaz Sp. z o.o. i CP OK2 Sp. z o.o. – 24 380 168,84 PLN (cena z oferty), 24 103 271,20 PLN (cena po korekcie Zamawiającego),

MGGP S.A. – 25 532 192,40 PLN,

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TPF Sp. z o.o. i TPF Getinsa Euroestudios S.L. – 25 622 464,56 PLN (cena z oferty), 27 523 946,10 PLN (cena po korekcie Zamawiającego),

ECM Group Polska S.A. – 27 511 127,10 PLN,

J.S. Hamilton Poland S.A. – 40 411 108,06 PLN (cena z oferty), 40 411 108,10 PLN (cena po korekcie Zamawiającego).

Średnia cena ofert wynosi 26 220 374,20 PLN, zaś cena oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. wynosi 53,9% tej średniej ceny ofert.

Powstałe domniemanie - zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp – Sweco Consulting Sp. z o.o. zobowiązana była obalić. Pogląd taki wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII967/17.

3. Zamawiający wzywał 3-krotnie Sweco Consulting Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołującemu udostępniono jedynie wyjaśnienia z dnia 4 lipca 2017 r. Sweco Consulting Sp. z o.o. w toku postępowania skargowego złożyło też oświadczenia w zakresie szacowania ceny w Piśmie procesowym uczestnika postępowania z dnia 8 lutego 2018 r.

4. Odwołujący po zapoznaniu się z ww. dokumentami autorstwa Sweco Consulting Sp. z o.o. wskazał, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Należy zatem przyjąć, Zdaniem Odwołującego, że także pozostałe 4 pisma Sweco Consulting Sp. z o.o. w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Wobec powyższego - Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wskazała w wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferował ten wykonawca. Wyjaśnienia RNC złożone przez Sweco Consulting Sp. z o.o. nie pokazały, na czym miałyby polegać specyfika oferty tego wykonawcy dająca przewagę konkurencyjną i możliwość zaoferowania niższej ceny niż inne podmioty występujące na rynku.

5. Z kolei Zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy złożonych wyjaśnień, analizy treści i ewentualnych dołączonych dowodów. Jest to zaniechanie Zamawiającego, które narusza przepisy ustawy Pzp. Wskazywał na to Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06.

6. Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami SIWZ - pkt. 13.2 IDW wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz ofertą wypełnionego Załącznika 1B do Formularza ofertowego - tj. szczegółowej kalkulacji wynagrodzenia podstawowego netto („W”) za realizację Etapu 2 (Etap projektowania i realizacji robót budowlanych). Przy czym, w Załączniku tym kolorem pomarańczowym Zamawiający zaznaczył pola do wypełnienia przez wykonawcę. Dyspozycja wypełnienia pól zaznaczonych kolorem pomarańczowym wynikała z adnotacji Zamawiającego zawartej bezpośrednio pod tabelą Załącznika 1B. Jest oczywiste zatem, w ocenie Odwołującego, że istniał bezwzględny obowiązek wypełnienia każdej „pomarańczowej” pozycji Załącznika 1B. Już sam brak wypełnienia takiej pozycji wskazuje na nie ujęcie w cenie oferty wszystkich kosztów, których ujęcie było obowiązkowe. W tabeli Załącznika 1B Zamawiający przedstawił wymagane pozycje kosztotwórcze, w podziale na koszty ogólne dla projektu oraz w podziale na koszty przypadające

bezpośrednio dla poszczególnych pięciu Kontraktów na roboty. Po odpowiednim wypełnieniu pól zaznaczonych kolorem pomarańczowym otrzymywano wartość „W”, tj. wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 dla poszczególnych pięciu Kontraktów, którą to wartość „W” należało następnie podstawić do poszczególnych wzorów przedstawionych w Załączniku 1A do formularza ofertowego, celem obliczenia wynagrodzenia stałego w okresie podstawowym, wynagrodzenia stałego w okresie wydłużonym, wynagrodzenia stałego w okresie ponad-wydłużonym oraz wynagrodzenia zmiennego w całym okresie realizacji Etapu 2 jak również wynagrodzenia w Etapie 3 (Okres gwarancji).

Odwołujący stwierdził, że pomimo powyższego obowiązku wynikającego z SIWZ Sweco Consulting Sp. z o.o. w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego zawartym w ofercie, zaniechał wypełnienia wielu pozycji zaznaczonych kolorem pomarańczowym, bądź też przedstawił kwoty niewystarczające do pokrycia przewidywanych kosztów.

7. Powyższy brak w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. wskazuje, w ocenie Odwołującego, w sposób oczywisty na rażąco niską cenę oferty tego wykonawcy. Odwołujący wskazał, że niezależnie od treści złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. wyjaśnień i próbę naprawienia tego błędu w szacowaniu ceny oferty, bezspornym jest, że Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wskazała w ofercie wszystkich kosztów, których wskazanie było obowiązkowe. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że Sweco Consulting Sp. z o.o. na etapie przygotowania oferty nie miała żadnych wątpliwości odnośnie obowiązkowej treści oferty oraz odnośnie ujęcia w cenie oferty kosztów związanych z zatrudnieniem personelu biurowego i personelu dodatkowego. Sweco Consulting Sp. z o.o. nie zadała żadnych pytań w zakresie sposobu wypełnienia Załącznika 1B, w tym w szczególności możliwości zaniechania wskazania przedmiotowych kosztów. Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 13.2 Instrukcji dla Wykonawców (SIWZ) „kalkulacja wskazana w Załączniku 1B do Formularza ofertowego służyć ma Zamawiającemu do porównania ofert, a brak jej złożenia spowoduje niezgodność treści oferty ze specyfikacją”. Odwołujący postawił pytanie, w jaki sposób Zamawiający mógł dokonać porównania, jeżeli Załącznik 1B do Formularza ofertowego w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. w znacznej części nie został wypełniony konkretnymi kwotami, których wskazania wymagał sam Zamawiający.

8. 3-krotne wzywianie Sweco Consulting Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 21 lutego 2018 r.,

Zamawiający wzywał Sweco Consulting Sp. z o.o. aż 3 razy do złożenia wyjaśnień:

- Pismem z dnia 28 czerwca 2017 r. - wezwanie do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów,
- Pismem z dnia 13 grudnia 2017 r. - wezwanie do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów,
- Pismem z nieznaney daty, nieudostępnionym Odwołującemu, oznaczonym przez Zamawiającego: „wezwanie - uzupełnienie wyjaśnień - rażąco niska cena”, znak: IRZUc(ICZ7C)-0815-POIiŚ 5.2-9-NAD—03-2018

9. Odwołujący wskazał, że jak wynika z treści drugiego wezwania Zamawiający wystosował do Sweco Consulting Sp. z o.o. bardzo szczegółowe wezwanie, zawierające 9 szczegółowych pytań. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że prosi o „Przedstawienie wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów; o których mowa powyżej, o mających wpływ na wartość oferty, ale także w innych obszarach, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe, w kontekście kosztów niezbędnych do poniesienia”. Dalej Zamawiający wyraźnie wskazał (podkreślając to nawet w treści wezwania, że „Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał niezbędny do oceny zaoferowanych cen jednostkowych. Tym samym to na Wykonawcy ciąży obowiązek przekazania właściwych merytorycznie informacji i dowodów, które mają lub mogą mieć wpływ na wysokość skalkulowania całkowitej oferty”.

10. Wezwanie z dnia 13 grudnia 2017 r. jest bardzo szczegółowe. A zatem ponowne (trzecie) wezwanie mogłoby, zdaniem Odwołującego, dotyczyć tylko takich okoliczności, o które Zamawiający uprzednio nie pytał. Odwołujący oświadczył, że nie zna treści 3 wezwania, jednocześnie wskazując, że Zamawiający nazwał je uzupełniającym, zatem z pewnością dotyczy ono tych samych kwestii, o które Zamawiający pytał w 2 wezwaniu. Jest to jednak, w ocenie Odwołującego, niedopuszczalne. Ewentualna konieczność ponownego wezwania o złożenie wyjaśnień musi wynikać bowiem z okoliczności obiektywnych, przy jednoczesnym spełnieniu przez wykonawcę obowiązku rzetelnego wyjaśnienia w zakresie wymaganym w poprzednim wezwaniu. Zdaniem Odwołującego, ponawianie wezwań nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie zawierają

odpowiedzi na wszystkie wcześniejsze pytania Zamawiającego. Kolejne wezwanie nie może bowiem stanowić *de facto* przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które należało złożyć już na pierwsze wezwanie. Takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający w sposób nieuzasadniony, w ocenie Odwołującego, przyjął, że dopuszczalne są dalsze wezwania do składania wyjaśnień. Odwołujący podał, że taki pogląd uznał za nieprawidłowy Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 451/16 oraz Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08.

11. Odwołujący podkreślił, że art. 84 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia regułę niezmienności oferty po upływie terminu składania ofert, a wszystkie wyjaśnienia czy uzupełnienia, o których mowa np. w art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 czy w art. 90 ustawy Pzp są wyjątkami od tej reguły i jako takie nie mogą być stosowane rozszerzająco, zgodnie z łacińską paremią *exceptiones non sunt extentendae*. Dlatego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający po otrzymaniu II Wyjaśnień RNC powinien zastosować przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nie zaś występować z kolejnym, trzecim już wezwaniem o wyjaśnienia.

Odwołujący odniósł się również do sposobu szacowania ceny przedstawionego przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w pierwszych Wyjaśnieniach RNC z dnia 4 lipca 2017 r. oraz w Piśmie procesowym uczestnika postępowania z 8 lutego 2018 r., udostępnionych mu po dniu unieważnienia pierwszej oceny ofert.

12. Sprzeczność I Wyjaśnień RNC z ofertą.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w Załączniku 1A do formularza ofertowego Sweco Consulting Sp. z o.o. przyjęło kwotę w wysokości 81.400 PLN netto dla danego Kontraktu w okresie pierwszych dwóch lat pełnienia nadzoru w Etapie 3 (tabela 8 - załącznika 1A do formularza ofertowego, str. 12 oferty Sweco Consulting Sp. z o.o.). Z powyższego wynika, jak stwierdził Odwołujący, że na jeden rok pełnienia nadzoru w Etapie 3 przypada kwota 40.700 PLN netto ($81,400 / 2 = 40,700$). W każdym roku Etapu 3 Zamawiający wymaga dokonania przeglądów gwarancyjnych co najmniej raz na kwartał, tj. cztery razy w roku oraz na każde pisemne wezwanie (por. pkt. 4.2.8 (1) OPZ). Sweco Consulting Sp. z o.o. do I Wyjaśnień RNC załączyło opracowaną przez siebie tabelę stanowiącą rozwinięcie załącznika 1A, z której wynikają koszty przeprowadzenia przeglądów gwarancyjnych w rozbiciu „na jeden rok i na jeden Kontrakt” w ilości wskazanej w tabeli, tj. 4 przeglądy kwartalne na jeden rok.

W przedstawionej tabeli Sweco Consulting Sp. z o.o. przewiduje:

- koszt czterokrotnego dokonania przeglądu {co jest minimalnym wymaganiem zgodnie z OPZ),
- koszt usług realizowanych poza przeglądami (zapewne chodzi tu o opracowanie raportów kwartalnych, obsługę biura, media, komunikację itp.),
- niewielką rezerwę - niewielki zysk.

Całość składa się na kwotę 81.312 PLN netto w skali jednego roku. Tymczasem, jak podano powyżej, zgodnie z Załącznikiem 1A do formularza ofertowego, Sweco Consulting Sp. z o.o. przyjęła kwotę w wysokości 81.400 PLN netto dla danego Kontraktu w okresie pierwszych dwóch lat pełnienia nadzoru w Etapie 3 (tabela 8 załącznika 1A do formularza ofertowego). Z przedstawionej analizy wynika, że zgodnie ze swoją ofertą wykonawca ten oszacował koszt nadzoru w jednym roku Etapu 3 na poziomie 40.700 PLN netto, zaś zgodnie z Wyjaśnieniami RNC Sweco Consulting Sp. z o.o. podaje, że koszt ten wynosił będzie 81.312 PLN netto dla 1 roku. Odwołujący stwierdził, że uznając wyjaśnienia Sweco Consulting Sp. z o.o. w tym zakresie jako prawidłowe, należy uznać, że zgodnie ze złożoną ofertą Sweco Consulting Sp. z o.o. nie posiada środków na sfinansowanie kosztów drugiego roku pełnienia nadzoru w ramach Etapu 3.

Znamienne jest, w ocenie Odwołującego, że w tej samej tabeli stanowiącej rozwinięcie Załącznika 1A Sweco Consulting Sp. z o.o. przedstawia również koszt przeglądów w opcjonalnym okresie pełnienia nadzoru w okresie gwarancji (Etap 3) w latach 3, 4 i 5, gdzie „na jeden rok i na jeden kontrakt” Sweco Consulting Sp. z o.o. podaje ponad trzykrotnie niższą stawkę jednego przeglądu gwarancyjnego (4.100 PLN netto), niż w okresie pierwszego roku pełnienia gwarancji (14.500 PLN netto). Istotne jest, jak wskazał Odwołujący, że Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wyjaśnia, w jaki sposób osiągnie oszczędność w tym zakresie. Brak jest, zdaniem Odwołującego, w I Wyjaśnieniach RNC choćby minimalnego wskazania, na jakiej podstawie Sweco Consulting Sp. z o.o. przyjęła, że taki sam przegląd gwarancyjny będzie miał różną cenę w różnych okresach realizacji zobowiązań umownych. Odwołujący podkreślił, że Opis Przedmiotu Zamówienia w żadnym miejscu nie różnicuje obowiązków wykonawcy w każdym z pięciu lat okresu gwarancji (Etap 3). Jest to, jak wskazał Odwołujący, kolejna nierzetelność złożonych wyjaśnień, potwierdzająca, że cena oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską.

13. Brak oszacowania kosztów personelu dodatkowego.

Zgodnie z konstrukcją Załącznika 1B do formularza ofertowego wymagana była szczegółowa kalkulacja wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 2. W kolumnie „liczba osób” Zamawiający wskazał minimalną liczebność poszczególnych stanowisk, zaś zgodnie z dyspozycją pod tabelą wykonawcy mieli obowiązek wypełnienia wszystkich pól tabeli zaznaczonych kolorem pomarańczowym. W przypadku personelu dodatkowego dla poszczególnych pięciu Kontraktów Zamawiający wskazał minimalną liczebność dla stanowisk: obsługa sekretariatu oraz asystent Inżyniera Rezydenta w ilości po jednej osobie na dane stanowisko, tj. w sumie 10 osób personelu dodatkowego dla pięciu Kontraktów. Taka konstrukcja tabeli narzucona przez Zamawiającego jednoznacznie wskazywała na odrębność tych stanowisk i na konieczność ich odrębnej wyceny. W przypadku personelu dodatkowego w postaci „obsługa sekretariatu” oraz „asystent Inżyniera Rezydenta” nie można było przyjąć stawki niższej niż minimalne wynagrodzenie miesięczne z tytułu umowy o pracę w wymiarze co najmniej pełnego etatu, co wynikało z postanowień § 9 Umowy pkt 10 i 11 (po modyfikacji nr 7 z dnia 14 kwietnia 2017 r.), pkt 3.2.1 ppkt 7 Opisu Przedmiotu Zamówienia, § 9 ust. 2 Umowy. Z kolei Szczególne Warunki Kontraktów 1-5 w subklauzuli 6.5. wskazują na obowiązek nieprzerwanego prowadzenia robót od godz. 6 do godz. 22 przez 6 dni w tygodniu, a w czasie przyznanych zamknięć przez całą dobę lub przez 7 dni w tygodniu.

14. Sweco Consulting Sp. z o.o. była świadoma powyższego niedoszacowania oferty w zakresie zatrudnienia personelu biurowego, pomocniczego i dodatkowego (27 niewypełnionych pozycji w Załączniku IB), dlatego też w I Wyjaśnieniach RNC (str. 13) wskazała, że zamierza powierzać pełnienie funkcji administracyjnych specjalistom ds. obmiarowo rozliczeniowych oraz specjalście ds. raportowania. Odwołujący zauważył, że jeden jedyny w ramach całego projektu Specjalista ds. raportowania, pracujący na rzecz pięciu Kontraktów na wykonawstwo, zgodnie z ofertą Sweco Consulting Sp. z o.o. przyznane ma wynagrodzenie w kwocie 3.200 PLN miesięcznie (czyli realnie po odjęciu narzutów około 2.600 PLN netto miesięcznie). W ramach tej kwoty, zdaniem Sweco Consulting Sp. z o.o., specjalista ten winien zajmować się zarówno pełnieniem swej kontraktowej funkcji, jak i administracją projektu.

15. Pomimo że Zamawiający przewidział pomarańczowe pola w Załączniku 1B również na podanie odrębnych kosztów dodatkowego personelu tak, aby być w zgodzie z zakazem

łączenia stanowisk (o którym mowa w pkt. 3.1.1 OPZ), Sweco Consulting Sp. z o.o. zlekceważyła ten wymóg i zawarła w ofercie adnotację pod Załącznikiem 1B, że „o ile nakłady takie wystąpią, wówczas pokryte zostaną z funduszu rezerw w wysokości 900.000 PLN netto”. Dzięki tak sformułowanej adnotacji Sweco Consulting Sp. z o.o. uniknęła konieczności wskazania jednoznacznych i klarownych kosztów personelu dodatkowego. Zaś zwrot „o ile wystąpią” jest w całości niezgodny z SIWZ, gdyż - przywołując argumentację jak powyżej - Zamawiający wskazał na konieczność wystąpienia takich kosztów i oczekiwał wskazania ich konkretnych wartości. Nie są to zatem koszty hipotetyczne, które mogą wystąpić, ale koszty obowiązkowe do ujęcia w ofercie przez każdego z wykonawców.

16. Wadliwa kalkulacja kosztów zatrudnienia dodatkowego personelu.

Odwołujący argumentował dalej, że nawet gdyby uznać, że Sweco Consulting Sp. z o.o. mogła nie wypełnić wszystkich obowiązkowych pól w Załączniku 1B i ująć te koszty w innej pozycji (czemu Odwołujący przeczy), to i tak Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wykazała, że cena oferty zawiera wszystkie te koszty. Odwołujący wskazał, że realny minimalny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu pracownika na umowę o pracę za wynagrodzeniem minimalnym to kwota 2.412,20 zł na osobę. Bezspornym jest, jak przyjął Odwołujący, że osoby te należało zatrudnić na podstawie umowy o pracę, co wynika z § 9 ust. 10 i 11 Umowy (po modyfikacji nr 7 z dnia 14 kwietnia 2017 r.). A zatem, jak wskazał Odwołujący, zastosowanie ma poniższe wyliczenie kosztów minimalnych pracy: wynagrodzenie minimalne – 2.000, składka na ubezpieczenie emerytalne w wysokości $9,76\% \cdot 2.000 = 195,20$, składka na ubezpieczenie rentowe w wysokości $6,50\% \cdot 2.000 = 130,00$, składka na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości $1,80\% \cdot 2.000 = 36,00$, składka na Fundusz Pracy $2.000 \cdot 2,45\% = 49,00$, składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych $2.000 \cdot 0,10 = 2,00$, razem 2.412,20.

Odwołujący kalkulował, że zgodnie z SIWZ należało zapewnić minimum 3 osoby dla każdego z pięciu Kontraktów - jak wskazuje Zamawiający w SIWZ: obsługa sekretariatu, Asystent Inżyniera Rezydenta plus minimum jeden dodatkowy specjalista w zależności od potrzeb. Zatem, jak stwierdził Odwołujący, Sweco Consulting Sp. z o.o. musi ponieść minimalne koszty w wysokości 2.412,20 zł na każdą z tych pozycji dla każdego z 5 kontraktów - łącznie daje to kwotę 36.183 zł miesięcznie ($2.412,20 \text{ zł} \cdot 3 \text{ etaty} \cdot 5 \text{ Kontraktów} = 36.193 \text{ zł}$). Przy uwzględnieniu, że okres podstawowy Etapu 2 trwa 30 miesięcy - daje kwotę łączną w wysokości 1.085.490,00 zł ($15 \text{ osób} \cdot 30 \text{ miesięcy} \cdot 2.412$).

Wskazaną kwotę należy powiększyć o konieczność przewidzenia zatrudnienia wspomnianych osób również w okresie wydłużonym (6 miesięcy) oraz w okresie wykraczającym poza okres wydłużony (3 miesiące), tj. w sumie o koszt kolejnych 9 miesięcy w wysokości 325.647 zł (9 miesięcy*15 osób*2412,20zł = 325.647 PLN). Łączna kwota w zakresie konieczności zatrudnienia ww. osób na podstawie umowy o pracę za stawkę minimalną wynosi zatem: 1.411.137.00 PLN. Tymczasem Sweco Consulting Sp. z o.o. powołuje się tutaj na rezerwę w kwocie 900.000 wskazaną w pozycji 1.6.8. Sweco Consulting Sp. z o.o. pomija jednak fakt, że rezerwa ta wynosi jedynie 900.000 PLN. Zdaniem Odwołującego, z powyższych obliczeń wynika jednoznacznie, że kwota rezerwy jest o ponad 0,5 mln PLN za niska, aby pokryć wynagrodzenie dla ww. osób w całym Etapie 2.

17. Rola rezerw na ryzyka w cenie oferty.

Odwołujący podniósł, że niedopuszczalne jest wskazywanie, że koszty, których obowiązek poniesienia wynika z treści SIWZ, miałyby być pokrywane z rezerw na ryzyka. Czym innym jest bowiem obowiązek objęcia ceną oferty wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, których obowiązek poniesienia wynika z SIWZ, a czym innym - uwzględnienie w cenie oferty pewnej kwoty na ryzyka związane z realizacją zamówienia. Kwota na ryzyka może bowiem obejmować koszty, których poniesienia nie dało się przewidzieć na etapie szacowania ceny oferty, które nie wynikały z SIWZ, a pojawiły się na etapie realizacji zamówienia - np. wynikają ze zmiany przepisów prawa w długim okresie realizacji zamówienia. Pogląd taki zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2717/17.

18. Brak w ofercie rezerw na inne okoliczności.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Sweco Consulting Sp. z o.o. wskazała wprost, że rezerwa wskazana w pozycji 1.6.8. ma służyć pokryciu wynagrodzenia dla pracowników personelu dodatkowego. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wymagał wprost wskazania kwoty przewidzianej przez wykonawców na ryzyka związane z realizacją projektu. Z przedmiotowego oświadczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. wynika, że wykonawca nie przewidział żadnej rezerwy na inne nieprzewidziane koszty związane z realizacją zamówienia - Sweco Consulting Sp. z o.o. nie dysponuje już żadną rezerwą, gdyż cała kwota z pozycji 1.6.8. będzie przeznaczona na wynagrodzenia personelu dodatkowego, na co i tak

będzie niewystarczająca. Odwołujący przywołał § 9 pkt 1 Warunków Umowy i stwierdził, że cena oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. nie obejmuje żadnej rezerwy na pokrycie takiego dodatkowego personelu.

19. Wynagrodzenie specjalistów wchodzących w skład zespołów zmiennych - zespół zmienny przeglądu dokumentacji.

Jak zauważył Odwołujący, każdy z pięciu Kontraktów, które winny być objęte nadzorem w ramach przedmiotowego zamówienia, realizowany będzie w systemie „Projektuj i buduj - FIDIC Żółta Książka”, co oznacza, że faza realizacji robót budowlanych poprzedzona będzie okresem projektowania przez wykonawcę robót. Zamawiający w pkt. 4.2.2 OPZ określił 21 punktów odnoszących się do obowiązków wykonawcy w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że pomimo specyfiki projektu (system „Projektuj i buduj”) oraz pomimo tak obszernie scharakteryzowanych obowiązków wykonawcy w zakresie opiniowania i koordynacji dokumentacji projektowej, Sweco Consulting Sp. z o.o. w swej ofercie na sfinansowane miesięcznego kosztu pracy Projektanta w danej branży przewidziała kwotę od 140 do 250 PLN miesięcznie. Zdaniem Odwołującego, jest to kwota znacząco nieadekwatna do wymaganego przez OPZ miesięcznego zaangażowania danego Projektanta, który zgodnie z pkt. 3.1.2 OPZ winien posiadać wykształcenie wyższe, uprawnienia bez ograniczeń do projektowania w danej branży oraz co najmniej 5 lat doświadczenia w danej specjalności, jak również w dotychczasowym dorobku opracowanie w charakterze projektanta minimum 2 dokumentacji projektowych (obejmujących zarówno projekt budowlany i wykonawczy). Projektanci spełniający postawione przez Zamawiającego kryteria, biorąc pod uwagę aktualnie przeważający „rynek pracownika”, nie będą zainteresowani zaangażowaniem się w wykonywanie odpowiedzialnych obowiązków, za które mogą spodziewać się wynagrodzenia na poziomie od 140 do 250 PLN miesięcznie.

Odwołujący zauważył, że sam wykonawca Sweco Consulting Sp. z o.o. w Piśmie procesowym z dnia 8 lutego 2018 r. wskazuje, że każdy z pięciu Kontraktów, które winny być objęte nadzorem w ramach przedmiotowego zamówienia realizowany będzie w systemie „Projektuj i buduj - FIDIC Żółta Książka”, co oznacza, że faza realizacji robót budowlanych poprzedzona będzie okresem projektowania przez wykonawcę robót. Zamawiający na opracowanie dokumentacji projektowej przyjmuje okres około 14 miesięcy, zaś na okres realizacji robót budowlanych przyjmuje okres około 16 miesięcy. Są to oczywiście okresy szacowane, co do których z reguły, jak wskazuje praktyka budowlana, występują późniejsze

dość znaczące wydłużenia. Sweco Consulting Sp. z o.o. w piśmie procesowym wskazuje, że zaangażowanie zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji będzie zaangażowaniem marginalnym na etapie realizacji robót budowlanych, dlatego też Sweco Consulting Sp. z o.o. dla poszczególnych projektantów z zespołu zmiennego przyjęło stawkę na poziomie od 140 do 350 PLN netto miesięcznie, zarówno jeżeli chodzi o okres zasadniczego projektowania, jak i jeżeli chodzi o okres realizacji robót. Zgodnie z pkt 3.1 (6) OPZ oraz § 9 pkt 8 Warunków Umowy osoby wchodzące w skład Zespołów Stałych zaangażowane winny być w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy z zakazem jakiegokolwiek dodatkowego zatrudnienia zarobkowego przez cały okres realizacji Etapu 2. Pomimo wskazanych wymogów Sweco Consulting Sp. z o.o. w swej ofercie dla Kierownika przeglądu dokumentacji wchodzącego w skład Zespołu Stałego przewidziało miesięczną kwotę brutto w wysokości 4.000 PLN, co daje realną miesięczną kwotę netto dla danej osoby w wysokości 3.240 PLN. Jest to wprawdzie wartość zgodna z minimalnym miesięcznym wynagrodzeniem za pracę, ale dalece nierealna z punktu widzenia stawek, jakich żądają obecnie wysoko wykwalifikowani specjaliści (Inżynierowie/projektanci), co do których wymaga się doświadczenia zgodnego z pkt. 3.1.2 OPZ.

Zamawiający w pkt. 4.2.2 OPZ określił dwadzieścia jeden punktów odnoszących się do obowiązków Wykonawcy w zakresie nadzoru nad realizacją prac projektowych. Odwołujący wskazał, że twierdzenie Sweco Consulting Sp. z o.o. o marginalnym zapotrzebowaniu projektantów w okresie realizacji robót jest chybione z punktu widzenia brzmienia wymogów Zamawiającego w tym okresie. Zamawiający oczekuje nie tylko kompleksowej, branżowej weryfikacji opracowywanej dokumentacji projektowej, ale też m.in. zgłaszanie uwag, przyjęcia optymalnych rozwiązań z punktu widzenia technicznego i ekonomicznego, nadzorowania badań geologicznych i zatwierdzania dokumentacji geologicznej, nadzorowania procedury uzupełniania dokumentacji, czynnego udziału w posiedzeniach Zespołu Oceny Projektów Inwestycyjnych, opiniowania podczas realizacji robót wszystkich zmian w dokumentacji i specyfikacjach, przekazywania do realizacji zmian w projektach, przekazywania do realizacji dokumentacji projektowych dotyczących zamówień uzupełniających i zamówień dodatkowych, wskazywania problemów mogących powstać w trakcie realizacji robót i ewentualnych roszczeń wykonawcy robót wynikających z dokumentacji projektowej, nadzoru w zakresie uzgodnień wykonawców robót w zakresie dokumentacji na styku zadań, itd. Tak więc nadzór w zakresie prac projektowych istotny

będzie nie tylko na etapie opracowywania samej dokumentacji, ale również na etapie robót budowlanych.

20. Wynagrodzenie specjalistów wchodzących w skład zespołów zmiennych - inspektorzy nadzoru, specjaliści ds. ochrony środowiska.

Odwołujący zauważył, że w przypadku Inspektorów nadzoru w specjalności sanitarnej, konstrukcyjno-budowlanej czy drogowej, jak również specjalistów ds. ochrony środowiska miesięczny koszt zatrudnienia w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. waha się od 400,00 do 500,00 PLN miesięcznie. Wykaz obowiązków przewidzianych do realizacji przez Wykonawcę Zamawiający zawarł na 19 stronach OPZ od pkt. 4.1 do 4.2.10. Niemożliwe, jak stwierdził Odwołujący, jest sfinansowanie zaangażowania danego Inspektora nadzoru kwotą 400,00 PLN, czy 500,00 PLN miesięcznie. Nawet jeżeli jeden i ten sam Inspektor w danym zespole zmiennym wykonywał będzie obowiązki w ramach aż wszystkich pięciu Kontraktów rozmieszczonych na terenie całego kraju, wówczas uzyska za nie kwotę zaledwie 2.000 PLN miesięcznie, a usługi musiałby świadczyć codziennie na terenie całego kraju i przebywać w ciągłej delegacji. Jest to stawka nierealna, biorąc pod uwagę szeroki zakres obowiązków, osobistą odpowiedzialność oraz znaczne odległości do pokonania, celem dokonania codziennej kontroli robót. Gdyby ta sama osoba miała pracować na wszystkich pięciu Kontraktach, to musiałaby przez cały okres realizacji umowy przemieszczać się po całej Polsce, tj. każdego dnia roboczego być obecna w innej części Polski.

21. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 13 z dnia 1 marca 2017 r., Zamawiający potwierdził, że obowiązkiem wykonawcy będzie zarówno prowadzenie nadzoru w zakresie ochrony środowiska nad realizacją robót, jak również zapewnienie nadzoru przyrodniczego zgodnie z warunkami decyzji, postanowień i zaświadczeń administracyjnych. Pomimo wniosku o modyfikację pkt 4.2.4 OPZ, Zamawiający w swej odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 1 marca 2017 r. w całości podtrzymał pierwotne brzmienie pkt 4.2.4 OPZ nie dokonując jakichkolwiek modyfikacji.

Jednocześnie Zamawiający, udzielając w dniu 1 marca 2017 r. odpowiedzi na pytanie nr 52 uszczegółowił zakres obowiązków każdego ze Specjalistów ds. Ochrony Środowiska, wskazując, że będą oni na bieżąco pracować w terenie i będą nadzorować realizację Kontraktów 1-5 tak, aby ich realizacja była zgodna z wymogami prawa oraz niezwłocznie reagować w sytuacji identyfikacji zagrożeń. Szczegółowy opis obowiązków w zakresie

ochrony środowiska i badań archeologicznych został dokonany przez Zamawiającego w pkt. 4.2.4 OPZ. Pomimo tak szerokiego i pracochłonnego określenia obowiązków spoczywających na wykonawcy w zakresie ochrony środowiska, w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. przewidziano kwotę zaledwie 500,00 PLN miesięcznie na sfinansowanie pracy jednego Specjalisty ds. ochrony środowiska w ramach danego Kontraktu.

22. Sweco Consulting Sp. z o.o. w Piśmie procesowym z dnia 8 lutego 2018 r. przyznaje, że stawki dla danego eksperta mogą wydawać się w niektórych przypadkach niskie i jednocześnie wyjaśnia, że faktyczne zaangażowanie godzinowe w zakresie realizacji usługi przez projektantów oraz inspektorów zespołów zmiennych zostało oszacowane na podstawie analizy zapisów Warunków Umowy w postępowaniu na wybór wykonawcy robót oraz na podstawie zapisów PFU. Odwołujący wskazał na postanowienia, na które powołuje się Sweco Consulting Sp. z o.o., tj. zapisy Szczególnych Warunków Kontraktów 1-5 - subklauzula 6.5, tj. na obowiązek nieprzerwanego prowadzenia robót od godz. 6 do godz. 22 przez 6 dni w tygodniu, a w czasie przyznanych zamknięć przez całą dobę lub przez 7 dni w tygodniu. Odwołujący zauważył, że przywołany zapis ma istotne znaczenie w świetle § 9 ust. 2 Warunków Umowy na nadzór. Zdaniem Odwołującego, gdyby Sweco Consulting Sp. z o.o. rzeczywiście uwzględniła ww. przywołane zapisy, na pewno nie wskazałaby w swej ofercie stawek miesięcznych, takich jakie wskazała.

23. Koszty związane z zapewnieniem środków transportu.

Odwołującemu stwierdził, że nie zostały mu udostępnione wyjaśnienia w zakresie środków transportu, szczegółowe pytanie w tym zakresie Zamawiający zadał w 2 wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że Sweco Consulting Sp. z o.o. dla każdego z 5 Kontraktów oraz dla całości projektu wskazało koszty transportu w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego, który zawiera na to specjalne pozycje. Kwota ta wynosi 3.500 zł miesięcznie (dla personelu Inżyniera Projektu - poz. 1.6.2 w Załączniku 1B) lub 2.500 zł miesięcznie (dla poszczególnych pięciu Kontraktów, pozycje: 3.5.2; 4.5.2; 5.5.2; 6.5.2; 7.5.2 Załącznika 1B). Zdaniem Odwołującego, jest to kwota nierealna.

Jak podał Odwołujący, zgodnie z pkt 2.2 Opisu przedmiotu zamówienia Inżynier w ramach swej umowy zobowiązany jest objąć swym nadzorem realizację pięciu umów na wykonanie robót budowlanych w systemie „projektuj i buduj” realizowanych na obszarze całej Polski w podziale na 5 regionów. Zgodnie z pozycją 1.6.2 Załącznika 1B do formularza ofertowego

(szczegółowa kalkulacja wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 2-W) wykonawca winien był oszacować miesięczny koszt transportu dla Personelu Inżyniera + samochód. Sweco Consulting Sp. z o.o. w swej kalkulacji przedstawiło kwotę 3.500,00 PLN miesięcznie, jako kwotę, która miałyby być wystarczająca na pokrycie miesięcznych kosztów transportu Personelu Inżyniera, tj. zespołu specjalistów wymienionych od pozycji 1.1 do 1.4.8 kalkulacji, czyli dla 38 osób wchodzących w skład Zespołu Biura Inżyniera oraz na zakup samochodu. Należy zatem kwotę 3.500 podzielić przez ilość personelu (38) i ilość dni roboczych w miesiącu (średnio 22). Po przeliczeniu otrzymamy wartość 4.18 PLN ($3.500 / 38 / 22 = 4,18$) jako dzienny koszt transportu jednego specjalisty mającego poruszać się w ramach realizacji Umowy. Odwołujący zaznaczył, że umowa obejmuje nadzór na realizacją pięciu Kontraktów, rozmieszczonych na terenie całej Polski na przestrzeni kilkuset kilometrów. Zgodnie zaś z pozycjami: 3.5.2; 4.5.2; 5.5.2; 6.5.2; 7.5.2 Załącznika 1B do formularza ofertowego wykonawca winien był oszacować koszty transportu - samochody (w tym koszty paliwa, ubezpieczenia, wynajmu samochodu, etc) również dla poszczególnych pięciu odrębnych Kontraktów od 1 do 5. W tym przypadku Sweco Consulting Sp. z o.o. w swej kalkulacji przedstawiło kwotę 2.500,00 PLN miesięcznie, jako kwotę wystarczającą na pokrycie miesięcznych kosztów transportu dla zespołu 16 specjalistów przypadających oddzielnie dla każdego z Kontraktów. Po przeliczeniu otrzymamy wartość 7.10 PLN ($2.500,00 \text{ PLN} / 16 / 22 = 7,10$) jako dzienny koszt transportu jednego specjalisty mającego poruszać się w ramach danego Kontraktu na przestrzeni kilkuset kilometrów. Dodatkowo Odwołujący podał, że zgodnie z SIWZ wykonawca winien był skalkulować odpowiednie środki transportu, uwzględniając koszty paliwa, ubezpieczenia, wynajmu samochodu, etc. Oczywistym jest, że każdy samochód musi posiadać ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, NNW i Assistance. Wymagane jest, aby wykonawca zapewnił obsługę związaną z eksploatacją samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa, płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przedłużenia ubezpieczenia, mycia samochodu.

Wykonawca może zakupić samochody bądź skorzystać z oferty leasingowej. Przy czym, przy założeniu, że leasinguje się pojazd o wartości około 40 tys. PLN, miesięczna rata leasingowa wynosi około 1.100 PLN przy umowie leasingowej zawartej na trzy lata.

a) Koszt zapewnienia paliwa

Według producenta średnie spalanie najtańszego auta wynosi 5,2l na 100 km, wobec czego,

przy założeniu, że dane auto pokonywało będzie dystans zaledwie 400 km dziennie przez 22 dni w miesiącu koszty paliwa przedstawiają się następująco:

400 km * 22 dni=8800 km miesięcznie

4,44 zł – cena za litr paliwa

4,44x5,2x88=1.939,40 – średni koszt miesięczny brutto

2.031,74 – średni koszt miesięczny po odliczeniu 50% podatku VAT.

b) Ubezpieczenie OC i AC.

Zgodnie z ofertami ubezpieczycieli najtańsza polisa kosztuje około 1 240 PLN brutto rocznie, a więc po odliczeniu 50% podatku Vat daje to koszt 1123,16 PLN, który musi być uwzględniony w cenie oferty. Ponieważ ubezpieczenie opłacane jest w okresach rocznych, jego koszt będzie wynosił miesięcznie: 93,60 PLN miesięcznie (1123,16/12).

Jak w przypadku kosztów paliwa - wykonawca ma obowiązek ubezpieczyć nie tylko auto dla Personelu Inżyniera Projektu, ale także samochody, które będą wykorzystywane w toku realizacji poszczególnych pięciu Kontraktów.

c) Mycie auta

Wykonawca winien uwzględnić koszty mycia auta co najmniej 2 razy w miesiącu. Koszt jednego mycia na myjni automatycznej to w najtańszym pakiecie 14,80 PLN brutto. Po odliczeniu 50% Vat 13,41 PLN. Miesięczny koszt mycia wynosi średnio 26,82 PLN,

d) Serwis

Zgodnie z przedmiotowymi zapisami SIWZ oprócz eksploatacji Konsultant musi zapewnić między innymi odpowiedni serwis uzależniony w dużej mierze od awaryjności auta, w tym: zakupić komplety opon zimowych, zapewnić płyny eksploatacyjne oraz regularne przeglądy techniczne. Średni koszt przedmiotowych czynników wynosi około 100 zł miesięcznie.

Podsumowanie kosztów:

Leasing/amortyzacja – 1.100

Paliwo – 2.031,74

Ubezpieczenie – 93,60

Mycie auta – 26,82

Serwis – 100.

Średni miesięczny koszt zapewnienia tylko jednego auta to: 3.352,16 PLN, a więc w przeliczeniu na 6 sześć minimalnie wymaganych pojazdów i 30 miesięcy okresu podstawowego daje kwotę: 603.388,80 PLN i znacznie przekracza wartość przyjętą przez Sweco Consulting Sp. z o.o., która wynosi, zgodnie z Załącznikiem 1B do formularza ofertowego łącznie jedynie 480.000 PLN (pozycje: 1.6.2; 3.5.2; 4.5.2; 5.5.2, 6.5.2 oraz 7.5.2).

Odwołujący stwierdził, że Sweco Consulting Sp. z o.o. mogła próbować wykazać, że nie ponosi kosztu zakupu czy też leasingu, np. poprzez wskazanie, że posiada już zamortyzowane samochody w swojej flocie. Jednak nawet wtedy miesięczny koszt zapewnienia jednego tylko auta obejmuje poniższe pozycje:

Paliwo – 2.031,74

Ubezpieczenie – 93,60

Mycie auta – 26,82

Serwis – 100.

Razem – 2.252,16.

Odwołujący zauważył, że Sweco Consulting Sp. z o.o. dla każdego z 5 Kontraktów przewidziała kwotę 2.500 zł miesięcznie, a zatem przewidziała koszty co najwyżej dla 1 tylko samochodu. Tymczasem każdy z 5 kontraktów obejmuje teren 1/5 Polski, zatem inspektorzy nadzoru dla danego kontraktu muszą kontrolować prace budowlane realizowane na terenie 1/5 Polski, na co posiadają w dyspozycji tylko 1 samochód. Oczywiście jest, w ocenie Odwołującego, że oferta Sweco Consulting Sp. z o.o. nie obejmuje wszystkich niezbędnych kosztów.

24. Koszt gwarancji należytego wykonania umowy.

Odwołujący wskazał, że podany w Załączniku 1B przez Sweco Consulting Sp. z o.o. koszt gwarancji należytego wykonania umowy to wartość 30.000 PLN. Odwołujący zauważył, że nawet zakładając niemożliwą do uzyskania na rynku wysokość rocznej stawki ubezpieczeniowej z tytułu udzielenia przedmiotowej gwarancji na poziomie 1%, w przypadku ceny brutto na poziomie 14 mln PLN całkowity koszt gwarancji dla Projektu wynosił będzie około 70.000 PLN. Wartość została obliczona w następujący sposób - suma poniższych pozycji:

- w okresie podstawowym: gwarancja w wysokości 10% ceny brutto oferty, tj. w wysokości 1.413.609,6 zł. Koszt gwarancji - 1% rocznie, tj. 14.136,09 zł. Przez cały okres podstawowy 3,5 roku - łączny koszt 49.476,31 zł,

- w okresie pięcioletniego okresu zgłaszania wad: gwarancja w wysokości 30% wcześniejszej sumy gwarancyjnej (wynoszącej 10% całkowitej ceny brutto) - łącznie 21.204,13zł.

Odwołujący podał, że ubezpieczyciele zwykle stosują stawkę 1,5% w skali roku dla klientów preferencyjnych, zaś standardowo stosowana stawka to około 2 % w skali roku. Zdaniem Odwołującego, Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wykazała w złożonych wyjaśnieniach, że wskazywana przez wykonawcę kwota jest realna, nie przedstawiła żadnych dowodów.

25. Koszt zapewnienia biura głównego oraz biur zadaniowych.

Zgodnie z pkt 3.2.1 OPZ wykonawca zobowiązany jest zorganizować na własny koszt biura zadaniowe w liczbie minimum 5 we wskazanych w OPZ lokalizacjach w całym kraju. W punkcie 3.2.1 OPZ Zamawiający szczegółowo opisuje parametry wymaganych biur. Sweco Consulting Sp. z o.o. w I Wyjaśnieniach RNC (strona 16) wskazała, że posiada sieć stałych biur w Warszawie, Sopocie, Poznaniu, Katowicach i że nastąpi wyodrębnienie powierzchni w już funkcjonujących wskazanych biurach celem zorganizowania biur wymaganych przez OPZ. Jednakże, jak zauważył Odwołujący, Sweco Consulting Sp. z o.o. nie podała parametrów posiadanych biur i nie wiadomo, czy możliwe będzie wyodrębnienie wymaganych powierzchni tak, aby spełnić zapisy pkt 3.2.1 OPZ. Sweco Consulting Sp. z o.o. wskazała, że dzięki wyodrębnieniu powierzchni nastąpi brak konieczności dedykowanego najmu czy brak konieczności finansowania dodatkowego wyposażenia. Odwołujący wskazał, że Sweco Consulting Sp. z o.o. w żadnym stopniu nie udowodniła, że posiada przedmiotowe biura i że spełniają one wymogi SIWZ. W szczególności Odwołujący zwrócił uwagę, że Sweco Consulting Sp. z o.o. nie ma zarejestrowanych oddziałów we wskazywanych miejscach, a zatem były to twierdzenia gołosłowne.

26. Szacowanie ceny w oparciu o doświadczenie z poprzedniego projektu, zamiast w oparciu o wymagania SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Sweco Consulting Sp. z o.o. w I Wyjaśnieniach RNC odnosi się wielokrotnie do postępowania na „Nadzór dla zadania „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - etap I” i wykazuje, że

postępowania te są tożsame, zatem oferty należało wycenić w taki sam sposób - przy czym poprzedni SIWZ pochodził z 2013 r., zaś umowę zawarła rzeczywiście Sweco Consulting Sp. z o.o. (Grontmij - poprzednik prawny). Na stronie 4 I Wyjaśnień RNC Sweco Consulting Sp. z o.o. wskazała: „wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ są obszerne i szczegółowe, w kompletny sposób opisujące zakres i warunki realizacji usługi. Niewątpliwie w tym zakresie Zamawiający wykorzystał doświadczenie i wnioski z realizacji projektu pn. „Nadzór dla zadania „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - etap I”. Powyższe twierdzenie sprowadza się do tezy, że w zakresie przedmiotowego zamówienia Zamawiający bazował na SIWZ zamówienia z 2013 r. Natomiast, jak stwierdził Odwołujący, w zakresie przedmiotowego postępowania Zamawiający stworzył diametralnie różny SIWZ, ze znacznie bardziej restrykcyjnym i nieporównywalnie szerszym podejściem do obowiązków Inżyniera. Odwołujący podkreślił, że SIWZ z 2013 r. jest diametralnie inny w stosunku do SIWZ dla przedmiotowego zamówienia. Odwołujący przedstawił porównanie brzmienia obu SIWZ, wykazujące różnice pomiędzy zamówieniem z 2013 r. oraz przedmiotowym. Odwołujący stwierdził, że wobec istotnej różnicy w zakresie przedmiotu zamówienia dla obu projektów, w tym znacznie szerszego zakresu obowiązków wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, niezasadne są wszystkie twierdzenia Sweco Consulting Sp. z o.o., w których dla uzasadnienia wysokości ceny oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. powołuje się na okoliczności związane z poprzednim postępowaniem.

27. Domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Tak przykładowo orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 613/17. Odwołujący stwierdził, że jak wynika z argumentacji przedstawionej powyżej, Sweco Consulting Sp. z o.o. nie sprostала ciężącemu na niej obowiązkowi dowodowemu, zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe. Także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16 podkreślił bardzo istotną kwestię ciężaru dowodu przy rozpatrywaniu zarzutu rażąco niskiej ceny.

28. Odwołujący wskazał, że informacje o treści I Wyjaśnień RNC oraz treści Pisma procesowego uczestnika postępowania z 8 lutego 2018 r. powziął po unieważnieniu czynności wyboru oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. w dniu 16 listopada 2017 r. A zatem nie mógł podnosić wcześniej powyższej argumentacji.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o., pomimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

29. Brak ujęcia w cenie oferty kosztów zatrudnienia pracowników biurowych oraz personelu dodatkowego.

Odwołujący ponownie zwrócił uwagę, że Zamawiający w postanowieniu § 9 ust. 10 i 11 Umowy (po modyfikacji nr 7 z dnia 13 kwietnia 2017 r.) wymagał, aby wykonawca zatrudnił na podstawie umowy o pracę pracowników biurowych. Jednocześnie w celu wskazania wynagrodzenia dla tych osób Zamawiający w tabeli 1B wskazał odpowiednie pozycje do wypełnienia:

- w zakresie Zespołu Biura Inżyniera pozycje: 1.3; 1.3.6; 1.4.8 (inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 1 - pozycja 3.3.1; 3.3.2; 3.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 2 - pozycja 4.3.1; 4.3.2; 4.3.3, (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 3 - pozycja 5.3.1; 5.3.2; 5.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 4 - pozycja 6.3.1; 6.3.2; 6.3.3. (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb),
- w zakresie zespołu dla Kontraktu 5 - pozycja 7.3.1; 7.3.2; 7.3.3, (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb).

Odwołujący stwierdził, że Sweco Consulting Sp. z o.o. w swojej ofercie nie wskazała żadnych kwot dla powyższych pozycji, a zatem - nie przewidziała w ogóle w ofercie zatrudnienia personelu biurowego na podstawie umowy o pracę. Tym samym, w ocenie Odwołującego, treść oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ i oferta ta powinna zostać odrzucona.

Podobnie, jak zauważył Odwołujący, w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. nie przewidziano jakiegokolwiek rezerwy na zatrudnienie Personelu dodatkowego, ponad wskazane przez Zamawiającego minimum, o czym mowa w pkt 3.1.1. OPZ, co także powinno stanowić podstawę odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o.

30. Niedozwolone łączenie stanowisk wchodzących w skład Zespołu Stałego z innymi funkcjami w ramach zadania.

Odwołujący podał, że Zamawiający ustanowił w SIWZ zakaz łączenia stanowisk w następującym zakresie:

- § 9 pkt 8 Warunków Umowy: „osoby wchodzące w skład Zespołu Stałego nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 2 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę”.

- pkt. 3.1 (6) OPZ; „osoby wymienione w zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w §9, ust. 9 WU”

- pkt 3.1.1 OPZ: „Niedozwolone jest zajmowanie więcej niż jednego stanowiska w więcej niż jednym zespole stałym tub zespole zmiennym realizowanego zadania”.

Jak wskazał Odwołujący, pomimo powyżej wskazanego obowiązku, Sweco Consulting Sp. z o.o. zarówno w wyjaśnieniach RNC, jak i w piśmie procesowym z dnia 8 lutego 2018 r. wskazuje, że „W zakresie obsługi administracyjnej projektu obowiązki te w większości powiązaliśmy z funkcją specjalisty ds. obmiarowo rozliczeniowych oraz specjalisty ds. raportowania (...), których zaangażowanie przewidziano w wymiarze pełnego etatu, wspomaganych przez pozostałych członków zespołu oraz innych pracowników Wykonawcy.”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zarówno stanowisko specjalisty ds. obmiarowo rozliczeniowych oraz specjalisty ds. raportowania należą do Zespołu Stałego Biura inżyniera, dlatego specjaliści ci zgodnie z SIWZ winni być zatrudnieni w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy, nie mogąc podejmować dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną takiego zajęcia. Tymczasem Sweco Consulting Sp. z o.o., w sposób kuriozalny, zdaniem Odwołującego, wskazuje na stronie 13 pisma procesowego z dnia 8 lutego 2018 r., że skoro pracownicy administracyjni nie zaliczają się ani do Zespołu Stałego ani do Zespołu Zmiennego, to nie dotyczy ich zapis z pkt 3.1.1 OPZ. Jednakże, jak

podkreślił Odwołując, Sweco Consulting Sp. z o.o. całkowicie pomija brzmienie pozostałych dwóch przytoczonych wyżej zapisów, tj. pracownicy wchodzący w skład Zespołu Stałego, a takimi są specjalista ds. obmiarowo rozliczeniowych oraz specjalista ds. raportowania, nie mogą łączyć swoich funkcji z innymi funkcjami w ramach zadania oraz nie mogą podejmować jakiegokolwiek innego zajęcia zarobkowego. Wskazani specjaliści winni w całości skupić się na powierzonych im zadaniach wynikających z ich funkcji, nie zaś na dodatkowym zaangażowaniu się w obsługę administracyjną pięciu kontraktowych biur rozmieszczonych w całej Polsce. W ocenie Odwołującego, już sam fakt, że Sweco Consulting Sp. z o.o. w sposób całkowicie niezgodny z SIWZ otwarcie informuje w wyjaśnieniach RNC Zamawiającego, że zamierza łączyć stanowiska osób wchodzących w skład Zespołów Stałych, powinno stanowić podstawę odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. przez Zamawiającego.

III. Zaniechanie wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy.

31. Odwołujący wskazał, że w pierwszym odwołaniu podniósł, że jedną z osób, która mogła zostać wskazana w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. na stanowisko jednego z pięciu Inżynierów Rezydentów, bądź na inne stanowisko, jest pan W.M. . Pan W.M. w okresie 2014 - 2015 współpracował z Grontmij (obecnie Sweco Consulting Sp. z o.o.), ale zaniechał dalszej współpracy i nigdy nie wyraził zgody na uczestnictwo w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Jeśli potwierdzi się fakt, że Sweco Consulting Sp. z o.o. wskazała pana W.M. w swojej ofercie - Sweco Consulting Sp. z o.o. powinna zostać wykluczona z postępowania, gdyż pan W.M. nie wyraził nigdy zgody na współpracę ze Sweco Consulting Sp. z o.o. w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, co wskazuje wprost, że Sweco Consulting Sp. z o.o. wprowadziło Zamawiającego w błąd podając w ofercie nieprawdziwe informacje.

32. Odwołujący podał, że powyższa okoliczność potwierdziła się w toku postępowania przed Izbą - Sweco Consulting Sp. z o.o. przyznała, że wskazała pana W.M. w swojej ofercie. Sweco Consulting Sp. z o.o. wywodziła, że pan W.M. rzekomo wyraził na to zgodę, którą dopiero później wycofał.

33. Odwołujący wskazał, że już na etapie pierwszego postępowania odwoławczego złożył stosowny wiosek dowodowy o przesłuchanie pana W.M. w charakterze świadka na

okoliczność, czy kiedykolwiek wyrażał zgodę Sweco Consulting Sp. z o.o. na dysponowanie jego osobą. Wniosek ten został pominięty przez Izbę, co zostało podniesione w złożonej skardze.

34. Odwołujący przypomniał, że Izba nakazała ponowną ocenę oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. w zakresie warunku 8.6.2. SIWZ w odniesieniu do stanowiska Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Izba w uzasadnieniu wyroku wskazała, że Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wykazała, aby na dzień złożenia oferty dysponowała osobą pana W.M. i by była uprawniona do wskazania go w ofercie.

35. Jak podał Odwołujący, Zamawiający wystąpił do Sweco Consulting Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień. Sweco Consulting Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia w dniu 19 grudnia 2017 r.

36. Odwołujący otrzymał ww. pismo Sweco Consulting Sp. z o.o. od Zamawiającego. Po zapoznaniu się z jego treścią, przekazał go panu W.M., z prośbą o ustosunkowanie się. Pan W.M. pismem z dnia 31 stycznia 2018 r. adresowanym do Zamawiającego zaprzeczył wszystkim informacjom dotyczącym jego osoby, a wskazanym w piśmie Sweco Consulting Sp. z o.o. W szczególności wyraźnie oświadczył, że nigdy nie wyraził zgody firmie Sweco Consulting Sp. z o.o. na współpracę ani też na wskazanie jego osoby w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. Przedmiotowe pismo było adresowane do Zamawiającego celem wyjaśnienia zaistniałej sytuacji. Pan W.M. wskazał, że Sweco Consulting Sp. z o.o. rozpowszechnia nieprawdziwe informacje dotyczące jego osoby.

37. Odwołujący stwierdził, że z powyższego wynika, że Zamawiający dokonując oceny oferty Sweco Consulting Sp. z o.o., w tym dokonując oceny złożonych wyjaśnień, był w posiadaniu ww. pisma pana W.M. . Z udostępnionej Odwołującemu dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający przy ocenie oferty wziął pod uwagę powyższe okoliczności. Zaniechanie Zamawiającego uwzględnienia stanowiska pana W.M. jest o tyle istotne, że skoro wszczął procedurę określoną w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, to powinien badać przede wszystkim rzetelność firmy Sweco Consulting Sp. z o.o. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, Sweco Consulting Sp. z o.o. nie przedstawiła żadnych dowodów na swoją rzetelność na etapie przygotowania oferty, w szczególności Sweco Consulting Sp. z o.o. nie przedstawiła żadnego dowodu, że pan W.M. wyraził wolę współpracy z firmą Sweco

Consulting Sp. z o.o. W opinii Odwołującego, już sam brak dowodów, w świetle brzmienia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, powinien świadczyć o tym, że Sweco Consulting Sp. z o.o. podlega wykluczeniu.

38. Odwołujący wskazał, że we wniesionej skardze kwestionuje w ogóle zasadność wystąpienia do Sweco Consulting Sp. z o.o. z wezwaniem w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Jedynie z ostrożności podnosi, że Sweco Consulting Sp. z o.o. nie sprostала ciężącemu na niej obowiązкови przedstawienia dowodów, że podjęła środki wystarczające do wykazania jej rzetelności. Zdaniem Odwołującego, z przedłożonych wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2017 r. w ogóle nie wynika, aby Sweco Consulting Sp. z o.o. dochowała jakiegokolwiek rzetelności na etapie składania oferty. Okoliczności wskazują wręcz coś przeciwnego - Sweco Consulting Sp. z o.o. wpisało do swojej oferty pana W.M., pomimo iż ten wprost powiedział panu Gałgańskiemu, że nie będzie ze Sweco Consulting Sp. z o.o. współpracował. Wobec takich faktów, w ocenie Odwołującego, Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wykazała swojej rzetelności. Odwołujący stwierdził, że żaden przepis prawa zamówień publicznych nie statuuje obowiązku zastosowania procedury samooczyszczenia, co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 maja 2017 roku, sygn. akt KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17. Izba wielokrotnie wskazywała, że samo stwierdzenie podania w ofercie nieprawdziwych informacji jest samodzielną podstawą wykluczenia, bez konieczności uprzedniego zastosowania przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał: wyrok z 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt 576/17, wyrok z 13 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 619/17, wyrok z 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 734/17, wyrok z 7 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1004/17, wyrok z 4 października 2017 r., sygn. akt KIO 1978/17, wyrok z 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1901/17, wyrok z 24 października 2017 r., sygn. akt KIO 2162/17, wyrok z 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17. Odwołujący podał, że we wszystkich ww. wyrokach Izba albo nakazała wykluczyć wykonawcę wobec podania nieprawdziwych informacji w ofercie, albo też potwierdziła prawidłowość działania Zamawiającego, który takiego wykonawcę wykluczył - bez wszczynania procedury z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył, że także orzecznictwo Sądu Unii Europejskiej wskazuje na konieczność wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy podali nieprawdziwe informacje - i to niezależnie od stopnia winy. Sąd Unii Europejskiej nie zawęża postaci winy wykonawcy wyłącznie do winy umyślnej. Tak orzeczono w wyroku z 26 września 2014 r.

w połączonych sprawach T-91/12 i T- 280/12 (Flying Holding NV et Flying Group Lux SA).

39. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Faktem bezspornym jest, jak stwierdził Odwołujący, że Sweco Consulting Sp. z o.o. w ofercie nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu - wskazała na to Izba w wyroku na stronie 28. Odwołujący zaznaczył, że ani Zamawiający, ani Sweco Consulting Sp. z o.o. nie zaskarżyli wyroku Izby, a zatem wyrok ten stał się w ww. zakresie wiążący, gdyż skarga Odwołującego nie obejmowała tego aspektu wyroku. Samo stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp powinno być samodzielną podstawą wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o., a to wobec niemożności uzupełnienia oferty w tym zakresie z zastosowaniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

40. Odwołujący wskazuje, że z udostępnionej mu dokumentacji nie wynika, aby Zamawiający w ogóle wezwał Sweco Consulting Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jedyne wezwanie, w którym Zamawiający wskazuje na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to wezwanie z 14 grudnia 2017 r., stanowiące wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie samooczyszczenia. Wynika to wprost, jak zauważył Odwołujący, z treści wezwania. Zamawiający co prawda wskazuje w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże wezwanie to dotyczy „zagadnienia” wskazanego w piśmie i zagadnieniem tym jest wezwanie do przedstawienia wyjaśnień w zakresie „self-cleaningu”. Zatem z dokumentacji postępowania nie wynika, zdaniem Odwołującego, aby Zamawiający w ogóle wzywał Sweco Consulting Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie wynika także z treści pisma Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 19 grudnia 2017 r., aby takie dokumenty były składane. Cała treść pisma jest jawna i nie wskazano w nim w ogóle, że dołączono do niego uzupełniony wykaz osób.

41. W opinii Odwołującego, brak takiego wezwania o uzupełnienie dokumentów w zakresie wykazu osób jest prawidłowy. Odwołujący podkreślił, że instytucja poprawienia dostarczonych wraz z ofertą dokumentów nie służy nadaniu ofercie nowego brzmienia, a może służyć jedynie takiemu poprawieniu błędów, które nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Tak też orzekł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 11 maja 2017 r., sygn. akt C - 131/16 (Archus et Gama). Odwołujący podał, że analogiczne stanowisko Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyraził także w wyroku z dnia 4 maja

2017 r., sygn. akt C-387/14 (Esaprojekt). Odwołujący zwrócił uwagę, że także polskie sądy powszechne uznają za niedopuszczalne dokonywanie zmian treści oferty przy zastosowaniu instytucji uzupełniania dokumentów wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - przykładowo Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 28 lipca 2015 r., sygn. akt I ACa 280/15 oraz Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 września 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 345/16.

42. Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że zachodzi koniunkcja następujących okoliczności:

- Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wykazała w ofercie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co wynika wprost z wyroku Izby KIO 2087/17,
- W sprawie nie mogła zostać zastosowana instytucja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wskazanie innej osoby w miejsce pana W.M. doprowadziłoby do zmiany treści oferty, nadaniu jej nowego brzmienia, a nie tylko do poprawienia błędu,
- Zamawiający nie wezwał Sweco Consulting Sp. z o.o. do przedłożenia takich dokumentów,
- Sweco Consulting Sp. z o.o. samodzielnie uzupełniło dokumenty, bez odpowiedniego wezwania.

Zdaniem Odwołującego, uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu winno się odbywać w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w drodze procedury opisanej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. To na Zamawiającym ciąży obowiązek oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to on bada wszystkie przedstawione mu wraz z ofertami dokumenty i oświadczenia. Wskazuje na to stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 28 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2343/17 i KIO 2344/17, wyroku z 28 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1521/11, wyroku z 27 października 2011 r., sygn. akt KIO 2209/11, wyroku z 19 maja 2014 r., sygn. akt KIO 846/14, wyroku z 26 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2629/13. Odwołujący zauważył, że akceptacja możliwości samouzupełniania przez wykonawcę brakujących lub źle pierwotnie złożonych dokumentów lub oświadczeń doprowadzić mogłaby do prób wielokrotnego uzupełniania takich dokumentów lub oświadczeń na tę samą okoliczność, co jest niedopuszczalne. Odwołujący zaznaczył, że wyrok KIO 2343/17 i KIO 2344/17 zapadł w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a zatem Zamawiającemu znane były poglądy Izby w tym zakresie. Nie jest dla Odwołującego

zrozumiałe, dlaczego Zamawiający ignoruje stanowisko Izby.

43. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, żądanie odwołania w zakresie nakazania wykluczenia wykonawcy Sweco Consulting Sp. z o.o. jest zasadne.

IV. Zarzut zaniechania odtajnienia części dokumentacji postępowania.

44. Odwołujący podał, że przedmiotowy zarzut dotyczy zaniechania udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów:

a) wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - 2 pisma: znak GP/Ł/1622A/2017 i GP/Ł/1622/2017 (według wskazania Zamawiającego)

b) uzupełnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny - 2 pisma: znak GP/Ł/134/2018 i GP/Ł/135/2018 (według wskazania Zamawiającego),

c) wezwania Zamawiającego w zakresie uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny - znak: IRZUc(ICZ7C)-0815-POliŚ 5.2-9-NAD—03-2018 (według wskazania Zamawiającego).

Odwołujący wskazał, że jedynie w zakresie dokumentów wskazanych w lit. a) może przypuszczać, że wyjaśnienia te zostały złożone w dniu 19 grudnia 2017 r., która to data wynika z wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 13 grudnia 2017 r. Odnośnie pism wskazanych w lit. b) i c) Odwołujący podał, że o zaistnieniu takich pism w toku postępowania powziął wiedzę dopiero w dniu 21 lutego 2018 r. z treści pisma Zamawiającego, w którym Zamawiający - w odpowiedzi na wniosek Odwołującego - przekazał listę dokumentów dołączonych do dokumentacji postępowania po wyroku KIO z dnia 24 października 2017 r.

Odwołujący podkreślił, że wszystkie ww. pisma dotyczą wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. Bezspornym jest, jak zauważył Odwołujący, że w toku postępowania jawne stały się w całości I Wyjaśnienia RNC złożone przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w dniu 4 lipca 2017 r. Ponadto, w toku postępowania skargowego Sweco Consulting Sp. z o.o. w piśmie „Pismo procesowe uczestnika postępowania” złożonym na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 8 lutego 2018 r. ujawniło szereg dalszych informacji stanowiących podstawy szacowania przez Sweco Consulting Sp. z o.o. ceny oferty.

Odwołujący stwierdził, że zarzutem Odwołania objęte jest też zaniechanie udostępnienia pisma Zamawiającego, stanowiącego 3 wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przez samego Zamawiającego nazwane „wezwanie - uzupełnienie wyjaśnień - rażąco niska

cena". Odwołujący zaznaczył, że pismo Zamawiającego nie może w ogóle zawierać tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, jeśli porówna się treść poprzednich wezwań, które są jawne, nie jest dla Odwołującego zrozumiałe, jakie treści mogłyby się znajdować w 3 wezwaniu, aby Zamawiający mógł takie informacje uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wniósł o nakazanie udostępnienia tego pisma, gdyż nie zawiera ono wyłącznie informacji spełniających przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zaznaczył, że nie udostępniono mu przedmiotowego pisma w żadnym zakresie, jak chociażby termin odpowiedzi, podstawa prawa wezwania, itp.

45. Odwołujący zwrócił uwagę, że istotny do rozstrzygnięcia zarzutu jest stan faktyczny - tj. jawność szeregu dokumentów dotyczących szacowania ceny przez Sweco Consulting Sp. z o.o., tj.:

- Załącznika IB do Formularza Ofertowego,
- pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień, z dnia 28 czerwca 2017 r.,
- Wyjaśnień RNC z dnia 4 lipca 2017 r.,
- Drugiego wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 13 grudnia 2017 r.,
- Pisma procesowego Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 8 lutego 2017 r.

Należy przyjąć, zdaniem Odwołującego, że obecnie informacje stanowiące podstawę szacowania ceny oferty przez Sweco Consulting Sp. z o.o. są już jawne, a zatem nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone przez Sweco Consulting Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

46. Odwołujący podniósł, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 UoZNK, tj. wykazania, że dana informacja:

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

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że informacjami organizacyjnymi

są dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, z kolei informacjami technicznymi czy technologicznymi są informacje dotyczące procesu produkcji czy też usług świadczonych przez przedsiębiorcę - przy czym każda taka informacja musi mieć wartość gospodarczą. W odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny można mówić wyłącznie o informacjach handlowych czy organizacyjnych. Zdaniem Odwołującego, Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wykazała w żadnym z 4 ww. pism, że wszystkie informacje zawarte w tych pismach mają charakter handlowy czy organizacyjny, a ponadto nie wykazała, że mają one wartość gospodarczą.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Tymczasem - jak wskazano powyżej - informacje te są obecnie znane Odwołującemu. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdyż każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności przesłanka ta wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze.

Odnosnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) Odwołujący zaznaczył, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma 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. Sweco Consulting Sp. z o.o. nie podjęła takich środków, gdyż sama informacje takie ujawniła w ww. Piśmie procesowym złożonym w toku postępowania skargowego.

47. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący uznał, że dokonane przez Sweco Consulting Sp. z o.o. zastrzeżenie jawności ww. 4 pism, stanowiących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący

wskazał, że Zamawiający nie dokonał rzeczywistego badania wykazania przez Sweco Consulting Sp. z o.o. spełnienia się ww. przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za prawidłowe na podstawie samego złożenia oświadczenia przez Sweco Consulting Sp. z o.o.

48. Odwołujący zauważył, że kolejny raz nie udostępniono mu nawet uzasadnienia zastrzeżenia ww. pism jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający z premedytacją ignoruje wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok KIO 2087/17 zapadły w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wyraźnie wskazała (str. 31 uzasadnienia): „Niewątpliwie nie zasługuje na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadnienie dla zastrzeżenia wymagane art. 8 ust 3 ustawy Pzp, albowiem wykazanie zasadności zastrzeżenia jest adresowane do zamawiającego oraz do konkurujących wykonawców, którzy powinni dowiedzieć się, jakie to obiektywne czynniki uzasadniały ograniczenie zasady jawności w stosunku do danych informacji”.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że w wyniku wniesienia poprzedniego odwołania Sweco Consulting Sp. z o.o., pomimo wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania, uzasadnienie zastrzeżenia jawności informacji udostępniło z własnej inicjatywy, jeszcze w toku postępowania przed Izbą, przed wydaniem wyroku. Powyższe wskazuje, jak zauważył Odwołujący, że w przedmiotowym zakresie działania Zamawiającego są całkowicie niezasadne, sprzeczne zarówno z działaniami samego Sweco Consulting Sp. z o.o., jak i z wyrokiem Izby, którego przecież Zamawiający nie zaskarżył, a zatem, w ocenie Odwołującego, należy przyjąć, że uznał za prawidłowy w całości. Takie niekonsekwentne zachowanie Zamawiającego Odwołujący może potraktować tylko jako świadome i celowe utrudnianie Odwołującemu skorzystania ze środków ochrony prawnej. Naruszenie zasady jawności postępowania jest bowiem, zdaniem Odwołującego, oczywiste, zwłaszcza w świetle wyroku, którym Zamawiający jest związany. Jak zaznaczył Odwołujący, powyższe stanowisko Izby jest wyrazem ugruntowanego poglądu Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo Odwołujący wskazał także na wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 542/17.

49. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Sweco Consulting Sp. z o.o. w ogóle nie wykazała spełnienia ww. przesłanek, w tym nie odniosła się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, pomijając w ogóle ten niezbędny element albo też

nie wykazując w sposób należyty tej gospodarczej wartości. Konieczność takiego wykazania wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14. Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz - a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wykazała w uzasadnieniu tej niezbędnej przesłanki, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia części oferty.

50. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Jak wykazano powyżej, szereg informacji (jeśli nie wszystkie) dotyczące szacowania ceny oferty przez Sweco Consulting Sp. z o.o. jest już jawne, zatem nie jest możliwe zastrzeżenie całości 4 ww. pism. Analizując treść 2 wezwania (z 13 grudnia 2017 r.) Odwołujący wskazał, że informacje, o które pyta Zamawiający, są jawne, Sweco Consulting Sp. z o.o. wskazało na nie w jawnych pismach. Dalej Odwołujący zwrócił uwagę na treść informacji pozyskanych z I Wyjaśnień RNC złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. oraz z pisma procesowego Sweco Consulting Sp. z o.o. z 8 lutego 2018 r.

51. Odwołujący stwierdził, że jedynie w zakresie środków transportu nie zostały upublicznione szerokie wyjaśnienia Sweco Consulting Sp. z o.o., przy czym dostępne jest wyjaśnienie, że Sweco Consulting Sp. z o.o. zamierza skorzystać z własnych środków transportu. Z kolei informacje w zakresie, ile takich środków Sweco Consulting Sp. z o.o. przewidziało i jakie koszty z tym związane zostały uwzględnione nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż wynikają one albo z wymogów SIWZ albo z informacji powszechnie dostępnych. Informacjami dostępnymi są koszty paliwa, zużycie paliwa, koszty ubezpieczeń czy mycia samochodu. Zaś z wymagań SIWZ wynika ilość samochodów i przyjęty dla nich miesięczny przebieg kilometrów, gdyż SIWZ określa zakres obowiązków dla wykonawcy dla każdego Kontraktu.

52. Odnośnie odpowiedzi na pytanie 3: „Jakie są koszty personelu wskazane w pkt 1 i 2 powyżej i gdzie zostały one przedstawione w Załączniku 1B do formularza Ofertowego” Odwołujący wskazuje, że Załącznik 1B do Formularza Ofertowego jest jawny, a zatem

odpowieź na tak sformułowane pytanie nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W odpowiedzi bowiem Sweco Consulting Sp. z o.o. może jedynie wskazać odpowiednie pozycje jawnego Załącznika 1B. Jak wynika z powyższego, Sweco Consulting Sp. z o.o. samodzielnie udostępniło już szereg informacji dotyczących szacowania ceny (Pismo procesowe z 8 lutego 2018 r.) lub też informacje te stały się jawne w wyniku wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO 2087/17 i udostępnienia I Wyjaśnień RNC. Zatem, jak podkreślił Odwołujący, informacje te nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w dalszym toku postępowania. Przyjęcie przez Zamawiającego jako skuteczne takiego zastrzeżenia świadczy, w ocenie Odwołującego, wyłącznie o braku oceny treści 4 przedmiotowych pism Sweco Consulting Sp. z o.o. oraz o nierównym traktowaniu wykonawców, w tym faworyzowaniu wykonawcy Sweco Consulting Sp. z o.o.

53. Odwołujący zwrócił uwagę, że podkreślana powyżej kwestia precyzyjnego wykazania przez Sweco Consulting Sp. z o.o. ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Odwołujący zaznaczył, że ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący oparł, jak stwierdził, zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia, jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W sytuacji takiej jak niniejsza, Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś informacje zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu. Odwołujący podał, że odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedała się wielokrotnie, przykładowo w wyroku z dnia 17 maja 2017 r., sygn. akt KIO 864/17 i 872/17, w wyroku z dnia 21 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 457/12, w wyroku z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 33/12.

54. Odwołujący wskazał, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego

Odwołujący przywołał kilka przykładowych orzeczeń: wyrok KIO 1016/12, wyrok KIO 457/12, wyrok KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12. Odwołujący podkreślił, że skoro objęcie części oferty oraz dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych, to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae*, czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym, jak zaznaczył Odwołujący, każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów, to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

55. Odnosząc się do terminu na podnoszenie przedmiotowego zarzutu Odwołujący wskazał na pismo z dnia 21 lutego 2018 r., w którym Zamawiający informuje, że pismem z dnia 26 stycznia 2018 r. „poinformował Konsorcjum KOLTECH jakie części złożonej przez Sweco dokumentacji uznaje za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, a które podlegają ujawnieniu”. Niemniej jednak Odwołujący uważa, że niniejszy zarzut podnoszony jest z zachowaniem terminu, a to wobec następujących okoliczności:

- a) Zamawiający nigdy nie wskazał, ile wezwań wystosował do Sweco Consulting Sp. z o.o., w związku z czym Odwołujący miał wiedzę o wystosowaniu tylko 1 wezwania dodatkowego, z dnia 13 grudnia 2017 r.
- b) W ww. piśmie z 26 stycznia 2018 r. Zamawiający posłużył się liczbą pojedynczą „wezwał”, co wskazuje, że Zamawiający poinformował Odwołującego tylko o 1 wezwaniu dodatkowym. Zamawiający musiałby użyć zwrotu „wzywał”, aby Odwołujący mógł powziąć wiedzę o więcej niż 1 wezwaniu.
- c) Analogicznie - Odwołujący nie posiadał wiedzy, że Sweco Consulting Sp. z o.o. złożyła więcej niż 1 pismo w odpowiedzi. O fakcie złożenia aż 4 pism Odwołujący powziął

wiedzę dopiero 21 lutego 2018 r.

56. Odwołujący zauważył, że Zamawiający składa sprzeczne oświadczenie odnośnie tego, kiedy zakończył badanie dokumentów złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności, że dokonał tej czynności w dniu 26 stycznia 2018 r. Odwołujący wskazał, że Zamawiający już wcześniej przekazał te same dokumenty Odwołującemu:

- w dniu 10 stycznia 2018 r. przekazał I Wyjaśnienia RNC z dnia 4 lipca 2017 r.,

- w dniu 18 stycznia 2018 r. przekazał pismo Sweco Consulting Sp. z o.o. dotyczące procedury samooczyszczenia.

Zdaniem Odwołującego, nie jest zrozumiałą czynność z dnia 26 stycznia 2018 r. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający przesłał wtedy przedmiotowe dokumenty do Odwołującego powtórnie, przy czym Zamawiający zaniechał odpowiedzi na inne pisma Odwołującego.

57. Odwołujący ponadto stwierdził, że jego zdaniem do udostępniania dokumentów po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stosuje się odpowiednio przepis art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. A zatem, załączniki do protokołu stają się jawne dopiero z ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej, zaś zarzuty w zakresie zaniechania udostępniania takich załączników do protokołu należy podnosić w terminie liczonym od czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
4. Dokonania ponownej oceny ofert,
5. Odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o.,
6. Wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o.,
7. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
8. Z ostrożności procesowej - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie wezwania Sweco Consulting Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do

przedłożenia dokumentów i oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka W.M. (adres do doręczeń: Biuro Realizacji inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., ul. Targowa 69, 03 - 729 Warszawa) na okoliczność braku wyrażenia zgody na rzecz wykonawcy Sweco Consulting Sp. z o.o. do dysponowania potencjałem świadka na potrzeby przedmiotowego postępowania, w tym braku wyrażenia takiej zgody także przed dniem złożenia ofert.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie dowodu z akt postępowania KIO 2087/17 w zakresie: protokołu rozprawy na okoliczności oświadczeń składanych przez Strony i uczestnika w toku postępowania, odwołania i pism procesowych składanych przez Strony i uczestnika w toku postępowania na okoliczność stanowisk procesowych stron i uczestnika postępowania.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności:

- treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami,
- treść oferty złożonej przez Sweco Consulting Sp. z o.o.,
- wyjaśnienia Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 4 lipca 2017 r. (znak: GP/Ł/808/2017),
- wezwanie z dnia 13 grudnia 2017 r. skierowane przez Zamawiającego do Sweco Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (znak: IRZUc(ICZ7c)-0815-POLIŚ 5.2-9-NAD-70-2017),
- pismo Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 19 grudnia 2017 r. (znak: GP/Ł/1622A/2017) wraz z wyjaśnieniami z dnia 18 grudnia 2017 r. (znak: GP/Ł/1622/2017),
- wezwanie z dnia 14 grudnia 2017 r. skierowane przez Zamawiającego do Sweco Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (znak: IRZUc(ICZ7c)-0815-POLIŚ 5.2-9-NAD-71-2017),

- wyjaśnienia Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 19 grudnia 2017 r. (znak: GP/Ł/1622B/2017),
- wezwanie z dnia 18 stycznia 2018 r. skierowane przez Zamawiającego do Sweco Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (znak: IRZUc(ICZ7c)-0815-POLIŚ 5.2-9-NAD-03/2018),
- pismo Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 24 stycznia 2018 r. (znak: GP/Ł/135/2018) wraz z wyjaśnieniami z dnia 24 stycznia 2018 r. (znak: GP/Ł/134/2018),
- pismo Zamawiającego z dnia 26 stycznia 2018 r.,
- wezwanie z dnia 13 marca 2018 r. skierowane przez Zamawiającego do Sweco Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (znak: IRZUc(ICZ7c)-0815-POLIŚ 5.2-9-NAD-23/2018),
- odpowiedź Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 13 marca 2018 r. (znak: GP/Ł/497/2018),
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt KIO 2087/17 oraz Protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 19 października 2017 r.,
- informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2018 r.,
- pisma Odwołującego skierowane do Zamawiającego w dniach 17 listopada 2017 r. (znak: KIW/DZ.H/O/70/2017), 8 grudnia 2017 r. (znak: KIW/DZ.H/O/72/2017), 28 grudnia 2017 r. (znak: KIW/DZ.H/O/75/2017), 23 stycznia 2018 r. (znak: KIW/DZ.H/O/3/2018), 12 lutego 2018 r. (znak: KIW/DZ.H/O/7/2018), 12 lutego 2018 r. (znak: KIW/DZ.H/O/6/2018),
- pismo Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 8 lutego 2018 r. złożone w postępowaniu skargowym sygn. akt XXIII Ga 2057/17,

jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Zgodnie z brzmieniem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej

przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Art. 24aa ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 25a ustawy Pzp, wykonawca wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie (powyżej progów UE – w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia). Informacje zawarte w ww. oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji. Dokumenty na potwierdzenie ww. okoliczności zobowiązany będzie złożyć, na wezwanie zamawiającego, tylko wykonawca, którego ofertę zamawiający ocenił najwyżej. Co za tym idzie, wykonawca, którego oferta sklasyfikowana została na dalszej pozycji w rankingu ofert, jest uprawniony do złożenia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej bez kwestionowania wszystkich ofert sklasyfikowanych na wyższych pozycjach, bowiem oferty te nie zostały ostatecznie zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Brak jest podstaw, aby wymagać od wykonawców kwestionowania czynności zamawiającego dotyczących nie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, których oferty nie zostały jeszcze zweryfikowane przez żądanie złożenia stosownych dokumentów, które potwierdzą spełnianie warunków i brak podstaw do wykluczenia. Jednocześnie, każdemu z wykonawców przysługuje prawo do kwestionowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jako jednej z najważniejszych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Taki wykonawca (kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność kolejnej oceny ofert.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba

uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Nie potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Sweco Consulting Sp. z o.o. z uwagi na zaferowanie przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny oraz nie złożenie wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający pismem z dnia 28 czerwca 2017 r. wezwał Sweco Consulting Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, z uwzględnieniem struktury kosztów wykonania zamówienia. Złożone przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w dniu 4 lipca 2017 r. wyjaśnienia były przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 2087/17. Izba w ww. sprawie zobowiązała Zamawiającego do ponownego zwrócenia się do Sweco Consulting Sp. z o.o. o wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez trzykrotne zwrócenie się do Sweco Consulting Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak wskazano powyżej, wezwanie z dnia 13 grudnia 2017 r. było zgodne z wyrokiem Izby o sygn. akt KIO 2087/17 i stanowiło wezwanie do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego w ww. piśmie pytania. Pismo Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2018 r. stanowiło wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości, jakie powziął Zamawiający na skutek wyjaśnień złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w dniu 19 grudnia 2017 r.

Izba miała na uwadze, że ustawa Pzp nie stanowi o możliwości jednokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych utrwalony jest pogląd, że Zamawiający jest uprawniony do ponowienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli uprzednio złożone wyjaśnienia wymagają dalszego doprecyzowania czy uszczegółowienia, pod warunkiem jednak, że wezwania te nie naruszają podstawowych zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Za naruszające zasady należałoby uznać kolejne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeśli wykonawca nie wykazał należytej staranności przy składaniu pierwotnych wyjaśnień.

Taka okoliczność nie zaistniała jednak w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego – Izba w wyroku o sygn. akt KIO 2087/17 nakazała ponowić wezwanie. Wyjaśnienia złożone przez Sweco Consulting Sp. z o.o. są wyczerpujące, odpowiadają na pytania Zamawiającego. Izba stwierdziła, że Sweco Consulting Sp. z o.o. wykazała realność zaoferowanej ceny przedstawiając sposób kalkulacji poszczególnych pozycji, podstawy przyjęte do ich szacowania, a także dowody na potwierdzenie rzetelności poczynionej kalkulacji. Sweco Consulting Sp. z o.o. wykazała, że w zaoferowanej cenie uwzględniła wszystkie koszty realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Koszty zatrudnienia przyjęte przez Sweco Consulting Sp. z o.o. nie są niższe niż ustawowa wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę czy minimalnej stawki godzinowej. Złożone wyjaśnienia wskazują także, że cena zaoferowana przez Sweco Consulting Sp. z o.o. uwzględnia wszystkie koszty, które Zamawiający uznał za obowiązkowe. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił złożone przez Sweco Consulting Sp. z o.o. wyjaśnienia, bądź też, że wykonawca ten nie złożył stosownych wyjaśnień i zaoferował rażąco niską cenę. Szczegółowe odniesienie się przez Izbę do zawartości złożonych wyjaśnień jest niemożliwe z uwagi na skuteczne zastrzeżenie ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego sprzeczności wyjaśnień Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 4 lipca 2017 r. z ofertą, mającej wynikać, zdaniem Odwołującego, z przekazanej wraz z ww. wyjaśnieniami Tabeli do załącznika 1A. Treść przedmiotowej tabeli istotnie może budzić wątpliwości. Zostały one jednak wyjaśnione w piśmie Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 20 marca 2018 r., w którym wykonawca ten oświadczył, że w ww. tabeli popełniono błąd pisarski. Izba stwierdziła, że popełnione uchybienie może stanowić o pewnej niestaranności przy składaniu wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, nie stanowi jednak podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez Sweco Consulting Sp. z o.o. Izba uznała, że uwzględnienie ww. zarzutu i nakazanie Zamawiającemu wezwania Sweco Consulting Sp. z o.o. do wyjaśnień w tym przedmiocie, wobec złożonych już pisemnych i ustnych oświadczeń, nie prowadziłoby do zmiany wyniku postępowania, a jedynie do jego nieuzasadnionego przedłużenia.

Izba stwierdziła, że o zaoferowaniu przez Sweco Consulting Sp. z o.o. rażąco niskiej ceny, jak też o niezgodności oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. z treścią SIWZ nie może stanowić brak wypełnienia pozycji 1.3.6., 1.4.8., 3.1.5., 3.2.7., 3.3.1.-3., 4.1.5., 4.2.7., 4.3.1.-3., 5.1.5., 5.2.7., 5.3.1.-3., 6.1.5., 6.2.7., 6.3.1.-3., 7.1.5., 7.2.7., 7.3.1.-3. Szczegółowej

kalkulacji wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 2 (strony 14-20 oferty Sweco Consulting Sp. z o.o.). Izba rozpoznając przedmiotowy zarzut miała na uwadze treść pkt 3.1.1. OPZ (Tom II SIWZ), w którym Zamawiający postanowił:

„W całym okresie realizacji Umowy, Wykonawca zapewni, dostępność poniżej wymienionego Personelu, niezbędnego do właściwej, sprawnej realizacji Usługi z podziałem na nadzór na etapie realizacji robót oraz nadzór w okresie gwarancji i zgłaszania wad. Niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska więcej niż jednym Zespole stałym lub Zespole zmiennym realizowanego Zadania.

Przedstawiona poniżej lista Personelu Wykonawcy nie jest wyczerpująca, stanowi minimalne wymagania Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest zwiększyć (w ramach Wynagrodzenia) liczbę Personelu samodzielnie oraz na wezwanie Zamawiającego jeżeli wymagana liczba minimalna nie zapewnia sprawnej realizacji Usługi.”.

W pkt 3.1.1.1. OPZ Zamawiający wymienił osoby wchodzące w skład poszczególnych Zespołów. Zamawiający nie wyspecyfikował jednak, ile osób, na jakich stanowiskach, powinno zostać zatrudnionych w ramach personelu dodatkowego. Zamawiający zdaje się pozostawiać do dyspozycji wykonawcy sposób skalkulowania ww. pozycji, określając wymagania wyłącznie co do personelu, który Zamawiający uznał za niezbędny dla prawidłowej realizacji umowy. Izba zważyła również, że Sweco Consulting Sp. z o.o. w złożonym formularzu pod tabelą zawarła postanowienie, że „Nakłady dla pozycji: 1.3.6, 1.4.8., 3.1.5., 3.2.7., 3.3.1.-3., 4.1.5., 4.2.7., 4.3.1.-3., 5.1.5., 5.2.7., 5.3.1.-3., 6.1.5., 6.2.7., 6.3.1.-3., 7.1.5., 7.2.7., 7.3.1.-3. o ile wystąpią) zostały przewidziane w ramach funduszu rezerw w poz. 1.6.8.”. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że Sweco Consulting Sp. z o.o. zaoferowało rażąco niską cenę przez nie ujęcie w cenie kosztów, których wskazanie było obowiązkowe, jak też że wykonawca ten złożył ofertę niezgodną z SIWZ. Potwierdzeniem okoliczności, iż nie wypełnienie wszystkich zaznaczonych kolorem pomarańczowym pól załącznika 1B do Formularza cenowego nie jest sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego jest okoliczność, iż inni wykonawcy, jak Nafta-Gaz, MGGP, J.S. Hamilton Poland czy Konsorcjum TPF, także nie wypełnili część takich pól. Zauważyć przy tym należy, że o niezgodności oferty z treścią specyfikacji może być mowa jedynie w sytuacji, gdy postanowienia SIWZ są jednoznaczne, wymagania zostały opisane w sposób nie budzący wątpliwości, a oferta jest z nimi sprzeczna.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. z uwagi na niedozwolone łączenie stanowisk wchodzących w skład Zespołu Stałego z innymi funkcjami w ramach zadania. Sformułowany w pkt 3.1.1 OPZ zakaz dotyczy zajmowania przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska w więcej niż jednym Zespole stałym lub Zespole zmiennym realizowanego Zadania. Izba stwierdziła, po przeanalizowaniu postanowień SIWZ, że Zamawiający nie wykluczył powierzenia członkom Zespołu stałego zatrudnionym na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu dodatkowych obowiązków w ramach realizacji przedmiotowej umowy. Realizacja takich obowiązków, jak np. funkcje administracyjno-biurowe w ramach tej samej podstawy zatrudnienia nie stanowi „dodatkowego zajęcia zarobkowego”. Brak jest w dokumentacji postępowania wymogu zatrudnienia w ramach odrębnego stanowiska osoby wykonującej wyłącznie czynności administracyjno-techniczne. Powierzenie dodatkowych obowiązków, o którym mowa powyżej, nie narusza postanowień § 9 ust. 8-10 Warunków umowy. Izba uznała zatem, że interpretacja postanowień SIWZ, jakiej dokonała Sweco Consulting Sp. z o.o., nie jest sprzeczna z treścią SIWZ, a co za tym idzie, brak jest podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Sweco Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji.

Rozpoznając zarzut zaniechania wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 12, 16 i 17 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zasadność wskazania przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w złożonej ofercie osoby pana M. dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu była przedmiotem rozpoznania przez Izbę w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2087/17. Izba w wydanym wyroku uznała, że Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wykazała, że dysponuje bezpośrednio osobą pana M. Izba stwierdziła w związku z tym zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 12 i 17 ustawy Pzp. Jednocześnie, Izba uznała zastosowanie ww. przesłanek za przedwczesne. Izba stwierdziła bowiem, że Sweco Consulting Sp. z o.o. podjęło procedurę samooczyszczenia. Izba uznała, że „przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania Zamawiający jest zobowiązany w pierwszej kolejności uwzględnić procedury wynikające z art. 24 ust. 8 i ust. 9 tej ustawy.”. W tym stanie rzeczy ponowne rozstrzygnięcie przez Izbę zasadności wskazania w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. pana M. byłoby działaniem nieuprawnionym, podobnie, jak zaistnienie podstaw do samooczyszczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. Kwestie te były już przedmiotem

rozpoznania przez Izbę, a działanie Zamawiającego jest zgodne z dyspozycjami Izby wydanymi w orzeczeniu o sygn. akt KIO 2087/17. Prawdopodobnie orzeczenia Izby może być kwestionowana wyłącznie w trybie skargi do sądu okręgowego, co też Odwołujący uczynił. Przepisy ustawy Pzp nie pozwalają na ponowne rozstrzygnięcie przez Izbę zagadnień, które były już przedmiotem rozpoznania przez Izbę w uprzednim postępowaniu odwoławczym. Z powyższych względów Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przesłuchanie w charakterze świadka pana W.M. na okoliczność braku wyrażenia zgody na rzecz wykonawcy Sweco Consulting Sp. z o.o. do dysponowania potencjałem świadka na potrzeby przedmiotowego postępowania. Z tych samych powodów Izba nie uwzględniła oświadczenia pana M. załączonego do odwołania.

Izba stwierdziła, wobec treści wyroku Izby z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt KIO 2087/17, że Zamawiający nie miał podstaw do zakwestionowania rzetelności Sweco Consulting Sp. z o.o. w toku procedury samooczyszczenia. Twierdzenia Odwołującego o braku podstaw do przeprowadzenia ww. procedury Izba uznała za nieuprawnione wobec ustaleń Izby poczynionych w wyroku o sygn. akt KIO 2087/17.

Z treści odwołania wynika ponadto, że procedura samooczyszczenia przeprowadzona przez Sweco Consulting Sp. z o.o. jest przez Odwołującego kwestionowana jedynie w zakresie uprawnienia do wskazania w ofercie ww. wykonawcy pana M.. Z uwagi na przedstawioną powyżej argumentację Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania wykluczenia Sweco Consulting Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp. Izba uznała też, że podjęte przez Sweco Consulting Sp. z o.o. środki, w tym:

- wprowadzenie zmiany do procedury przygotowania oferty przetargowej zobowiązującej pracowników Sweco Consulting Sp. z o.o. biorących udział w przygotowaniu oferty do co najmniej uzyskania pisemnego oświadczenia kandydata o wyrażeniu zgody na udział w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o.,
- wprowadzenie do treści obowiązujących wzorów standardowych umów cywilnoprawnych klauzuli dotyczącej rozszerzenia współpracy o kolejne usługi realizowane przez Sweco Consulting Sp. z o.o. w celu przyśpieszenia oraz ułatwienia procedury zawarcia wiążącego zobowiązania cywilnoprawnego w zakresie współpracy z danym ekspertem,
- przygotowanie procedury wewnętrznych szkoleń dla pracowników Sweco Consulting

Sp. z o.o. uczestniczących w procesie pozyskiwania osób na potrzeby realizacji usług w zakresie tematyki zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów dotyczących przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania,

są odpowiednie do zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy w przyszłości. Tym samym, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy.

Rozpoznając zarzut dotyczący uwzględnienia przy ocenie oferty Sweco Consulting Sp. z o.o. dokumentów samodzielnie uzupełnionych przez ww. wykonawcę, pomimo braku wezwania Zamawiającego, Izba miała na uwadze, że uzupełnienie dokumentów w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Inspektora nadzoru specjalności inżynierii kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym jest pochodną uznania przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2087/17, że Sweco Consulting Sp. z o.o. nie wykazała skutecznie dysponowania osobą pana M..

Izba stwierdziła, że wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2017 r. miało za podstawę art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zatem przekazanie dokumentów w odpowiedzi na to wezwanie nie było nieuprawnione.

Jednocześnie Izba stwierdziła, przychylając się do prezentowanego szeroko w Izbie poglądu, że nawet gdyby uzupełnienie dokumentów nastąpiło pomimo braku wezwania, to Zamawiający powinien takie dokumenty poddać ocenie.

Dodatkowo, z akt sprawy wynika, że w dniu 13 marca 2018 r. Zamawiający wezwał Sweco Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunku dysponowania osobą na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym wymaganą w zespole kontraktu nr 5. Sweco Consulting Sp. z o.o. przekazało wymagane dokumenty pismem z dnia 13 marca 2018 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 14 marca 2018 r.). Wobec powyższego, nawet gdyby uznać zasadność ww. zarzutu, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie miałyby ona wpływu na treść orzeczenia, jako że pozostawałoby to bez wpływu na wynik postępowania.

Za spóźniony Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 93 ust. 3 zd. drugie ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia części dokumentacji postępowania w postaci wyjaśnień Sweco Consulting Sp. z o.o. co do

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. pisma z dnia 18 grudnia 2017 r. wraz z pismem je przekazującym z dnia 19 grudnia 2017 r., pisma z dnia 24 stycznia 2018 r. wraz z pismem je przekazującym z tej samej daty.

Izba stwierdziła, że w piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r. Zamawiający zawiadomił, że wykonując wyrok KIO 2087/17 wezwał Sweco Consulting Sp. z o.o. do przedstawienia wyjaśnień m.in. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w piśmie tym poinformował, że Sweco Consulting Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie złożyła stosowne wyjaśnienia, których treść wykonawca w całości zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający, co najważniejsze, stwierdził również, że przedstawiony przez Sweco Consulting Sp. z o.o. materiał nie podlega ujawnieniu. W ocenie Izby, informacja ta była na tyle jednoznaczna, że od dnia jej otrzymania należy liczyć termin na zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. Stanowisko to jest zgodne z ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych poglądem, że termin na zakwestionowanie zaniechania ujawnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa należy liczyć od dnia przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, chyba że wcześniej zamawiający powiadomi wykonawcę, że uznaje dokonane przez innego wykonawcę zastrzeżenie za skuteczne – wówczas termin na wniesienie odwołania od takiego zaniechania należy liczyć od daty przekazania przez zamawiającego takiej informacji. W przedmiotowym postępowaniu przekazanie takiej informacji miało miejsce w dniu 26 stycznia 2018 r. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że Odwołujący nie posiadał wiedzy o uzupełnieniu wyjaśnień złożonych przez Sweco Consulting Sp. z o.o. Odwołujący mógł spodziewać się przekazania przez Zamawiającego informacji w przedmiotowym zakresie, bowiem w piśmie z dnia 23 stycznia 2018 r. wyznaczył Zamawiającemu dzień 26 stycznia 2018 r. jako termin na przekazanie ujawnionych dokumentów.

Za podniesiony w terminie Izba uznała natomiast zarzut zaniechania ujawnienia treści wezwania Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2018 r. skierowanego do Sweco Consulting Sp. z o.o. Zamawiający w ww. piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r. w żaden sposób nie wskazał na fakt i zasadność utajnienia wystosowanego wezwania, zatem brak jest podstaw do stwierdzenia, że informacja Zamawiającego z dnia 26 stycznia 2018 r. obejmuje także pismo Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2018 r. Termin na wniesienie odwołania na zaniechanie ujawnienia przedmiotowego pisma należy liczyć od dnia poinformowania wykonawców

o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba po przeanalizowaniu treści pisma Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2018 r. stwierdziła, że zasadnicza jego część odnosi się wprost do nieujawnionej treści wyjaśnień Sweco Consulting Sp. z o.o. z dnia 18 grudnia 2017 r., a zatem, z uwagi na skuteczne zastrzeżenie treści wyjaśnień z 18 grudnia 2017 r., i ona nie może zostać ujawniona. Niemniej jednak, treść pisma w postaci dwóch pierwszych akapitów, tj. do zdania rozpoczynającego się od słów: „Zamawiający wnosi” podlega ujawnieniu, podobnie jak końcowy fragment pisma od słów „W świetle powyższego proszę o”. Ujawnienie tej części pisma pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, bowiem treść ta nie zawiera istotnych danych o sposobie kalkulowania ceny przez Sweco Consulting Sp. z o.o. Uwzględnienie zarzutu w opisaney powyżej części, wobec dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie skutkuje uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie rozpoznała zarzutu podniesionego w piśmie Odwołującego z dnia 20 marca 2018 r. dotyczącego wskazania w ofercie Sweco Consulting Sp. z o.o. pana S. G.o, który, jak stwierdził Odwołujący, jako członek Zespołu Stałego, pełni funkcję na więcej niż jednym kontrakcie, w tym na innych kontraktach zawartych przez Zamawiającego. Zarzut ten nie został podniesiony w odwołaniu, a zatem wobec dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący :