

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **THALES Polska Sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań, Polska (pełnomocnik), TRAKCE-TOR Sp. z o.o., ul. Pokoju 1, 43-400 Cieszyn, Polska, TRAKCE, a.s., Hlávkova nr 428/3, 702 00, Ostrava-Moravská Ostrava a Přívov, Czechy, adres pełnomocnika - ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice (pełnomocnik), Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków, Roman Sabat Biuro Wdrożeniowo-Projektowe SABEL, ul. Wagonowa 28B, 53-609 Wrocław, adres pełnomocnika - ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: THALES Polska Sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań, Polska (pełnomocnik), TRAKCE-TOR Sp. z o.o., ul. Pokoju 1, 43-400 Cieszyn, Polska,

TRAKCE, a.s., Hlávková nr 428/3, 702 00, Ostrava-Moravská Ostrava a Přívov, Czechy, adres pełnomocnika - ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **THALES Polska Sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań, Polska (pełnomocnik), TRAKCE-TOR Sp. z o.o., ul. Pokoju 1, 43-400 Cieszyn, Polska, TRAKCE, a.s., Hlávková nr 428/3, 702 00, Ostrava-Moravská Ostrava a Přívov, Czechy, adres pełnomocnika - ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **THALES Polska Sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań, Polska (pełnomocnik), TRAKCE-TOR Sp. z o.o., ul. Pokoju 1, 43-400 Cieszyn, Polska, TRAKCE, a.s., Hlávková nr 428/3, 702 00, Ostrava-Moravská Ostrava a Přívov, Czechy, adres pełnomocnika - ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań** 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) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie: THALES Polska Sp. z o.o., TRAKCE-Tor Sp. z o.o., TRAKCE, a.s. - wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie, o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane – pn. Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych w ramach projektu POIiŚ 7.1-4 „Modernizacja linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław - Poznań, Etap II - odcinek Wrocław - granica województwa dolnośląskiego”, numer referencyjny: IRZRf-216-01/10-POIiŚ 7.1-4.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 24 listopada 2010 r. nr 2010/S 228-348499.

Odwołanie dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy czynności, podjętej przez zamawiającego polegającej na:

- 1) wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą,
- 2) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. oraz Roman Sabat Biuro Wdrożeniowo-Projektowe SABEL, zwanych w dalszej części konsorcjum Bombardier, konsorcjum lub wykonawcą, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty,
- 3) odmowie ujawnienia odwołującemu dokumentów złożonych przez konsorcjum Bombardier, mimo iż nie zawierały one tajemnicy przedsiębiorstwa, korzystającej z ochrony prawnej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w dalszej części „ustawą”:

1. W odniesieniu do odwołującego:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie wykazał, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, na dzień składania ofert,
- 2) ewentualnie art. 26 ust. 4 przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia o posiadanych uprawnieniach przez osoby wskazane do realizacji zamówienia.

2. W odniesieniu do konsorcjum Bombardier:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 1 przez nie dokonanie wykluczenia z postępowania pomimo, że wykonawca posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobą uczestniczącą bezpośrednio w czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez nie dokonanie wykluczenia z udziału w postępowaniu pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez nie dokonanie odrzucenia oferty, pomimo, iż zaoferowany system nie spełnia wymagań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w skrócie siwz), co powoduje, że oferta jest niezgodna z siwz,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz.1503, z późn. zm.), zwanej uoznk, przez nie dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przez sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 przez nie dokonanie prawidłowej oceny oferty i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty,

6) art. 8 ust. 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 przez nie odtajnienie części informacji objętych wyjaśnieniami wykonawcy z dnia 24 lutego 2011 r. dotyczącymi rażąco niskiej ceny, a także oświadczenia złożonego wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 lutego 2011 r. pomimo, że informacje nie spełniają warunków umożliwiających uznanie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

- a także:

7) art. 7 ust. 1 ustawy przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania oferty za odrzuconą,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert,
- 4) wykluczenia konsorcjum Bombardier z postępowania, ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- 5) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 6) odtajnienia informacji, które wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a objętych wyjaśnieniami z dnia 24 lutego 2011 r. oraz 25 lutego 2011 r.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący umotywowwał zarzuty następująco.

1. W zakresie wykluczenia z postępowania i uznania oferty odwołującego za odrzuconą.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z żądaniem zamawiającego zawartym w pkt 9.1.2. lit. b siwz (instrukcja dla wykonawców) na potwierdzenie wymagań zawartych w pkt 8.2.2. złożył załącznik nr 4, w którym podał wymagane informacje. Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 22 lutego 2011 r. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów powołując się na pkt 9.1.2. lit. b siwz oraz stwierdził, że w dokumentach odwołującego brak jest oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia. W piśmie z dnia 1 marca 2011 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący oświadczył, że wszystkie osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu

zamówienia, w tym wskazane w załączniku nr 4 posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Pomimo tego zamawiający pismem z dnia 22 marca 2011 r. zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy podając w uzasadnieniu, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenie, w zakresie posiadania przez wskazane w ofercie osoby wymaganych uprawnień, nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący uznał czynność za sprzeczną z prawem podając, że oświadczenie o wymaganej treści wynikało z załącznika nr 4, a także z innych dokumentów, uzupełnienie zostało złożone w dacie właściwej dla jego wystawienia w związku z wezwaniem zamawiającego, nie mogło być wystawione z datą wsteczną. Zamawiający mając wątpliwości, w ocenie odwołującego, powinien był wezwać do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy.

2. Zarzuty dotyczące konsorcjum Bombardier i złożonej przez tego wykonawcę oferty.

1) Zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, pomimo posługiwania się w celu sporządzenia oferty, osobą uczestniczącą bezpośrednio w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania.

Odwołujący podał, że Jacek Małas, projektant i inżynier z zakresu sterowania ruchem kolejowym, długoletni pracownik Romana Sabata, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Roman Sabat Biuro Wdrożeniowo-Projektowe SABEL (jednego z członków Konsorcjum Bombardier), zajmował się przygotowaniem dokumentacji projektowej w postępowaniu. Wiedza jaką posiadał pracownik wykonawcy, ułatwiła konsorcjum przygotowanie oferty i miała istotny wpływ na zaoferowaną cenę. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy.

2) Zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał w punkcie 8.2.1 siwz (instrukcja dla wykonawców), potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykazanie wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zamówienia lub zamówień obejmujących łącznie co najmniej wykonanie: (...)

- wyposażenia 3 obiektów stacyjnych w urządzenia telekomunikacyjne (...).

Wykonawca wskazał w poz. 5 wykazu Projekt nr 2001/PL/16/PT/013-01A Modernizacja linii kolejowej E 30 na odcinku Węgliniec – Legnica: "Wykonanie projektu i budowy urządzeń sterowania ruchem i łączności LOT A".

Odwołujący zarzucił, że wskazany w drugiej kolumnie wykazu zakres rzeczywiście wykonanych prac jest niespójny z wskazanym w ostatniej kolumnie warunkiem, jaki ma potwierdzać.

Ponadto, z treści referencji przedłożonej na potwierdzenie należytego wykonania usług podanych w punkcie 5 wykazu nie wynika, by faktycznie wykonawca wyposażył 3 obiekty stacyjne w urządzenia telekomunikacyjne.

W treści referencji wskazano jedynie, iż w zakresie teletechniki wykonane zostały:

- budowa kabli teletechnicznych i światłowodowych OTK td 24j - 156 km;
- budowa teletechnicznych kabli miejscowych TKM - 78 km.

W ocenie odwołującego, konsorcjum nie potwierdziło spełniania wskazanego warunku, zatem powinno zostać wykluczone z postępowania.

3) Zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo nie spełniania przez zaoferowany system wymagań zamawiającego, co powoduje niezgodność oferty z siwz.

Uzasadnienie odwołującego: zamawiający w siwz TOM III A /B CZĘŚĆ R - Urządzenia automatyki kolejowej, Program funkcjonalno-użytkowy w pkt. 1.2.1.1 (str. 37) określił szczegółowe wymagania dotyczące bezpieczeństwa systemów sterowania ruchem kolejowym wobec oferowanego przedmiotu zamówienia.

Przywołany został dokument pt.: „Wymagania bezpieczeństwa dla urządzeń sterowania ruchem kolejowym - praca CNTK z lutego 1998r., zatwierdzona przez DG PKP, Naczelny Zarząd Automatyki i Telekomunikacji, pismem nr KA2b-5400-01/98 z dnia 1998-02-06”.

Po dokonanej modyfikacji siwz pismem z dnia 3 grudnia 2010 r. zamawiający wskazał, że „Dla systemów zdalnego sterowania wymagany jest 2 poziom

bezpieczeństwa w zakresie poleceń normalnych, a w zakresie poleceń specjalnych 4 poziom bezpieczeństwa, zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumencie „Wymagania bezpieczeństwa dla urządzeń sterowania ruchem” Warszawa, luty 1998”.

Odwołujący ocenił, że zaoferowany przez konsorcjum Bombardier system sterowania i kierowania ruchem kolejowym typu EbiScreen 3, posiadający świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego nr U/2007/0161, nie spełnia wymagań w zakresie 2 poziomu bezpieczeństwa oraz 4 poziomu bezpieczeństwa w odniesieniu do poleceń specjalnych.

W treści świadectwa dopuszczenia do eksploatacji systemu nie ma wyznaczonego poziomu bezpieczeństwa. Ponadto, w powszechnie dostępnej dokumentacji technicznej systemu nie ma informacji o zastosowaniu rozwiązań, spełniających wymagany poziom bezpieczeństwa pracy systemu.

Dla porównania wskazał, że w analogicznych dokumentach dotyczących systemu oferowanego przez odwołującego (Command 900), takie informacje widnieją w posiadanych świadectwach dopuszczenia typu eksploatacji urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego.

Wobec braku informacji o spełnianiu wymaganych norm dotyczących poziomów bezpieczeństwa w dokumentach konsorcjum, w ocenie odwołującego, zamawiający powinien być powziąć co najmniej wątpliwości co do spełniania przez wykonawcę stawianych wymagań.

Odwołujący uznał, że oferta konsorcjum Bombardier jest niezgodna z siwz i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

4) Zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Bombardier, pomimo zaoferowania wykonania zamówienia za cenę dumpingową, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego wystąpiły przyczyny uzasadniające odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na art. 15 ust. 1 pkt 1 uoznk z którego wynika, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich

wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

5) Zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Bombardier, pomimo rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w piśmie z dnia 24 lutego 2011 r. w znacznej części zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pomimo braku możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami wykonawcy, odwołujący podał, że z rozeznania rynku branży kolejowej wynika, że cena jest rażąco niska.

Wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podniósł, że zamawiający w celu wyjaśnienia, czy zaoferowana cena powinna zostać uznana za rażąco niską, powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Powołał się na przepis art. 90 ust. 2 ustawy określający zasady oceny wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty.

Powołał się orzecznictwo KIO (wyroki - z dnia 2 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1515/10 i z dnia 16 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2604/10).

Odwołujący przedstawił analizę wartości na potwierdzenie zarzutu rażąco niskiej ceny, wskazując, że wartość zamówienia prowadzonego postępowania została ustalona na kwotę 299.045.608,00 zł, w tym wartość zamówień uzupełniających 23.000.000,00 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę w wysokości 336.775.641,76 zł brutto.

Ceny ofert złożonych w postępowaniu kształtują się następująco:

- 1) konsorcjum Bombardier - 116.350.182,00 zł brutto.
- 2) odwołującego - 202.253.148,42 zł brutto.

Porównanie cen ofert do kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wskazuje, iż cena przez konsorcjum stanowi 34,55% tej kwoty, natomiast cena odwołującego 60,06%, co stanowi podstawę stwierdzenia, w ocenie odwołującego, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podał, że również znajomość rynku danej branży świadczy, że cena oderwana jest od realiów rynkowych i niewiarygodna.

Dla porównania cen kształtujących się na rynku urządzeń sterowania ruchem kolejowym, odwołujący wskazał zamówienia udzielone przez zamawiającego (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.) w latach 2010 - 2011. W analizie wziął pod uwagę zamówienia o podobnym, bądź większym rozmiarze, by uwzględnić zjawisko efektu skali, tj. im większe zamówienie tym niższa może być cena w przeliczeniu na element jednostkowy (np. zwrotnicę).

Odwołujący podał, że zamawiający, w piśmie z dnia 30 marca 2011 r. stanowiącym odpowiedź na wniosek odwołującego o udostępnienia informacji dotyczących szacowania wartości zamówienia w postępowaniu, wskazał, że szacunkowe koszty realizacji inwestycji przedłożone przez ekspertów były weryfikowane w oparciu o realizowane i zrealizowane przez zamawiającego inwestycje o podobnym charakterze i zakresie.

Zatem, odwołujący dokonując obliczeń odniósł ceny ofert w przedmiotowym postępowaniu do cen oferowanych w postępowaniach zamawiającego prowadzonych w latach 2010 - 2011:

- a. Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji linii kolejowej Warszawa-Łódź - Etap II, odcinek Warszawa Zach. - Skierniewice w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, Etap II, LOT-A - Odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice” - **przetarg Skierniewice**;
- b. Modernizacja linii kolejowej E30, etap II, odcinek Zabrze - Katowice – Kraków - Sygnalizacja dla obszaru: LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia, LCS Kraków Mydlniki (km 0,000 - 6,847 Linii nr 134) oraz (km 15,810 - 67,636 Linii nr 133) - **przetarg nr 4**; Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II, Odcinek Zabrze - Katowice – Kraków – przetarg nr 1 modernizacja odcinków: Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 15,810 - 29,110 linii nr 133); Jaworzno Szczakowa - Sosnowiec Jęzor (km 0,000 - 6,847 linii nr 134) - **przetarg nr 1**; Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II, odcinek Zabrze - Katowice – Kraków - Modernizacja odcinka: Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 133) - **przetarg nr 2**; Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II, odcinek Zabrze - Katowice – Kraków- przetarg nr 3 - Modernizacja odcinka: Krzeszowice - Kraków Główny Towarowy (km 46,700 - 67,200 linii nr 133) - **przetarg nr 3**.

c. Przedmiotowe postępowanie.

Ad. a. Odcinek Warszawa - Skierniewice zawierający w zakresie zabudowę urządzeń automatyki kolejowej dla 5 stacji o łącznej liczbie 141 scentralizowanych zwrotnic

oraz Lokalne Centrum Sterowania (LCS) był realizowany za wynagrodzeniem wykonawcy w kwocie 112.450.000,00 zł netto (branża automatyki kolejowej). Kwota ta w przeliczeniu na jedną zwrotnicę wynosiła ok. 797.518,00 zł netto.

Ad. b. Odcinek Zabrze - Katowice - Kraków (realizowany w ramach przetargów - nr 1, nr 2, nr 3 oraz nr 4) był zadaniem, zawierającym budowę urządzeń automatyki kolejowej dla 5 stacji o łącznej liczbie 271 scentralizowanych zwrotnic oraz Lokalne Centra Sterowania (LCS). Odwołujący zsumował ceny i zakresy podane we wszystkich czterech przetargach. Wziął pod uwagę najniższe ceny w złożonych w ofertach wykonawców, którzy uzyskali zamówienia i obliczył łączną cenę netto 183.798.699,00 zł, którą podzielił przez 271 zwrotnic. Uzyskując średnią cenę zwrotnicy ok. 678.224,00 zł netto.

Ad. c. W prowadzonym postępowaniu zakres zadania obejmował budowę urządzeń automatyki kolejowej dla 7 stacji o łącznej liczbie 153 scentralizowanych zwrotnic oraz Lokalne Centrum Sterowania (LCS).

Przyjmując ceny - konsorcjum Bombardier 67.777.262,60 zł netto i odwołującego 124.263.751,00 zł netto, w przeliczeniu na łączną ilość zwrotnic, średnia cena za jedną zwrotnicę wynosi ok. 443.000,00 zł netto w ofercie konsorcjum Bombardier i 812.181,00 zł netto w ofercie odwołującego.

N podstawie obliczonych wartości z punktów a, b, c odwołujący uzyskał średnią arytmetyczną 682.730,00 zł.

Wskazał, że różnica pomiędzy ceną konsorcjum Bombardier i pozostałymi wartościami jest na rażąco niskim poziomie - poniżej 35%.

Przy odrzuceniu skrajnie zaniżonej ceny konsorcjum Bombardier średnia cena zwrotnicy uzyskana w wymienionych postępowaniach wynosiłaby 762.641,00 zł. Oznaczałoby to, zdaniem odwołującego, że cena zaoferowana przez konsorcjum Bombardier jest niższa o ponad 40% od ceny rynkowej. Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia konsorcjum Bombardier z zakresie rażąco niskiej ceny nie są wiarygodne. Nie odnoszą się do innych przetargów przywołanych w ich treści. Nie wskazują podstaw do stwierdzenia ogromnego wzrostu konkurencji na rynku polskim oraz znaczącej obniżki cen.

Odwołujący odniósł się również do twierdzenia zawartego w wyjaśnieniach z dnia 24 lutego 2011 r., iż w postępowaniu prowadzonym w 2009 r. na „Modernizację linii kolejowej E30, etap II, pilotażowe wdrożenie ETRMS w Polsce na odcinku Legnica - Węglińiec - Bielawa Dolna w części ETCS II” wygrywająca oferta stanowiła już tylko

43% szacowanej kwoty zamówienia. W ocenie odwołującego, porównywanie wyżej wskazanego postępowania z postępowaniem prowadzonym jest nieuzasadnione z uwagi na fakt, iż było to postępowanie o innym zakresie i dotyczyło odmiennej, nowej na polskim rynku technologii, obejmowało pilotażowe wdrożenie ETRMS.

Odwołujący podsumował wywód, że uznając cenę oferty Konsorcjum Bombardier za rażąco niską, zamawiający powinien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

6) Nie odtajnienie przez zamawiającego dokumentów stanowiących część oferty konsorcjum Bombardier, pomimo braku podstaw prawnych uzasadniających utajnienie.

Odwołujący podniósł, iż dokonane przez konsorcjum zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 24 lutego 2011 r. jest nieuprawnione, zaś informacje zawarte w tych dokumentach powinny zostać ujawnione.

Powołał się na treść art. 8 ust. 2 i 3 ustawy podnosząc, że zastrzeżeniu przez wykonawców mogą podlegać wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu uoznk.

Odwołujący wskazał, w odniesieniu do informacji zawartych w obu pismach, że konsorcjum nie podało przyczyn objęcia informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca podał wyłącznie, że tajemnica chroniona jest zarówno przepisami prawa krajowego jak i regulacjami międzynarodowymi oraz, że nie wyraża zgody na ich udostępnianie w jakiegokolwiek formie podmiotom trzecim.

Ponadto, wykonawca nie wykazał, że dokumenty objęte tajemnicą nie były ujawniane w jakiegokolwiek formie poza postępowaniem oraz że konsorcjum podejmowało kroki do zachowania tych informacji w poufności.

W ocenie odwołującego, informacje zawarte w wyjaśnieniach powinny zostać odtajnione przez zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy, wykonawca powinien zastrzec określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie od udziału w postępowaniu. A contrario zamawiający ma obowiązek ujawnić te wszystkie dokumenty, których treść nie została zastrzeżona w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Uznał, że zastrzeżenie na etapie składania wyjaśnień jest spóźnione i nieskuteczne.

7) Zarzut nie zachowania zasad równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł także, iż zamawiający poprzez opisane działania i zaniechania doprowadził do naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Za takim wnioskiem przemawia w szczególności fakt, iż działania zamawiającego stanowiące nadmierny formalizm doprowadziły do wykluczenia odwołującego z postępowania. Tymczasem pomimo licznych uchybień ze strony konsorcjum Bombardier, zamawiający nie powziął przekonania o konieczności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania bądź odrzucenia jego oferty.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego konsorcjum Bombardier wniósł o oddalenie odwołania uznając je za niezasadne. Wskazał, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zatem ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący posiada interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie, jest bowiem jednym z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu i w razie udowodnienia, iż czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu z postępowania ze skutkiem odrzucenia oferty oraz udowodnienia, że wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego do postępowania odwoławczego – konsorcjum Bombardier został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy, miałby możliwość uzyskania zamówienia.

1. Wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą. Odwołujący udowodnił zarzut wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy oraz uznania oferty za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy, bez uprzedniego wyczerpania możliwości złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Ustalono w tym zakresie, że zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku wynikającego z pkt 8.1.3 siwz i opisanego w pkt 8.2.2 lit.b, wymagał w pkt 9.1.2 lit. b wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności (...) oraz oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do siwz. We wzorze załącznika nr 4 w części B (część dotycząca sporu) siódmą kolumnę w tabeli zatytułowano „Uprawnienia (kwalifikacje) zawodowe”. Nie wskazano w załączniku innego miejsca, w którym należało złożyć wymagane oświadczenie. Z porównania treści pkt 9.1.2 lit. b oraz pkt 15 siwz (zawartość kompletnej oferty), nasuwa się wniosek, że wymagane oświadczenia należało złożyć poprzez wypełnienie wskazanej kolumny w załączniku nr 4. Odwołujący zamieścił w załączniku nr 4 złożonym wraz z ofertą informację o uprawnieniach dotyczących wskazanych dwóch osób. Nie są to szczegółowe informacje dotyczące uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, jednakże nie sposób uznać, że zamieszczenie informacji w załączniku wymaganym przez zamawiającego i w kolumnie do tego wskazanej, świadczy o tym, że wykonawca pominął oświadczenie w przedmiocie wymaganych uprawnień w dacie składania ofert. Wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy (do złożenia wyjaśnień i/ lub uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów dotyczących złożonej oferty - pismo z dnia 22 lutego 2011 r.), zgodnie z pkt 3 pisma, dotyczyło złożenia oświadczenia (art. 26 ust. 3 ustawy), którego brakowało w ofercie, co oznacza w ocenie Izby, że pomimo braku zakwestionowania treści złożonego załącznika nr 4, zamawiający żądał złożenia oświadczenia niejako poza załącznikiem, w sytuacji gdy taki wymóg nie wynikał z siwz.

Podnieść należy, że zgodnie opinią prawną UZP, z brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy dotyczącego uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zamawiający ma ustawowe upoważnienie i jednocześnie obowiązek skierowania do wykonawców wezwania do uzupełnienia dokumentów tylko w odniesieniu do tych dokumentów, które były przez zamawiającego pierwotnie wymagane

i które zostały wyraźnie określone treścią stosownej informacji zawartej w siwz (www.uzp.gov.pl/opinie-prawne).

Wobec złożenia załącznika nr 4, w którym została zawarta informacja dotycząca uprawnień dwóch wskazanych w wykazie osób oraz potwierdzenia odwołującego zawartego w piśmie z dnia 1 marca 2011 r. (odpowieź na wezwanie), zamawiający był jak najbardziej uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień w wymaganym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Również należy podnieść, że w okresie jaki upłynął od terminu składania ofert do dnia 1 marca 2011 r. mało prawdopodobne jest by nastąpiła zmiana w zakresie uprawnień, które zostały już wskazane w ofercie. Uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które powoduje wykluczenie z postępowania ze skutkiem uznania oferty za odrzuconą, było, w ocenie Izby, przedwcześnie i powinno być poprzedzone zastosowaniem wskazanej procedury.

KIO podnosi, że zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, rozumiany w myśl art. 2 pkt 7a ustawy, jako dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Zatem, dla uwzględnienia odwołania niezbędne było także wykazanie przez odwołującego, że zamawiający naruszył przepisy ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia konsorcjum Bombardier z postępowania ze skutkiem odrzucenia złożonej oferty lub czynności odrzucenia oferty, na podstawie wskazanych w odwołaniu przepisów (oferta wykonawcy zawiera niższą cenę stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert).

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił zarzutów podniesionych w tym zakresie w odwołaniu.

1. Odwołujący nie potwierdził zasadności żądania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy wobec posługiwania się osobą uczestniczącą bezpośrednio w czynnościach związanych z przygotowaniem

prowadzonego postępowania w celu sporządzenia oferty.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Na podstawie opinii UZP należy przyjąć, że interpretacja przepisu pozwala sformułować trzy przesłanki pozytywne, których łączne wystąpienie powoduje konieczność wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego one dotyczą oraz jedną negatywną niweczącą podstawę wykluczenia. Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, którzy bezpośrednio wykonywali czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Po drugie, obowiązek wykluczenia dotyczy wykonawców, którzy (lub osoby, którymi posługiwali się w celu sporządzenia oferty) brali udział w przygotowaniu tego postępowania. Przez „przygotowanie postępowania” zgodnie z ustawą należy rozumieć czynności podejmowane przez zamawiającego wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania”, art. 29 - 38 Pzp. Zaliczyć do nich należy: opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych - sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, programu funkcjonalno-użytkowego; oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego; przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po trzecie, musi zachodzić bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przesłanka negatywna, stanowi, iż wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Wykładnią tej przesłanki zajmował się Europejski Trybunał Sprawiedliwości i zgodnie z wyrokiem z dnia 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Państwu belgijskiemu) należy przyjąć, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy, który spełnia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy bez umożliwienia tej

osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji, co oznacza, że pozycja wykonawcy w postępowaniu - z uwagi na opracowanie dokumentacji - nie jest korzystniejsza od innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, którzy informacje o postępowaniu czerpali z siwz. Sam udział w przygotowaniu postępowania np. poprzez opracowanie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udziela zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji. Jeżeli udział wykonawcy nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji, brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy.

W toku rozprawy ustalono, że nie ma żadnych rozbieżności co do faktu, że Jacek Małas brał udział w opracowaniu programu funkcjonalno-użytkowego (część R – urządzenia automatyki kolejowej) oraz, że jest pracownikiem firmy Roman Sabat Biuro Wdrożeniowo-Projektowe SABEL, uczestnika konsorcjum Bombardier.

Zbędny był zatem, dla potwierdzenia zatrudnienia wskazanej osoby w firmie, raport detektywistyczny złożony przez odwołującego. Przystępujący w sposób przekonujący wyjaśnił, wobec braku przeciwnego dowodu ze strony odwołującego, że w przygotowaniu oferty, nikt poza pracownikami lidera konsorcjum Bombardier, tj. Bombardier Transportation (ZWUS) - w osobach Małgorzaty Zębik i Andrzeja Lisa, nie brał udziału. Ponadto, ofertę przygotowano w siedzibie lidera konsorcjum.

Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że wiedza Jacka Małasa nabyta podczas opracowania mogła mieć wpływ na cenę oferty, co nie zostało jednak potwierdzone w toku rozprawy, zwłaszcza, że dokumentacja związana z przygotowaniem ofert została udostępniona obu wykonawcom na równych zasadach oraz upubliczniona i ujawniona. Ponadto program zawiera wyłącznie opis zakresu zadania, wymagań technicznych i funkcjonalnych oraz ilustruje przykładowe rozwiązania. Dopiero przedmiotem zadania jest szczegółowy projekt i zabudowa urządzeń (oświadczenia i informacje wyjaśniające z dnia 4 kwietnia 2011 r. opracowane przez firmę Roman Sabat Biuro Wdrożeniowo-Projektowe SABEL, złożone do akt sprawy).

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu, pomimo nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający żądał wykazu wykonanych lub wykonywanych zamówień w ramach,

których wykonawca wykonał łącznie wyposażenia 3 obiektów stacyjnych w urządzenia telekomunikacyjne (pkt 9.1.1 lit. a w zw. z pkt 8.2.1 lit. a siwz). Przystępujący złożył w ofercie wykaz - załącznik nr 5, w którym wskazał 6 zamówień. Odwołujący zakwestionował jedno zamówienie podane w poz. 5 podnosząc zarzut sprowadzający się do stwierdzonych rozbieżności pomiędzy treścią kolumny 3 i 7 tabeli, co oznaczało w ocenie odwołującego, że z opisanego przedmiotu wykonanych robót nie wynika potwierdzenie wyposażenia 3 obiektów stacyjnych w urządzenia telekomunikacyjne, w zestawieniu z listem referencyjnym z dnia 24.05.2010 r., w którym wskazano budowę kabli teletechnicznych i światłowodowych oraz budowę teletechnicznych kabli miejscowych o długości odpowiednio 156 i 78 km.

Przystępujący złożył umowę podwykonawczą z dnia 7 lipca 2005 r. wraz z załącznikiem nr 1 oraz protokół odbioru końcowego inwestycji z dnia 6 sierpnia 2008 r. Zarówno w załączniku nr 1 do umowy w pozycjach 1.3, 1.4, 1.5 (wskazanych przez przystępującego) jak i w protokole odbioru końcowego w pkt 4 podano, że wykonawca realizował wskazany zakres robót. Jednak z zawartego opisu nie wynika w sposób niewątpliwy stwierdzenie wyposażenia 3 obiektów stacyjnych w urządzenia telekomunikacyjne. Podnieść należy, że spośród podanych 6. zamówień w wykazie, odwołujący analizował wyłącznie zamówienie podane w poz. 5 (oświadczenie złożone na rozprawie). Natomiast na rozprawie wykazano, że zamówienie podane w poz. 1 wykazu wykonawcy potwierdza spełnianie warunku w zakresie kwestionowanym przez odwołującego (kolumna 7 tabeli w wykazie i referencje z dnia 8 maja 2007 r.), co powoduje, że brak jest podstawy uwzględnienia żądania wykluczenia wykonawcy z postępowania.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo, że zaofferowany system nie spełnia opisanych wymagań, co powoduje, że oferta jest niezgodna z siwz.

W części 15 siwz pt. Zawartość oferty pkt j) oraz k) zamawiający wskazał, iż kompletna oferta musi zawierać m.in. załączniki nr 10 i 11. Załącznik nr 10 dotyczy oświadczenia o posiadaniu świadectw dopuszczenia do eksploatacji przez urządzenia, które wykonawca zamierza zainstalować w ramach zamówienia, wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz.94, z późn. zm.). Załącznik 11 dotyczy wykazu systemów srk, łączności, DSAT oraz innych

przewidzianych do zabudowy w ramach zamówienia.

Wykonawca wypełnił załącznik nr 10 podpisując oświadczenie według wzoru sporządzonego przez zamawiającego, że wszystkie urządzenia wymagane i oferowane w postępowaniu posiadają świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydane w oparciu o rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 103, poz.1090, z późn. zm.)

W załączniku nr 11 wykonawca zaoferował system zdalnego sterowania i kierowania ruchem - urządzenie EbiScreen 3. Odwołujący zakwestionował urządzenie podając w odwołaniu, że system nie spełnia 2 poziomu bezpieczeństwa w zakresie poleceń normalnych i 4 poziomu w zakresie poleceń specjalnych. Przedłożył dwie strony grafiki wersji elektronicznej przedstawiającej obraz stacji (odnoszący się do systemu EbiScreen 3), wyjaśniając, że na skutek wydania poleceń specjalnych obraz stacji wyświetlony na monitorze jest częściowo zasłonięty przez polecenia dostępne, co powoduje, iż system nie spełnia wymagań bezpieczeństwa, z pewnością na poziomie 4, a po pewnej chwili dodał, że również na poziomie 2.

Przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień zakwestionował przedstawioną grafikę, przy braku zaprzeczenia ze strony odwołującego, twierdząc, iż przedstawia ona archiwalną wersję systemu.

Izba stwierdziła, że zamawiający pomimo, iż określił, że dla systemów zdalnego sterowania wymagany jest 2 poziom bezpieczeństwa w zakresie poleceń normalnych, a w zakresie poleceń specjalnych 4 poziom bezpieczeństwa, zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumencie „Wymagania bezpieczeństwa dla urządzeń sterowania ruchem” Warszawa, luty 1998 (pismo z dnia 3 grudnia 2010 r.), nie żądał w siwz, żadnego potwierdzenia ze strony wykonawców spełniania przez system wymagań w zakresie poziomów bezpieczeństwa, poza złożeniem oświadczenia dotyczącego świadectwa opisanego w załączniku 10. Zatem, zamawiający nie mając na etapie badania ofert potwierdzenia, co do zgodności systemu z wymaganiami bezpieczeństwa, nie miał możliwości odrzucenia oferty z tego powodu.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z treści świadectw obu wykonawców, które Izba miałaby uzyskać z Urzędu Transportu Kolejowego (obaj wykonawcy posiadali świadectwa nie

ujawniając ich treści na rozprawie). Nie uwzględniła także wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego (specjalisty w przedmiocie oceny poziomu bezpieczeństwa urządzenia), która miałaby wykazać, czy oferowany przez konsorcjum system spełnia wymagania bezpieczeństwa.

4 i 5. Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przez sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez zaniechanie prawidłowej oceny oferty i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty.

Zgodnie z przepisami ustawy zamawiający ma obowiązek dokonać oceny, czy istotnie cena oferty nie jest rażąco niska. W rozpoznawanej sprawie zamawiający wystąpił do wykonawcy pismem z dnia 15 lutego 2011 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wskazując jaki zakres powinno zawierać wyjaśnienie w przedmiocie oferowanej ceny. Wykonawca złożył obszerne wyjaśnienia pismem z dnia 24 lutego 2011 r. doręczonym zamawiającemu w dniu 25 lutego 2011 r., w którym wyjaśnił aspekty dotyczące zaoferowanej ceny stosownie do wezwania zamawiającego. Zamawiający uznał wyjaśnienie za wystarczające. Z wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w części III – VII wynika, że zostały podane konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki brane pod uwagę przy obliczaniu ceny oferty.

Odwołujący w celu wykazania rażąco niskiej ceny przedstawił w odwołaniu bardzo obszerną analizę ceny przez porównanie jej do wartości zamówienia i do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia oraz do cen przyjętych w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego. W omawianych 4 przetargach wskazał średnie ceny w przeliczeniu na jedną zwrotnicę, twierdząc, że jest to miarodajny sposób oceny w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby, dokonując powyższej oceny należy uwzględnić interpretację przepisów zawartą w opinii prawnej UZP, w której stwierdzono: „Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia. Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.”

W przedmiocie porównania ceny oferty wykonawcy do wartości zamówienia, w opinii UZP podano: „Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością (...). Ponadto, wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy, a więc żądania wyjaśnień. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niską. W tym przypadku, odniesienie ceny do wartości zamówienia powiększonej o VAT ma charakter jedynie pomocniczy i służyć powinien jedynie podjęciu decyzji o tym, czy na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy”.

W ocenie Izby, trudno jest przyjąć, że wyliczenia odwołującego poprzez wskazanie średniej ceny jednej zwrotnicy są miarodajne do stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty przystępującego. W trzech porównywanych przetargach przedmiotem zamówienia były roboty budowlane stanowiące ok. 80% przedmiotu zamówienia, natomiast zamówienie odpowiadające przedmiotowi rozpoznawanego postępowania, wynosiło zaledwie ok. 20%.

Ponadto, istotne znaczenie ma ujawniony na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego fakt, że przetargiem do którego można najbardziej porównać ceny ofert w tym postępowaniu, był przetarg oznaczony jako 4.

W przetargu wzięli udział wyłącznie obaj wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym

postępowaniu (liczący się na rynku specjaliści w przedmiocie zamówienia) oraz przedmiot zamówienia odpowiadał prowadzonemu postępowaniu. W omawianym postępowaniu wystąpiła odwrotna sytuacja do obecnej, a mianowicie odwołujący zaoferował znacznie niższą cenę w stosunku do wartości zamówienia i kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia oraz do ceny oferty przystępującego, która była znacznie wyższa (wartość zamówienia wynosiła 198.114.000,00 zł; kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosiła 241.699.000,80 zł, cena oferty odwołującego wynosiła 95.912.740,00 zł; cena oferty przystępującego wynosiła 176.778.000,00 zł). Odwołujący złożył wówczas wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego i uzyskał zamówienie.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do przyjęcia, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie wskazanej w odwołaniu.

Odwołujący poza wyliczeniem różnic w cenach ofert nie wykazał, że kwestionowana cena jest nieadekwatna i nierealna i, że za tę cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia.

Odwołujący nie wykazał również by przystępujący, poza konkurowaniem przez obu wykonawców w uzyskiwaniu zamówień, podjął jakiegokolwiek czynności, które utrudniają odwołującemu dostęp do rynku, w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uoznk.

6. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 przez nie odtajnienie części informacji objętych wyjaśnieniami wykonawcy z dnia 24 lutego 2011 r. dotyczącymi rażąco niskiej ceny, a także oświadczenia złożonego wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 lutego 2011 r. pomimo, że informacje nie spełniają warunków umożliwiających uznanie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut jest niezasadny. Istotę jego stanowi przekonanie odwołującego, że utajnienie może dotyczyć wyłącznie informacji składanych wraz z ofertą.

Pogląd powyższy przeczy możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji składanych w toku badania i oceny ofert, mimo, że informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 uoznk, który stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Odwołujący nie występował do zamawiającego o udostępnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, również nie kwestionował czynności przystępującego. Podnieść należy, że obaj wykonawcy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie załącznika nr 4 i związanej z nim treści, natomiast objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty, znajduje uzasadnienie w treści wskazanego art. 11 ust. 4 uozn.

7. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisu. Zamawiający podjął w zakresie porównywalnym jednakowe czynności wobec obu wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3600 zł, na podstawie przedłożonego rachunku.

Przewodniczący

.....