

Sygn. akt: KIO 1502/12

## WYROK

z dnia 30 lipca 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Paweł Nowosielski**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 lipca 2012 r.** przez wykonawcę: konsorcjum firm: **ECM GROUP POLSKA S.A. (lider konsorcjum), ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa; Ingeniería IDOM International S.A. Avenida Monsteido de El Escorial 428049 Madrit (partner konsorcjum); NBQ Sp. z o.o. ul. Gdańska 3c, 70-660 Szczecin (partner konsorcjum)** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Morski w Szczecinie Pl. Batorego 4, 70-207 Szczecin,**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy: **Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **ECM GROUP POLSKA S.A. (lider konsorcjum), ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa; Ingeniería IDOM International S.A. Avenida Monsteido de El Escorial 428049 Madrit (partner konsorcjum); NBQ Sp. z o.o. ul. Gdańska 3c, 70-660 Szczecin (partner konsorcjum),**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł,**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego konsorcjum firm: **ECM GROUP POLSKA S.A. (lider konsorcjum), ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa; Ingeniería IDOM International S.A. Avenida Monsteido de El Escorial 428049 Madrit (partner konsorcjum); NBQ Sp. z o.o. ul. Gdańska 3c, 70-660 Szczecin (partner konsorcjum),** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Pełnienie funkcji Inżyniera w rozumieniu Warunków Kontraktowych FIDIC oraz wykonywanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego czynności i/lub obowiązków Monitoringu Przyrodniczego dla Inwestycji pod nazwą: „Modernizacja toru wodnego Świnoujście - Szczecin (Kanał Piastowski i Mieliński) - etap II, strona wschodnia i zachodnia” o wartości przekraczającej kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, (Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich z 24.02.2012 r. Nr 2012/S 38-061588), w dniu 16 lipca 2012 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę konsorcjum firm: ECM GROUP POLSKA S.A. (lider konsorcjum); Ingenieria IDOM International S.A. Madrit; NBQ Sp. z o.o.; (dalej: konsorcjum ECM), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 5 lipca 2012 r. o wyniku postępowania i o wyborze oferty wykonawcy Grontmij Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą:

1. badania i oceny ofert,
  2. oceny wyjaśnień złożonych przez Grontmij Sp. z o.o. w zakresie elementów mających wpływ na cenę oferty i uznanie, że cena oferty Grontmij Sp. z o.o. nie jest ceną rażąco niską,
  3. zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny,
  4. zaniechania odrzucenia oferty Grontmij Sp. z o.o. z postępowania,
- odwołujący zarzucił zamawiającemu: Urzędowi Morskiemu w Szczecinie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.:
1. art. 90 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Grontmij Sp. z o.o. i uznanie, że nie złożył on oferty zawierającej rażąco niską cenę,
  2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Grontmij Sp. z o.o. na tej podstawie.
  3. art. 8 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i uznanie za zasadne „utajnienie” informacji zawartych w kalkulacji cenowej oferty i wyjaśnieniach złożonych przez

Grontmij Sp. z o.o. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, z jednoczesnym uznaniem, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie zaniechanie odtajnienia ww. dokumentów w toku postępowania,

4. art. 7 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty Grontmij Sp. z o.o. co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz inne przepisy wskazane w uzasadnieniu.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienia czynności oceny wyjaśnień złożonych przez Grontmij Sp. z o.o.,
3. unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Grontmij Sp. z o.o.,
4. powtórzenia czynności obejmujących: badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu w tym oferty złożonej przez Grontmij Sp. z o.o., odtajnienie informacji zawartych w kalkulacji oferty i wyjaśnieniach elementów mających wpływ na wysokość ceny,
5. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
6. ponadto, o przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu, na okoliczności tam przytoczone.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił w pierwszej kolejności, iż w związku z wątpliwościami dotyczącymi wysokości ceny zaproponowanej przez wykonawców: Grontmij Sp. z o.o. (cena brutto 2 996 210,87 zł) oraz konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO- INWEST S.A. i Cowi Polska Sp. z o.o., dalej również EKO- INWEST (cena brutto 3 554 700,00zł), zamawiający wezwał tych wykonawców w dniu 18 maja 2012 r. do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przyjmując tym samym domniemanie, iż cena zaproponowana przez wymienionych wykonawców jest ceną rażąco niską.

W odpowiedzi z dnia 28 maja 2012 r., wykonawca konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. i Cowi Polska Sp. z o.o. wyjaśniło, iż zaoferowana cena jest wynikiem nieuwzględnienia na etapie przygotowania oferty w cenie oferty istotnych elementów, co miało wpływ na cenę całkowitą oferty. Konsorcjum stwierdziło również w powyższym piśmie, iż „Oferta nasza nie zawiera cen realnych, mogących pokryć koszty przedmiotowego zadania. W wyniku powyższego - nie jesteśmy w stanie przedłożyć kalkulacji, z której wynikałoby realne wyliczenie kosztów przedmiotowego zamówienia”. W

związku z powyższą odpowiedzią, zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp, wskazując, iż oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny, co skutkowało zaproponowaniem ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności, odwołujący podnosił, iż biorąc pod uwagę oświadczenie wykonawcy, którego cena była druga w kolejności i o ok. 15% wyższa od ceny pierwszego wykonawcy (Grontmij), iż cena wykonawcy Grontmij, również nie jest ceną realną i rynkową. W przekonaniu odwołującego potwierdzają to wyjaśnienia Grontmij, które w żaden sposób nie obalają domniemania zaproponowania rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach tych Grontmij wskazuje bowiem, iż wpływ na wysokość zaoferowanej ceny miały:

1. Doświadczenie w zakresie realizowania inwestycji.
2. Posiadane zasoby na innych inwestycjach m.in. w Szczecinie, Świnoujściu, Stargardzie Szczecińskim, w tym biura regionalnego w Szczecinie, zaplecze samochodów służbowych, ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, potencjał techniczny (meble itp.),
3. Wykorzystanie efektu skali.

Powyższe wyjaśnienia zostały uznane przez zamawiającego za wystarczające tj., potwierdzające, że cena wykonawcy nie jest ceną rażąco niską. W opinii odwołującego taka ocena zamawiającego jest niesłuszna. Skoro już zamawiający powziął wątpliwości, co do wysokości ceny oferty Grontmij, i uznał ją za niewiarygodną żądając wyjaśnień, to nie mógł poprzestać na fakcie złożenia wyjaśnień bez ich merytorycznej oceny. Dokonane wyjaśnienia zdaniem odwołującego, nie realizują obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 Pzp i nie wyjaśniają elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny chociażby w odniesieniu do pozycji ujawnionych w formularzu cenowym, zaś ocena tych wyjaśnień narusza przepis art. 90 ust. 2 Pzp. Zgodnie bowiem z treścią art. 90 ust. 3 Pzp oraz utrwalonym orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia 13.08.2008 r. (KIO/UZP 752/08; KIO/UZP 788/08; KIO/UZP 789/08), jeśli wykonawca w wyjaśnieniach przedstawia jedynie ogólne stwierdzenia nie poparte żadnymi dowodami, nie należy ich uznawać za wystarczające, a ofertę należy odrzucić, czego zamawiający w niniejszym przypadku zaniechał. Odwołujący argumentował, że w orzecznictwie odniesiono się również, co do możliwości uznania za obiektywne, czynników przytoczonych przez wykonawcę w wyjaśnieniach udzielonych na żądanie zamawiającego i uznania ich za czynniki, które dotyczą elementów mogących mieć wpływ na zaproponowaną cenę. W powyższym zakresie wypowiedział się Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. (sygn. akt X Ga 294/07) w sprawie, w której przedmiotem zamówienia były usługi związane z pełnieniem funkcji inżyniera kontraktu. W uzasadnieniu tego wyroku sąd wskazał, że wyliczenie obiektywnych czynników ujętych w art.

90 ust. 2 Pzp ma charakter jedynie przykładowy, niemniej tego rodzaju okoliczności jak:

1. dysponowanie na terenie (...) dobrze prosperującym biurem,
2. dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych,
3. dysponowanie zapleczem techniczno -organizacyjno -logistycznym,
4. dysponowanie kadrami wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych,

- nie stanowią w ocenie sądu obiektywnych czynników, które z logicznego punktu widzenia mogły mieć istotny wpływ na obniżenie ceny oferty. Co więcej, w ocenie sądu takie czynniki, powinny być wzięte pod uwagę przez każdego z wykonawców biorących udział w tego rodzaju przetargu.

Odwołujący powoływał się również na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 6 września 2007r. sygn. akt UZP/ZO/O-1084/07) co do tego, że powyższe okoliczności nie mogły uzasadniać zaproponowania przez wykonawcę ceny znacznie niższej niż szacunkowa wartość zamówienia. Przypominał jednocześnie, że tryb wyjaśnień z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp służy weryfikacji zasadności wskazanej w ofercie ceny i wymaga ich oceny przez zamawiającego, pod kątem obiektywnych czynników umożliwiających zaproponowanie ocenianej ceny, w szczególności:

- oszczędności metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy,
- oraz wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W niniejszej sprawie, zapoznając się z treścią wyjaśnień wykonawcy Grontmij, odwołujący odniósł wrażenie, iż wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp miało jedynie na celu zrealizowanie od strony formalnej ciężących na ofercie z mocy ustawy obowiązków. Treść wyjaśnień opiera się bowiem na ogólnikowych stwierdzeniach, nie dających podstawy do przyjęcia, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia bazują na stwierdzeniach dotyczących posiadanego doświadczenia i funkcjonowania na rynku, co jednak powinno być weryfikowane z punktu widzenia ustalonego kryterium spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia - nie może być elementem, który samodzielnie stanowi wyjaśnienie wysokości zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia takie nie mogą zostać uznane jako obalające domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, nierynkowej i pozostającej w oderwaniu od cen rzeczywistych, jak przekonywał odwołujący, pozostając na stanowisku, iż cena zaoferowana przez Grontmij jest nierealna i nie daje rękojmi należytego wykonania umowy. Odwołujący przytaczał utrwalone poglądy, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w

relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena - jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Ponadto w ocenie odwołującego istnieje duże prawdopodobieństwo, iż oferta Grontmij zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem ceny wskazane w formularzu cenowym Grontmij znacząco odbiegają od stawek rynkowych przyjętych za realizację poszczególnych elementów zamówienia, zatem cena całkowita oferty jest niewspółmierna do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić u zamawiającego uzasadnione wątpliwości, skutkując wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Grontmij jak również wysokość zaoferowanej ceny, odwołujący uznał, iż Grontmij w swoich wyjaśnieniach nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny oferty, a cena przez niego zaoferowana jest w istocie ceną nierealną, rażąco niską.

Odwołujący podnosił, że w wyjaśnieniach dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny wykonawca Grontmij Sp. z o.o. zastrzegł, utajnienie informacji zawartych w kalkulacji cenowej oferty i wyjaśnieniach powołując się na art. 8 Pzp. Tymczasem, w świetle doktryny oraz utrwalonej linii orzeczniczej m.in. Krajowej Izby Odwoławczej jawność postępowania jest jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych i może być ona ograniczana wyłącznie w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Wyjątek od zasady jawności postępowania został wprowadzony w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i odnosi się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Zdaniem SN, informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja, a w tym przypadku, czy ma ona charakter technologiczny czy też inny. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji (...). Tak więc tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31 marca 2009 r., KIO/UZP 338/09). Mając powyższe na uwadze, odwołujący zaznaczał, iż nie można uznać by zastrzeżona przez Grontmij kalkulacja cenowa i wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - warunki te spełniały. Tym bardziej że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy 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 o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp, są udzielane po terminie składania ofert lub wniosków i zdaniem odwołującego z ochrony tej nie korzystają. Jest to celowy i przemyślany zabieg ustawodawcy, jak utrzymywał odwołujący, mający na celu ochronę naczelnej zasady ustawy Pzp jaką jest jawność postępowania, dostęp do ofert, a przez to możliwość weryfikacji poprawności czynności zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu. Tym samym, odmowę zamawiającego udostępnienia tych wyjaśnień, odwołujący poczytał za naruszającą przepisy ustawy Pzp i prowadzącą do nierównego traktowania wykonawców, w tym w zakresie możliwości składania środków ochrony prawnej. Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania szkody, w przypadku utrzymania decyzji zamawiającego w mocy. W przypadku prawidłowego działania



zamawiającego złożona oferta zostałaaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza - po odrzuceniu oferty Grontmij.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 17 lipca 2012 r. do postępowania odwoławczego pismem złożonym dnia 20 lipca 2012 r., w kopii przekazanym stronom, zgłosił przystąpienie wykonawca wybrany Grontmij Polska Sp. z o.o., który powołał się na swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na rzecz utrzymania w mocy czynności zamawiającego - wyboru jego oferty do realizacji zamówienia. W dalszym piśmie z dnia 27.07.2012 r. przystępujący stwierdził, iż sam fakt wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - nie przesadza o tym, że zaoferowana została rażąco niska cena. Zdaniem przystępującego, zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia. Przystępujący wskazywał, że wartość szacunkowa zamawiającego wyliczona w oparciu o Studium Wykonalności nie przystaje do obecnych cen rynkowych podobnych zamówień. Wszystkie zaoferowane ceny były niższe od wartości szacunkowej wynoszącej 8 365 000,00 zł. (cena brutto 7 373 850,00 zł. oferty konsorcjum ECM). Przystępujący przedstawił zestawienia wybranych przez niego przetargów, obrazując twierdzenia, że oferowane ceny nadzoru inwestorskiego odbiegają znacząco od wartości szacunkowych.

Przystępujący podnosił, iż na odwołującym ciążył ciężar dowodu wykazania, że zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił wyjaśnienia Grontmij, a nie udowodnił on iż czynności zamawiającego naruszyły przepis art. 90 ust. 3 i art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Fakt, że dla jednej firmy cena będzie nierealna, nie oznacza, że nie może ona być realna dla innej firmy, która z obiektywnych powodów będzie w stanie za podaną cenę zrealizować prawidłowo zamówienie. Przystępujący przypuszczał, że konsorcjum EKO-INWEST S.A. celowo złożyło oświadczenie dotyczące ceny oferty, gdyż na wezwanie zamawiającego nie było w stanie uzupełnić polisy w zakresie wymaganym przez zamawiającego, więc mogło się obawiać zatrzymania wadium. Przystępujący zwracał uwagę na niekonsekwencję odwołującego, który domagał się odtajnienia dokumentów wyjaśnienia Grontmij, z drugiej zaś strony przyznał, że wyjaśnienia te zostały mu udostępnione w dniu 18.06.2012 r. i w treści odwołania podjął merytoryczną polemikę z argumentami tam przedstawionymi, co świadczy o znajomości wymienionego pisma. Przystępujący, tak jak zamawiający uważał, że odwołanie w odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia w całości oferty Grontmij zostało wniesione z uchybieniem terminu.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Grontmij Polska Sp. z o.o. do udziału w sprawie po stronie zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania. Podtrzymał stanowisko w piśmie

zawiadamiającym o wyniku przetargu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 lipca 2012 r. za niezasadny przyjął zarzut, iż niewłaściwa ocena treści wyjaśnień Grontmij Sp. z o.o. doprowadziła do uznania, iż cena tej oferty nie przedstawia ceny rażąco niskiej oraz do zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 90 ust 1 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W toku badania ofert, zamawiający, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Spółkę Grontmij do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W treści wyjaśnień Spółka Grontmij Sp. z o.o. potwierdziła, iż cena obejmuje wszelkie koszty, w tym koszty zatrudnienia, dojazdów, pobytów, zorganizowania i utrzymania biura. Ponadto, Spółka Grontmij Sp. z o.o. szczegółowo wyjaśniła, iż kalkulacja ceny oparta pozostaje o m.in. wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu usług podobnego zakresu do przedmiotu zamówienia, obniżenie kosztów stałych w związku z tzw. „efektem skali”, posiadane zasoby, w tym Biuro Regionalne w Szczecinie zatrudniające lub współpracujące ze specjalistami z rynku lokalnego, zwolnione zostaną zasoby techniczne (m.in. sprzęt komputerowy) w związku z zakończeniem wykonywania innego kontraktu. Powyższe okoliczności pozwoliły na optymalizację kalkulacji ceny ofertowej.

Zamawiający przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, dokonuje się zgodnie z ogólnymi zasadami rządzącymi oceną dowodów, to jest z uwzględnieniem aktualnego stanu wiedzy, doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania. Wnioskowanie zamawiającego dotyczące wskazanych przez odwołującego okoliczności wpływających na wysokość ceny było poprzedzone dokładną analizą wskazanych czynników i stanowiło logiczne konsekwencje tych okoliczności biorąc pod uwagę m.in. wspomniane powyżej doświadczenie życiowe i ogólną wiedzę. Wykonawcy pozostawiona została dowolność w zakresie treści składanych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Istotne jest jedynie, by były to wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Wykonawca ma możliwość załączenia dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny, jednak ich złożenie nie jest obowiązkiem wezwanego wykonawcy. Zamawiający, stosownie do wskazań orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ustalenia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, wziął pod uwagę charakter prac będących przedmiotem zamówienia, a także dokonał oceny faktu, że zamówienie opiera się w znacznym stopniu na potencjale ludzkim i doświadczeniu. Istotne znaczenie ma bowiem okoliczność, czy ze względu na charakter zamówienia wykonawca może wykorzystać gotowe rozwiązania, które posiada w związku z innymi zamówieniami, nadające się do adaptacji w danym postępowaniu. W przeświadczeniu zamawiającego, wyjaśnienia przedłożone przez Spółkę Grontmij Sp. z o.o. w sposób szczegółowy i przekonujący wykazały obiektywne czynniki i okoliczności wpływające na sposób kalkulacji ceny, a w szczególności wyjątkowo sprzyjające

warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Zamawiający zaznaczał, że w doktrynie panuje ugruntowany pogląd dotyczący zaliczania renomy (klienteli, goodwill) oraz umiejętności (doświadczenia) handlowego do innych składników przedsiębiorstwa, jako korzystnych sytuacji faktycznych, a także innych wartości ekonomicznych obok posiadania rzeczy. Za bezzasadne poczytał porównywanie ceny oferty złożonej przez Spółkę Grontmij Sp. z o.o. z cenami pozostałych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia i podnoszenie na tej podstawie przez odwołującego, iż cena oferty Spółki Grontmij Sp. z o.o. pozostaje ceną rażąco niską. Za nieuzasadnione przyjął również powoływanie się przez odwołującego na stanowisko konsorcjum Spółek EKO-INVEST S.A. i Cowi Polska Sp. z o.o., które zaoferowało cenę nieznacznie wyższą niż cena proponowana przez wykonawcę Spółkę Grontmij Sp. z o.o., jakoby wykonanie zamówienia za wskazaną cenę pozostawało nierealne. Zamawiający argumentował, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Oznacza to, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, urządzenia, sprzęt, materiały, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług na danym terenie), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Jako bezpodstawne uznał twierdzenie, iż cena oferty wybranej jako najkorzystniejszą pozostaje ceną rażąco niską, ponieważ odbiega od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wykonawca może przedstawić cenę oferty dalece odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i podaną przed otwarciem ofert. Powyższe wynika z faktu, iż są to liczby wynikające zwłaszcza (a) z obliczeń przeprowadzanych w różnym czasie oraz (b) przez inne podmioty i (c) w innych celach a także (d) z uwzględnieniem innych czynników.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, iż poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w kalkulacji cenowej oferty i wyjaśnieniach złożonych przez Spółkę Grontmij Sp. z o.o. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, został naruszony art. 8 ustawy Pzp, gdyż nie znajduje to oparcia w istniejącym stanie faktycznym. W dniu 14 czerwca 2012 roku, odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym złożonych ofert, uzupełnień i wyjaśnień złożonych do ofert. Przedmiotowa dokumentacja została udostępniona przedstawicielowi odwołującego w dniu 18 czerwca 2012 roku, z uwzględnieniem, że nie udostępniono części ofert i wyjaśnień, które zostały utajnione z uwagi na ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie skorzystał ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy Pzp i nie podważył

prawidłowości tego działania zamawiającego. Zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ustawy Pzp dotyczy czynności zamawiającego, która została podjęta w dniu 18 czerwca 2012 roku. Odwołujący uzyskał bezpośrednio informację o dokonaniu tej czynności w tym samym dniu, tj. dnia 18 czerwca 2012 roku. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający stwierdził, iż przedmiotowy zarzut odwołania nie powinien być rozpatrywany w niniejszym postępowaniu, ponieważ dotyczy czynności zamawiającego dokonanej w dniu 18 czerwca 2012 roku. Zatem odwołujący nie dochował warunków formalnych skutecznego podważenia czynności zamawiającego, poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami prawa.

Niezależnie od powyższego zamawiający podnosił, że każdorazowo po otrzymaniu od wykonawców ofert ich uzupełnień i złożonych wyjaśnień, dokonywał badania, czy informacje, których jawność została zastrzeżona przez wykonawców, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i czy skutecznie zastrzeżono ich poufność. W odniesieniu do oferty i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Grontmij Sp. z o.o. zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz treści wyjaśnień odnoszących się do tego wykazu.

W orzecznictwie prezentowany jest ugruntowany pogląd, że informacje zawarte w wykazie osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz w polisie odpowiedzialności cywilnej, zastrzeżone w ofercie wykonawcy, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wypełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dane zawarte w tych dokumentach stanowią wartość gospodarczą, która podlega ochronie, a w przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla wykonawcy. Nieudostępnienie zatem przedstawicielowi odwołującego w dniu 18 czerwca 2012 roku informacji zawartych w wykazie osób oraz części wyjaśnień dotyczących tego wykazu pozostaje uprawnione,

Jednocześnie zamawiający wyjaśniał, że nie uznano za zasadne zastrzeżenia wykonawcy Grontmij Sp, z o.o. dotyczącego nieudostępniania wyjaśnień odnoszących się do czynników wpływających na kalkulację ceny oferty złożonych w trybie art. 90 ust, 1 ustawy Pzp. Całość tych wyjaśnień została udostępniona przedstawicielowi odwołującego dnia 18 czerwca 2012 roku.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, oferty wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o., wezwania

do złożenia wyjaśnień, kierowanego do wykonawcy Grontmij Sp. z o.o. i pisma tego wykonawcy z dnia 25 maja 2012 roku.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje „Pełnienie funkcji Inżyniera w rozumieniu Warunków Kontraktowych FIDIC oraz wykonywanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego czynności i/lub obowiązków Monitoringu Przyrodniczego dla Inwestycji pod nazwą: „Modernizacja toru wodnego Świnoujście - Szczecin (Kanał Piastowski i Mieliński) - etap II, strona wschodnia i zachodnia ”

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 30 lipca 2012 r. upływa termin składania ofert i ich otwarcia na wykonanie robót budowlanych. Roboty budowlane są przewidziane do zrealizowania w okresie 30 miesięcy od daty zawarcia umowy. Wymagany termin realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi – 31 miesięcy od daty zawarcia umowy. Wykonawca musi mieć ubezpieczenie OC na kwotę 1 500 000,00 zł, na okres kontraktu.

Wg. wzoru formularza oferty wykonawca zobowiązany był wyszczególnić cenę oferty ogółem oraz w rozbiciu na elementy:

- 1) świadczenia usług od momentu podpisania umowy do momentu podpisania umowy z wykonawcą robót budowlanych;
- 2) świadczenia usług z zakresu monitoringu przyrodniczego;
- 3) świadczenia pozostałych usług.

Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, o czym stanowi rozdział III. § 9 pkt 1 SIWZ oraz Pkt 20.2. SIWZ. Wykonawca dokonując jej wyliczenia winien uwzględnić wszystkie czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz wszelkie swoje koszty z tym związane ( w szczególności koszty zatrudnienia personelu, zorganizowania i utrzymania biura, zapewnienia wymaganego sprzętu, wymaganego ubezpieczenia itp.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Zgodnie z rozdziałem III § 9 ust. 4 wzoru umowy wynagrodzenie Inżyniera (...) będzie płatne w formie rat miesięcznych, których szacunkowa wysokość wskazana pozostaje w harmonogramie płatności (...), zgodnie z faktycznym zaawansowaniem robót budowlanych.

Rozdział III § 12.4. w przypadku rozwiązania umowy [ze skutkiem natychmiastowym] Inżynier uprawniony zostaje wyłącznie do żądania wypłaty wynagrodzenia tytułem należycie wykonanych usług do dnia rozwiązania umowy. Umowa z Inżynierem obowiązuje do czasu zakończenia realizacji robót i są przewidziane okoliczności uprawniające wykonawcę do jej rozwiązania w trakcie realizacji o czym stanowi przepis § 11 i 12 wzoru umowy.

Monitoring Przyrodniczy będzie sprawowany jedynie w czasie realizacji inwestycji i w tym zakresie objęty jest zamówieniem.

Oferty złożyli wykonawcy:

- 1) Grontmij Sp. z o.o. cena brutto oferty ogółem wynosi 2 996 610,87 zł,
- 2) konsorcjum firm: ECM GROUP POLSKA S.A.; Ingeniería IDOM International S.A.; NBQ Sp. z o.o. - cena brutto 7 373 850,00 zł.;
- 3) konsorcjum firm: EKO-INWEST S.A. i Cowi Polska Sp. z o.o. - cena brutto 3 554 700,00 zł.

Cena brutto oferty wykonawcy Grontmij Sp. z o.o. ogółem wynosi 2 996 610,87, w tym:

- 24 600,00 od momentu podpisania umowy do momentu podpisania umowy z wykonawcą.
- 309 960,00 usługi z zakresu monitoringu przyrodniczego,
- 2 662 050,87 tytułem pozostałych usług.

Jak podaje protokół postępowania wartość zamówienia, ustalona została na kwotę 6 800 813,00 zł (netto).

Zamawiający nie przewidział zamówień uzupełniających. Szacowania dokonano na podstawie kosztorysu inwestorskiego i Studium Wykonalności opracowanego w grudniu 2011r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 8 365 000,00 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 18 maja 2012 r. wezwał wykonawców: konsorcjum firm: EKO-INWEST S.A. i Cowi Polska Sp. z o.o. oraz Grontmij Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto wzywał wykonawcę Grontmij do podania przyczyn zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie. Z czego wynika, że zastrzeżone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz jakie działania zostały

podjęte przez wykonawcę w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów i czy do danych zawartych w wykazie stanowiącym wypełniony załącznik 4 SIWZ brak jest dostępu poprzez inne działania, niż zapoznanie się z treścią oferty.

W piśmie Spółki Grontmij Sp. z o.o. z dnia 25 maja 2012 roku złożone zostały następujące wyjaśnienia:

*„W odpowiedzi na pismo z dnia 18.05.2012 r. wyjaśniamy i potwierdzamy, że cena oferty Wykonawcy uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ i obejmuje wszystkie koszty konieczne do poniesienia dla prawidłowej realizacji przedmiotowej usługi wraz z zyskiem Wykonawcy. Poniżej przedstawiamy szczegółowe wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny i wskazujemy szczególne okoliczności pozwalające na zaoferowanie korzystnej ceny.*

#### *1. Zgodność z wymaganiami SIWZ*

*Cena oferty obejmuje wszystkie koszty konieczne do poniesienia przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a koszty te między innymi obejmują;*

- koszty zatrudnienia wynagrodzenia z pochodnymi zespołu ekspertów o kwalifikacjach zgodnych z wymaganiami SIWZ w całym okresie realizacji zamówienia, co przedstawione zostało w naszej ofercie,*
- koszty zatrudnienia personelu administracyjnego i pomocniczego, koniecznego do realizacji obowiązków wynikających z przedmiotu zamówienia,*
- koszty dojazdów, przejazdów i pobytów delegacyjnych pracowników Wykonawcy,*
- koszty zorganizowania i utrzymania biura Inżyniera Kontraktu, w tym koszty materiałów biurowych i pozostałe koszty materialne związane z realizacją zamówienia.*

*Kalkulacja kosztów dla przedmiotowego zamówienia oparta jest o doświadczenia z realizacji podobnych projektów, które pozwalają nam na zastosowanie sprawdzonych w praktyce wielkości nakładów na poszczególne kategorie kosztów oraz stawek jednostkowych. Dane do kalkulacji kosztów przyjęte zostały na podstawie rzeczywistych kosztów rejestrowanych przez nas w trakcie realizacji poszczególnych projektów, a także po wnikliwej analizie zakresów i terminów realizacji tego kontraktu. Zatem kalkulacja i oszacowanie ceny zostało wykonane w oparciu o duże doświadczenie oraz o realne ceny rynkowe z zachowaniem należytej staranności.*

*Chcemy podkreślić, że zaoferowana przez nas cena nie odbiega istotnie od innych cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Cena oferty Grontmij Polska Sp. z o.o. stanowi 64 % średniej ceny ofert złożonych w tym postępowaniu i jest tańsza od kolejnej cenowo oferty tylko o 15%.*

*Powyższe porównania potwierdzają, że zaoferowana przez nas cena jest wiarygodna i zgodna*

*z poziomem cen tego rodzaju usług oferowanych w kraju. Należy podkreślić, iż obecnie, wskutek spowolnienia gospodarczego, nastąpiło znaczące zainteresowanie przetargami publicznymi wśród przedsiębiorców. Prowadzi to do składania ofert przez licznych wykonawców, a wobec dużej konkurencji oraz faktu, iż najczęściej cena jest jedynym kryterium oceny ofert, do znaczącego obniżenia cen ofertowych, Okazuje się więc, że wartość przedmiotu zamówienia, oszacowana przez zamawiającego w oparciu o dotychczasowe doświadczenia (dane historyczne) i ceny z porównywalnych zamówień, w sposób znaczący przekracza wartość poszczególnych ofert, tak jak w przedmiotowym postępowaniu.*

## *2. Doświadczenie w realizacji zamówień podobnych i rzeczywista kalkulacja cen.*

*Kalkulacja ceny Grontmij oparta jest na wieloletnim doświadczeniu w realizacji zamówień o podobnym zakresie (Inżynier, Inspektor Nadzoru, Inżynier Kontraktu, inwestor Zastępczy, Menadżer Projektu). Doświadczenie Grontmij Polska Sp. z o.o. obejmuje ponad 50 podobnych zadań, dotyczących w dużej większości projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Liczne z tych zamówień zostały już należycie ukończone, co potwierdzają listy referencyjne Zamawiających. Pozwala to Grontmij na bardzo wiarygodne oszacowanie niezbędnych nakładów zarówno w wymiarze rzeczowym (skład i kwalifikacje ekspertów, czas zaangażowania w trakcie realizacji zamówienia, środki materialne, itp.), jak i finansowym (stawki jednostkowe poszczególnych kategorii kosztów), w konsekwencji czego zaoferowana cena jest ceną rynkową odzwierciedlającą obecny poziom cen kształtujący się na rynku usług Inżyniera Kontraktu.*

## *3. Posiadane zasoby.*

*Przyjęte zasady kalkulacji ceny oferty zostały dodatkowo zoptymalizowane dzięki wykorzystaniu doświadczenia Wykonawcy w realizacji usług Inżyniera Kontraktu na rynku lokalnym. Doświadczenie Wykonawcy obejmuje kilka zrealizowanych i będących w trakcie realizacji zamówień o podobnym charakterze (Inżynier Kontraktu), zlokalizowanych m. in. w Szczecinie, Świnoujściu, Stargardzie Szczecińskim. Dzięki temu możliwa była bardzo wiarygodna ocena lokalnych warunków realizacji zamówienia, wykorzystana w kalkulacji ceny oferty. Chcemy podkreślić, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp w ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy wziąć pod uwagę takie obiektywne czynniki, jak oszczędność metody wykonania zamówienia i wyjątkowo sprzyjające warunki zamówienia dostępne dla Wykonawcy. Istotną okolicznością pozwalającą na optymalizację ceny usług w przedmiotowym zamówieniu jest fakt iż Wykonawca:*

- posiada Biuro Regionalne zlokalizowane w Szczecinie, które działa na lokalnym rynku usług nadzoru, a tym samym posiada lokalną kadrę w postaci etatowych wysokokwalifikowanych pracowników na stanowiskach specjalistów technicznych, finansowych*



*i administracyjnych oraz liczną grupę ekspertów stale współpracujących. W trakcie realizacji przedmiotowej inwestycji Wykonawca będzie korzystał z posiadanych zasobów personalnych. Pozwoli to na znaczące obniżenie kosztów dojazdów, noclegów i diet, które musiałby ująć w cenie oferty, w przypadku pracowników z poza rynku lokalnego. Koszty pracownicze stanowią znaczny odsetek całości kosztów usługi Inżyniera tak, więc ograniczenie ich pozwala na oszacowanie ceny usługi na konkurencyjnym poziomie do cen rynkowych.*

*- posiada zaplecze samochodów służbowych, które zostaną wykorzystane przez zespół Inżyniera. Samochody używane są jednocześnie przy realizacji innych kontraktów. Zatem również koszty zapewnienia i utrzymania środków transportu ulegają zmniejszeniu poprzez rozłożenie ich na kilka kontraktów.*

*- posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, którego suma ubezpieczenia przewyższa wartość Umowy brutto. Zatem nie ma konieczności wykupywania nowej polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, co bez wątpienia stanowi oszczędność przekładającą się na poziom zaoferowanej ceny,*

*- posiada wolny potencjał techniczny obejmujący: meble biurowe, sprzęt komputerowy wraz z niezbędnym oprogramowaniem oraz sprzęt teleinformatyczny zapewniający zgodnie z wymaganiem Zamawiającego szybkie i sprawne współdziałanie podczas realizacji Kontraktu. W przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia wskazane wyposażenie zostanie przesunięte z zakończonego kontraktu na usługę Inżyniera w Karlinie, gdzie zostanie zlikwidowane biuro Inżyniera, które posiada pełne wyposażenie, Okoliczność ta pozwoli na zoptymalizowanie kosztów organizacji i wyposażenia biura Inżyniera.*

*- każdy pracownik Inżyniera jest wyposażony w niezbędny sprzęt ochrony osobistej (ubrania, kaski, rękawice itp.) wymagany przepisami BHP. Pracownicy i osoby stale współpracujące z Grontmij posiadają na wyposażeniu takowy sprzęt firmowy wykorzystywany podczas nadzorowanych inwestycji. Zatem Wykonawca nie musi ponosić kosztów zaopatrzenia pracowników w kompletny sprzęt BHP. Wydatki - te zostały ograniczone wyłącznie do ewentualnych uzupełnień w przypadku wystąpienia braków powstałych w trakcie realizacji inwestycji. Wskazany powyżej potencjał będzie wykorzystywany dla realizacji usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Okoliczności te zostały w pełni wykorzystane w kalkulacji ceny naszej oferty.*

*4. Obniżenie kosztów stałych. Stosunkowo duży udział Grontmij w rynku usług inżynierskich połączony z bogatym portfelem zamówień, powoduje zjawisko znane w ekonomii jako „korzyść skali”, polegające na czerpaniu korzyści płynących z produkcji masowej (masowego świadczenia usług), które charakteryzują się malejącym przeciętnym kosztem jednostkowym, a*

za ich źródło uważa się m.in. większą specjalizację pracowników, wiążącą się ze zwiększoną wydajnością, wykorzystanie specjalistycznych technik zarządzania, malejące przeciętne koszty całkowite (rozkładają się na zwiększoną skalę działalności) - mniejsze przeciętne wydatki na energię elektryczną, transport, utrzymanie biur. Pozwala to na wypracowanie zysku dla firmy przy dysponowaniu określonym potencjałem kadrowym, jaki i technicznym.

Wieloletni okres funkcjonowania naszej firmy na rynku oraz stabilna i ugruntowana pozycja powoduje małą wrażliwość, czy wręcz niewrażliwość na wahania koniunkturalne w gospodarce.

Duże doświadczenie Wykonawcy, funkcjonującego w ramach Grupy Grontmij, w świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia w połączeniu z posiadaniem know-how skutkuje prawidłową kalkulacją i lepszym oszacowaniem ryzyk związanych z realizacją projektu ujętych w cenie usługi.

Powyższe czynniki umożliwiają nam zaoferowanie Zamawiającemu atrakcyjnej, rynkowej ceny i jednocześnie są w pełni opłacalne. Pozwalają one nam na realizację usługi w kwocie wskazanej w naszej ofercie, w zakresie wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z zachowaniem wysokiej jakości i terminowości realizacji usługi oraz osiągnięcie zysku z usługi wykonanej prawidłowo.

Oferta Grontmij została przygotowana w sposób spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Dla zrealizowania przedmiotowego zamówienia zaplanowane zostało wykorzystanie wystarczających zasobów personalnych, rzeczowych i organizacyjnych. Zatem zaoferowana cena gwarantuje należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 Nr 113, póź. 759 z późniejszymi zmianami), informacje zawarte w kalkulacji cenowej oferty i wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśniamy:

a) Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 póź. 1503 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

„Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, zawarty w naszej ofercie, stanowi tajemnicę naszego przedsiębiorstwa, ponieważ posiada charakter techniczny i organizacyjny naszego przedsiębiorstwa oraz posiada wartość gospodarczą nie został ujawniony do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do informacji w nim zawartych niezbędne działania w celu zachowania poufności,

b) w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów podjęliśmy następujące działania;

- w formularzu ofertowym w pkt. 4. 9 ) zaznaczyliśmy, które informacje oraz na których stronach naszej oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- ponadto na stronie 96 naszej oferty zamieściliśmy informację, że od tego miejsca w ofercie zaczynają się informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

c) *nie są nam znane inne działania dostępu do danych zawartych w wykazie stanowiącym wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ, niż poprzez zapoznanie się z treścią złożonej oferty.*

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, kierowane do konsorcjum EKO-INWEST S.A. i Cowi Polska Sp. z o.o. wykonawca podał: *„Odnosząc się do Państwa wezwania w zakresie złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny informujemy, że na etapie przygotowywania dla Państwa szczegółowych wyjaśnień, przy ponownych wyliczeniach elementów mających wpływ na cenę naszej oferty zauważyliśmy błąd w naszej kalkulacji, który ma istotny wpływ na cenę oferty związaną z wykonaniem zamówienia. Błąd nasz polegał na pominięciu przy zsumowaniu niektórych znaczących elementów cenotwórczych, co miało wpływ na cenę całkowitą oferty. W konsekwencji - był to również błąd w obliczeniu ceny, który w efekcie spowodował bezzasadne zniżenie naszej oferty. Oferta nasza w chwili, obecnej nie zawiera cen realnych, mogących pokryć koszty przedmiotowego zadania. W wyniku powyższego -nie jesteśmy w stanie przedłożyć Państwu kalkulacji, z której wynikałoby realne wyliczenie kosztów przedmiotowego zamówienia.”*

Zamawiający w powiadomieniu z dnia 5 lipca 2012 r. o wyborze oferty wykonawcy Grontmij Sp. z o.o. podał następujące uzasadnienie tej czynności: *„Wskazany wyżej wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, jego oferta jest prawidłowa, uwzględnia wymagania opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jest zgodna z ustawą Pzp oraz otrzymała 100 punktów w kryterium najniższa cena.”*

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia ponieważ złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku wykazania bezprawności zaniechania odrzucenia oferty Grontmij Sp. z o.o., przez nieprawidłowe działanie zamawiającego mógłby ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia i utraty spodziewanego zysku z jego realizacji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez wadliwe przyjęcie, że wyjaśnienia Grontmij Sp z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki ustawowe – nie został przez odwołującego podtrzymany na rozprawie, zatem nie

zachodziła potrzeba odniesienia się przez Izbę do wymienionego zarzutu oraz związanych z nim żądań. Odwołujący przyznał bowiem, że wyjaśnienia Grontmij Sp. z o.o. zostały mu udostępnione w całości oprócz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia według załącznika nr 4 do SIWZ, których zamawiający zgodnie z dyspozycją wykonawcy Grontmij nie udostępnił. Nie zachodziły również podstawy, aby rozstrzygać kwestię zasadności żądań zamawiającego oraz przystępującego - odrzucenia zarzutu naruszenia art. 8 ustawy Pzp, tj. zasady jawności – jako podniesionego w odwołaniu z uchybieniem ustawowego terminu.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Grontmij Sp. z o.o. w kontekście zbadania przesłanek do odrzucenia tej oferty z powodu rażąco niskiej ceny, ocenie Izby podlegały wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Grontmij wraz z dopuszczonymi dowodami złożonymi na rozprawie przez przystępującego – które posiadały decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Definicja ustawowa pojęcia „rażąco niskiej ceny nie istnieje.” W orzecznictwie i w doktrynie wypracowano akceptowane poglądy, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. Przy czym, należało zważyć, iż nie bez przyczyny ustawodawca użył określenia „cena rażąco niska,” a więc niska w sposób zauważalny, narzucający w sposób nieodparty takie wnioski.

Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty - dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, itp. Jeżeli bowiem zamawiający ma prawidłowo ocenić ofertę wykonawcy pod względem tego – czy nie podaje ona ceny zaniżonej poniżej kosztów świadczenia usługi – musi mieć niezbędne rozeznanie rynkowe, które pozwoliłoby mu na prawidłową weryfikację ceny i ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty wykonawcy z tej przyczyny.

Zamawiający potwierdził w trakcie rozprawy, że właśnie takie czynniki brał pod

uwagę oceniając wyjaśnienia wykonawcy Grontmij, gdyż prowadząc i rozliczając cenowo inwestycje hydrotechniczne w podległym mu zakresie, ma bieżące rozeznanie co do realnych cen funkcjonujących na lokalnym rynku, po których wykonawcy z powodzeniem realizują zakontraktowane zadania nadzoru inwestycyjnego, odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Izba uznała zatem stanowisko zamawiającego za wiarygodne.

Ponadto, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązany byłby wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty wykonawcy. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku przechodzi na zamawiającego, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. Jeżeli natomiast odwołujący przypisywał w tym zakresie zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego – winien te okoliczności udowodnić. Mimo zgłoszenia dowodów na rozprawie, które Izba oceniła powyżej przy omawianiu materiału dowodowego sprawy, jako nie mających znaczenia, gdyż dotyczyły one cen jednostkowych usług składowych np. hydrograficznych, nurkowych, ubezpieczeniowych - odwołujący zdaniem Izby, nie dowiódł, że wyjaśnienia przystępującego - nie potwierdzają, iż zaoferowana cena wykonawcy Grontmij jest realna, a zamawiający uwzględniając te wyjaśnienia, naruszył przepisy art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Należało zważyć, iż zamówienie obejmuje usługi szeroko rozumianego i opisanego w SIWZ nadzoru inwestorskiego i usług inżynierskich. Wyjaśnienia musiały zatem nawiązywać do charakteru prac objętych zamówieniem. Zamówienie tego rodzaju opiera się w znacznym stopniu na potencjale ludzkim i doświadczeniu. Mniejsze znaczenie mają posiadane zasoby techniczne. Istotna jest też okoliczność o ile wykonawca może przystosować gotowe rozwiązania i uruchomić kontakty, które posiada w związku z innymi zamówieniami, nadające się do wykorzystania w danym postępowaniu. W przeświadczeniu Izby, wyjaśnienia wykonawcy Grontmij Sp. z o.o. w sposób dostatecznie szczegółowy i przekonujący wykazały obiektywne czynniki i okoliczności wpływające na sposób kalkulacji ceny, a w szczególności wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy w sposób zindywidualizowany. Świadczą o tym niepodważone przez odwołującego i sprawdzalne fakty, że przystępujący pełni obecnie funkcje inżyniera kontraktu związane z nadzorowaniem realizacji inwestycji hydrotechnicznych zlokalizowanych nie tylko na obszarze działania zamawiającego w Szczecinie, ale i w Świnoujściu, Stargardzie Szczecińskim i innych miejscowościach wybrzeża. W związku z powyższym posiada zaplecze techniczno-organizacyjne, nawiązane kontakty handlowe z podwykonawcami usług specjalistycznych, a ponadto co szczególnie ważne – dysponuje miejscową kadrą inżynierską – co pozwala na oszczędności w wydatkach płacowych.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, urządzenia, sprzęt, materiały, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług na danym terenie), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Wykonawca może przedstawić cenę oferty odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert. Ponadto nie można było pominąć, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jak stanowi art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, ustalenie wartości zamówienia przy usługach powinno zostać dokonane nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania. Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający dokonał oszacowania prac w okresie grudnia 2011 r., a więc szacunek ten nie wynika z założeń przyjętych w przepisie oraz nie przystaje do obecnych realiów rynkowych. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, LEX nr 127572, niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, gdyż wymaga to zbadania danego przypadku. Prawidłowością powszechnie notowaną jest, że oferowane ceny rynkowe na ogół odbiegają *in minus* od wartości oszacowania zamówienia. Zamawiający i przystępujący przedstawili dowody na okoliczność, że przy tego typu specyficznych usługach niematerialnych, opierających się głównie na pracy specjalistów – jak nadzory inwestorskie, ceny złożonych ofert są bardzo zróżnicowane i znacznie niższe niż podane wartości szacunkowe.

Dyspozycja normy art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uprawnia zamawiającego do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykaże obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Katalog okoliczności uzasadniających wysokość oferowanej ceny podany w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie jest wyczerpujący. Ponadto, zwrot, że obiektywne czynniki mają być dostępne wykonawcy w sposób zindywidualizowany – nie oznacza, że nie mogą zostać wskazane takie okoliczności, jak

często przywoływany argument prowadzenia działalności w znacznych rozmiarach. Ważna jest bowiem skala tego zjawiska – dostępna indywidualnie dla konkretnego wykonawcy - i jej możliwy i realny wpływ na wyliczenie ceny oferty.

Ponadto złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że przystępujący Grontmij realizuje bądź realizował konkretnie oznaczone porównywalne zadania w tym rejonie Polski, co udawadnia twierdzenia, że zna specyfikę lokalnego rynku usług nadzoru, ma zbudowane struktury organizacyjne oraz zgromadzone środki materialne i techniczne do tego celu oraz, że współpracuje z grupą lokalnych specjalistów, co daje możliwość płynnej alokacji tych środków i zasobów w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Z uwagi na ryczałtowy charakter zamówienia, żaden wykonawca nie był zobowiązany kalkulując ceny swojej oferty do przedstawiania kosztorysu. Kalkulacja ceny oferty przystępującego ani odwołującego nie była przedstawiana. W ocenie Izby, odwołujący mógł przyjąć własne założenia cenowe odmienne od przystępującego, w tym też dowolną stopę zysku. Z tych względów proste porównanie cen oferty odwołującego i przystępującego i zanotowana różnica nie jest miarodajna dla zarzutu rażąco niskiej ceny oferty konkurenta. Mimo, że okres trwania zamówienia został wskazany na 31 miesięcy, od daty zawarcia umowy, to nadzory branżowe i prace specjalistyczne, nurkowe itp. będą wykonywane w miarę potrzeb, zatem nie przy pełnym stałym codziennym zaangażowaniu czasowym specjalistów.

Izba opowiada się za powszechnie aprobowanym poglądem, że wyjaśnienia – aby mogły zostać uwzględnione – nie mogą być ogólnikowe, muszą odnosić się do konkretów – oświadczeń wykonawcy, które będą nadawały się do zweryfikowania. W większości także treść oferty oparta jest na oświadczeniach własnych wykonawcy, w przypadkach przewidzianych w ustawie obligatoryjnie potwierdzonych dokumentami. Za zgodność złożonych oświadczeń z rzeczywistością wykonawca ponosi wszelką odpowiedzialność, w tym ryzykuje, że w razie ujawnienia, że złożył nieprawdziwe informacje w wyjaśnieniach, jako stanowiących integralną część oferty, a które zostały by uwzględnione przez zamawiającego jako uzasadnienie wysokości ceny oferty w trybie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, mogłoby to stanowić także podstawę dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Treść wyjaśnień wykonawcy Grontmij Sp. z o.o. została odwołującemu udostępniona w całości i nie podnosił on generalnie zarzutu, że okoliczności podane przez przystępującego – nie zachodzą, i że wyjaśnienia te mijają się ze stanem rzeczywistym.

W ocenie Izby wymienione przez przystępującego czynniki obiektywne, realnie istniejące jak:

Po pierwsze, zaangażowanie w realizację miejscowych - wskazanych kontraktów pozwoliło



przystępującemu na dokładne rozpoznanie w tym rejonie rynku usług nadzoru, i konkretne oszczędności wynikające ze znajomości lokalnych uwarunkowań.

Po drugie, zgromadzenie środków materialnych i osobowych w tym rejonie, które zostało wykazane.

Po trzecie, znaczące doświadczenie w organizacji tego typu prac, jako potencjał, który pozwolił na konkurencyjną wycenę przedmiotu obecnego zamówienia, zostało przez Grontmij wykazane. Posiadany potencjał w powiązaniu z doświadczeniem, przekłada się bowiem na usprawnienie procesu zarządzania kontraktem, a w ślad za tym powoduje realne zmniejszenie kosztów realizacji przedsięwzięcia.

Po trzecie, możliwość alokacji potencjału osobowego i rzeczowego przy kończącej realizacji oznaczonych prac w pobliskiej miejscowości, zatem możliwe w związku z tym oszczędności - zostały wykazane.

Po czwarte, nie została podważona okoliczność, że wykonawca Grontmij posiada znaczący udział w rynku nadzorów budowlanych – Inżyniera Kontraktów, zatem koszty stałe przedsiębiorstwa, jak i koszty zaangażowania potencjału osobowego mogą zostać rozłożone na większą ilość realizowanych umów, co przyczynia się do ich jednostkowego zmniejszenia,

- są to więc okoliczności, o których stanowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu specyfiki tych usług.

Przystępujący ujął w formularzu oferty cały opisany tam zakres zamówienia, włącznie z kosztami zorganizowania i realizacji monitoringu przyrodniczego. Odwołujący nie miał podstaw do stawiania zarzutów, iż którakolwiek pozycja jest niedoszacowana, bądź też, że przystępujący nie uwzględnił kosztów ubezpieczenia, prac nurkowych, hydrograficznych. Zarzuty te pozostały gołosłowne, gdyż zamawiający, żadnych założeń kalkulacyjnych nie narzucił – pozostawiając także rozwiązania organizacyjne w ramach ustalonych warunków kontraktowych - do decyzji wykonawców.

W ocenie Izby, przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia - mające wpływ na kalkulację ceny oferty są skonkretyzowane i mają charakter opisanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, pozostają spójne z przedstawionymi dowodami. Zatem przyjęcie tych wyjaśnień - jako czynność zamawiającego - nie budzi zastrzeżeń Izby, mimo dosyć enigmatycznego uzasadnienia wyboru oferty Grontmij – nie świadczy to jednak, że zamawiający zaniechał analizy wyjaśnień. Wyjaśnienia złożone dnia 25 maja 2012 r. przez Grontmij Sp. z o.o. były wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny, a podana cena uzasadniona jest - wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnymi wykonawcy.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość, wykonawca Grontmij był zobowiązany przedstawić pełny kosztorys – dający cenę oferty. Zamawiający nie żądał takich kosztorysów, wymagał jedynie danych zawierających zbiorcze pozycje cen dla elementów prac, etapów prac, nie nadając im charakteru wiążącego – z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Zgodnie z tymi wytycznymi SIWZ przystępujący skalkulował cenę oferty. Izba opowiada się za poglądem znajdującym oparcie wprost w treści przepisów art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, iż badania rażąco niskiej ceny dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie do wyodrębnionej jego części, czy pozycji składowych.

Za nieuzasadnione Izba przyjęła również powoływanie się przez odwołującego na stanowisko wykonawcy konsorcjum spółek EKO-INWEST S.A. i Covi Polska Sp. z o.o., który zaoferował cenę o około 15% wyższą niż cena oferty Grontmij Sp. z o.o., a następnie stwierdził w swoich wyjaśnieniach, jakoby wykonanie zamówienia za wskazaną cenę pozostawało nierealne. Jest do dowód wyłącznie na to - co zostało w tych wyjaśnieniach oświadczone i odnosi się jedynie do możliwości tego wykonawcy.

Zdaniem Izby, nie można było ocenić wyjaśnień Grontmij jako zbyt ogólnikowych. Wyjaśnienia spełniały wymagania przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, miały charakter konkretny – sprawdzalny. Uznając, że wykonawca Grontmij wykazał, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona, Izba stwierdziła podstawy do zaakceptowania czynności zamawiającego związanych z wyborem tej oferty - jako przeprowadzonych poprawnie. Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Grontmij nie daje gwarancji należytego, rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, a powierzenie jego wykonania przystępującemu stanowi ewidentne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

W oparciu o przytoczone powyżej ustalenia dowodowe, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, tj.:

1. art. 90 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Grontmij Sp. z o.o. i uznanie, że nie złożył on oferty zawierającej rażąco niską cenę,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Grontmij Sp. z o.o. na tej podstawie,
3. art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty Grontmij Sp. z o.o. co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz inne przepisy wskazane w uzasadnieniu,

- nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....