

Sygn. akt: KIO 1676/20

**WYROK**  
**z dnia 7 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę **TFP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących niewykazania przez wykonawcę Databout Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu;
2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia całości złożonych przez wykonawcę Databout Sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących ceny oferty;
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TFP Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 204 na odcinku Malbork-Braniewo” w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów”*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 022-049974.

W dniu 20 lipca 2020 r. wykonawca TFP S.A. wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Databout Sp. z o.o., mimo że oferta podlega odrzuceniu, a wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania;
- 2) z ostrożności procesowej – zaniechanie wezwania wykonawcy Databout do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;
- 3) zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Databout w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie spełniają przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i/lub nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 4) z ostrożności procesowej – niezgodnej z przepisami Ustawy oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Databout w trybie art. 90 ustawy Pzp i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Databout, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a z ostrożności – art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca Databout Sp. z o.o. złożył ofertę jako WYG International Sp. z o.o., a w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nastąpiła zmiana nazwy, w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej widnieje już Databout Sp. z o.o.

Nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień w zakresie ceny

Odwołujący podniósł, że nie udostępniono mu całości wyjaśnień złożonych przez Databout w trybie art. 90 ustawy Pzp. Odwołującemu udostępniono:

- wezwanie do wyjaśnień z 13 marca 2020 r.,
- uzasadnienie zastrzeżenia złożonych przez Databout wyjaśnień oraz część wyjaśnień z 19 marca 2020r., wyłącznie w zakresie punktu 5, oraz załącznika nr 16 – zaangażowanie personelu.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazuje zasadności tego zastrzeżenia. Co więcej w innym postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S.A. (Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 I E 65) na obszarze Śląska, Etap IA, na odcinku Katowice Ligota-Tychy) wyjaśnienia w zakresie ceny oferty złożone przez wykonawcę Databout zostały odtajnione.

Odwołujący podniósł, że w obu wyjaśnieniach Databout zawarł takie samo uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów. Skoro zatem Zamawiający w ww. postępowaniu uznał uzasadnienie za niewystarczające, to nie ma żadnych racjonalnych podstaw prawnych i faktycznych, aby to samo uzasadnienie zostało inaczej ocenione w niniejszym postępowaniu. Ponadto wyjaśnienia złożone w niniejszym postępowaniu są identyczne co do zasady i konstrukcji z wyjaśnieniami złożonymi w ww. postępowaniu. Skoro dokument ten już jest jawny, to w ogóle nie może skutecznie zostać zastrzeżony, gdyż nie spełnia jednej z trzech przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie zastrzeżenia złożonych wyjaśnień obejmuje ono 28 stron (5 stron uzasadnienia i 23 strony załączników). Zdaniem Odwołującego ta objętość nie przekłada się na wykazanie łącznego spełnienia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdecydowaną większość uzasadnienia obejmują obszerne cytaty z orzecznictwa czy też przytoczenie przepisów. W pozostałej części uzasadnienia wykonawca Databout zawarł szereg ogólnikowych twierdzeń:

- nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ograniczył się do gołosłownego stwierdzenia, że informacje taką wartość mają;
- nie wykazał, że podjął działania niezbędne do zachowania informacji w poufności, np. poprzez załączenie kopii odpowiednich umów o poufności czy też kopii procedur obowiązujących w firmie (ograniczył się do załączenia wzorów umów czy oświadczeń,

a powinien przedstawić dowody, że osoby sporządzające ofertę zostały zobowiązane do zachowania poufności);

- nie wykazał, że w jego organizacji obowiązują zasady dotyczące zachowania poufności
- nie dołączono żadnych procedur obowiązujących w Databout, itp.

Wykonawca opiera się wyłącznie na argumentacji, że poznanie stawek podmiotów współpracujących czy też specjalistów spowoduje, że konkurencyjne podmioty poznają stosowaną przez wykonawcę praktykę cenową. Odwołujący podkreślił, że każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia jest podmiotem profesjonalnym, działającym długo na rynku i każdy z tych wykonawców posiada bazę personelu czy też podmiotów współpracujących – stąd poznanie tych stawek czy ofert podmiotów współpracujących nie spowoduje możliwości zaproponowania współpracy pracownikom lub podwykonawcom.

Odwołujący wskazał, że kolejnym z argumentów mających potwierdzić zasadność zastrzeżenia jawności informacji, jest wskazanie przez Databout na przeprowadzenie aukcji elektronicznej: (...) *w niniejszym postępowaniu planowane jest przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Pozyskanie zastrzeżonych informacji pozwoli konkurencji ofertować niżżej bowiem ujawnione zostaną pozycje w których istnieje taka możliwość.* Odwołujący potwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie planował aukcji elektronicznej. Przedmiotowe stwierdzenie potwierdza schematyzm w zakresie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to ma na celu tylko i wyłącznie ograniczenie dostępu do przedmiotowych dokumentów podmiotów konkurencyjnych, a nie ochronę wykonawcy i jego pozycji konkurencyjnej. Databout nawet nie stara się dostosować uzasadnienia do realiów postępowania. Tym samym uzasadnienie nie dotyczy w ogóle tych konkretnych wyjaśnień złożonych w tym konkretnym postępowaniu. Nie można zatem przyjąć, aby doszło do skutecznego zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

#### Zaniechanie odrzucenia oferty Databout z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Databout może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do całości wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień i wnioś o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu (jako przedwczesnego) w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut odnoszący się do objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Databout – wynika to wprost z porównania ceny oferty z szacunkową wartością zamówienia.

W informacji z otwarcia ofert Zamawiający podał kwotę 8 370 814,20 złotych brutto, jako kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a ceny ofert przedstawiały się następująco:

- Infra Centrum Doradztwa Sp. z o.o.: 4 489 500,00 zł (53,6% budżetu),
- Databout Sp. z o.o.: 4 603 890,00 zł (54,50% budżetu),
- TPF: 8 370 814,20 zł (100% budżetu).

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia złożone przez Databout nie pokazały, na czym miałyby polegać specyfika ofert tych wykonawców, dająca przewagę konkurencyjną i możliwość zaoferowania niższej ceny niż inne podmioty występujące na rynku. I to ceny znacząco niższej od budżetu Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że nie mógł zapoznać się z treścią całości złożonych przez Databout. Jednakże opierając się na doświadczeniu w zakresie uprzednio składanych wyjaśnień przez wykonawcę Databout w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego przyjął, że także wyjaśnienia w niniejszym postępowaniu nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Databout nie wskazał w swoich wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferował. Z kolei Zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy złożonych wyjaśnień, analizy treści i ewentualnych dołączonych dowodów.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Databout nie ujął w cenie oferty m.in. następujących czynników cenotwórczych: wszystkich kosztów zatrudnienia personelu biurowego na umowę o pracę, kosztów personelu w okresie realizacji usługi, kosztów wykonania poszczególnych etapów zadania. Sam brak któregokolwiek z ww. kosztów w wyjaśnieniach wskazuje wprost, że cena ofert wykonawcy Databout jest ceną rażąco niską, gdyż nie obejmuje wszystkich kosztów, które należy ponieść w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do kosztów zatrudnienia personelu biurowego na umowę o pracę Odwołujący wskazał, że na podstawie przepisów rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2600 zł brutto, a zatem minimalną stawkę wynagrodzenia w wysokości 2600 zł winien przyjąć wykonawca do kalkulacji oferty. Zgodnie z zapisami SIWZ, TOM II, §9 pkt. 11 „Wykonawca lub jego

podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy tj. pracowników biurowych w zakresie obsługi administracyjno-technicznej kontraktu." Przyjmując kwotę minimalną krajową w wysokości 2600 zł brutto jako wynagrodzenie pracownika, to koszt pracodawcy wynosi 3 132,48 PLN. Dla okresu 25 miesięcy, jaki wskazał Databout w udostępnionym załączniku nr 16 do wyjaśnień, powinna być ujęta kwota: 78 312 PLN (25 miesięcy x 3.132,48 zł/miesięcznie = 78.312 zł). Tymczasem w przedmiotowym załączniku nr 16, w którym Databout przedstawia zaangażowanie personelu własnego, w ogóle takiej pozycji nie ma i nie jest wykazana.

W zakresie kosztów personelu w okresie realizacji usługi Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił w OPZ, pkt 8.2.3.1 [Personel kluczowy] następujące wymaganie: „Koordynator Projektu, Zastępca Koordynatora Projektu oraz Koordynatorzy branżowi po podpisaniu Umowy pozostaną w pełnej dyspozycji Zamawiającego. Nie dopuszcza się do łączenia funkcji Koordynatorów branżowych przez jedną osobę. Pracę poszczególnych Koordynatorów branżowych oraz Ekspertów reguluje i uzgadnia Koordynator branży torowej. Dopuszcza się pełnienie przez jedną osobę funkcji Koordynatora Projektu i jednego Koordynatora branżowego."

Odwołujący stwierdził, że pojęcie „pozostawanie w dyspozycji Zamawiającego" wiąże się bezpośrednio z definicją czasu pracy. Czasem pracy jest czas, w którym pracownik pozostaje w dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy. Pozostanie do pełnej dyspozycji to godzenie się na ograniczenie wolności na rzecz pracodawcy i przez niego. Zgodnie z załącznikiem nr 16 wykonawca Databout określił, jaki zakres etatowy przyjmuje w ramach przedmiotowego kontraktu w ramach pełnej dyspozycyjności. Żaden ze wskazanych przez wykonawcę kluczowych koordynatorów nie jest uwzględniony w ramach pełnej dyspozycyjności, a więc w wymiarze pełnego etatu.

Na 25 miesięcy realizacji usługi Wykonawca wskazał następujące zaangażowanie Koordynatorów:

- Koordynator Projektu – 6,4 miesiąca na 25 wymaganych;
- Koordynator w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych – 6,8 miesiąca na 25 wymaganych;
- Koordynator ds. telekomunikacji – 3,3 miesiąca na 25 wymaganych;
- Koordynator branżowy w zakresie sieci trakcyjnych – 3,3 miesiąca na 25 wymaganych;
- Koordynator branżowy w zakresie sieci elektroenergetycznych – 3,3 miesiąca na 25 wymaganych;

- Koordynator branżowy ds. sterowania ruchem kolejowym – 5,7 miesiąca na 25 wymaganych;
- Koordynator branżowy mostowej – 3,3 miesiąca na 25 wymaganych.

Biorą pod uwagę przyjęte przez Databout zaangażowanie personelu oraz wykazane koszty miesięczne niedoszacowanie w zakresie personelu wykonawcy to aż 1.477 531,44 PLN netto, co stanowi aż 39% złożonej oferty.

Personel kluczowy	przyjęte zaangażowanie [m-c]	koszt miesięczny podany przez Databout[PLN]	koszt przyjęty przez Databout w Załączniku 16 [PLN]	koszt dyspozycji zgodnie z SIWZ (pełna dyspozycja przez 25 miesięcy) [PLN]	Niedoszacowanie netto [PLN]
Koordynator Projektu	6,40	11 000,00	70 400,00	275 000,00	204 600,00
Koordynator w zakresie linii, węzłów i stacji	6,8	10 240,80	69 637,44	256 020,00	186 382,56
Koordynator ds. telekomunikacji	3,3	10 240,80	33 794,64	256 020,00	222 225,36
Koordynator branżowy w zakresie sieci trakcyjnych	3,3	10 240,80	33 794,64	256 020,00	222 225,36
Koordynator branżowy w zakresie sieci elektroenergetycznych	3,3	10 240,80	33 794,64	256 020,00	222 225,36
Koordynator branżowy ds. sterowania ruchem kolejowym	5,7	10 240,80	58 372,56	256 020,00	197 647,44
Koordynator branżowy mostowej	3,3	10 240,80	33 794,64	256 020,00	222 225,36
Suma niedoszacowania					1 477 531,44

W odniesieniu do kosztów wykonania poszczególnych etapów zadania Odwołujący wskazał, że zgodnie z wezwaniem skierowanym przez Zamawiającego, Databout zobligowany został do przedłożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie m.in. kosztów personelu – stawek miesięcznych personelu, w szczególności kluczowych dla przedmiotowego zadania:

- Etap II – Analiza stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru. Trasowanie linii i definiowanie wariantów inwestycyjnych,
- Etap III – Analizy marketingowe i ruchowe wariantów inwestycyjnych,
- Etap IV – Analizy techniczne wszystkich wariantów inwestycyjnych projektu, wraz z oszacowaniem kosztów,
- Etap V – Analiza środowiskowa,
- Etap VI – Analiza kosztów i korzyści,
- Etap VII – Opracowanie Raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, Domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że niezłożenie dowodów może stanowić przyczynę uznania, iż wykonawca nie podołał obowiązkowi wykazania realności ceny, a złożenie ogólnikowego oświadczenia pozbawionego rzeczowej argumentacji w sprawie wysokości ceny spowoduje, że cena zaoferowana przez Państwa firmę zostanie uznana przez Zamawiającego za rażąco niską.

Analizując dwa udostępnione fragmenty wyjaśnień Odwołujący podniósł, że Databout nie odpowiedział na kluczowe, podkreślone przez Zamawiającego pytanie i nie dokonał wyszczególnienia kosztów na poszczególne etapy realizacji zamówienia. Z załącznika nr 16 do wyjaśnień wywnioskować można kwoty przyjęte dla personelu, jednakże z załącznika tego nie wynika, jakie składowe i jakie koszty przyjął wykonawca w ramach poszczególnych etapów oraz czy koszty te nie przekraczają kwot przyjętych w formularzu cenowym. W zestawieniu „szczegółowe zestawienie ceny ofertowej” (udostępniona jedna stronie wyjaśnień) wskazana jest kwota podwykonawstwa w wysokości 1 500 000,00. Z treści Załącznika 16 wynika, że wykonawca Databout jako podwykonawców wskazał wykonawców z usług w zakresie geologii i geodezji. Oba te zakresy będą realizowane głównie w etapie IV. Zgodnie z formularzem cenowym, w ramach przedmiotowej pozycji wykonawca zaoferował cenę 561 450,00 netto. Jest to cena znacząco poniżej kosztów oraz poniżej kwoty wynikającej z pierwszej udostępnionej strony wyjaśnień.

#### Niewykazanie przez Databout spełniania warunku udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie 8.6.1 SWIZ określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

*(...) 8.6.1 w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej 2 (dwa) Studia Wykonalności o wartości co najmniej 1 200 000,00 PLN netto każde, przy czym każde ze Studium Wykonalności musi dotyczyć linii kolejowej dwutorowej,*



zelektryfikowanej na której prowadzony jest ruch pasażerski i towarowy i ma łącznie obejmować swoim zakresem minimum 3 stacje kolejowe i 3 szlaki, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz z załączeniem dowodów, czy usługa została należycie wykonana. (...)

Ocena spełniania ww. warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w punkcie 9 IDW.

Zamawiający jednocześnie określił w punkcie 9.6 SIWZ, jakich dokumentów będzie wymagał od Wykonawców na potwierdzenie spełnienia wyżej opinanych warunków:

9.6. Dokumenty i oświadczenia wymagane od Wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

- wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, terminów wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do IDW),
- dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane,
- inne dokumenty – jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w pkt 9.6.2

W odpowiedzi na wezwanie z 27 marca 2020 r. Databout przedstawił na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykaz usług zawierający następującą usługę (poz. 2):

„ Prace na linii kolejowej nr 68 na odcinku Stalowa Wola Rozwadów - Przeworsk ” w ramach Programu Operacyjnego Polska Wschodnia 2014-2020	60/039/0015/17/ Z/I	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.	Opracowanie Studium Wykonalności dla Inwestycji kolejowej. Linia kolejowa nr 68 na realizowanym odcinku Stalowa Wola Rozwadów -Przeworsk jest dwutorowa i zelektryfikowana	11.2017	12.2018	Wartość usługi: 1 479 896,00 PLN netto tj. 1 820 272,08 PLN brutto
---	------------------------	---	--	---------	---------	--

Odwołujący podniósł, że Databout nie załączył dokumentu referencji potwierdzającego należyte wykonanie usługi, a jedynie protokoły odbioru potwierdzające przyjęcie opracowań wolnych od wad i usterek dla poszczególnych etapów:

- Etap I – Prognozy społeczno-ekonomiczne i analizy rynku usług transportowych,
- Etap II – Analiza stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru,
- Etap III – Analizy marketingowe i ruchowe wariantów inwestycyjnych oraz Podsumowanie Fazy I,
- Etap IV – Analizy techniczne wariantów inwestycyjnych z oszacowaniem kosztów,
- Etap Va – Dokumentacja Środowiskowa,
- Etap Vb – Inwentaryzacja Przyrodnicza,
- Etap VI – Analiza Kosztów i Korzyści,

Zdaniem Odwołującego ww. dokumenty w żaden sposób nie potwierdzają, że przedmiotowa usługa została wykonana w sposób należyty, czego wymagał w SIWZ Zamawiający. Załączone protokoły potwierdzają jedynie przyjęcie przez Zamawiającego poszczególnych etapów opracowania wolnych od wad i usterek. Co więcej na podstawie przedmiotowych protokołów nie można nawet stwierdzić, czy poszczególne etapy zostały zrealizowane w sposób należyty. Sam Zamawiający umieścił bowiem w ww. protokołach adnotację w zakresie przebiegu realizacji poszczególnych etapów z których wynika, że wykonawca Databout dla niektórych etapów, kilkakrotnie składał wersje opracowania zawierające wady i usterki. Dla przykładu Etap VI został przyjęty przez Zamawiającego dopiero po złożeniu przez wykonawcę Databout czwartej wersji opracowania. Pierwsze trzy wersje nie zostały przyjęte przez Zamawiającego z powodu wad i usterek. Co więcej w dalszej części załączonych protokołów Zamawiający umieścił zapis, z którego jasno wynika, że ostateczna ocena realizacji usługi przez wykonawcę Databout nastąpi po realizacji całości usługi. Zamawiający pozostawił sobie bowiem możliwość dalszego zgłaszania wad i nieprawidłowości dla etapów, które zostały przez niego przyjęte (*W sprawach ewentualnych, później ujawnionych wad i nieprawidłowości w przyjętej dokumentacji obowiązują postanowienia zawarte w Umowie*).

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że Databout nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie może zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów, gdyż jego oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący stwierdził, że na wypadek uznania, że oferta Databout nie podlega odrzuceniu, wykonawca powinien zostać wezwany do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia Databout z postępowania, ewentualnie wezwania Databout do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (w przypadku braku wykluczenia Databout z postępowania oraz braku odrzucenia oferty Databout), udostępnienia całości wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Databout na podstawie art. 90 ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty wykonawcy Databout.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego wykonawcy Databout Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie do tego postępowania po stronie Zamawiającego. Odwołujący podniósł na posiedzeniu Izby, że nie otrzymał od tego wykonawcy kopii przystąpienia, a Izba stwierdziła, że dowód przekazania tej kopii Odwołującemu nie został załączony do przystąpienia. Ww. wykonawca nie stawiał się na posiedzenie Izby i nie wykazał, aby przekazał kopię przystąpienia Odwołującemu. Wobec niedopełnienia obowiązku określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, zgłoszenie przystąpienia należało uznać za nieskuteczne.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących niewykazania przez wykonawcę Databout Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący bowiem złożył w trakcie rozprawy oświadczenie o wycofaniu tego zarzutu.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia całości złożonych przez wykonawcę Databout Sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących ceny oferty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba ustaliła, że w dniu 11 marca 2020 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wglądu do ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający pismem z 11 marca 2020 r. udostępnił treść złożonych ofert.

Następnie, pismem z 12 maja 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z 11 marca 2020 r., udostępnia częściowo odtajnione informacje z wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez WYG International Sp. z o.o. (obecnie Databout Sp. z o.o.). Zamawiający udostępnił Odwołującemu pkt 5 wyjaśnień, załącznik nr 1 do wyjaśnień – uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz załącznik nr 16 do wyjaśnień – zaangażowanie personelu.

Odwołujący w dniu 15 maja 2020 r. zwrócił się do Zamawiającego z następującym wnioskiem: *W uzupełnieniu do wglądu TPF Sp. z o.o. informuje, iż przedstawione fragmenty korespondencji oraz załączników w całości nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca nie wskazał żadnego charakteru handlowego ani wartości gospodarczej. Informacje te, są dostępne zwykłą drogą oraz są ujawnione do wiadomości publicznej (zarówno treść jak i załączniki). Zgodnie z powyższym wnosimy o uzupełnienie wglądu o pozostałe dokumenty.*

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2020 r. udzielił następującej odpowiedzi na powyższy wniosek: *PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny działając w imieniu Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w odpowiedzi na Państwa wniosek z 15.05.2020 r. o odtajnienie w całości wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej złożonych przez Wykonawcę WYG International Sp. z o.o. z dnia 19.03.2020 r., podtrzymuje, iż poza udostępnionymi już Państwu 12.05.2020 r. dokumentami, pozostałe dokumenty stanowiące wyjaśnienie ceny rażąco niskiej WYG International Sp. z o.o. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie zostaną Państwu przez Zamawiającego udostępnione.*

Z powyższego wynika, że Odwołujący już 9 czerwca 2020 r. otrzymał od Zamawiającego jednoznaczną informację, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przez Zamawiającego podtrzymane i że nie udostępni on całości wyjaśnień wykonawcy Databout.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Skoro więc Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 9 czerwca 2020 r. o podtrzymaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowie

udostępnienia całości wyjaśnień, to w tej dacie rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania w tym zakresie. Na marginesie jedynie zauważyć należy, że zachowanie Odwołującego wskazuje, iż uznał on tę informację z 9 czerwca 2020 r. za ostateczne stanowisko Zamawiającego, po jej otrzymaniu nie podejmował już bowiem (ani przed wyborem najkorzystniejszej oferty, ani po tym wyborze) żadnych czynności zmierzających do uzyskania wyjaśnień, a terminie 10 dniu od wyboru oferty najkorzystniejszej wniósł odwołanie.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, który twierdził, że wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny, jako załączniki do protokołu, podlegają udostępnieniu dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, stosownie do art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Odnosząc się do tego stanowiska stwierdzić należy, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, podobnie jak wyjaśnienia treści oferty czy treści dokumentów, a także dokumenty składane na podstawie art. 26 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, nie są załącznikami do protokołu udostępnianymi dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, ale składają się na ofertę i podlegają udostępnieniu niezwłocznie po ich złożeniu. Jawność oferty od chwili jej otwarcia nie jest ograniczona do samej oferty sensu stricto w jej pierwotnym zakresie, ale dotyczy też dokumentów złożonych w terminie późniejszym, a odnoszących się do złożonego oświadczenia woli. Odwołujący zresztą musiał mieć wiedzę, że tak właśnie traktuje złożone wyjaśnienia Zamawiający, który przecież odtajnioną część wyjaśnień przekazał w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie oferty. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby do istotnego ograniczenia jawności postępowania oraz prawa wykonawców do weryfikowania prawidłowości czynności zamawiającego. Skład orzekający podziela w tym zakresie poglądy i argumentację wyrażoną m.in. w orzeczeniach Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 2523/13, KIO 257/15.

Wobec stwierdzenia, że odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego nieudostępnienia całości wyjaśnień wykonawcy Databout Sp. z o.o. podlega odrzuceniu, Izba rozpoznała zarzut ewentualny, dotyczący zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 12.1 IDW, podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).

Zgodnie z punktem 12.3 IDW sposób przedstawienia w ofercie ceny oferty określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku Nr 2 do Formularza Ofertowego. W Załączniku Nr 2 do Formularza Ofertowego należy dokonać rozbicia procentowego ceny ofertowej brutto zgodnie z podziałem dokonany przez Zamawiającego.

Stosownie do załącznika nr 2 do Formularza ofertowego cenę należało podać w podziale na poszczególne etapy, zgodnie z narzuconym przez Zamawiającego podziałem procentowym:

- Etap I – Prognozy społeczno-gospodarcze i analizy rynku usług transportowych (5%),
- Etap II – Analiza stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru. Trasowanie linii i definiowanie wariantów inwestycyjnych (15%),
- Etap III – Analizy marketingowe i ruchowe wariantów inwestycyjnych oraz Podsumowanie Fazy I (10%),
- Etap IV – Analizy techniczne wszystkich wariantów inwestycyjnych projektu, wraz z oszacowaniem kosztów (15%),
- Etap V – Analiza środowiskowa (10%),
- Etap VI – Analiza kosztów i korzyści oraz Podsumowanie Fazy II (15%),
- Etap VII - Opracowanie dokumentacji do następnych etapów realizacji projektu (opcjonalnie) (5%),
- Etap VIII - Opracowanie materiałów niezbędnych do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (opcjonalnie) (10%),
- Etap VIII a – Opracowanie Raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko (opcjonalnie) (10%),
- Etap IX – Opracowanie OPZ/PFU (opcjonalnie) (5%).

Zgodnie z § 1 pkt 9 Warunków umowy wynagrodzenie, to zryczałtowana kwota określona w Ofercie złożonej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, jako wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy, zgodnie z postanowieniami Umowy.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 6.805.540,00 zł netto, w tym wartość zamówienia podstawowego: 4.763.878,00 zł netto, wartość prawa opcji: 2.041.662,00 zł netto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- oferta Infra Centrum Doradztwa Sp. z o.o.: 4.489.500,00 zł (w tym zamówienie podstawowe: 3.142.650,00 zł) – oferta odrzucona,
- oferta Databout Sp. z o.o.: 4.603.890,00 zł (w tym zamówienie podstawowe: 3.222.723,00 zł),

– oferta Odwołującego: 8.370.814,20 zł (w tym zamówienie podstawowe: 5.859.569,94 zł).

Pismem z 13 marca 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Databout, na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Obok przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że:

*W ramach powyższego, należy wykazać adekwatność składających się na cenę ofertową czynników cenotwórczych takich jak:*

- 1) Kosztów związanych z utrzymaniem biura przez cały okres realizacji zamówienia, w tym w okresie objętym prawem opcji; koszty obsługi sekretariatu; wynajmu biura;*
- 2) Kosztów personelu – stawki miesięczne personelu;*
- 3) Innych pozostałych kosztów w tym finansowych, ubezpieczeniowych, komunikacji, amortyzacji etc.;*
- 4) Zysku.*

*A w szczególności kluczowych dla przedmiotowego zadania:*

- 1. Etap II - Analiza stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru. Trasowanie linii i definiowanie wariantów inwestycyjnych,*
- 2. Etap III - Analizy marketingowe i ruchowe wariantów inwestycyjnych,*
- 3. Etap IV - Analizy techniczne wszystkich wariantów inwestycyjnych projektu, wraz z oszacowaniem kosztów,*
- 4. Etap V - Analiza środowiskowa,*
- 5. Etap VI - Analiza kosztów i korzyści,*
- 6. Etap VIIIa - Opracowanie Raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko,*

*oraz wszelkich innych kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia w zakresie, czasie i terminach wymaganych przez Zamawiającego w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienia powinny obejmować sposób kalkulacji ceny uwzględniając: wszystkie elementy przedstawione w Ofercie.*

*Jeżeli Wykonawca przewidział korzystanie z usług podwykonawców, wówczas Zamawiający wzywa także do przedstawienia szczegółowego zakresu przekazywanych poszczególnym podwykonawcom prac, informacji dotyczących przewidywanego wynagrodzenia dla podwykonawców oraz załączenia dowodów w postaci umów zawartych z podwykonawcami. Wyjaśnienia należy złożyć wraz z uzasadnieniem dotyczącym wskazania obiektywnych czynników, które pozwoliły Wykonawcy na skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie oraz załącznikami w postaci dowodów odnośnie wysokości kosztów składających się na wycenę. Jako dowód należy rozumieć każdy dokument, opinię lub oświadczenie Wykonawcy.*

Wykonawca Databout złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający uznał za nieskutecznie zastrzeżoną treść punktu 5 wyjaśnień, o treści:

*Podsumowując powyższe zakresy prac wynikające z umowy i OPZ poniżej przedstawiono tabelarycznie składające się na cenę ofertową powyższe koszty w rozbiciu na koszty pracy, materiałów, wyjazdów, i pozostałe czynniki cenotwórcze:*

*Szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej [zł netto]*

- 1. Koszty personelu własnego 1 290 000,00*
- 2. Koszty podwykonawców 1 500 000,00*
- 3. zakupy materiałów geodezyjnych 70 000,00*
- 4. Reprodukacja dokumentacji 52 000,00*
- 5. Delegacje służbowe: przejazdy, diety, posiłki 40 000,00*
- 6. Wynajem biura, utrzymanie, sprząatanie, media 80 000,00*
- 7. Paliwo, opłaty, ubezpieczenie, serwis 50 000,00*
- 8. Telekomunikacja, poczta, kurier 10 000,00*
- 9. Polisa dedykowana 75 000,00*
- 10. Inne: wydatki nieprzewidziane, rezerwa 270 000,00*
- 11. Zysk 306 000,00 CENA OFERTOWA NETTO w PLN 3 743 000,00 zł*

*Zgodnie z tabelą powyżej, koszt polisy ubezpieczeniowej został wliczony w cenę oferty po analizie zapisów par. 16 Wzoru Umowy, w którym jest powiedziane, że ma to być polisa dedykowana. Koszt został skalkulowany samodzielnie na zasadzie proporcjonalności do innych zawartych przez naszą spółkę z PKP PLK umów na prace projektowe. W załączeniu przekazujemy dowody - kopie posiadanych polis dedykowanych dla innych kontraktów o różnej wartości i różnych sumach gwarancyjnych na podstawie których oszacowano koszt polisy dla niniejszego zamówienia.*

*Poniżej zestawienie porównawcze:*

*Koszt polisy Suma gwarancyjna Wartość umowy (brutto)*

*34 000,00zł 15mln 2 281 896,00zł*

*38 000,00zł 15mln 3 493 200,00zł*

*44 000,00zł 20mln 1 949 181,00zł*

*75 000,00zł 20mln (niniejsza Umowa) 4 603 890,00zł.*



Ponadto Zamawiający ujawnił załącznik nr 16 do wyjaśnień, w którym przedstawiono zaangażowanie personelu własnego wykonawcy, w podziale na stanowiska oraz poszczególne miesiące realizacji umowy, ze wskazaniem stawek miesięcznych brutto oraz łącznych kosztów zatrudnienia za cały okres realizacji umowy. Z zestawienia wynika, że łączny koszt personelu własnego to 1.172.814,16 zł.

Stosownie do art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze zauważenia wymaga, że nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy argumentacja zarówno Zamawiającego, jak i Odwołującego, odnosząca się do kwestii ewentualnego przeszacowania oferty Odwołującego oraz wartości zamówienia. Stwierdzić należy, że ocenie w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym podlegają wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Databout. Skoro zaistniał ustawowy obowiązek wezwania do wyjaśnień, wykonawca miał obowiązek wykazać prawidłowość ceny, a oceny tych wyjaśnień nie może zmieniać ewentualne zawiżenie ceny oferty przez Odwołującego. Prawidłowość badanej ceny ocenia się bowiem z uwzględnieniem okoliczności dotyczących wykonawcy, który tę cenę zaoferował i wskazanych przez niego w wyjaśnieniach.

Dalej stwierdzić należy, że przedmiotem orzekania Izby nie jest całokształt wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, ale ocena tych w wyjaśnieniach przez Zamawiającego w zakresie, w jakim zostało to zakwestionowane w odwołaniu i w granicach zakreślonych tam podstaw faktycznych zarzutów. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dotyczy to również sytuacji, w której Odwołujący nie zna całej treści wyjaśnień – jeśli nie udało mu się doprowadzić do ich

ujawnienia, obciąża go ryzyko związane z formułowaniem zarzutów bez znajomości treści tych wyjaśnień.

Oceniając zatem prawidłowość wyjaśnień w zakresie zakwestionowanym w odwołaniu, Izba stwierdziła, że podniesione zarzuty są niezasadne.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że wykonawca Databout nie ujął w cenie wszystkich kosztów zatrudnienia personelu biurowego na umowę o pracę. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z zapisami SIWZ, TOM II, § 9 pkt. 11. *Wykonawca lub jego podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy tj. pracowników biurowych w zakresie obsługi administracyjno-technicznej kontraktu.* Zdaniem Odwołującego koszt z tego tytułu z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę to 78 312 zł (25 miesięcy x 3.132,48 zł/miesięcznie), tymczasem z załączniku nr 16 w ogóle takiej pozycji nie ma i nie jest wykazana.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń zauważyć należy, że jedynym wymaganiem Zamawiającego w zakresie pracowników biurowych jest to, aby byli oni zatrudnieni na umowę o pracę. W postanowieniach SIWZ brak jest jakichkolwiek innych wymagań w tym zakresie. W szczególności Zamawiający nie określił minimalnego wymiaru etatu pracownika biurowego ani nie oczekiwał, że ma to być pracownik świadczący pracę wyłącznie na potrzeby przedmiotowego kontraktu. Oznacza to, że do decyzji wykonawcy zostało pozostawione, czy zatrudni on pracownika biurowego dla potrzeb tego zamówienia, czy też obsługę biurową będą pełnił pracownicy obsługujący również inne kontrakty.

Powyższe oznacza, że twierdzenia Odwołującego, jakoby w cenie oferty należało ująć wynagrodzenie z tego tytułu w kwocie co najmniej 78.312 zł nie ma oparcia w postanowieniach SIWZ. Koszty związane z zatrudnieniem pracownika biurowego są więc składnikiem ceny o znikomej istotności w porównaniu do kosztów realizacji zamówienia ogółem, a z pewnością Odwołujący nie wykazał, aby był to istotny element składowy ceny. Trudno więc uznać, aby niewyszczególnienie w kalkulacji ceny przedstawionej w punkcie 5 wyjaśnień odrębnej pozycji dotyczącej kosztów zatrudnienia pracowników biurowych mogło świadczyć o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny.

Zauważenia wymaga również, że w załączniku nr 16 do wyjaśnień, przedstawiającym koszty zatrudnienia personelu wykonawcy wykazano koszty w wysokości 1.172.814,16 zł, natomiast według kalkulacji w punkcie 5 wyjaśnień uwzględniono w cenie oferty jako koszty personelu 1.290.000,00, tj. o ponad 117 tys. zł więcej niż wynika z zestawienia dotyczącego personelu specjalistycznego, co tym bardziej wskazuje, że teza o zaoferowaniu rażąco

niskiej ceny z uwagi na nieuwzględnienie kosztów pracy pracowników biurowych jest nieuprawniona.

Dalej Odwołujący podniósł, że wykonawca Databout nie uwzględnił w cenie oferty koniecznych kosztów pracy personelu wykonawcy. Odwołujący stwierdził, że żaden z kluczowych koordynatorów nie jest uwzględniony w ramach pełnej dyspozycyjności, a więc w wymiarze pełnego etatu, a wymiary czasu pracy wskazane w załączniku nr 16 do wyjaśnień mają – zdaniem Odwołującego – świadczyć o zaniżeniu kosztów pracy tego personelu o prawie 1,5 mln zł. Odwołujący powołał się na postanowienie punktu 8.2.3.1 OPZ, zgodnie z którym: *Koordynator Projektu, Zastępca Koordynatora Projektu oraz Koordynatorzy branżowi po podpisaniu Umowy pozostaną w pełnej dyspozycji Zamawiającego. Nie dopuszcza się do łączenia funkcji Koordynatorów branżowych przez jedną osobę. Pracę poszczególnych Koordynatorów branżowych oraz Ekspertów reguluje i uzgadnia Koordynator branży torowej. Dopuszcza się pełnienie przez jedną osobę funkcji Koordynatora Projektu i jednego Koordynatora branżowego.*

Odwołujący, interpretując określenie „pozostawanie w pełnej dyspozycji Zamawiającego” wyprowadził z niego nieuprawniony – zdaniem Izby – wniosek, jakoby każdy z członków personelu kluczowego musiał być zatrudniony na pełny etat. Teza ta nie ma oparcia w postanowieniach SIWZ.

Po pierwsze zauważenia wymaga, że brak jest w postanowieniach SIWZ postanowień zobowiązujących do zatrudnienia personelu kluczowego na podstawie umowy o pracę, Zamawiający nie określił też minimalnego wymiaru czasu pracy, wskazał jedynie, że osoby te *po podpisaniu Umowy pozostaną w pełnej dyspozycji Zamawiającego*. Odwołujący interpretuje powyższe sformułowanie przez pryzmat przepisów Kodeksu pracy, stwierdzając, że czasem pracy jest czas, w którym pracownik pozostaje w dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy, co ma oznaczać, że pełna dyspozycyjność jest równoznaczna z zatrudnieniem w wymiarze pełnego etatu. Stwierdzić jednak należy, że skoro Zamawiający nie wymaga zatrudnienia na umowę o pracę i nie wskazuje wymaganego czasu pracy, prezentowana przez Odwołującego interpretacja jest nieuprawniona. Gdyby intencją Zamawiającego było, aby każdy z członków personelu wykonywał swoje obowiązki w pełnym wymiarze czasu pracy, to zapisałby takie wymaganie wprost w SIWZ. W tych okolicznościach sformułowanie *pozostaną w pełnej dyspozycji Zamawiającego* należy rozumieć jako pozostawanie w takiej dyspozycji, która umożliwi właściwe i zgodne z harmonogramem zrealizowanie wszystkich obowiązków i stawianie się na wezwanie w razie konieczności. Zatem to zadaniem wykonawcy jest tak oszacować czas wykonywania zadań przez swój personel, aby zapewniał on pełną i terminową realizację wszystkich obowiązków.

Prezentowana przez Odwołującego interpretacja pozostawania w pełnej dyspozycyjności nie tylko nie ma oparcia w literalnym brzmieniu SIWZ, ale trudno ją też uznać za uzasadnioną pod względem celowościowym. Zauważyć bowiem należy, że z uwagi na planowany przebieg prac dysponowanie personelem kluczowym w pełnym wymiarze czasu pracy przez cały okres realizacji zamówienia jest zbędne. Jak bowiem słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, najdłuższy etap to 140 dni kalendarzowych (niecałe 5 miesięcy), zatem trudno uznać za uzasadnione, że przez 25 miesięcy Koordynatorzy będą w dyspozycji odpowiadającej pełnemu wymiarowi czasu pracy, pomimo zrealizowania Etapów, za które są odpowiedzialni. Zauważenia wymaga również, że Zamawiający dopuścił w OPZ pełnienie przez jedną osobę funkcji Koordynatora Projektu i jednego Koordynatora branżowego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że niezasadne jest twierdzenie, iż o rażąco niskiej cenie oferty Databout świadczy nieuwzględnienie kosztów pracy członków personelu kluczowego w wymiarze pełnego etatu.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń Odwołującego podniesionych w piśmie procesowym z 1 września 2020 r., stwierdzić należy, że stanowią one w znacznej mierze niedopuszczalne rozszerzenie podstaw faktycznych zarzutu. Zauważyć należy, że zarzut sformułowany w odwołaniu opierał się na twierdzeniu, że zgodnie z SIWZ personel kluczowy powinien być zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy i koszty takiego czasu pracy powinny być uwzględnione w cenie oferty. W odwołaniu nie wskazano – jako okoliczności, z których Odwołujący wywodzi zarzuty – tego, że niepełny wymiar czasu pracy nie umożliwi realizacji nałożonych zadań. Dopiero w piśmie procesowym Odwołujący podniósł i próbował wykazać, że wymiar czasu pracy przyjęty przez wykonawcę Databout jest niewystarczający do tego, aby przygotować dokumentację objętą przedmiotem zamówienia. Jest to więc wywodzenie zarzutu z innej okoliczności faktycznej niż wskazana w odwołaniu, gdyż tą okolicznością było wyłącznie rzekome wymaganie przez Zamawiającego zatrudnienia w wymiarze pełnego etatu. Biorąc pod uwagę, że zarzuty odwołania, w tym okoliczności faktyczne będące ich podstawą muszą być sformułowane i sprecyzowane w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania (art. 180 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), twierdzenia Odwołującego o niemożliwości wykonania zadań w wymiarze czasu pracy przyjętym przez wykonawcę Databout należy uznać za spóźnione.

Ostatnią kwestią podniesioną przez Odwołującego jest brak podania w wyjaśnieniach kosztów wykonania poszczególnych etapów zamówienia. Odwołujący podniósł, że wykonawca Databout wbrew treści wezwania do wyjaśnień nie wyszczególnił kosztów na poszczególne etapy realizacji zamówienia. Odnosząc się do tego twierdzenia wskazać należy, że z treści wezwania do wyjaśnień wynika, że należy wykazać adekwatność

składających się na cenę ofertową czynników cenotwórczych w szczególności dla kluczowych etapów. W ocenie Izby przypisanie poszczególnych czynników cenotwórczych do etapów byłoby o tyle problematyczne, że to Zamawiający narzucił podział procentowy ceny ofertowej na poszczególne etapy zamówienia. Zamawiający określił sposób obliczenia ceny w odniesieniu do ceny ofertowej (ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia) – w punkcie 12.1 IDW wymagał, aby cena ofertowa uwzględniała wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmowała wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu. Zamawiający nie wskazał sposobu obliczenia ceny poszczególnych etapów i nie określił w tym zakresie wiążących wytycznych, poza podziałem procentowym ceny na poszczególne etapy. Załącznik nr 2 do Formularza Ofertowego określa jedynie – jak stanowi IDW – sposób przedstawienia w ofercie ceny oferty, z uwzględnieniem procentowych wartości poszczególnych etapów.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach wskazano kwotę podwykonawstwa w wysokości 1.500.000 zł, a etap IV, w którym to podwykonawstwo jest przewidziane (geologia i geodezja) został wyceniony w ofercie na kwotę 561.450,00 zł netto. Również w tym zakresie należy wskazać, że przy takiej konstrukcji ceny ofertowej, jak opisana powyżej (określenie sposobu obliczenia ceny całej oferty, prezentacja ceny w rozbiciu na etapy o wartości procentowej narzuconej przez Zamawiającego), istotne jest to, że kwota przewidziana na koszty podwykonawstwa znajduje pokrycie w zaoferowanej cenie za obowiązkowe Etapy I-VI (łącznie 70% ceny ofertowej).

W tej sytuacji nie ma podstaw do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez wykonawcę Databout – z powodów wskazanych w odwołaniu – ma charakter ceny rażąco niskiej.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....