

WYROK

z dnia 10 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Emil Kuriata

Honorata Łopianowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

BUD – INVENT Sp. z o.o.

ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Akademię Sztuk Pięknych im. Władysława Strzemińskiego

ul. Wojska Polskiego 121, 91-726 Łódź

protestu z dnia 31 marca 2010 r.

przy udziale **PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. al. Piłsudskiego 135 lok. 127, 92-318 Łódź** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz ujawnienie treści wyjaśnień PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. złożonych pismem 10/02/24/ASP,**

2. kosztami postępowania obciąża Akademię Sztuk Pięknych im. Władysława Strzemińskiego ul. Wojska Polskiego 121, 91-726 Łódź i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **BUD – INVENT Sp. z o.o. ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 043 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści trzy złote zero groszy) przez **Akademię Sztuk Pięknych im. Władysława Strzemińskiego ul. Wojska Polskiego 121, 91-726 Łódź** na rzecz **BUD – INVENT Sp. z o.o. ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUD – INVENT Sp. z o.o. ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na pełnienie funkcji inspektora nadzoru przy budowie dwóch obiektów realizowanych w ramach projektów: 1) „Budowy Centrum Nauki i Sztuki Akademii Sztuk Pięknych im. Wł. Strzemińskiego w Łodzi” i 2) „Centrum Promocji Mody – Klaster branży tekstylno – odzieżowej – infrastruktura”* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 stycznia 2010 r. pod numerem 2010/S 2-001564. Wartość zamówienia wynosi 1.039.904,59 zł, tj. 268.217,12 euro, jest więc większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przewidział zakończenie świadczenia usług do 31 grudnia 2012 r., lecz nie dłużej niż do 31 marca 2013 r., w przypadku przedłużenia okresu budowy. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 2 w odpowiedzi nr 3 z 15 stycznia 2010 r. budowa obu wskazanych obiektów ma odbywać się etapami – najpierw Centrum Nauki i Sztuki, następnie Centrum Promocji Mody.

W postępowaniu złożono 10 ofert z cenami netto: 245.000 zł (Przystępujący), 361.000 zł (Odwołujący), 399.000,00 zł, 409.692,00 zł, 510.000,00 zł, 654.300,00 zł, 657.615,00 zł, 689.000,00 zł, 702.350,00 zł i 888.641,00 zł.

22 marca 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. Na tę czynność 31 marca 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 10 kwietnia 2010 r. Od tego rozstrzygnięcia 20 kwietnia 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. oraz uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą, odrzucenia tej oferty oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący sformułował następujące zarzuty.

Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu postawił wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które m. in. powinny posiadać określone przez niego doświadczenie w danej branży co najmniej 5 lat od momentu uzyskania uprawnień bez ograniczeń.

We wchodzącym w skład oferty „Wykazie osób” w rubryce „doświadczenie” w odniesieniu do wskazanych osób Przystępujący podał jedynie liczbę lat bez podania czy i jaka część doświadczenia poszczególnych osób odpowiada doświadczeniu wymaganemu przez Zamawiającego dla kandydatów na poszczególne stanowiska, a tym samym nie zostało wykazane spełnianie

warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wiadomo, czy wskazane osoby posiadają, czy nie posiadają wymaganego doświadczenia. Biorąc zaś pod uwagę, iż ciężar przeprowadzenia dowodu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę, należy przyjąć, że PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy.

Poza tym Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu postawił wymóg, aby wykonawcy dysponowali osobą na stanowisko inspektora nadzoru branży teletechnicznej, która m. in. powinna posiadać uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, przy czym zakres uprawnień musi obejmować sieci, linie, instalacje i urządzenia dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz dla telekomunikacji radiowej. Przystępujący wskazał na to stanowisko pana Czesława K, który posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych wystawione 28 stycznia 1999 r. na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. *w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym*, lecz nie są to uprawnienia odpowiadające swoim zakresem uprawnieniom wymaganym przez Zamawiającego, gdyż nie obejmują swoim zakresem telekomunikacji radiowej, co jednoznacznie wynika z ich treści oraz nie można ich uznać za uprawnienia odpowiadające uprawnieniom „bez ograniczeń” w rozumieniu aktualnie obowiązujących przepisów z uwagi na ograniczenie ich zakresu do telekomunikacji

przewodowej, gdy aktualnie uprawnienia „bez ograniczeń” w specjalności telekomunikacyjnej obejmują swoim zakresem zarówno telekomunikację przewodową jak i radiową.

Zgodnie z § 2 ww. rozporządzenia Ministra Łączności uprawnienia budowlane w telekomunikacji były udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz odrębnie dla telekomunikacji radiowej. Zatem osoba, która pod rządami rozporządzenia Ministra Łączności z 1995 r. uzyskała uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą nie może kierować robotami w zakresie telekomunikacji radiowej. Pan K nie posiada też uprawnień w zakresie sieci.

Tym samym wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie i zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć go z postępowania.

Podczas otwarcia ofert Zamawiający podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.269 029,71 zł brutto. PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. zaoferowała cenę 298.900 zł brutto, tj. znacznie niższą od pozostałych, a zarazem znacznie niższą niż szacunkowa wartość zamówienia. Jest to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi, która wskazuje na fakt gotowości do realizacji zamówienia poniżej kosztów jego wytworzenia, zatem, zawarcie umowy z wzmiankowanym Wykonawcą grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Jednym z przyjętych w orzecznictwie i praktyce punktów odniesienia w zakresie uznawania ceny za rażąco niską, są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia,

przez co budzi wątpliwości, co do zgodności z zasadami konkurencji oraz co do możliwości należytego wykonania zamówienia.

W przedmiotowym przypadku najkorzystniejszą ofertą jest oferta z ceną niższą od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT aż o ponad 75 % i nie sposób wykazać, iż nie jest ona ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Część informacji zawartych w piśmie PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. z 24 lutego 2010 r. dotyczącego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający odmówił ich udostępnienia. Jednak zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności, zaś adresatem zakazu ujawniania wiadomości o przymocie tajemnicy przedsiębiorstwa jest Zamawiający, co nakłada na niego obowiązek zbadania, czy rzeczywiście utajniona informacja ma taki charakter. W przedmiotowym przypadku nie sposób jednak przyjąć, że wszystkie informacje udzielone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stanowią czy mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można uznać informacji dotyczących ceny, w tym cen jednostkowych, czy kosztorysu, dodatkowego formularza cenowego, dodatkowego kosztorysu, zaś w

orzecznictwie podkreśla się, że informacje dotyczące wynagrodzenia (czyli de facto ceny) są informacjami jawnymi).

Nieujawnienie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi naruszenie art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego tylko w przypadkach określonych w ustawie, a informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie ujawnia się, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Zamawiający nie zgodził się z tymi zarzutami. Stwierdził, że w punkcie 8.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisując warunek w zakresie konieczności dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zastrzegł, iż osoby te w zależności od pełnionej funkcji na budowie muszą wykazać minimalne okresy doświadczenia zawodowego odnośnie pełnienia funkcji danego rodzaju:

- lider zespołu – w kierowaniu lub koordynowaniu prac zespołu nadzorującego roboty budowlane – co najmniej 5 lat od momentu uzyskania uprawnień bez ograniczeń,
- inspektor nadzoru branży ogólnobudowlanej – w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót konstrukcyjno – budowlanych lub kierownika robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, co najmniej 5 lat od momentu uzyskania uprawnień,
- inspektor nadzoru branży elektrycznej – w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, co najmniej 5 lat od momentu uzyskania uprawnień bez ograniczeń,
- inspektor nadzoru branży sanitarnej – w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót

instalacyjnych w zakresie sieci instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, lub kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, co najmniej 5 lat od momentu uzyskania uprawnień bez ograniczeń,

- inspektor nadzoru branży teletechnicznej – w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót telekomunikacyjnych, lub kierownika robót w specjalności telekomunikacyjnej, co najmniej 5 lat od momentu uzyskania uprawnień bez ograniczeń, których zakres obejmował sieci, linie, instalacje i urządzenia dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz dla telekomunikacji radiowej.

W celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku zamawiający wymagał przedstawienia przez wykonawcę wykazu osób, w którym należało podać informację na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia tych osób oraz załączyć oświadczenie, iż osoby te posiadają wymagane uprawnienia. W załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym wykazu Zamawiający wskazał m.in. kolumnę pod nazwą doświadczenie. Jednakże nie wymagał, aby doświadczenie tych osób było szczegółowo opisane przez wskazanie kolejnych robót. Dodatkowo Zamawiający 9 kwietnia 2010r. otrzymał od PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. oświadczenie, iż osoby podane w wykazie spełniają minimalne wymagania w zakresie okresu podanego doświadczenia. Tym samym nie znalazł podstaw do uznania, iż przedstawione w wykazie osoby nie posiadają wymaganego doświadczenia, a również Odwołujący nie przedstawił na to żadnych dowodów. Zamawiający nie wymagał podania w rubryce lat ogólnego doświadczenia zawodowego, lecz okresu faktycznego pełnienia funkcji. W związku z tym, aby zakwestionować podany okres doświadczenia, musi posiadać dowody, z których wynikałoby, że okres pełnienia danej funkcji był mniejszy niż wymagany przez zamawiającego minimalny okres i podany w wykazie.

Co do zarzutu niespełniania wymogu dysponowania osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności

telekomunikacyjnej bez ograniczeń, której zakres uprawnień musi obejmować sieci, linie, instalacje i urządzenia dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz dla telekomunikacji radiowej Zamawiający wskazał, że w modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 22 stycznia 2010r. zastrzegł, iż dopuszcza również osoby posiadające odpowiadające aktualnym uprawnienia wydane na podstawie wcześniej wydanych uprawnień.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia nie może stanowić dowodu na to, iż cena zaoferowana przez PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. jest rażąco niska, Zamawiający szacował bowiem wartość zamówienia w oparciu o zasadę, iż wartość tej usługi stanowi 2-3% wartości nadzorowanej inwestycji, a nie przeprowadzał analizy rynkowej. Zatem wartość ta może być wyłącznie brana pod uwagę przy ustalaniu właściwej procedury postępowania. Zamawiający mając na uwadze duże rozbieżności pomiędzy wysokościami zaoferowanych cen w niniejszym postępowaniu w stosunku do oferty PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. przeprowadził procedurę wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przedstawione wyjaśnienia uznał za wiarygodne.

W stosunku do zarzutu naruszenia zasady jawności w związku z zastrzeżeniem przez PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wskazał, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają ani sposobu, ani formy dokonania takiego zastrzeżenia, a wykonawca w chwili złożenia przedmiotowych wyjaśnień miała prawo dokonania takiego zastrzeżenia, toteż Zamawiający zobowiązany był uwzględnić to prawo. W treści wyjaśnień znalazły się informacje, które swoim charakterem dotyczyły kwestii związanych z organizacją przedsiębiorstwa a dotyczących czynników obniżających koszty obsługi inwestycji stanowiącej przedmiot postępowania, realizowane bieżące inwestycje, wysokości wynagrodzeń poszczególnych pracowników, wysokość planowanego zysku z przedmiotowej inwestycji. Są to więc dane, które składają się na informacje dotyczące sposobu organizacji przedsiębiorstw i mające swoją wartość gospodarczą.

Poza tym Zamawiający stwierdził, iż stawiając zarzut rażąco niskiej ceny wykonawca nie jest zwolniony z przedstawienia dowodów, które uzasadniałyby go, nawet mimo niedostępności wyjaśnień, a Odwołujący, oprócz odwołania się do wysokości wartości szacunkowej zamówienia, nie wskazuje innych okoliczności, z których wynikałaby nierealność zaoferowanej przez PM Pilarski Miśkiewicz Sp. z o.o. ceny.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także na podstawie oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu nieprecyzyjnego opisanie doświadczenia osób wskazanych na wymienione przez Zamawiającego stanowiska Izba przyznała rację stanowisku Zamawiającego – biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający nie opisał w swoich wymaganiach konkretnych informacji dotyczących doświadczenia tych osób, jakie mieli podać wykonawcy, a sam warunek odnosi się, oprócz zakresu posiadanych uprawnień, do 5-letniego doświadczenia od momentu uzyskania uprawnień bez ograniczeń, podania samej liczby lat nie można uznać za niezgodne z wymogami wynikającymi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu nieposiadania przez pana Czesława K wymaganych przez Zamawiającego uprawnień budowlanych Izba stwierdziła, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał jednoznacznie, aby inspektor nadzoru branży teletechnicznej posiadał uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie – do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, a zakres uprawnień musiał obejmować sieci, linie, instalacje i urządzenia do komunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz dla telekomunikacji

radiowej. W takim też zakresie osoba ta musiała mieć doświadczenie zawodowe, co najmniej 5-letnie od uzyskania uprawnień, oraz przynależć do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa.

W załączonym do oferty „Wykazie osób – potencjał kadrowy” Przystępujący podał, że pan Komar posiada „uprawnienia telekomunikacyjne do kierowania robotami i projektowania bez ograniczeń” i załączył kserokopię decyzji Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej z 28 stycznia 1999 r. nadającej „uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych” oraz kserokopię zaświadczenia o przynależności do Zachodniopomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

W oświadczeniu złożonym w załączniku nr 1 do pisma 10/02/24/ASP pan K oświadczył, że posiada „uprawnienia telekomunikacyjne do kierowania robotami bez ograniczeń”.

Pomijając fakt, iż z powyższej decyzji nie wynika, aby, jak wskazano w „Wykazie osób”, pan K posiadał w ogóle uprawnienia do projektowania (co zresztą nie było przez Zamawiającego wymagane, więc jest nieistotne), decyzja ta wskazuje, że pan Komar nie ma uprawnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, który wyraźnie podał kwestionowane przez Odwołującego sieci i telekomunikację radiową, a uprawnienia te należy uznać za uprawnienia w ograniczonym zakresie – wskazanym w treści tej decyzji.

Jednak w odpowiedzi nr 2 z 13 stycznia 2010 r., *notabene* na pytanie zadane przez innego wykonawcę niż Przystępujący, Zamawiający wyraźnie oświadczył: „Tak. Uprawnienia budowlane wydane przez Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. (Dz. U. Nr 89, poz. 414), do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą linii, instalacji i urządzeń liniowych – spełniają wymagania Zamawiającego z zastrzeżeniem, że osoba ta posiada uprawnienie do

kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń (§ 7 ust. 3 ww. rozporządzenia) oraz należy do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa.

Wskazany zaś § 7 pkt 3 (błędnie nazwany powyżej ustępem) rozporządzenia odnosi się do posiadania odpowiedniego wyższego wykształcenia i 2-letniej praktyki na budowie.

Powyższa odpowiedź zmienia zatem w sposób zasadniczy wymagania odnośnie uprawnień inspektora nadzoru branży teletechnicznej w stosunku do pierwotnie wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu, a jako że w odpowiedzi tej zakres uprawnień został określony w sposób identyczny jak w decyzji nadającej uprawnienia panu K, należy stwierdzić, że Zamawiający wyraźnie jeszcze na etapie „przed składaniem ofert” zaakceptował takie uprawnienia. Jako że zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w postaci wyjaśnień, wiążą i Zamawiającego, i wykonawców, Zamawiający jest tą odpowiedzią związany, a wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tej odpowiedzi i nie zmienia tego ewentualne niedochowanie wymogu art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się. Rozstrzygając tę kwestię Izba wzięła pod uwagę kalkulację Odwołującego przedstawioną podczas rozprawy, fakt, że w usługach pełnienia nadzoru największy koszt stanowi wynagrodzenie inspektorów nadzoru, co nie było sporne, oraz wyjaśnienia Przystępującego, w tym argumentację, iż wynagrodzenie to nie jest wprost powiązane z tym jednym kontraktem, gdyż inspektorzy nadzoru jednocześnie będą nadzorować także inne budowy zlokalizowane w Łodzi (Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał kilka inwestycji), a wynagrodzenie za swoje świadczenia będą pobierać w ramach globalnego wynagrodzenia (dla uproszczenia nazywanego dalej „pensją”) – co potwierdzałoby oświadczenie w „Wykazie osób”, w którym Przystępujący oświadczył, że dysponuje tymi osobami. Izba wzięła pod uwagę także, że na stanowisko koordynatora i inspektora branży ogólnobudowlanej Przystępujący wskazał tę samą osobę, co było przez Zamawiającego dopuszczone w odpowiedzi nr 1 z 12 stycznia 2010 r., a zakres prac

inspektora branży drogowej jest niewielki (zostało to stwierdzone przez samego Zamawiającego już w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Nawet jednak jeśli można zmarginalizować koszt pracy inspektora branży drogowej (nie został on podany w wyjaśnieniach Przystępującego) i ewentualnych innych niż inspektorzy pracowników, podobnie jak koszt prowadzenia biura, to jednak, analizując wskazaną wysokość wynagrodzenia miesięcznego przewidzianego dla inspektorów branży teletechnicznej, sanitarnej i elektrycznej – od 500 do 800 złotych brutto za miesiąc, Izba uznała, że wynagrodzenie to jest nierealne i nie gwarantuje prawidłowego wykonania kontraktu, nawet jeśli założyć, że jest to tylko wynagrodzenie średnie, a w miesiącach intensyfikacji robót w danej branży będzie ono wyższe. Przy tym, być może niniejszy projekt nie należy do bardzo skomplikowanych, w porównaniu z innymi zamawianymi w ramach zamówień publicznych robotami, ale nie należy również do zadań o niewielkim stopniu skomplikowania i pewnego zaangażowania inspektorów budowlanych będzie wymagał.

Natomiast, aby przy tak skalkulowanym wynagrodzeniu na pojedynczym kontrakcie, dany inspektor mógł uzyskać odpowiednie miesięczne wynagrodzenie, musiałby jednocześnie nadzorować co najmniej kilka kontraktów. Podobnie sytuacja przedstawia się w przypadku inspektora branży ogólnobudowlanej. Co prawda Przystępujący przewidział dla niego miesięczne wynagrodzenie w wysokości 2200 złotych brutto, a więc znacznie wyższe niż dla pozostałych inspektorów, ale również zaangażowanie inspektora tej branży, przy tym koordynatora, jest nieporównywalnie większe niż pozostałych – a tym samym mniejsza jest jego możliwość nadzorowania większej ilości robót jednocześnie, w celu uzyskania „przyzwoitej pensji”.

Co prawda jednoczesne nadzorowanie więcej niż jednych robót budowlanych jest sytuacją spotykaną w branży, jednak oczywiste jest też, że bezpośrednio wpływa na czas i uwagę, jaką inspektor może poświęcić konkretnemu kontraktowi i takie założenie jest możliwe tylko, gdy na żadnej z nadzorowanych robót nie wynikną problemy wymagające jego zwiększonego zaangażowania. W takim wypadku wykonawca albo będzie musiał zatrudnić dodatkowego inspektora (co podniesie jego koszty o dodatkowego

pracownika, skoro nieobecny inspektor i tak otrzymuje wynagrodzenie niezależne od kontraktu) albo inspektor ten nie będzie należycie wykonywał swoich obowiązków, co jest niedopuszczalne i nie może być promowane w zamówieniach publicznych.

Tym samym Izba uznała, że skalkulowana w ten sposób cena oferty jest ceną nierealną i nie gwarantuje należytego wykonania umowy i nie dała wiary zapewnieniom o przewidywanej wysokości zysku. Przy czym, nawet jeśli wynagrodzenie inspektorów za wykonywanie nadzoru nad innymi robotami budowlanymi jest wyższe niż wskazane w niniejszym zamówieniu, ewentualny argument, że straty na przedmiotowym kontrakcie zostaną wyrównane przez zysk na innych, nie zasługuje na uznanie, gdyż cenę pod kątem zaistnienia przesłanki wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych bada się w odniesieniu do danej oferty.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania ujawnienia pisma 10/02/24/ASP zawierającego wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny Izba uznała, iż dokument ten nie zawiera informacji zawierających znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdzając, że dokument ten wskazuje na informacje o dużym stopniu ogólności, jawne lub łatwe do stwierdzenia, jak również podnoszone w jawnej argumentacji Przystępującego. I tak np. informacje o wpływie bliskości siedziby Przystępującego, wynagrodzeniu inspektorów w ramach stałej pensji, a nie bezpośrednim odniesieniu do kontraktu i kilku jednocześnie nadzorowanych inwestycjach zlokalizowanych w Łodzi, były wskazywane podczas rozprawy. Natomiast sama nazwa tych inwestycji, biorąc pod uwagę choćby jawność nazwisk inspektorów nadzoru w procesie budowlanym i ich, wskazywane przez Przystępującego, stałe z nim powiązanie, jest łatwa do ustalenia przez co najmniej podmioty zawodowo zajmujące się branżą budowlaną. Samo przewidywane miesięczne wynagrodzenie poszczególnych inspektorów czy innych kosztów również jest bardzo ogólne, nie zawiera żadnych kalkulacji mogących wskazywać na właściwy tylko dla Przystępującego system ich obliczania. Poza tym informacja taka nie wykracza poza często standardowo wymaganą przez zamawiających w formularzach cenowych przygotowywanych w tego typu

postępowaniach stawkę dziennego lub miesięcznego wynagrodzenia inspektorów czy prowadzenia biura itp. wydatków. Również oświadczenia dotyczące dobrej kondycji finansowej firmy, posiadania nowoczesnych samochodów służbowych czy certyfikatu ISO (który zresztą jest jawnym załącznikiem), a także deklaracje wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia trudno uznać za uprawniające do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien zatem ujawnić ten dokument.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. *w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....