

Sygn. akt: KIO 686/17

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Sp. z o.o. z siedzibą w W., G. P. S. z siedzibą w M.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **G. D. D. K. i A. Oddział w W.,**

przy udziale wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., B. U. I. C. & H. Sp. j. z siedzibą w Ł.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. P. Sp. z o.o., B. U. I. C. & H. Sp. j., ujawnienie złożonych przez ww. wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny złożonych 20 września 2016 r. i z 7 marca 2017 r. oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża G. D. D. K. i A. Oddział w W. i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od G. D. D. K. i A. Oddział w W. na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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

Zamawiający – G. D. D. K. i A. Oddział w W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa węzła „L.” na przecięciu dróg ekspresowych S. i S. do autostrady A. wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi” (Kontrakt 1) i „Projekt i budowa drogi ekspresowej S. na odcinku węzeł „Z.” (z węzłem) - węzeł „L.” (bez węzła) o długości około 2,5 km”(Kontrakt 2).*

W dniu 7 kwietnia 2017 r. Konsorcjum: T. Sp. z o.o., G. P. S. wniosło odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum M. P. Sp. z o.o., B. U. I. C. & H. Sp. j. i zaniechania odrzucenia tej oferty, a także wobec zaniechania ujawnienia złożonych przez ww. Konsorcjum wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 i art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum M. nie złożyło wyjaśnień, które obalibyby domniemanie rażąco niskiej ceny, a Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień z naruszeniem przepisów ustawy. Ponadto Konsorcjum nie uzasadniło w sposób należyty zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że już 20 stycznia 2017 r. zwracał uwagę Zamawiającemu na sprzeczność pomiędzy treścią oferty ww. wykonawcy a SIWZ, o której to sprzeczności Odwołujący powziął wiedzę podczas rozprawy w dniu 19 stycznia 2017 r. Zamawiający nie odpowiedział na pismo, a jednocześnie zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum M.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum M. nie zostały mu udostępnione Odwołującemu, jednakże samo Konsorcjum M. ujawniło szereg informacji zawartych w tych wyjaśnieniach – najpierw w treści odwołania z 29 grudnia 2016 r., a następnie w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 19 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2485/16). Konsorcjum M. wskazało w wyjaśnieniach, że członkowie Personelu Kluczowego: Technolog oraz Specjalista ds. rozliczeń nie będą zaangażowani w realizację przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia w pełnym wymiarze. Takie samo oświadczenie zostało złożone przez Pełnomocnika Konsorcjum M. w toku rozprawy przed KIO. Pełnomocnik Konsorcjum stwierdził, że nie ma konieczności ani

potrzeby angażowania w pełnym wymiarze czasu na etapie projektowania robot takich członków personelu jak technolog czy specjalista ds. rozliczeń, co generuje tylko niepotrzebne koszty dla wykonawcy, dając jednocześnie do zrozumienia, że kalkulacja zawarta w wyjaśnieniach opiera się na zupełnie innych założeniach, niż wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący podniósł, że w związku z tym treść oferty Konsorcjum M. jest sprzeczna z treścią SIWZ. Wskazał, że Zamawiający określił w §10 Projektu wymaganie, aby Personel Kluczowy (Inżynier Kontraktu i Inżynier Rezydent, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalista ds. Rozliczeń oraz Technolog) pełnił obowiązek co najmniej 5 dni w tygodniu. Z kolei w § 10 ust. 15 Umowy wskazano, że Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Eksperti zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy nie będą w okresie trwania umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej. Możliwe jest podjęcie takich innych zajęć zarobkowych tylko o ile Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę, przy czym jednocześnie wskazano, że Zamawiający nie wyrazi zgody, jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków przewidzianych w Umowie lub spowoduje wystąpienie konfliktu interesów. Ponadto Odwołujący przywołał pytanie nr 1 do SIWZ i odpowiedź Zamawiającego z 20 czerwca 2016 r.:

Pytanie nr 1: Zwracamy się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, jak należy rozumieć zapisy §10 Warunków Umowy udostępnionych przez Zamawiającego dla wskazanego wyżej przetargu. W §10 ust. 2 wzoru Umowy Zamawiający wymaga, aby Personel Kluczowy (Inżynier Kontraktu i Inżynier Rezydent, Główny Inspektor Nadzoru specjalności Inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności mostowej, Specjalista ds. rozliczeń oraz Technolog) pełnił obowiązki co najmniej 5 dni w tygodniu. Czy powyższe wymaganie dotyczy wszystkich okresów realizacji umowy wymienionych w § 3 ust. 1 Umowy tj. Okresu projektowania, Okresu wykonywania robót w toku realizacji Kontraktu oraz Okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu?

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian. W §10 ust 2 Umowy (projekt) Zamawiający wymaga, aby Personel Kluczowy (Inżynier Kontraktu i Inżynier Rezydent, Główny Inspektor Nadzoru specjalności Inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności mostowej, Specjalista ds. rozliczeń oraz Technolog) pełnił obowiązki co najmniej 5 dni w tygodniu w każdym etapie procesu inwestycyjnego, wymienionego w §3 terminy realizacji Umowy ust 1, z uwzględnieniem zapisów §12 Ogólne obowiązki Konsultanta ust. 13.

Odwołujący podniósł, że powyższa odpowiedź nie została zaskarżona przez żadnego z wykonawców, a zatem stała się wiążące także dla Konsorcjum M. Tym samym Konsorcjum M. nie było uprawnione do wskazania w złożonych wyjaśnieniach, że Technolog oraz Specjalista ds. Rozliczeń będą w pierwszym etapie realizacji umowy dostępni w mniejszym wymiarze, niż co najmniej przez 5 dni w tygodniu. Zarówno § 10 ust. 2 Umowy, jak i ww. wyjaśnienia wyraźnie wskazują, że zarówno Technolog jak i Specjalista ds. rozliczeń muszą być przez cały okres realizacji umowy zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy, co z kolei musi być ujęte w kalkulacji ceny w wymiarze co najmniej pełnego etatu. Jednocześnie z § 10 ust. 15 Umowy wynika, że Zamawiający wprost wskazał, że zgoda na inne zatrudnienie będzie wyjątkiem, a nie zasadą, zatem żaden wykonawca sporządzając ofertę nie mógł założyć, że otrzyma zgodę na dodatkowe zatrudnienie i w związku z tym może niektórych specjalistów na potrzeby tego kontraktu zatrudnić w niepełnym wymiarze czasu pracy. Powyższe świadczy – zdaniem Odwołującego – o niezgodności oferty Konsorcjum M. z treścią SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że powyższe podstawy faktyczne i prawne nie zostały wskazane przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum M., a zatem Krajowa Izba Odwoławcza nie wypowiedała się odnośnie tych podstaw odrzucenia w wyroku KIO 2485/16. W toku dokonywania ponownej ocen Zamawiający zobowiązany był wziąć pod uwagę wskazane powyżej podstawy faktyczne i odrzucenia oferty.

Dalej Odwołujący podniósł nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa obu złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Podniósł, że Konsorcjum M. dwukrotnie składało wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp – w dniu 20 września 2016 r i 7 marca 2017 r. Wyjaśnienia te nie zostały udostępnione Odwołującemu. Fakt dokonania czynności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy wynika tylko z treści wyjaśnień z 20 września 2016 r., gdzie znajduje się treść zastrzeżenia. Wyjaśnienia z 7 marca 2017 r. nie zawierają w ogóle takiego zastrzeżenia, a w każdym razie nie udostępniono Odwołującemu treści takiego zastrzeżenia wraz z uzasadnieniem. Już sama ta okoliczność wskazuje, że Konsorcjum M. nie zastrzegło skutecznie jawności wyjaśnień z dnia 7 marca 2017 r. Z kolei uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z 20 września 2016 r. nie wykazuje ziszczenia się wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum M. w ogóle nie odniosło się do przesłanki podjęcia działań niezbędnych w celu zachowania poufności informacji oraz nie wykazało, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie były uprzednio ujawnione do wiadomości publicznej. Już ten brak uzasadnienia wykazuje, że nie doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach. A zatem Zamawiający, dokonując oceny zasadności

zastrzeżenia złożonych wyjaśnień, powinien zauważyć ww. braki, co z kolei powinno skutkować udostępnieniem obu złożonych dokumentów wyjaśnień Odwołującemu.

Odwołujący podkreślił, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokument, zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Takie części pism, jak cytowanie poglądów orzecznictwa czy doktryny, ogólne informacje o danym wykonawcy czy też ogólne informacje o rynku usług nadzoru i inne podobne zawsze powinny być udostępnione.

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum M. nie wykazało, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą czy też, że są informacjami organizacyjnymi jego przedsiębiorstwa. Uzasadnienie pierwszych wyjaśnień jest ogólnikowe i w ogóle nie odnosi się do treści konkretnej oferty złożonej w tym postępowaniu. Przykładowo:

- uzasadnienie odnosi się do „relacji z podwykonawcami”, podczas gdy Konsorcjum M. wskazało w pkt 7 Formularza Ofertowego, że zamówienie zrealizuje bez udziału podwykonawców;
- Konsorcjum wskazało, że co najmniej część personelu (11 osób) zatrudni na umowę o prac, jednakże w uzasadnieniu nie ma ani jednego słowa odnośnie pracowników, polityki personalnej, itp.;
- w uzasadnieniu podano, że wyjaśnienia zawierają wskazanie „źródła zaopatrzenia”, podczas gdy zamówienie nie obejmuje dostarczenia żadnych towarów, zatem nie może być mowy o zaopatrzeniu.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie odnosi się do kwestii, które w kalkulacji ceny nie zaistniały, a jednocześnie brak jest w nim wskazania na kwestie istotne dla kalkulacji ceny. Wobec powyższego Konsorcjum nie spełniło wymagań skutecznego zastrzeżenia treści wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający bezkrytycznie uznał skuteczność tego zastrzeżenia, nie badając, czy zostały spełnione ustawowe wymagania.

Dalej Odwołujący podniósł, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum M. z uwagi na rażąco niską cenę może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej, a Odwołujący wniósł o jego nierozpatrywanie (jako przedwczesnego) w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut dotyczący nieujawnienia wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że argumentację dotyczącą rażąco niskiej ceny wskazuje jedynie z ostrożności procesowej.

Odwołujący podniósł, że opierając się innych pismach składanych przez Konsorcjum M. oraz oświadczeniach złożonych w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą

można przyjąć, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Konsorcjum M. nie wskazało w wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny. Ujawniona przez samo Konsorcjum M. treść wyjaśnień wskazuje, że w cenie oferty nie ujęto kosztów wynagrodzenia Technologa oraz Specjalisty ds. Rozliczeń z tytułu pracy w pełnym wymiarze przez cały okres realizacji zamówienia, co świadczy o rażąco niskiej cenie.

Odwołujący przedstawił zestawienie podziału kosztów personalnych (samyh pensji) w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz do średniej krajowej w okresie realizacji dokumentacji projektowej. Uwzględniając minimalne wynagrodzenie za pracę w roku 2017 w wysokości 2.000 PLN brutto, koszty jakie ponosi pracodawca z tytułu zatrudnienia pracownika wynoszą 2.412 20 PLN miesięcznie.

Zespół koordynujący				
Ekspertsi kluczowi dla Zadania 1, zestawienie stawek według minimum socjalnego:				
Inżynier Kontraktu	m-c	12	2.412,00	28.944,00
Inżynier Rezydent 1	m-c	12	2.412,00	28.944,00
Specjalista ds. rozliczeń 1	m-c	12	2.412,00	28.944,00
Specjalista ds. roszczeń	m-c	12	2.412,00	28.944,00
Technolog	m-c	12	2.412,00	28.944,00
Główny weryfikator DP drogowej	m-c	12	2.412,00	28.944,00
Główny weryfikator DP mostowej	m-c	12	2.412,00	28.944,00
Główny IN robot drogowych 1	m-c	12	2.412,00	28.944,00
Główny IN robot mostowych 1	m-c	12	2.412,00	28.944,00
				Wartość netto 260 496,00

Odwołujący wskazał, że koszty zatrudnienia wyłącznie personelu głównego na podstawie umów o pracę z minimalną dopuszczoną przez prawo wysokością wynagrodzenia konsumuje aż 46% kwoty przeznaczonej do realizacji etapu projektowego. Dodatkowo nie jest możliwe zatrudnienie wysoko wyspecjalizowanego personelu spełniającego wymagania stawiane przez Zamawiającego za wynagrodzenie w wysokości 2.000 zł brutto. Wynagrodzenie, jakie otrzymałby na rękę Inżynier Kontraktu czy Technolog, wynosi 1.459,48 zł miesięcznie. Obecnie żaden specjalista spełniający warunki określone w SIWZ nie podejmuje pracy w zamian za takie stawki wynagrodzenia. Zdaniem Odwołującego przedmiotowi specjaliści muszą otrzymywać wynagrodzenie w wysokości co najmniej

średniej krajowej, tj. 4.635 zł, przy której koszt pracodawcy 5.590 zł. Zatrudnienie tych osób to koszt 603.720,00 zł rocznie. Tymczasem kwota przewidziana przez Konsorcjum M. za realizację etapu projektowania to 570.000 zł.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że Konsorcjum M. składało wyjaśnienia dwukrotnie, co samo w sobie stanowi naruszenie przepisów ustawy. Zamawiający oceniając, czy dany wykonawca obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, powinien oceniać przede wszystkim pierwsze złożone wyjaśnienia i pomijać wszelkie nowe okoliczności, które pojawiają się w dalszych wyjaśnieniach. O ile bowiem dopuszczalne jest ponowne wzywanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, to jedynie w przypadku, gdy wezwanie to obejmuje okoliczności nowe, o które Zamawiający uprzednio nie pytał, a konieczność wyjaśnienia których pojawiła się dopiero po zapoznaniu się z treścią pierwszych wyjaśnień. Zatem Zamawiający był uprawniony do wzywania do kolejnych wyjaśnień wyłącznie w zakresie doszczegółowienia treści, która już znalazła się w pierwszych wyjaśnieniach, nie mógł jednak wzywać ponownie do złożenia wyjaśnień w zakresie, który już uprzednio był przedmiotem wyjaśnień. Powyższe skutkuje tym, że tylko pierwsze wyjaśnienia powinny być oceniane, gdyż każdy wykonawca zobowiązany jest wskazać wszystkie czynniki wpływające na zaoferowanie danej ceny ofertowej już w pierwszych wyjaśnieniach. Tymczasem Zamawiający w pierwszym wezwaniu wyraźnie sformułował pytania w zakresie szacowania ceny oferty dla pozycji 2.1. i 3.1. Formularza Ofertowego, tj. okresu projektowania odpowiednio dla Kontraktu 1 i Kontraktu 2. W szczególności Zamawiający wymagał podania kosztów w podziale na miesiące realizacji usługi z uwzględnieniem faktu zatrudnienia specjalistów na umowę o pracę, przy jednoczesnym wskazaniu, że nie jest możliwe, aby specjaliści podejmowali inne zajęcia zarobkowe. Drugie wezwanie nie dotyczyło kwestii nowych, ale tych samych, o które Zamawiający już uprzednio pytał. Całość ponownego wezwania dotyczy sposobu kalkulacji ceny w okresie projektowania, a treść drugiego wezwania wskazuje, że Zamawiający negatywnie ocenił pierwsze złożone wyjaśnienia (*W ocenie Zamawiającego przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie są wystarczająco szczegółowe i nie wyjaśniają jednoznacznie, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny i pozostawiają wątpliwości, co do zgodności oferty z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia*). Powyższa treść kolejnego wezwania nie pozostawia wątpliwości, że złożone przez Konsorcjum pierwsze wyjaśnienia nawet w ocenie Zamawiającego nie obejmują informacji dotyczących określonych elementów oferty, do złożenia których to wyjaśnień Zamawiający wzywał już uprzednio. Sama treść drugiego wezwania potwierdza także fakt, że nie chodziło w nich o uszczegółowienie lub doprecyzowanie wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum M., lecz że Zamawiający wzywał

do udzielenia wymaganych informacji, które nie zostały zawarte w pierwszych wyjaśnieniach. Ponadto Odwołujący podkreślił, że pierwsze wyjaśnienia obejmowały 8 stron, podczas gdy drugie wyjaśnienia już 38 stron, z czego 16 stron to treść samego dokumentu wyjaśnień, zaś strony 17-38 to załączniki. Zdaniem Odwołującego wskazuje to, że pierwsze wyjaśnienia są ogólne, nie poparte dowodami, itp. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum M. właściwie wyjaśnienia złożyło dopiero w odpowiedzi na drugie wezwanie, pomijając w pierwszych wyjaśnieniach istotne kwestie, które powinny się tam znaleźć.

Odwołujący podniósł również, że Konsorcjum M. nie ujęło w swojej ofercie, a następnie nie wykazało w wyjaśnieniach, wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach Konsorcjum M. nie uwzględniło w cenie oferty następujących składników cenowych:

- odpowiedniego czasowego zaangażowania personelu wymaganego zgodnie z SIWZ,
- kosztów związanych z zatrudnieniem personelu biurowego i pomocniczego zgodnie z wymaganiami SIWZ, cz. 1 IDW pkt. 2.1 (Dla okresu wykonywania robót budowlanych min 2 osoby, np.: sekretariat; obsługa techniczno-administracyjna itp. Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osoby; np.: sekretariat, obsługa techniczno-administracyjna itp.).

Stawki wskazane w przedmiotowych pozycjach przez Konsorcjum M. nie pokrywają nawet kosztów minimalnego zatrudnienia na umowę o pracę.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum M. nie sprostало ciężącemu na nim obowiązкови wykazania wszystkich tych elementów, zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne, ogólnikowe oraz sprzeczne z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum M. oraz ujawnienia złożonych przez to Konsorcjum wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania potencjałem kadrowym, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone (pkt 7.2.3 lit. b IDW), w tym:

- osobą proponowaną do pełnienia funkcji Specjalista ds. rozliczeń, wymagana liczba osób: 2 (dla Kontraktu 1 – 1 osoba, dla Kontraktu 2 – 1 osoba), doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń przy rozliczaniu 1 zadania obejmującego roboty budowlane w ramach inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 130 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.
- osobą proponowaną do pełnienia funkcji Technolog, wymagana liczba osób: 2 (dla Kontraktu 1 – 1 osoba, dla Kontraktu 2 – 1 osoba), doświadczenie zawodowe: doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. S, które dotyczyło budowy lub przebudowy dróg lub ulic z nawierzchnią z betonu cementowego, w okresie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Główny Technolog lub Technolog lub Inspektor Nadzoru ds. materiałowych lub Główny Specjalista ds. technologii i materiałów lub Kierownik Laboratorium lub Naczelnik Wydziału Technologii.

W punkcie 14.1. IDW (Kryterium „Zatrudnienie na umowę o pracę”) Zamawiający określił jako jedno z kryteriów oceny ofert zatrudnienie na umowę o pracę (o wadze 10%). Zgodnie z punktem 14.4 IDW, w ramach tego kryterium punkty zostaną przyznane w przypadku, gdy wykonawca zadeklaruje, że zatrudni na podstawie umowy o pracę na pełny etat personel przeznaczony do pełnienia następujących funkcji: Inżynier Kontraktu, Inżynier Rezydent, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalista do spraw rozliczeń, Technolog.

Zgodnie z § 10 ust. 2 Istotnych dla stron postanowień umowy (Tom II SIWZ), Zamawiający wymaga, aby Personel Kluczowy (Inżynier Kontraktu i Inżynier Rezydent, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalista ds. rozliczeń oraz Technolog) pełnił obowiązki co najmniej 5 dni w tygodniu. W § 10 ust. 15 Zamawiający zamieścił następujące postanowienie: *Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Ekspertzi zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem innych Ekspertów, których planowany czas pracy określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu, nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy*

podejmowali innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. Zamawiający nie wyrazi zgody, o której mowa powyżej, jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków przewidzianych w Umowie lub spowoduje wystąpienie konfliktu interesów.

W odniesieniu do personelu biurowego i pomocniczego Zamawiający postanowił w pkt. 2.1 OPZ, że w celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni personel biurowy (dla okresu projektowania min. 1 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno-administracyjna itp., dla okresu wykonywania robót budowlanych min 2 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno-administracyjna itp., dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno-administracyjna itp.) oraz personel pomocniczy (dla okresu projektowania min. 1 osoby, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi, dla okresu wykonywania robót budowlanych min. 3 osób, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi, dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min. 1 osoby, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi). Zgodnie § 12 ust. 2 projektu umowy, wszystkie osoby tworzące Personel biurowy i Personel pomocniczy, przez cały okres realizacji Usługi będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu.

Wartość szacunkowa zamówienia podstawowego została określona na kwotę 12.245.452,93 zł netto. Podana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 15.061.907,10 zł brutto. W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) 11.997.051,00 zł,
- 2) 9.333.240,00 zł,
- 3) 11.049.090,00 zł,
- 4) 18.348.217,50 zł,
- 5) 13.805.385,93 zł,
- 6) 14.891.548,50 zł,
- 7) 9.959.802,00 zł (oferta Przystępującego),
- 8) 12.786.466,29 zł,
- 9) 10.603.061,25 zł,
- 10) 10.465.147,50 zł,
- 11) 23.431.044,90 zł.

Przystępujący w pkt. 2 Formularza cenowego (Usługi nadzoru i zarządzanie – Kontrakt 1) poz. 2.1. okres projektowania podał kwotę 570.000,00 zł. Taką samą kwotę Przystępujący podał w odniesieniu do Kontraktu 2 (poz. 3.1 Formularza). W odniesieniu do

personelu biurowego Przystępujący (poz. 1.3.1 – Kontrakt, poz. 1.3.2 – Kontrakt 2) określił cenę jednostkową netto kosztów pracy na kwotę 3.600,00 zł dla każdego z kontraktów, co daje wartość 140.400,00 zł w przypadku Kontraktu 1 i 144.000,00 zł w przypadku Kontraktu 2. Przystępujący zadeklarował w ofercie zatrudnienie personelu kluczowego na podstawie umowy o pracę (str. 8 oferty).

Przystępujący podał w Formularzu cenowym cenę jednostkową netto za pracę personelu biurowego w kwocie 3.600 zł dla Kontraktu 1 i 3.600 zł dla Kontraktu 2, natomiast za pracę personelu pomocniczego w kwocie 3.200 zł dla Kontraktu 1 i 3.200 zł dla Kontraktu 2.

Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wezwał m.in. do wyjaśnienia, jakie założenie przyjął Przystępujący w zakresie zatrudnienia Personelu Konsultanta w okresie projektowania, w tym, czy i jaki personel będzie podejmował inne zajęcia zarobkowe w okresie świadczenia usługi oraz czy oferta uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem na umowę o pracę, np. koszty zastępstw podczas nieobecności pracowników lub ich urlopów, koszty pozapłacowe, itp. Zamawiający zażądał przedłożenia rozbicia ceny ryczałtowej w podziale na miesiące realizacji usługi z uwzględnieniem elementów składowych, tj. koszty poszczególnego personelu z uwzględnieniem zatrudnienia wszystkich deklarowanych osób na umowę o pracę.

W dniu 20 września 2016 r. do Zamawiającego wpłynęły wyjaśnienia Przystępującego, z zastrzeżeniem ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadniając to zastrzeżenie Przystępujący przytoczył treść art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przywołał wyrok Sądu Antymonopolowego stwierdzający możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o źródłach zaopatrzenia i zbytu oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzający taką możliwość w odniesieniu do kalkulacji ceny. Przystępujący oświadczył, że *pismo zawiera informacje dotyczące relacji handlowych wykonawcy, w tym źródłach jego zaopatrzenia oraz sposobu kalkulacji ceny, co wypełnia skonstruowaną w wyżej cytowanych orzeczeniach definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść relacji handlowych z podwykonawcami stanowi niewątpliwie istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą. Podobnie należy ocenić okoliczności związane z warunkami wykonywania zamówienia, metodami wykonywania zamówienia, przyjętymi przez wykonawcę rozwiązaniami technicznymi oraz planowanymi kosztami zamówienia (co w sumie składa się na sposób kalkulacji ceny oferty). Z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów wynikają szczegółowe warunki realizacji zamówienia, które w sposób oczywisty nie powinny być ujawnione konkurentom wykonawcy. W tym celu w każdym przypadku, gdy*

zaistnieje konieczność ich przedłożenia podmiotom trzecim wykonawca zastrzega je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego, niewątpliwie sposób kalkulacji ceny oferty, czynniki i przewagi wykonawcy umożliwiające mu zaoferowanie konkurencyjnej ceny, a także sam fakt nawiązania relacji pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcami, jej treść i wszelkie związane z nią informacje wypełniają cytowaną na wstępie definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do zatrudnienia personelu kluczowego w okresie projektowania Przystępujący przedstawił w załączeniu uproszczoną wersję HPPK dla okresu projektowania i wskazał, że zaangażowanie czasowe poszczególnych osób wykazane jest za pomocą wysokości stawek, przy czym następujący personel będzie pracował w wymiarze czasowym nie większym niż 50% wymiaru czasowego pracy Inżyniera Rezydenta: specjalista ds. rozliczeń, technolog oraz weryfikatorzy dokumentacji projektowej branż – kolejowej, architektonicznej/ konstrukcyjno-budowlanej/ wyburzeniowej, telekomunikacyjnej, elektrycznej/elektroenergetycznej, ciepłej/ wentylacyjnej/gazowej/ wodociągowej/ kanalizacyjnej. Ten personel będzie mógł podejmować inne od pracy na niniejszym kontrakcie zajęcia zarobkowe. Wyjaśnił, że sposób wyceny dopuszcza zatrudnianie powyższych osób w niepełnym miesięcznym wymiarze dniówek. W przypadku osób zatrudnionych – zgodnie z deklaracją złożoną wraz z ofertą, na umowę o pracę – wycena przygotowana została z uwzględnieniem wszystkich kosztów związanych z taką formą zatrudnienia. Powołał się na własne doświadczenie, które pozwala przyjąć założenie, że wymiar czasu pracy osób związanych z rozliczeniami oraz materiałami/technologią może być znacząco zredukowany na etapie projektowania, względem pełnego etatu. Przystępujący przedstawił wraz z wyjaśnieniami wydruki korespondencji mailowej dotyczące kosztów działań promocyjnych, umowę na wykonanie strony internetowej dotyczącej kontraktu Projekt i budowa obwodnicy m. S. w ciągu drogi S., kopię faktury od home.pl, kopię faktury za Internet, korespondencję mailowa dotycząca ubezpieczenia nieruchomości, fakturę z 28 grudnia 2015 r. za zakup mebli biurowych.

Pismem z 28 lutego 2017 r. Zamawiający po raz drugi wezwał Przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, co Przystępujący miał na myśli formułując w załączniku do wyjaśnień w wierszach od 2.5 do 2.8 oświadczenie „umowa o pracę zgodnie z ofertą/połowa czasu pracy Inż. Rez. w okresie projektowania”. Zamawiający zażądał również wyjaśnienia sposobu wyceny oraz wskazania, czy i w jaki sposób oferta uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem w okresie projektowania na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu prac specjalisty ds. rozliczeń oraz technologa.

Pismem z 6 marca 2017 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając takie samo uzasadnienie objęcia tajemnicą jak w przypadku pierwszych wyjaśnień. Wykonawca wyjaśnił, że osoby wskazane w Formularzu 2.3 załączonym do oferty, stanowiące personel kluczowy Konsultanta, będą zatrudnione w ramach umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu. Ww. osoby nie będą podejmowały w okresie realizacji Kontraktu żadnej dodatkowej pracy zarobkowej poza wykonywaną na rzecz wykonawcy jako pracodawcy, przy czym wykonawca kalkulując cenę oferty założył, że obciążenie kontraktu kosztami zatrudnienia technologa i specjalisty ds. rozliczeń będzie wynosiło w okresie projektowania 50% ustalonego wynagrodzenia tych osób z tytułu umowy o pracę, wraz ze wszystkimi kosztami pracy ponoszonymi przez pracodawcę. Ww. osoby, zatrudnione na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy będą świadczyły pracę w ramach Kontraktu przez co najmniej pięć dni w tygodniu, przy założeniu poczynionym do kalkulacji, że zaangażowanie czasowe tych osób przy realizacji kontraktu będzie równe ogólnej liczbie godziny stanowiących połowę czasu pracy Inżyniera Rezydenta. Założenia do kalkulacji ceny zostały poczynione przy uwzględnieniu postanowienia § 10 ust. 15 Kontraktu, tj. przy założeniu, że Zamawiający wyrazi zgodę na podjęcie przez te osoby innych zajęć zarobkowych w okresie projektowania. Przystępujący poinformował, że uwzględnił ryzyko niewyrażenia zgody przez Zamawiającego, w kalkulował ewentualną konieczność poniesienia kosztów związanych z taką sytuacją, ujmując je w ramach rezerwy na nieprzewidziane wydatki.

Izba 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.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 20 kwietnia 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych sprzed zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, według którego zarzuty odwołania są częściowo spóźnione oraz że zarzut dotyczący niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie mógł być podniesiony, jako objęty wyrokiem Izby z 19 stycznia 2017 r.

(sygn. akt KIO 2485/16). Podkreślenia wymaga, że w dniu 19 grudnia 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a oferta Przystępującego została odrzucona jako niezgodna z punktem 14.4 SIWZ. Niezasadne jest więc stanowisko Przystępującego, że Odwołujący – będąc wykonawcą, którego oferta została wybrana – powinien wnieść odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na jej niezgodność z innymi postanowieniami SIWZ czy też ze względu na zaferowanie rażąco niskiej ceny, jak również wobec nieujawnienia treści wyjaśnień Przystępującego z 20 września 2016 r. Wykonawca, którego oferta została wybrana, nie mógł skutecznie wnieść odwołania – zostałoby ono oddalone ze względu na brak legitymacji do wniesienia odwołania. Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku czysto hipotetycznych przyszłych czynności Zamawiającego, które nie zostały wykonane i nie wiadomo czy w ogóle nastąpią, a jeśli tak – będą one nowymi czynnościami, od których będzie przysługiwać prawo wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 ustawy Pzp. Na marginesie wskazać należy, wykonawca taki nie byłby też w stanie wykazać wpływu ewentualnego naruszenia przepisów na wynik postępowania (co zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp jest warunkiem uwzględnienia odwołania), zasadność podniesionych zarzutów nie zmieniałby bowiem wyniku przetargu. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Odwołujący nie mógł skutecznie wnieść odwołania po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, zarówno wobec nieodrzuconia oferty Przystępującego na dodatkowych podstawach, jak i wobec zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących ceny, a dopiero wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej był czynnością, od której należało liczyć termin na wniesienie odwołania. W związku z powyższym również bez znaczenia dla terminowości podniesienia zarzutów pozostaje data przekazania Odwołującemu informacji o zastrzeżeniu pierwszych wyjaśnień, tj. 30 grudnia 2016 r. – w tej dacie Odwołujący nie miał bowiem legitymacji do wniesienia odwołania.

Nie sposób też zgodzić się ze stanowiskiem, że zgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ została przesądzona wyrokiem Izby z 19 stycznia 2016 r. Izba rozpoznała wówczas zarzut odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z pkt. 14.4 SIWZ, zatem oczywiste jest, że wydane orzeczenie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – mogło dotyczyć wyłącznie kwestii zgodności z tym postanowieniem SIWZ, nie zaś zgodności z wszystkimi wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Izba wskazała

w wyroku, że (...) pkt. 14.4 SIWZ, na które powołał się Zamawiający dotyczyło kryterium oceny ofert, w którym nie było wymogu zatrudnienia na umowę o pracę na pełny etat, lecz została w nim sformułowana taka możliwość. Izba stanęła przy tym na stanowisku, że powyższe postanowienia pkt. 14.4 SIWZ mogły mieć znaczenie prawne jedynie w aspekcie wartościowania złożonej oferty, a nie powinny stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu przypuszczenia, że ten nie zapewni personelu w pełnym wymiarze czasu pracy, pięć dni w tygodniu. Izba podkreśliła przy tym, że (...) w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie było odniesienia do żadnego innego postanowienia SIWZ. Zamawiający w żaden sposób nie przywoływał treści projektu umowy, w tym ani § 10 ust.2, czy też ust. 15. Nie wskazywał także na jakąkolwiek odpowiedź na zadane pytanie. Wszelkie więc wskazania czy to Zamawiającego, czy też Przystępującego nie mieszczą się w podstawie faktycznej dokonanego odrzucenia (...). W związku z tym, Izba uznała, że deklaracja Odwołującego wykonania zamówienia w oparciu o personel na podstawie umowy o pracę na pełny etat w spornym zakresie nie mogła być potraktowana, jako kolidująca z pkt.14.4 SIWZ regulującym ocenę Zamawiającego w zakresie kryterium oceny ofert. Wszelkie zatem rozważania zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego na temat braku pełnego zaangażowania kadry na kontrakcie w czasie jego realizacji są bezprzedmiotowe z racji tego, że Zamawiający, jako podstawę do rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty Odwołującego przyjął okoliczność wystąpienia sprzeczności złożonego przez niego oświadczenia woli o zatrudnieniu na pełnym etapie w zakresie dwóch stanowisk z postanowieniem pkt.14.4 SIWZ odnoszącym się do kryterium oceny ofert. Wobec powyższego nie można podzielić stanowiska Przystępującego, który z zamieszczonego w uzasadnieniu wyroku zdania: *Nadto, Izba przyjęła wyjaśnienia Odwołującego, jako precyzujące oświadczenie woli w zakresie spornych stanowisk personelu za odpowiadające treści SIWZ* wnioskował, o stwierdzeniu przez Izbę generalnej zgodności jego oferty z treścią SIWZ. Powyższe zdanie musi być bowiem odczytywane w kontekście tego, co legło u podstaw odrzucenia oferty i w konsekwencji stało się przedmiotem rozpoznawanego zarzutu.

Zasadny okazał się zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych”.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa,

wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Z uwagi za zastrzeżony termin ustawy za nieskuteczne należy uznać próby wykazania skuteczności zastrzeżenia dopiero w toku postępowania odwoławczego. Przystępujący nie mógł zatem oczekiwać, że Izba oceni prawidłowość zastrzeżenia wyjaśnień przez pryzmat okoliczności, których zamawiającemu nie przedstawił, choć miał taki ustawowy obowiązek, a które wskazał dopiero w piśmie procesowym. Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie mogło być wyłącznie stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu w ustawowym terminie informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że wykonawca zdołał wykazać zasadność utajnienia złożonych wyjaśnień.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania żadnej z tych przesłanek. Lektura niespełna jednostronicowego uzasadnienia zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że obejmowało ono głównie przytoczenie definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wskazanie poglądów orzecznictwa. Natomiast kilkudziesięciu fragment wykraczający poza powyższe pozostał ogólny, lakoniczny i stanowi jedynie gołosłowne i pozbawione szerszego wyводу merytorycznego oświadczenie wykonawcy, że przedstawione informacje o relacjach handlowych oraz warunkach wykonywania zamówienia wypełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustawodawca w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny,

organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarczy więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. W rozpatrywanej sprawie Przystępujący w żaden sposób nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informuje pozostałą poufną. Przystępujący ograniczył się do generalnego stwierdzenia, że w przypadku informacji o źródłach zaopatrzenia i kalkulacji ceny taka wartość istnieje. Dodatkowo wskazać należy, że informacje o kontrahentach Przystępującego stanowią marginalną część wyjaśnień.

Izba stwierdziła, że Przystępujący w żadnej mierze nie sprostał także ciężarowi wykazania, że podjął, jak stanowi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niezbędne działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z powyższego przepisu wynika, że niewystraczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych. Działania niezbędne to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, że gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny począwszy od dostawcy (podwykonawcy), przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy. Tej przesłance zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący poświęcił jedno zdanie uzasadnienia, w którym poinformował, że w każdym przypadku, gdy zaistnieje konieczność przedstawienia informacji podmiotom trzecim wykonawca zastrzega je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Metody i sposoby ochrony informacji nie zostały przez Przystępującego ani opisane, ani wykazane. Nie wiadomo jakie procedury ochrony informacji stosuje i jakie zastosował w tej konkretnej sprawie w odniesieniu do zastrzeganych informacji. Zaniechanie to uniemożliwiło ustalenie, czy te procedury są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania spornych danych w poufności. Nie wiadomo, czy były stosowane jakiegokolwiek klauzule poufności w umowach z pracownikami wykonawcy, jak również w umowach z podmiotami zewnętrznymi, z którymi wykonawca współpracuje.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia treści tych wyjaśnień.

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Zarzut dotyczący rażąco

niskiej ceny został rozpoznany mimo stwierdzenia w odwołaniu, że jest sformułowany na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący oświadczył na posiedzeniu, że zarzut ten podtrzymuje. Skoro Odwołujący zdecydował się podnieść taki zarzut nie znając treści wyjaśnień, to stanowiło to jego ryzyko procesowe, a wobec oświadczenia o podtrzymaniu zarzutu nie mógł on – jako podniesiony i niewycofany – zostać pominięty w orzeczeniu Izby.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 2 – jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3,
- pkt 4 – zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Stosownie natomiast do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do kwestii rażąco niskiej ceny w pierwszej kolejności podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art.

180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy Przystępujący wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu prawidłowości ceny oferty oraz czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do dokonanej przez Przystępującego kalkulacji ceny stwierdzić należy, że złożone wyjaśnienia nie tylko nie wykazały jej prawidłowości w zakresie objętym zarzutami odwołania, ale dodatkowo ujawniły niezgodność sposobu wykonania zamówienia z wymaganiami SIWZ. Z postanowień projektu umowy wyraźnie wynika, że Zamawiający wymagał, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta w okresie trwania umowy nie podejmowały innych zajęć zarobkowych w żadnej formie. Zasadą narzuconą przez Zamawiającego było więc pełne zaangażowanie tych w przedmiotowy kontrakt, z wyłączeniem możliwości wykonywania przez nie innych zadań, a jedynie na zasadzie wyjątku i pod określonymi w postanowieniach projektu umowy warunkami Zamawiający może wyrazić zgodę na dodatkowe zatrudnienie. Nie było więc podstaw do przyjęcia, że zaangażowanie technologa oraz specjalisty ds. rozliczeń będzie w okresie projektowym wynosić 50% czasu. Takie założenie jest sprzeczne z SIWZ. Dodatkowo zauważyć należy, że w pierwszych wyjaśnieniach Przystępujący poinformował, że personel ten *będzie pracował w wymiarze czasowym nie większym niż 50% wymiaru czasowego pracy Inżyniera Rezydenta oraz że sposób naszej wyceny dopuszcza zatrudnianie powyższych osób w niepełnym miesięcznym wymiarze dniówek*, natomiast doprecyzowanie, że personel będzie zatrudniony w pełnym wymiarze, a jedynie dla potrzeb kalkulacji ceny przyjęto niższe jego zaangażowanie na etapie projektowym, wynika dopiero z drugich wyjaśnień. W ocenie Izby wystąpiła zatem pewna niespójność między wyjaśnieniami z 20 września 2016 r., a wyjaśnieniami z 6 marca 2017 r. Niezależnie od powyższego, przyjmując nawet, że zgodnie z drugimi wyjaśnieniami specjalista ds. rozliczeń oraz technolog będą zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu, wyjaśnień tych nie można uznać za dowodzące prawidłowości kalkulacji ceny i zgodności oferty z treścią SIWZ, przyjęte założenie prowadzi bowiem do obejścia narzuconej przez Zamawiającego zasady, że personel kluczowy ma być w pełni zaangażowany w przedmiotowy kontrakt na zasadzie wyłączności. Jednocześnie nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Przystępującego, że ewentualne ryzyko niewyrażenia przez Zamawiającego zgody na wykonywanie przez personel kluczowy innych zadań niż związane z przedmiotowym zamówieniem zostało ujęte w rezerwie na nieprzewidziane wydatki. Nie sposób twierdzić, że poniesienie pełnych kosztów wynagrodzenia personelu może być wydatkiem nieprzewidzianym, skoro jest zasadą wyrażoną wprost w SIWZ.

Nie zasługuje na uwzględnienie podniesiony przez Zamawiającego argument, że za prawidłowością kalkulacji ceny oferty i jej zgodnością z SIWZ przemawia fakt, że § 10 ust. 2 projektu umowy nie wskazuje na obowiązek pełnienia obowiązków w pełnym wymiarze czasu pracy. Zauważyć należy, że zgodnie z SIWZ wykonawcy nie mieli obowiązku zatrudnienia personelu kluczowego na podstawie umowy o pracę, a jedynie mogli się do tego zobowiązać uzyskując dodatkowe punkty w ramach oceny ofert. Brak literalnego wskazania w § 10 ust. 2 projektu umowy na obowiązek pracy w pełnym wymiarze czasu pracy należy uznać za konsekwencję dopuszczenia pełnienia funkcji na podstawie stosunków prawnych innych niż umowa o pracę, a tylko w odniesieniu do tej ostatniej może być mowa o czasie pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający wyraźnie wymagał pełnienia funkcji 5 dni w tygodniu, z wyłączeniem możliwości podejmowania innych zajęć zarobkowych w jakiegokolwiek formie prawnej. Wynika z tego, że zgodnie z postanowieniami przyszłej umowy personel kluczowy ma być w pełni i na zasadzie wyłączności zaangażowany w realizację przedmiotu zamówienia, a tym samym założenie, że na etapie projektowania zaangażowanie będzie wynosiło maksymalnie 50% wymiaru czasowego pracy Inżyniera Rezydenta, jest niezgodne z SIWZ.

Niezależnie od powyższego, przyjmując (zgodnie z wyjaśnieniami z 6 marca 2017 r.), że osoby mające pełnić funkcje specjalisty ds. rozliczeń oraz technologa będą zatrudnione na umowę o pracę na pełny etat, należy stwierdzić, że złożone wyjaśnienia nie rozwiąły wątpliwości co do tego, czy możliwe jest w praktyce zatrudnienie tych osób za wynagrodzenie oscylujące wokół średniej krajowej, a o niezasadności zarzutu nie może świadczyć fakt, że Odwołujący nie przedstawił w postępowaniu odwoławczym dowodów na brak takiej możliwości. Po pierwsze, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp to na Przystępującym ciążył obowiązek wykazania prawidłowości ceny, co powinno nastąpić już w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, a po drugie ciężar wykazania w postępowaniu odwoławczym, że wyjaśnienia były prawidłowe i wystarczające obciążał również Przystępującego, stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1a ustawy Pzp. W ocenie Izby możliwość zatrudnienia osób posiadających kwalifikacje wymagane dla specjalisty ds. rozliczeń oraz technologa za wynagrodzenie nie wyższe niż średnia krajowa jest dalece wątpliwe, a Przystępujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Odnosząc się do kwestii dopuszczalności powtórnego wezwania do wyjaśnień Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny. W ocenie Izby wezwanie z 28 lutego 2017 r. ukierunkowane było na rozwianie wątpliwości, które nasuwały

się na podstawie pierwszych wyjaśnień, co nie może być samo w sobie uznane za naruszenie przepisów ustawy.

Podsumowując, należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniżenia kosztów personelu biurowego i pomocniczego stwierdzić należy, że zarzut ten został oparty wyłącznie na stwierdzeniu, że stawki zaoferowane przez Konsorcjum M. nie pokrywają nawet kosztów minimalnego zatrudnienia na umowę o pracę. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu wskazać należy, że kwota 3.600 zł dla personelu biurowego oraz 3.200 zł dla personelu pomocniczego została przewidziana została odrębnie dla Kontraktu 1 i odrębnie dla Kontraktu 2. W ocenie Izby z postanowień SIWZ nie wynika, aby Zamawiający wymagał odrębnego zespołu personelu biurowego i pomocniczego dla każdego kontraktu z osobna – świadczy o tym fakt, że Zamawiający wymagając odrębnego personelu dla poszczególnych kontraktów wyraźnie wskazywał to w postanowieniach SIWZ, a w przypadku personelu biurowego i pomocniczego takiego wskazania nie ma. Oznacza, że wykonawca może zatrudnić jeden zespół obsługujący oba kontrakty, a w takiej sytuacji niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że zaoferowane stawki nie pokrywają nawet kosztów płacy minimalnej. Niezależnie jednak od tego, oferta Przystępującego powinna być uznana za niezgodną z SIWZ i zawierającą rażąco niską cenę z powodów opisanych we wcześniejszej części uzasadnienia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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).

Przewodniczący: