

Sygn. akt: KIO 63/12

Sygn. akt: KIO 66/12

WYROK

z dnia 19 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r.:

- A. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki Energopomiar Sp. z o.o., Elsamprojekt Polska Sp. z o.o., ul. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice,
B. przez SGS Polska Sp. z o. o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka,

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego:

A. w sprawie o sygn. akt: KIO 63/12:

- a) ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa,
- b) SGS Polska Sp. z o. o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa,

B. w sprawie o sygn. akt: KIO 66/12:

- a) ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa,
- b) konsorcjum firm w składzie: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki Energopomiar Sp. z o.o., Elsamprojekt Polska Sp. z o.o., ul. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice

orzeka:

A. w sprawie o sygn. akt KIO 63/12:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki Energopomiar Sp. z o.o., Elsamprojekt Polska Sp. z o.o., ul. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki Energopomiar Sp. z o.o., Elsamprojekt Polska Sp. z o.o., ul. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki Energopomiar Sp. z o.o., Elsamprojekt Polska Sp. z o.o., ul. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice, na rzecz **Zamawiającego** - Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. w sprawie o sygn. akt KIO 66/12:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - SGS Polska Sp. z o. o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** -

SGS Polska Sp. z o. o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Odwołującego** - SGS Polska Sp. z o. o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 63/12

Sygn. akt: KIO 66/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji p.n. „Budowa Elektrowni Ostrołęka C o mocy ok. 1000 MW”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2011 r., pod nr 2011/S 155-258562.

Sygn. akt: KIO 63/12

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”):

1. art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 poprzez błędne ich zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, mimo iż złożona gwarancja przetargowa (gwarancja bankowa) odpowiada przepisom ustawy Pzp oraz postanowieniom pkt 16 Części I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców);
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z artykułem 6 Części II SIWZ (wzór umowy) poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., (dalej: ILF) mimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z załącznikiem nr 3 do Części II SIWZ (wzór umowy) poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ILF, mimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert, 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, 3) wykluczenie z postępowania wykonawcy ILF; 4) unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania i dokonanie oceny jego oferty, 5) nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zasądzenie na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż wbrew ocenie dokonanej przez Zamawiającego, Odwołujący złożył prawidłowe wadium. Odwołujący wyjaśnia, iż wadium wniesione przez Odwołującego (strona 34 i 35 oferty) zostało złożone w dwóch częściach odpowiadających procentowemu udziałowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w następujący sposób: przelew na konto

Zamawiającego w kwocie 132.000,00 zł oraz w formie bezwarunkowej i nieodwołalnej gwarancji przetargowej w kwocie 1.068.000,00 PLN. Odwołujący wyjaśnia, iż w istocie spór dotyczący wadium wniesionego przez „Energopomiar” sp. z o.o. (jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) i wynika z następującego zapisu gwarancji przetargowej nr 126/2011, złożonej przez „Energopomiar” sp. z o.o.: *„My, Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna, II Śląskie Centrum Korporacyjne, Centrum Korporacyjne w Gliwicach, działając się na zlecenie Lidera Konsorcjum, zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Wam każdej kwoty obejmującej 70% kwoty wadium tj. do wysokości: 1.068.000,00 PLN (słownie złotych: jeden milion sześćdziesiąt osiem tysięcy 00/100).”* Zdaniem Odwołującego, twierdzenia Zamawiającego, iż Odwołujący nie wniósł wadium w wymaganej wysokości są całkowicie bezpodstawne. Omyłka (zapis dotyczący 70%) nie ma znaczenia dla kwoty wadium, gdyż z gwarancji wynika bezspornie, iż bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia każdej kwoty do wysokości 1.068.000,00 zł.

Odwołujący podnosi, iż instytucję gwarancji bankowej reguluje przepis art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, zgodnie z którym gwarancja bankowa jest to jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez uprawniony podmiot (beneficjenta gwarancji) wymaganych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone oznaczonymi w umowie dokumentami, które winny być dołączone do wezwania do zapłaty, wystawionego przez beneficjenta w stosownej formie, bank wykona zobowiązanie pieniężne. W przedmiotowym przypadku wykonawca przedstawił gwarancję banku sporządzoną na piśmie, bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie, a zatem spełniającą wymogi zawarte w art. 45 ustawy Pzp, art. 81 Prawa bankowego oraz pkt 16 SIWZ (Cześć I - Instrukcja dla Wykonawców).

Zdaniem Odwołującego, kwestionowany przez Zamawiającego zapis, dotyczący procentowego określenia wartości wadium, jest *de facto* czynnością techniczną nieograniczającą uprawnień Zamawiającego, a odnoszącą się jedynie do ustaleń pomiędzy partnerami konsorcjum, która nie ma wpływu na prawidłową wysokość wadium, co potwierdza suma wniesionego wadium przez partnerów konsorcjum. W rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający nie wskazał w treści gwarancji bankowej zapisów, które podważałyby bezwarunkowość tejże gwarancji. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykazał, iż złożona przez Odwołującego gwarancja pozbawia go prawa do skutecznego żądania zapłaty należności do wysokości 1.200.000,00 zł.

Dla oceny skuteczności wniesionego wadium rozstrzygające jest to, czy cel ustanowienia wadium, tj. zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego zarówno co do ich maksymalnego zakresu (w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności, o których

mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp), jak również co do bezwarunkowej ich realizacji został osiągnięty.

W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana w ofercie ILF, tj. 18 467 712,00 zł brutto, jest rażąco niska i jako taka winna zostać odrzucona. Jednolita linia orzecznicza KIO stanowi, iż *„za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość.”* Cena oferty ILF jest rażąco niska zarówno w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia, jak i w odniesieniu do cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców. Zamawiający nie wziął pod uwagę poziomu aktualnych cen rynkowych usług identycznych i podobnych do usług stanowiących przedmiot zamówienia. Działania i czynności Zamawiającego nie powinny opierać się na subiektywnych odczuciach, w tym ocenie, w jakim stopniu dany argument może być uznany za przekonujący. Zamawiający winien bowiem brać pod uwagę czynniki obiektywne, mające znaczenie dla ustalenia i oceny stanu faktycznego. Zdaniem Odwołującego, przy zachowaniu reguł rynkowych, wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Wykonawca ILF zaoferował usługę będącą przedmiotem zamówienia za nierealną kwotę, co powinno doprowadzić w pierwszej kolejności do żądania przez Zamawiającego od niego wyjaśnień, a w następnie do odrzucenia oferty ILF.

Odwołujący podaje, iż Zamawiający w załączniku nr 3 do wzoru umowy (część II SIWZ) określił minimalne wymagania, dotyczące podstawowego zespołu Inżyniera Kontraktu. Wśród wymaganych osób znalazł się inspektor nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności kolejowej bez ograniczeń. Na powyższe stanowisko ILF zaproponował w ofercie (str. 10 oferty) dwie osoby: Pana Zbigniewa P. (uprawnienia budowlane nr OIK5-1-930-570/99 z dnia 18.12.1999 r. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe) oraz Pan Andrzej Z. (uprawnienia budowlane nr KBUla-2126/1153/66 z dnia 04.11.1966 r. w specjalności urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego i łączności kolejowej). Żadna z powyższych osób, zdaniem Odwołującego, nie spełnia wymogu postanowień specyfikacji, przez co jest z nią sprzeczna, gdyż stanowisko Inspektora nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności kolejowej bez ograniczeń nie zostało obsadzone. Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż prowadzi to do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zaoferowana usługa nie spełnia kompletnego przedmiotu zamówienia, wyznaczonego jako granicznie wymagalne (odpowiedź na pytanie 24 w piśmie Zamawiającego z dnia 12.12.2011 r.), obowiązkiem

Zamawiającego było odrzucenie oferty. Pan Z. posiada uprawnienia wydane na podstawie przepisów art. 21 ust. 2 ustawy Prawo budowlane z 1961 r. oraz § 3 ust. 1 zarządzenia nr 195 Ministra Komunikacji w sprawie uprawnień budowlanych w budownictwie specjalnym w zakresie komunikacji. Paragraf 3 ust. 1 zarządzenia Ministra Komunikacji nr 195 określał specjalności techniczno - budowlane uprawnień budowlanych: 1) linie kolejowe, węzły i stacje, 2) mosty, 3) drogi, 4) urządzenia zabezpieczenia ruchu kolejowego i łączności kolejowej, 5) elektryfikacja linii kolejowych, 6) lotnicze urządzenia naziemne.

Posiadanie uprawnień w zakresie urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego i łączności kolejowej nie spełnia wymogu określonego przez Zamawiającego (uprawnienia kolejowe bez ograniczeń). Wymóg Zamawiającego byłby spełniony jedynie w przypadku, gdyby Pan Z. posiadał łącznie uprawnienia w zakresie: linie kolejowe, węzły i stacje; urządzenia zabezpieczenia ruchu kolejowego i łączności kolejowej, elektryfikacja linii kolejowych.

Odwołujący podaje, iż 20 grudnia 1996 r. Minister Transportu i Gospodarki Morskiej wydał rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w dziedzinie transportu kolejowego (Dz. U. 1997, Nr 4, poz. 23 z późn. zm.) w następujących specjalnościach (§ 2 rozporządzenia): 1) linii, węzłów i stacji kolejowych, 2) urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym, 3) kolejowych sieci elektroenergetycznych. Na podstawie tego rozporządzenia uprawnienia otrzymał Pan P. Nie spełniają one wymogu SIWZ, gdyż dotyczą jedynie linii, węzłów i stacji kolejowych i w tym zakresie są bez ograniczeń. Wymogiem SIWZ było posiadanie uprawnień w specjalności kolejowej, a więc obejmujących swoim zakresem łącznie wszystkie specjalności wymienione powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 16 SIWZ, wykonawca zobowiązany był do wniesienia wadium w wysokości 1.200.000,00 zł przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca mógł wnieść wadium w jednej lub kilku formach, wymienionych przez Zamawiającego, w zależności od wyboru wykonawcy.

Odwołujący do złożonej przez siebie oferty, dołączył dowody wniesienia wadium w dwóch formach, tj. w formie pieniężnej w kwocie 132.000,00 zł oraz w formie gwarancji bankowej. W treści gwarancji znajdują się m.in. następujące zapisy: *„Zostaliśmy poinformowani, że w związku z publicznym ogłoszeniem przez Was przetargu publicznego nr ref. Zamówienia ZP/02/2011 na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji p.n. „Budowa Elektrowni Ostrołęka C o mocy ok. 1000 MW”, w którym wysokość wadium wynosi 1.200.000,00 PLN firma Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” (...), jako „Lider Konsorcjum”, w którym „Członkiem Konsorcjum” jest: „Elsamprojekt Polska” (...) zwani dalej łącznie „Wykonawcą”, złoży ofertę (...). My, Bank Polska Kasa Opieki Spółka*

Akcyjna (...), działając na zlecenie Lidera Konsorcjum, zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Wam każdej kwoty obejmującej 70% kwoty wadium tj. do wysokości 1.068.000,00 zł (...)."

Pismem z dnia 30 grudnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z tego powodu, iż nie wniósł wadium w wymaganej wysokości, jednocześnie uznając złożoną przez Odwołującego ofertę za odrzuconą, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż przedmiotowa gwarancja powinna być wystawiona na kwotę 1.068.000,00 zł, tak aby wraz z kwotą 132.000,00 zł, stanowić kwotę 1.200.000,00 zł, czyli kwotę wadium wymaganego w niniejszym postępowaniu. Zaś, przedłożona gwarancja jest wewnętrznie sprzeczna i Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, na jaką kwotę została ona wystawiona. Z treści gwarancji, jak wskazał Zamawiający, wynikają dwie kwoty, jakie gwarancja zabezpiecza, tj.: kwota obejmująca 70% wadium, czyli 840.000,00 zł oraz kwota 1.068.000,00 zł. W opinii Zamawiającego, przedmiotowa gwarancja bezspornie zabezpiecza roszczenie Zamawiającego do kwoty 840.000,00 zł, tj. 70% wadium. Natomiast nie jest jasne, czy zabezpiecza ona roszczenia Zamawiającego do kwoty 1.068.000, 00 zł, a istniejąca wada, nie może być sanowana przez jakiegokolwiek późniejsze czynności którejkolwiek ze stron.

Szacunkowa wartość niniejszego zamówienia została określona na poziomie 45.000.000,00 zł (55.350.000,00 zł brutto). Oferty złożyło trzech wykonawców: SGS Polska Sp. z o.o., Odwołujący i ILF, oferując odpowiednio za wykonanie przedmiotowego zamówienia następujące ceny: 52.692.708,00 zł, 20.395.884,60 zł, 18.467.712,00 zł.

Zamawiający zwrócił się, zarówno do Odwołującego, jak i wykonawcy ILF, o pisemne uzasadnienie ceny ofertowej brutto (pismo z dnia 22 grudnia 2011 r.). Zamawiający wskazał, iż w trakcie badania ofert powstała wątpliwość, czy wymienione oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tych względów zobowiązał wykonawców do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień, wskazujących na to, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny. Wykonawcy udzielili w przedmiotowym zakresie wyjaśnień.

Skład i strukturę Inżyniera Kontraktu określa załącznik nr 3 do umowy (część II SIWZ). W skład tego zespołu wchodzi m.in. Inspektor nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności kolejowej bez ograniczeń.

Według oferty wykonawcy ILF funkcję tę pełnić będą: Pan Zbigniew Pukaniec, posiadający uprawnienia budowlane z dnia 18 grudnia 1999 r. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności linii, węzły i stacje kolejowe oraz Pan Andrzej

Z., legitymujący się uprawnieniami budowlanymi z dnia 4 listopada 1966 r. w specjalności urzędzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego i łączności kolejowej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Instytucja „wadium” pełni bardzo istotną rolę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi bowiem narzędzie zabezpieczenia zamawiającego przed czynnościami wykonawcy, które mogłyby spowodować negatywne dla zamawiającego skutki (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp). Względy te legły u podstaw regulacji, zgodnie z którą wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy Pzp). Chodzi bowiem o to, aby zabezpieczyć interes zamawiającego (zabezpieczenie to musi być niewątpliwe i odpowiadać wszelkim wymaganiom zamawiającego) wraz z upływem terminu składania ofert. Ten moment jest również istotny dla oceny poprawności wniesienia wadium. Oznacza to, iż czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można bowiem dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu (składania ofert), jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna.

Izba wskazuje, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, co oznacza, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji.

Izba podziela ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, że kwestie dotyczące prawidłowości wadium nie są objęte dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest bowiem *częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia (KIO/UZP 202/09)* i nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że Zamawiający ocenia prawidłowość wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty. W przypadku ustalenia na podstawie tego dokumentu, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, nie ma obowiązku ani nawet możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały wraz z ofertą przedłożone. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej – jak stwierdziła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w

wyroku sygn. akt KIO/UZP 868/08, nie ma w ustawie Pzp podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji.

Z powyższego wynika, że Zamawiający powinien opierać się na treści dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, w którym jasno wyrażony został zakres odpowiedzialności gwaranta i jej warunki, a wszelkie inne dokumenty i wyjaśnienia składane po upływie terminu składania ofert nie mogą mieć znaczenia ani dla decyzji Zamawiającego, ani dla rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę. Wobec rygorystycznego traktowania przez ustawodawcę kwestii dotyczących wadium, wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium już w dniu składania ofert, a wszelkie błędy w tym zakresie obciążają wykonawcę.

Izba wskazuje, że nie budzące wątpliwości zabezpieczenie zamawiającego wynikać musi z treści gwarancji bankowej, nie zaś z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień banku - gwaranta. Ocena prawidłowości złożonego wadium następuje wyłącznie na podstawie złożonej gwarancji, na wstępnym etapie, po upływie terminu składania ofert. Konieczność oceny prawidłowości złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom wadium, na podstawie dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który korzystnie lub nie dla zamawiającego, zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium.

Z powyższych przyczyn oświadczenie banku PEKAO S.A. z dnia 16 stycznia 2012 r., umowa nr 1/LG/2011 o otwarciu linii gwarancji wraz z aneksem, zleceniem udzielenia gwarancji przetargowej i dowodem uiszczenia prowizji od udzielonej gwarancji nie mogą być brane pod uwagę. W pierwszej kolejności wskazać bowiem należy, iż oświadczenie Banku co do sposobu interpretacji spornej gwarancji nie ma żadnego znaczenia w niniejszej sprawie, nie wiąże bowiem Izby. Nadto, ewentualna modyfikacja oświadczenia woli zawartego w treści przedmiotowej gwarancji jest nieskuteczna, z przyczyn, o których była mowa wyżej. Zaś, fakt otwarcia przez Bank odnawialnej linii na wystawianie gwarancji bankowych na rzecz Odwołującego i zlecenie przez Odwołującego Bankowi udzielenia gwarancji przetargowej w kwocie 1.068.000,00 zł oraz opłacenie wymaganej prowizji (§ 5 ust. 1 pkt 2 lit. b aneksu do powoływanej umowy), pozostaje bez wpływu na treść zobowiązania Banku względem Zamawiającego, może być jedynie podstawą odpowiedzialności Banku względem Odwołującego z tytułu nienależytego wykonania umowy.

Na marginesie podkreślić jedynie należy, iż zarówno przywołany przez Odwołującego w odwołaniu wyrok Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 10 września 2009 r., sygn. akt II

Ca 404/09, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczą bezwarunkowości gwarancji bankowej i z tej przyczyny nie są nieadekwatne do niniejszego stanu faktycznego. Podstawą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie jest bowiem okoliczność, że Odwołujący złożył gwarancję bankową warunkową, a jej wadliwość, polegająca na tym, że nie zabezpiecza oferty Odwołującego w wymaganej kwocie.

Reasumując, ponieważ sporna gwarancja bankowa zabezpiecza w sposób niewątpliwy wypłatę kwoty 840.000,00 zł a nie kwoty 1.068.000,00 zł, która to kwota wespół z kwotą 132.000,00 zł, wniesioną w formie pieniężnej, stanowiłaby wartość wymaganego przez Zamawiającego wadium, Izba uznała, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo, co obligowało Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, w trybie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba stoi na stanowisku, iż porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Podobnie, jak porównanie cen ofert innych wykonawców. Występujące dysproporcje, które zdają się zamawiającemu nieuzasadnione, mogą jedynie prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Pogląd ten jest powszechnie akceptowany w orzecznictwie.

Dalej, w treści odwołania Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień Przystępującego ILF *„nie wziął pod uwagę poziomu aktualnych cen rynkowych usług identycznych i podobnych do usług”*, gdyby zaś tę okoliczność uwzględnił, *powinien dojść do przekonania, że „przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.”* W ocenie Izby, jakkolwiek okoliczności wskazane przez Odwołującego mogłyby mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, to ich powołanie przez Odwołującego nie jest wystarczające dla wykazania, iż cena ta została zaoferowana. Odwołujący poprzestał bowiem na zakwestionowaniu oceny dokonanej przez Zamawiającego, wskazując na czynniki mające wpływ na poziom ceny, poprzestając jedynie na wyrażeniu przekonania o ich zaistnieniu w niniejszym stanie faktycznym, nie przeprowadzając jednocześnie dowodu na ich zaistnienie. Z tych przyczyn Izba nie mogła uznać twierdzeń Odwołującego za trafne.

Izba nie znalazła również podstaw do zaaprobowania stanowiska Odwołującego, iż *„cena jaką zaoferował ILF nie odzwierciedla długoterminowego charakteru inwestycji tj. okresu 9 lat”*. W pierwszej kolejności, w ocenie Izby, można co najwyżej mówić o rozwoju rynku inwestycji budowlanych w sektorze elektroenergetycznym, na co wskazują przykłady inwestycji wskazanych, zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego ILF, których prowadzenie nie ma charakteru „boomu gospodarczego”, rozumianego jako zdarzenie nagłe

i krótkotrwałe. Jednocześnie nie wiadomo, w jaki sposób obserwowany wzrost inwestycji w tej gałęzi gospodarki wpłynie na wysokość wynagrodzeń specjalistów bezpośrednio związanych z realizacją tego typu zamówień. Odwołujący nie wskazał w tym zakresie żadnych prognoz obrazujących wzajemne relacje tych okoliczności i ewentualnego poziomu ich wzajemnego wpływu, żeby uznać, że tych założeń w kalkulacji ceny oferty wykonawcy ILF zabrakło.

Konkludując, zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę ILF (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) nie znalazł potwierdzenia, bowiem Odwołujący nie udowodnił, iż ocena wyjaśnień, złożonych przez wykonawcę w tym zakresie, dokonana przez Zamawiającego, a w konsekwencji okoliczności wskazane jako podstawa do kalkulacji ceny na określonym poziomie, nie znajdują uzasadnienia. W tym miejscu z całą mocą należy podkreślić, co znajdowało wielokrotnie odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, iż *„w sytuacji złożenia stosownych wyjaśnień, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu co do braku przedstawienia w wyjaśnieniach obiektywnych elementów mających wpływ na wysokość ceny i złożenia niewystarczających wyjaśnień spoczywa w całości na odwołującym, który z faktu tego wywodzi skutki prawne. (...) Izba potwierdza tezę dowodową, że Odwołujący kwestionujący działania Zamawiającego w zakresie uznania iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, winien w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia przez tego wykonawcę. Izba wskazuje, że wzywany do wyjaśnień wykonawca ma przekonać o braku postaw do uznania zaoferowanej ceny w ofercie jako rażąco niskiej Zamawiającego, a wykonawca który ten fakt kwestionuje ma udowodnić, że cena jest nierealistyczna i stanowisko w tym zakresie Zamawiającego jest błędne, gdyż nie opiera się na racjonalnych przesłankach gospodarki rynkowej”* (wyrok KIO z dnia 18 lipca 2011 r., sygn. akt: 1403/11).

Odnosząc się do dostrzeżonej przez Odwołującego sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, w zakresie w jakim oferta wykonawcy ILF nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego, dotyczących podstawowego zespołu Inżyniera Kontraktu, w aspekcie inspektora nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności kolejowej bez ograniczeń, stwierdzić należy, iż Zamawiający formułując wymagania w tym przedmiocie oparł się na aktualnym stanie prawnym kreującym rodzaje uprawnień budowlanych i ich zakres (rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - Dz. U. Nr 83, poz. 578 z późn. zm.), pomijając regulacje wcześniejsze w tym przedmiocie i fakt aktualności uprawnień nabytych w innych reżimach prawnych. Mając na uwadze powyższe, należy dojść do przekonania, iż oczywistym jest, że spełnienie wymagań Zamawiającego w zakresie posiadania przez

inspektora nadzoru budowlanego uprawnień w specjalności kolejowej, w świetle postanowień SIWZ, nie może budzić wątpliwości, jednakże skoro wskazane uprawnienia budowlane zostały wprowadzone i zdefiniowane na gruncie powołanego rozporządzenia, to dla uznania, iż osoba legitymująca się uprawnieniami nabytymi wcześniej, posiada wymagane uprawnienia, konieczne jest, aby uprawnienia uzyskane na gruncie innych aktów prawnych, obowiązujących w czasie wydania tychże uprawnień, odpowiadały swym zakresem uprawnieniom wymaganym przez Zamawiającego.

W tym miejscu nieodzowne jest zatem ustalenie zakresu pojęcia „*uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń*”. Zgodnie z § 20 powoływanego rozporządzenia, uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: bocznicą kolejową, linią kolejową wraz z punktami eksploatacyjnymi i posterunkami technicznymi, torowe instalacje techniczne oraz inne budowle kolejowe w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 151, poz. 987), z wyłączeniem obiektów budowlanych, o których mowa w § 19 ust. 1 pkt 2. Jednocześnie biorąc pod uwagę fakt, iż powołany przepis odwołuje się do budowli kolejowej, konieczne było również ustalenie zakresu tego pojęcia. Zgodnie z § 3 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, mówiąc o „*budowli kolejowej*” rozumie się przez to całość techniczno-użytkową wraz z gruntem, na którym jest usytuowana, oraz instalacjami i urządzeniami, służącą do ruchu pojazdów kolejowych, organizacji i sterowania tym ruchem, umożliwiającą dokonywanie przewozów osób lub rzeczy (...). Jednocześnie zwrócić należy uwagę, iż w świetle rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, od uprawnień budowlanych w specjalności kolejowej bez ograniczeń odróżnia się uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, które uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne, w tym kolejowe, trolejbusowe i tramwajowe sieci trakcyjne wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi zasilania i sterowania, w tym kolejowej, trolejbusowej i tramwajowej sieci trakcyjnej oraz elektrycznego ogrzewania pojazdów.

Dokonując analizy uprawnień posiadanych przez Pana Zbigniewa P., Izba ustaliła, iż ww. osoba uzyskała uprawnienia budowlane w oparciu o rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 20.12.1996 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w dziedzinie transportu kolejowego (Dz. U. Nr 4, poz. 23 z późn zm.), do

kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe. Na gruncie tychże przepisów (§ 2 przedmiotowego rozporządzenia) uprawnienia budowlane w dziedzinie transportu kolejowego nadawano w następujących specjalnościach: 1) linie, węzły i stacje kolejowe, 2) urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym, 3) kolejowe sieci elektroenergetyczne. Oznacza to, iż wskazana osoba nie posiada uprawnień budowlanych w specjalności urządzeń sterowania ruchem kolejowym, które jak wskazano wyżej, objęte są uprawnieniami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń.

Powyższy brak niwelowany jest jednakże przez osobę Pana Andrzeja Z., który posiada uprawnienia budowlane właśnie w specjalności urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego i łączności kolejowej, o których mowa w § 3 zarządzenia nr 195 Ministra Komunikacji z dnia 1 grudnia 1964 r. w sprawie uprawnień budowlanych w budownictwie specjalnym w zakresie komunikacji.

Bez wpływu na ocenę przedmiotowej kwestii pozostaje powoływana przez Odwołującego odpowiedź na pytanie nr 24, udzielona przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12 grudnia 2011 r., bowiem nie wprowadza ona modyfikacji w zakresie analizowanych wymagań, jak i nie stanowi ich konkretyzacji.

Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż posiadanie uprawnień kolejowych w specjalności budowlanej bez ograniczeń nie oznacza, iż konieczne jest posiadanie uprawnień we wszystkich specjalnościach, które na gruncie aktu prawnego, na podstawie którego zostały uzyskane, wiążą się z transportem kolejowym. W ocenie Izby, nie ulega bowiem wątpliwości, iż wymagany zakres uprawnień, musi być zgodny z tym, który na gruncie obowiązujących przepisów prawa, został w ramach definicji legalnej tego pojęcia ustalony. Nie ulega również wątpliwości, że na funkcję inspektora nadzoru budowlanego w rzeczonyj specjalności były proponowane osoby, które łącznie przedmiotowe wymagania spełniają. Potwierdzenie powyższego stanowi również powoływana odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 24.

W ocenie Izby, brak w tym przedmiocie podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z jednej bowiem strony nie potwierdziły się wskazywane przez Odwołującego okoliczności świadczące jakoby o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, z drugiej zaś, w konsekwencji upada, powołany na tym tle, zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie wskazał bowiem na wystąpienie w niniejszym stanie faktycznym okoliczności, które mieszczą się we wskazanym przepisie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Sygn. akt: KIO 66/12

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego dokonane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechania obejmujące: badanie i ocenę ofert, a w ich wyniku wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ILF i zaniechanie wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki Energopomiar Sp. z o.o. oraz Elsamprojekt Polska Sp. z o.o. (dalej „Energopomiar”).

Powyższe czynności Zamawiającego naruszają:

1. art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i przyjęcie, że oferta ILF nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Energopomiar, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że oferta Energopomiar nie zawiera rażąco niskiej ceny,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty ILF z powodu rażąco niskiej ceny,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty ILF i uznanie, że oferta ta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).
5. art. 24 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
6. art. 7 ust. 1 i art. 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartych w części wyjaśnień ILF, składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
7. art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Zarzucając Zamawiającemu wskazane uchybienia Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i

oceny ofert oraz nakazanie wykluczenia ILF z postępowania i odrzucenia jego oferty nakazanie odrzucenia oferty Energopomiar, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej z pośród ofert nieodrzuconych.

W przedmiocie rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, iż złożone przez ILF wyjaśnienia w żadnej mierze nie dotyczyły kwestii świadczących o wpływie poszczególnych wskazywanych elementów na wysokość zaoferowanej ceny, a w szczególności nie wskazał na okoliczności, które dowodziłyby, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca ograniczył się do ogólnych stwierdzeń mających na celu potwierdzenie, iż jest wykonawcą rzetelnym, posiadającym bogate doświadczenie i zaplecze pozwalające na realizację zamówienia, jednakże cechami tymi musi wykazywać się każdy z Wykonawców. Nie daje to natomiast podstaw do nie uznania ceny przez niego zaoferowanej, jako rażąco niskiej.

Wykonawca w wyjaśnieniach nie przedstawił bowiem rzeczowych dowodów ani argumentów na potwierdzenie, że nie zaoferował realizacji kontraktu poniżej realnych kosztów realizacji umowy, w tym kosztów rzeczowych i stawek personelu, do czego był zobowiązany. Treść wyjaśnień w tym przypadku ma bowiem kluczowe znaczenie z uwagi na okoliczność, iż ILF zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 18.467.712,00 zł brutto odbiegającą znacznie od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia 55.000.000,00 zł, tj. stanowiącą 33% tej kwoty. Zatem Zamawiający musi mieć pewność, iż z uwagi na szczególne uwarunkowania i specyfikę tego wykonawcy, jest on w stanie zminimalizować koszty wykonania zamówienia zapewniając przy tym jednocześnie standard świadczonych usług zgodny z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz utrwalonym orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia 13.08.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 752/08; KIO/UZP 788/08; KIO/UZP 789/08), jeśli wykonawca w wyjaśnieniach przedstawia jedynie ogólnikowe stwierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami, nie należy ich uznawać za wystarczające, a ofertę należy odrzucić. Jak wskazuje Odwołujący, 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 ustawy Pzp ma charakter jedynie przykładowy, niemniej tego rodzaju okoliczności jak: dysponowanie na terenie Wrocławia dobrze prosperującym biurem, dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno-organizacyjno-logistycznym, 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.

Jak podkreśla Odwołujący, konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie sposobu skalkulowania ceny ofertowej nie jest jednak jedynie formalnością, która ma chronić Zamawiającego przed zarzutem pochopnego wyboru ofert o niskiej cenie. Przeciwnie, instytucja ta służy z jednej strony ochronie środków publicznych, z drugiej zaś gwarantuje zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu, a co za tym idzie Zamawiający nie może pomijać merytorycznej zawartości wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a skupiać się jedynie na fakcie "wykonania" wezwania przez wykonawcę. Z faktu wezwania w niniejszej sprawie wykonawcy ILF do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wynika domniemanie rażąco niskiej ceny, które musi być przez Wykonawcę obalone. Na tej zasadzie ILF, wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany był do udzielenia wyjaśnień uzasadniających zaoferowaną przez niego cenę. Wyjaśnienia lakoniczne traktowane są natomiast przez Krajową Izbę Odwoławczą na równi z brakiem wyjaśnień, a co za tym idzie złożenie takich wyjaśnień musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy (np. wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10).

Stosownie do przepisu art. 90 ust. 2 Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Bez wątplenia za obiektywne czynniki, właściwe jedynie dla Wykonawcy nie mogą zostać uznane czynniki wskazywane w złożonych Wyjaśnieniach. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że korzystne uwarunkowania, na które powołuje się Wykonawca, nie są w żaden sposób szczególne w stosunku do pozostałych wykonawców. Każdy z wykonawców dysponuje zespołem doświadczonych pracowników (wymaga tego zresztą sam Zamawiający), podobnie jak każdy z wykonawców dysponuje własnym systemem organizacji i zarządzania projektami, jak również systemem zarządzania zasobami ludzkimi. Wykonawca odnosi się zatem jedynie do pewnych standardów, realizowanych w każdej firmie, świadczącej profesjonalne usługi Inżyniera Kontraktu dla projektów tej wielkości, co projekt będący przedmiotem zamówienia. Wykonawca wskazuje również, że szczególnie korzystną okolicznością jest fakt, iż niniejsze postępowanie jest kolejnym w ostatnim czasie postępowaniem z udziałem Wykonawcy - nie wskazuje jednakże, jakie konkretnie postępowania zakończyły się wyborem Wykonawcy. Biorąc jednakże pod uwagę, iż główne koszty ponoszone przy realizacji tego typu kontraktów to koszty personelu, nie sposób twierdzić, iż fakt realizacji innych kontraktów znacząco wpływa na cenę oferty, szczególnie w

kontekście wymogów stałego pobytu dedykowanego personelu na terenie budowy w czasie okresu realizacji usługi – pkt 3.24 projektu umowy.

Nie zgadza się z Wykonawcą, iż szczególnie korzystną okolicznością, mającą wpływ na wysokość ceny, jest odległość między siedzibą Wykonawcy a miejscem lokalizacji inwestycji, biorąc pod uwagę, że odległość ta wynosi blisko 120 km, czyli tyle samo co dla Odwołującego.

Bez znaczenia z punktu widzenia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny mają natomiast takie elementy wskazywane przez Wykonawcę, jak: dokładny i precyzyjny opis przedmiotu zamówienia (taki sam dla wszystkich wykonawców), zysk (którego, wartość nie została wskazana), czy podatek VAT (którego uwzględnienie było obowiązkiem wszystkich wykonawców).

Dodatkowo, biorąc pod uwagę również fakt, że racjonalny podmiot gospodarczy zazwyczaj oczekuje zysku realizując zamówienia publiczne oraz sfinansowania części kosztów ogólnych przedsiębiorstwa, jak choćby koszty ubezpieczenia, koszty działalności zaplecza finansowo-księgowego etc., cenę zaproponowaną przez ILF należy uznać za rażąco niską, gdyż realizacja usługi za taką cenę jest niemożliwa.

Zdaniem Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę w sposób nieuzasadniony uznaje, że jest to cena adekwatna do przedmiotu zamówienia i przez to narusza przepisy ustawy Pzp.

Działanie wykonawcy ILF niewątpliwie stanowi o próbie przejęcia zamówienia za wszelką cenę, nawet poniżej kosztów realizacji, co w świetle art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp powinno skutkować odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący wyjaśnia, iż wykonawca ILF, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wyjaśnień, tj. Kalkulację ceny ofertowej, składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Nie wiadomo jednak, na jakiej podstawie Wykonawca owe zastrzeżenie poczynił. W doktrynie wskazuje się, że Zamawiający winien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy. Badania takiego należy dokonać przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Wykonawca powinien w sposób jasny wskazać, które informacje chce utajnić oraz gdzie zaczynają się i gdzie kończą informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uwagi na fakt, iż uprawnienie do utajnienia części informacji stanowi wyłom w generalnej zasadzie jawności postępowania, Zamawiający obowiązany jest czuwać nad prawidłowością jej realizacji poprzez zbadanie, czy wykonawca nie dokonał jej naruszenia poprzez nieuprawnione zastrzeżenie tajemnicy. Utajnienie informacji może bowiem skutkować ograniczeniem prawa innych wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej, a tym samym wypaczyć wynik postępowania poprzez uniemożliwienie zweryfikowania zgodności oferty z SIWZ, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Obowiązkiem Zamawiającego, jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 23 maja 2011 r., sygn. akt KIO 966/11: KIO 973/11, jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w niniejszej sprawie, gdzie Wykonawca zastrzegł wyjaśnienia związane z domniemaniami rażąco niskiej ceny, pozbawiając tym samym innych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia możliwości weryfikacji rzetelności oferty Wykonawcy. Odwołujący podkreśla, że nie sprzeciwia się co do zasady zastrzeganiu jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (sam zresztą takie wyjaśnienia zastrzegł na podstawie art. 8 ust. 3, uzasadniając jednak Zamawiającemu podstawy takiego zastrzeżenia). Jednak brak informacji na temat podstaw objęcia przez Wykonawcę wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnia twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający nie zbadał skuteczności zastrzeżenia Wykonawcy, tj. nie zbadał, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do całych wyjaśnień Wykonawcy, co powoduje jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Tym samym odmowa Zamawiającego udostępnienia tych wyjaśnień Odwołującemu, wskazane regulacje narusza i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, w tym w zakresie możliwości składania środków ochrony prawnej.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi, iż w ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy Konsorcjum Energopomiar zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Zamawiający w nienależyty sposób dokonał oceny, złożonych na wezwanie w trybie art.90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień. Cena oferty Konsorcjum, tj. 20.395.884,60 zł brutto, stanowi ok. 36 % budżetu, który został przez Zamawiającego przeznaczony na wykonanie zamówienia. W związku z tym zasadnym było zwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienie i wskazanie na elementy, które dały wykonawcy Konsorcjum możliwość zminimalizowania ceny w takim stopniu. Odnosząc się do ogólnikowych stwierdzeń, udzielonych w piśmie tego wykonawcy z dnia 27.12.2011 r. Odwołujący zauważa, iż wskazane przez niego okoliczności nie stanowią w ocenie Odwołującego, o wyjątkowo sprzyjających warunkach realizacji przedmiotowego zamówienia istniejących i przeznaczonych jedynie dla Konsorcjum.

W pierwszym punkcie wyjaśnień Konsorcjum ograniczyło się *de facto* do oświadczenia, iż w kalkulowaniu ceny swojej oferty uwzględniło koszty wszystkich składników wynagrodzenia dla całego zespołu Inżyniera Kontraktu. Nie jest to z pewnością okoliczność, która stanowi o możliwości zmniejszenia z tego powodu wynagrodzenia tego wykonawcy, a ponadto co nie powinno umknąć uwadze Zamawiającego, każdy z wykonawców zobowiązany jest do zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z ofertą i SIWZ, zatem każdy składając ofertę zobowiązał się do udostępnienia do wykonania personelu, który *de facto* nie będzie świadczyć usług za darmo.

Również w kolejnych punktach Konsorcjum ogranicza się jedynie do wskazania elementów, które zostały uwzględnione w wycenie ich oferty, tj. koszt prowadzenia biura, koszt gwarancji należytego wykonania zamówienia, co również nie stanowi o wpływie na możliwość obniżenia ceny oferty.

W dalszej kolejności Konsorcjum wskazało, iż do czynników mających wpływ na cenę ich oferty zalicza się oszczędność metody wykonania zamówienia, która to została przez Konsorcjum scharakteryzowana poprzez wskazanie innych kontraktów, na który wykonawca świadczył usługę Inżyniera. Wskazanie w tym zakresie na zrealizowane przez Wykonawcę zamówienia może świadczyć o posiadaniu pewnego rodzaju doświadczenia, które to *de facto* każdy ze startujących wykonawców zobowiązany był posiadać. Nie jest zatem czynnikiem nadzwyczajnym ta okoliczność, w której Konsorcjum nadało szczególne znaczenie w zakresie tworzenia metody wykonania zamówienia. Brak w jego wyjaśnienia opisu i charakterystyki zastosowanej metody, która to przyczyniła się do obniżenia ceny oferty Konsorcjum.

Wskazanie na okoliczność w postaci dostępności dużej liczby specjalistów z różnych dziedzin nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem ten argument nie został poparty żadnymi konkretnymi przykładami, ani nie został wskazany związek pomiędzy tym faktem a możliwością zmniejszenia ceny oferty. Należy mieć na uwadze okoliczność, iż każdy z wykonawców jest zobowiązany do zagwarantowania Zamawiającemu personelu wymaganego w SIWZ.

Fakt dysponowania sprzętem z innych wykonywanych prac, który może zostać wykorzystany przy realizacji zamówienia również nie może być brany pod uwagę, bowiem każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu świadczy bądź świadczył usługi Inżyniera na innych kontraktach, posiada zatem różnoraki sprzęt.

Wieloletnia obecność na rynku Inżyniera kontraktu jest, zdaniem Odwołującego, okolicznością bez znaczenia w kwestii oceny, czy cena oferty Konsorcjum Energopomiar zawiera cenę rażąco niską biorąc pod uwagę fakt, iż każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu jest firmą z różnorodnym i wieloletnim doświadczeniem w swojej branży.

Uzasadniając zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy ILF z SIWZ, Odwołujący wskazuje, iż w załączniku nr 3 do wzoru Umowy „Skład i struktura Inżyniera Kontraktu”, Zamawiający określił warunki, jakie powinny spełniać osoby wchodzące w skład zespołu Inżyniera Kontraktu, których udział w realizacji kontraktu oraz posiadane doświadczenie i wiedza zostaną potwierdzone w tabeli przedmiotowego załącznika.

W świetle wymagań tam określonych, zdaniem Odwołującego, osoby wskazane przez wykonawcę ILF w Załączniku nr 2 do oferty, jako zespół Inżyniera Kontraktu nie spełniają warunków wymaganych w powyższej instrukcji. Dla przykładu wskazuje, iż powyższych warunków nie spełniają osoby zaproponowane do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru z

aktualnymi uprawnieniami kolejowymi bez ograniczeń, a co za tym idzie, treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ. Na powyższe stanowisko zostały wskazane dwie osoby, ale także pozostałą część personelu nie spełnia stawianych im SIWZ wymagań.

Pan Zbigniew P. nie posiada wymaganego doświadczenia przy realizacji co najmniej dwóch projektów inwestycyjnych polegających na budowie bloków energetycznych w okresie 10 lat licząc do dnia upływu terminu składania Ofert.

Pan Andrzej Z. posiada uprawnienia w specjalności urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego i łączności kolejowej. Uprawnienia takie nie są równoznaczne z posiadaniem uprawnień w specjalności kolejowej bez ograniczeń. Uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń zostały zdefiniowane w § 20. rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578 oraz z 2007 r. Nr 210, poz. 1528 z późn. zm.): Uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: stacja, węzeł, linia i bocznicą kolejową oraz z nimi związane bocznicą kolejową, linia kolejowa wraz z punktami eksploatacyjnymi i posterunkami technicznymi, torowe instalacje techniczne oraz inne budowle kolejowe, w rozumieniu przepisów o warunkach rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 151, poz. 987), z wyłączeniem budowli obiektów budowlanych, o których mowa w § 19 ust. 1 pkt 2, oprócz przepustów. Wskazana osoba nie posiada wymaganego doświadczenia, o którym była mowa wyżej.

Z powyższego wynika, iż żadna z osób wskazanych przez wykonawcę ILF w ofercie nie może, zgodnie z treścią instrukcji załącznika nr 3 do umowy, zostać wskazana, jako Inspektor nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności kolejowej bez ograniczeń, co stanowi o niezgodności treści oferty ze SIWZ.

Analogiczna niezgodność, zdaniem Odwołującego, dotyczy wskazania osób na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności architektonicznej:

1. Pan Grzegorz K. - nie posiada wymaganego doświadczenia przy realizacji co najmniej dwóch projektów inwestycyjnych polegających na budowie bloków energetycznych w okresie 10 lat licząc do dnia upływu terminu składania ofert.
2. Pan Jakub G. - nie posiada wymaganego doświadczenia przy realizacji co najmniej dwóch projektów inwestycyjnych polegających na budowie bloków energetycznych w okresie 10 lat licząc do dnia upływu terminu składania ofert.
3. Pan Marcin Z. - nie posiada wymaganego doświadczenia przy realizacji co najmniej dwóch projektów inwestycyjnych polegających na budowie bloków energetycznych w okresie 10 lat licząc do dnia upływu terminu składania ofert.

Podobnie niezgodność treści oferty z treścią SIWZ występuje odnośnie osób wskazanych do pełnienie funkcji Inspektora nadzoru budowlanego w specjalności architektonicznej.

1. Pan Tomasz G. - nie posiada wymaganego doświadczenia przy realizacji co najmniej dwóch projektów inwestycyjnych polegających na budowie bloków energetycznych w okresie 10 lat licząc do dnia upływu terminu składania ofert.
2. Marek R. - nie posiada wymaganego doświadczenia przy realizacji co najmniej dwóch projektów inwestycyjnych polegających na budowie bloków energetycznych w okresie 10 lat licząc do dnia upływu terminu składania ofert.

Odwołujący wskazuje również, że część informacji, zawartych w załączniku nr 2 do oferty „Skład i struktura Inżyniera Kontraktu”, mających potwierdzać zarówno kwalifikacje, jak i doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu, stanowią informacje nieprawdziwe, niezgodne ze stanem rzeczywistym. W sytuacji, w której informacje takie będą decydowały, o kwestii zgodności treści oferty z SIWZ, należy uznać jako mające wpływ na wynik postępowania. Przykładem takiej nieprawdziwej informacji, jest informacja zawarta w życiorysie zawodowym Pana Tomasza G., iż pełnił on funkcję przy realizacji Elektrociepłowni Częstochowa, który to kontrakt został zakończony przez wykonawcę ILF, w pierwszym kwartale 2010 r., podczas gdy Pan Tomasz G. podjął zatrudnienie u tego Wykonawcy w maju 2010 r. Informacja zawarta w życiorysie Pana Tomasza G. jest zatem, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, informacją nieprawdziwą, mającą wpływ na wynik postępowania, co w konsekwencji powinno prowadzić do wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Ustalenia dla rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny zostały przez Izbę poczynione i wyartykułowane w sprawie o sygn. akt KIO 63/12 i zachowują one, co oczywiste, swoją aktualność ze względu tożsamość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na potrzeby niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę treść zarzutu, należy jedynie uzupełnić, iż wykonawca ILF wskazał w swoich wyjaśnieniach, że „cena ofertowa została skalkulowana przede wszystkim przy uwzględnieniu niżej wymienionych głównych elementów i okoliczności, które mają wpływ na jej wysokość:

1. Koszty zaangażowania personelu.

Wynagrodzenie personelu przedstawione zostało w załączonej Kalkulacji ceny ofertowej i uwzględnia takie elementy jak: duże doświadczenie personelu w realizacji podobnych zamówień, zespół kluczowych ekspertów stanowią w dużej części osoby stale współpracujące z ILF (brak dodatkowych kosztów związanych z wdrożeniem osób do pracy w funkcjonującym w ILF systemie organizacji i zarządzania, system zarządzania zasobami ludzkimi stosowany przez ILF (część wskazanych osób będzie pełniła swoje obowiązki tylko w ścisłym związku z realizacją

poszczególnych etapów usługi oraz prac budowlanych w poszczególnych branżach), ILF zastosował elastyczne podejście do stawek miesięcznych uwzględniając długotrwały charakter oferowanej usługi - co przy wykorzystaniu efektu skali ma niebagatelne znaczenie dla kalkulacji kosztów niniejszego zamówienia. W przypadku długoterminowych projektów istnieje bowiem możliwość zredukowania zakładanych kosztów osobowych poprzez zmniejszenie standardowo przyjmowanego wskaźnika rezerwy kosztowej na przestoje pomiędzy pozyskiwanymi projektami. W ten sposób stawki jednostkowe ulegają obniżeniu o około 15% w stosunku do normalnie przyjmowanych dla projektów trwających do roku. Podana wartość uwzględnia wzrost wynagrodzeń w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca ILF wskazał, że „uwzględnił w załączonej Kalkulacji Ceny Ofertowej stawki wynagrodzenia personelu obliczone na podstawie aktualnego stanu wiedzy o sytuacji rynkowej w tej sferze usług. W szczególności na wielkość stawek rynkowych wynagrodzenia ma wpływ ogólnoswiatowy kryzys sektora bankowego powodujący spowolnienie inwestycji w skali całej gospodarki i zwiększoną podaż specjalistów z zakresu realizacji inwestycji budowlanych.

Przyjęte stawki wynagrodzenia personelu pozostają, przede wszystkim z uwagi na rodzaj i zakres obowiązków poszczególnych członków personelu, w adekwatnej proporcji do wartości przeciętnego wynagrodzenia. W związku z aktualną sytuacją na rynku usług dotyczących nadzoru robót budowlanych nastąpiło wyraźne ograniczenie wymagań płacowych pracowników, co w konsekwencji przekłada się na określoną wysokość kwot ofertowych.”

2. Przynależność do czołówki polskich firm świadczących usługi Inżyniera Kontraktu i posiadanie rozległego doświadczenia pozwalającego na dokonanie w sposób precyzyjny wyceny rzeczywistych kosztów realizacji usługi. Firma ILF od wielu lat świadczy na terenie Polski oraz na całym świecie kompleksowe usługi w zakresie nadzoru inwestycji. Doświadczenia Wykonawcy pozwalają więc na optymalizację ceny usługi w związku z posiadaną praktyczną i sprawdzoną wiedzą o rzeczywistych kosztach realizacji podobnych kontraktów. W konsekwencji cena ofertowa jest skalkulowana w oparciu o wypracowane rozwiązania techniczne oraz efektywne i sprawdzone metody organizacji i zarządzania.
3. Wykorzystanie efektu synergii wynikającego z faktu, że niniejsze postępowanie jest kolejnym w ostatnim czasie postępowaniem z udziałem ILF dotyczącym świadczenia usług Inżyniera Kontraktu dla siłowni ciepłej, które zakończyło się wyborem oferty ILF.
4. Posiadanie siedziby w niewielkiej odległości od lokalizacji inwestycji.

W związku z realizowanymi przez ILF aktualnie projektami, w procesie kalkulacji uwzględniono dysponowanie przez Wykonawcę aktualnymi i dokładnymi informacjami o wysokości kosztów organizacji i zaopatrzenia biura oraz możliwość wykorzystania elementów wyposażenia będącego już w posiadaniu Wykonawcy, w związku z dotychczas prowadzoną działalnością. Przykładowo - w związku z zakończeniem robót budowlanych prowadzonych w ramach projektów w Wadowicach, Pszczynie oraz Wieliszewie ILF zlikwidował w ostatnim czasie biura Inżyniera Kontraktu w tych

miastach. Tym samym nie ma konieczności ponoszenia znaczących kosztów wyposażenia oraz organizacji biura oraz wyposażenia personelu w sprzęt i środki niezbędne do realizacji zadań.

Duże doświadczenie Wykonawcy, funkcjonującego w ramach grupy ILF, w świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia w połączeniu z wiedzą z dziedziny zarządzania projektami skutkuje prawidłową kalkulacją i lepszym oszacowaniem ryzyk (zewnętrznych i wewnętrznych) związanych z realizacją projektu a ujętych w cenie usługi.

5. Dokładny i precyzyjny opis przedmiotu zamówienia, co pozwoliło wyeliminować z wyceny zbędne ryzyka.

6. Zysk Wykonawcy.

Został on oszacowany na takim poziomie, aby za podaną cenę możliwe było wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy i zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, a jednocześnie oferta mogła być konkurencyjna na rynku. Należy podkreślić, iż z uwagi na długi okres realizacji zamówienia ILF mógł obniżyć standardowo stosowane poziomy zysku o 4 punkty procentowe, uznając za dużą korzyść stabilne i wysokie przychody, obniżające ryzyko działalności gospodarczej. Przy określaniu poziomu zysku wzięto także pod uwagę uwarunkowania wynikające z obecnego kryzysu gospodarczego, który skłania do stosowania bardzo niewielkiego poziomu narzutu komercyjnego.

7. Podatek VAT.

Należy w tym miejscu również wskazać, że cena w niniejszym postępowaniu ma charakter ceny ryczałtowej, co zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa w zakresie zamówień publicznych powoduje m.in. następujące konsekwencje charakterystyczne dla ceny ryczałtowej:

Zaś, wykonawca Konsorcjum Energopomiar w wyjaśnieniach, złożonych na wezwanie Zamawiającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny stwierdził, iż *„cena ofertowa, skalkulowana została dla całego zakresu rzeczowego ujętego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zawiera zysk, a zatem nie jest rażąco niska. Kalkulacja zaoferowanej ceny za pełny zakres usługi Inżyniera Kontraktu obejmuje wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, w tym poniższe obszary:*

- 1. Powołanie Zespołu Inżyniera Kontraktu (minimum 15 osób) wymaganego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym kluczowych członków zespołu wymienionych w załączniku nr 3 do Umowy (...). Koszt w kalkulacji oferty przyjęty dla specjalistów zawiera w sobie wynagrodzenie, koszty delegacji (diety, koszty dojazdu, noclegi) oraz przewidywany wzrost tych kosztów na przestrzeni lat ujętych kontraktem. (...)*
- 2. Zapewnienie biura Inżyniera Kontraktu oraz niezbędne środki transportu, łączności, specjalistyczne oprogramowanie komputerowe do procesów zarządzania czasem i kosztami. (...)*

3. *Koszt gwarancji należytego wykonania umowy oraz ubezpieczenia. Koszt tej pozycji w kalkulacji oferty został przyjęty z uwzględnieniem preferencyjnych warunków wynikających z rynkowej pozycji Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i wieloletniej współpracy z bankami i ubezpieczycielami.*

4. *Inne, w tym rezerwa i zysk. (...)*

Odwołujący wskazał również na:

1. *Oszczędność metody wykonania. Energopomiar wielokrotnie świadczył usługę Inżyniera Kontraktu przy skomplikowanych technologicznie instalacjach (...). Pozwoliło to na wypracowanie procedur wewnętrznych i metod wykonania zamówienia pozwalających oszacować koszty w sposób precyzyjny, a usługę wykonać w sposób profesjonalny, w pełni satysfakcjonujący klienta.*

2. *Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, tj.:*

- *Dostępność dużej liczby specjalistów z różnych dziedzin (Energopomiar zatrudnia ponad 250 osób oraz na stałe współpracuje z wieloma firmami).*
- *Dysponowanie sprzętem z innych wykonanych prac, który może zostać wykorzystany przy realizacji zamówienia (przyrządy pomiarowe, samochody, sprzęt komputerowy, sprzęt biurowy, środki ochrony osobistej, urządzenia łączności, sprzęt audiowizualny i fotograficzny).*
- *Wieloletnia obecność na rynku Inżyniera Kontraktu."*

Wykonawca ILF udzielając wyjaśnień zastrzegł, w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, że wszystkie dane przedstawione w załączonej Kalkulacji ceny ofertowej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane żadnym podmiotom lub osobom trzecim, z wyłączeniem sytuacji, gdy obowiązek udostępnienia wynika z przepisów prawa. Dane wskazane w załączonej Kalkulacji, w tym stawki wynagrodzenia personelu, stanowią bowiem nieujawnione do wiadomości publicznej informacje organizacyjne dotyczące ILF i mają kluczową wartość gospodarczą w kontekście prowadzonej przez ILF działalności.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (po korekcie) wykonawca zobowiązany był wykazać, że dysponuje m.in. osobą z aktualnymi uprawnieniami do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, osobą aktualne uprawnienia budowlane do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz osobą aktualne uprawnienia budowlane do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności architektonicznej bez ograniczeń (sekcja III.2.3. ppkt 1.2 lit. b, c i d ogłoszenia o zamówieniu). Każda z wymienionych osób, winna zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu po korekcie (III.2.3.) legitymować się doświadczeniem przy realizacji co najmniej jednego projektu inwestycyjnego polegającego na budowie bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy co najmniej 400 MWe w elektrowni węglowej, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli

okres działalności jest krótszy, to w tym okresie. W celu potwierdzenia spełniania wymaganego warunku wykonawca zobowiązany był przedstawić Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami, dotyczącymi kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia oraz zakresem wykonywanych przez te osoby czynności przy realizacji co najmniej jednego projektu inwestycyjnego polegającego na budowie bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy co najmniej 400 MWe w elektrowni węglowej, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie.

We wniosku wykonawcy ILF Pan Grzegorz K. i Pan Jakub G. zostali wskazani jako osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadające aktualne uprawnienia do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń (pkt III.2.3. ppkt 1.2 lit. b ogłoszenia o zamówieniu) oraz posiadają aktualne uprawnienia budowlane do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń (pkt III.2.3. ppkt 1.2 lit. c ogłoszenia o zamówieniu). Zaś, Tomasz G. został zaproponowany do realizacji zamówienia jako osoba posiadająca aktualne uprawnienia budowlane do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności architektonicznej bez ograniczeń (pkt III.2.3. ppkt 1.2 lit. d ogłoszenia o zamówieniu).

Pismem z dnia 25 października 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ILF m.in. do uzupełnienia braków w zakresie informacji wymaganych przez Zamawiającego w zakresie m.in. następujących osób, które zostały zamieszczone przez wykonawców w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia: Pana Grzegorza K., Pana Jakuba G., Pana Tomasza G.

W odpowiedzi (pismo z dnia 2 listopada 2011 r.) wykonawca ILF przedłożył uzupełniony Wykaz osób, informując jednocześnie, iż *„dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu do wykazu dopisane zostały dodatkowe osoby spełniające warunki udziału w postępowaniu opisane w ogłoszeniu o zamówieniu”*. I tak, w zakresie wymogów sekcji 1.2 lit. b i ogłoszenia o zamówieniu wskazano Pana Grzegorza K., Pana Jakuba G., Pana Marcina Z. Zaś, jako spełniających wymogi określone w pkt 1.2 lit. d ogłoszenia o zamówieniu wskazano osobę Pana Tomasza G. i Marka R.

Informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków wraz z ich uzupełnieniami i wyjaśnieniami Odwołujący otrzymał w dniu 9 listopada 2011 r.

Zgodnie z pkt 12.1 SIWZ wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty załącznik przedstawiający skład i strukturę zespołu wykonawcy. *„Wykonawca podaje skład zespołu Inżyniera Kontraktu, któremu przypisze określone funkcje osobom podanym we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oprócz osób, o których mowa powyżej, Wykonawca podaje w składzie zespołu Inżyniera Kontraktu także inne – dodatkowe osoby, które nie były wymienione we wniosku – wraz z przypisaną im funkcją. Podając skład zespołu Inżyniera Kontraktu, Wykonawca podaje*

następujące dane: funkcja pełniona w zespole Inżyniera Kontraktu, imię i nazwisko, posiadane uprawnienia. W przypadku zmiany składu osobowego Inżyniera Kontraktu w stosunku do składu podanego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (na podstawie którego ustalono zdolność techniczną Wykonawcy do wykonania zamówienia), Wykonawca jest zobowiązany – pod rygorem odrzucenia oferty jako sprzecznej z SIWZ – podać wszystkie informacje wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym i niniejszej SIWZ oraz dołączyć dokumenty wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym i niniejszej SIWZ.” Zamawiający określił wzór załącznika do oferty (nr 2), który obrazował skład i strukturę zespołu Wykonawcy, według następujących danych: funkcja pełniona w zespole Inżyniera Kontraktu (stanowisko lub uprawnienie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego ujętymi w Umowie, związane z pełnionymi czynnościami w trakcie realizacji zadania p.n. „Budowa Elektrowni Ostrołęka C o mocy ok. 1000 MW”), imię i nazwisko oraz posiadane uprawnienia. Zgodnie z art. 5 projektu umowy skład i strukturę personelu Inżyniera Kontraktu określa Załącznik nr 3 do umowy. Załącznik ten określa rolę i zadania poszczególnych funkcji (stanowisk) w ramach zespołu Inżyniera Kontraktu, jak również przedstawia osoby przewidziane do pełnienia poszczególnych funkcji wraz z opisem posiadanych przez te osoby kwalifikacji. Zaś, zgodnie z treścią załącznika nr 3 do umowy, „po wyborze najkorzystniejszej oferty do załącznika zostaną przeniesione informacje odnośnie składu i struktury Inżyniera Kontraktu podane w Ofercie. Skład i strukturę Inżyniera Kontraktu przygotowuje Inżynier Kontraktu w Ofercie stosując się do wymagań określonych w art. 5 Umowy. Inżynier Kontraktu kompletując Zespół Inżyniera Kontraktu uwzględni następujące wymagania Zamawiającego: (...)

- W Zespole Inżyniera Kontraktu znajdują się co najmniej następujące osoby posiadające wyższe wykształcenie:

a) Kierownik Zespołu - Kierownik Projektu, posiadający wykształcenie wyższe techniczne legitymujący się doświadczeniem jako kierownik lub dyrektor projektu przy budowie bloku energetycznego;

b) Inspektor nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami konstrukcyjno-budowlanymi bez ograniczeń;

c) Inspektor nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności architektonicznej bez ograniczeń;

d) Inspektor nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności kolejowej bez ograniczeń;

e) Inspektor nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń;

j) Inspektor nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń;

g) *Inspektor nadzoru budowlanego z aktualnymi uprawnieniami w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń;*

Każda z powyższych kluczowych osób musi posiadać doświadczenie przy realizacji co najmniej 2 (dwóch) projektów inwestycyjnych polegających na budowie bloków energetycznych w okresie 10 lat licząc do dnia upływu terminu składania Ofert. Każda z osób od której wymaga się posiadania uprawnień budowlanych musi posiadać aktualny wpis o przynależności do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa i utrzymać go w okresie trwania kontraktu lub posiadać zaświadczenie o przedłożeniu pisemnego oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej przed Polską Izbą Inżynierów Budownictwa.”

Do oferty wykonawcy ILF (str. 9-11), dołączono załącznik nr 2, z którego wynika, iż Panu Grzegorzowi K., Panu Jakubowi G. oraz Panu Marcinowi Z. wykonawca zamierza powierzyć funkcję Inspektora nadzoru budowlanego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, zaś funkcję Inspektora nadzoru budowlanego w specjalności architektonicznej mają objąć: Pan Tomasz G. i Pan Marek R.. Zaś, Pan Zbigniew P. oraz Pan Andrzej Z. zostali zaproponowani do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru budowlanego w specjalności budowlanej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej, zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W celu ustalenia tych okoliczności, zamawiający zwraca się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Jedynie stwierdzenie tych okoliczności może prowadzić do prawidłowej oceny w aspekcie rażąco niskiej ceny.

Zadanie to częstokroć nastrocza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a może przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Zauważyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W tych warunkach jawi się kolejne pytanie, jakie czynniki i w jakich okolicznościach należy w

taki właśnie sposób zakwalifikować. W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się do warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. Oznacza to, iż zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Praktyka pokazuje, iż zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane) i z tych przyczyn łatwo weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych a przede wszystkim ofert (i wyjaśnień) innych wykonawców.

Jednocześnie zauważyć należy, iż ustawodawca nie określił żadnych wymogów co do zakresu udzielanych wyjaśnień, ograniczając się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są właśnie te obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazany przepis nie kreuje obowiązku przedstawienia dowodów na tę okoliczność. Istotne jest natomiast, żeby złożone wyjaśnienia dały możliwość dokonania oceny przez zamawiającego.

Izba stoi na stanowisku, o czym mowa już była wyżej, iż porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Podobnie, jak porównanie cen ofert innych wykonawców. Występujące dysproporcje, które zdają się zamawiającemu nieuzasadnione mogą jedynie prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Dopiero rzetelna analiza wyjaśnień pozwala na ocenę, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe po ustaleniu, że na jej kształt nie miały wpływu obiektywne czynniki (zarówno co do rodzaju, jak i poziomu kosztu). Okoliczności te z kolei dają podstawy do wyciągnięcia wniosku, czy cena oferty jest ceną realną, za którą jest możliwe zrealizowanie zamówienia, czy też taką ceną nie jest.

Zaś, skuteczne zakwestionowanie oceny dokonanej przez zamawiającego, na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień, w przedmiocie rażąco niskiej ceny musi prowadzić, zgodnie z 6 k.c., do wykazania, iż ocena ta jest obarczona błędem i wskazywać przyczyny, które legły u podstaw tak dokonanej oceny.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że poziom szczegółowości wyjaśnień nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji, jak chciałby tego Odwołujący. Zauważyć bowiem należy, iż ustawodawca w tym względzie, o czym była mowa wyżej, nie postawił żadnych wymogów. Izba stoi na stanowisku, iż treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego ILF pozwala na dokonanie oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny. Ponadto, skoro wyjaśnienia te są weryfikowalne dla Zamawiającego, to tym

bardziej ich ocena nie powinna sprawiać problemów profesjonalnemu wykonawcy, działającemu w analizowanym segmencie rynku.

Dalej zauważyć należy, iż Odwołujący w sposób wybiórczy analizuje czynniki wskazane przez Przystępującego, jako mające wpływ na cenę oferty. Zabieg taki jest niedopuszczalny, bowiem prowadzi do fałszywych wniosków. Odwołujący w pierwszej kolejności skupia się na takich czynnikach jak: doświadczenie personelu i znajomość specyfiki branży, posiadanie odpowiedniego zaplecza administracyjno-biurowego i logistycznego, własny system zarządzania zasobami ludzkimi oraz organizacji i zarządzania projektami, wskazując, iż czynniki te nie mogą być uznane za obiektywne. Dla uzasadnienia swoich twierdzeń powołuje argumentację zawartą w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Tymczasem z uzasadnienia tego wyroku wynika jedynie tyle, że podanie rodzaju czynników samo przez się nie przesądza o ich obiektywności i Izba ten pogląd podziela. Nie sposób się jednak zgodzić z twierdzeniem, iż konieczność uwzględnienia tych samych czynników w ofertach powoduje, że tracą one przymiot obiektywizmu. O tym bowiem, czy dany czynnik odpowiada rzeczywistości, a przez to ma wpływ na cenę, decyduje nie tylko jego rodzaj, ale również jego koszt i poziom wpływu na cenę.

Przechodząc do szczegółowej analizy argumentów świadczących, zdaniem Odwołującego, o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny, stwierdzić należy, iż głównym czynnikiem cenotwórczym w niniejszym zamówieniu są koszty zatrudnienia personelu. Przesądza o tym specyfika zamówienia, stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu, a potwierdzają także wyjaśnienia złożone przez wykonawców. Na wysokość tych kosztów wpływa ilość personelu, czas zatrudnienia pracowników oraz wysokość otrzymywanego wynagrodzenia. Wymagania Zamawiającego, co do liczby pracowników niezbędnych do wykonania zamówienia, ograniczały się do określenia składu zespołu Inżyniera Kontraktu. Zamawiający nie wskazał jednak na konieczność zatrudnienia personelu, czy też dokonywania czynności przez poszczególnych specjalistów w każdym dniu roboczym. W ofercie Przystępującego ILF został przewidziany zespół większy niż wymagany przez Zamawiającego. Odnosząc się do stawek wynagrodzenia poszczególnych specjalistów, przyjętych przez Przystępującego, stwierdzić należy, iż stawki te nie odbiegają od tych wskazanych przez Odwołującego, jako średnich stawek obowiązujących w sektorze budowlanym. Jakkolwiek wyciąg z czasopisma branżowego, jak i wydruk ze strony internetowej nie mogą stanowić dowodu w sprawie, to nawet przyjmując, iż stanowią uprawdopodobnienie okoliczności wskazywanych przez Odwołującego, należy dojść do przekonania, że stawki wynagrodzenia zaproponowane przez ILF osobom przewidzianym do realizacji zamówienia, są realne i stanowią odzwierciedlenie trendów w zakresie kształtowania się płac w budownictwie. Co więcej, zaproponowane przez ILF stawki znacznie przekraczają średnie stawki, wynikające z przedstawionych opracowań. To z kolei,

pozwała na przyjęcie, iż obejmują one koszty koniecznych inspekcji. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż na obecnym etapie postępowania, nie jest możliwe, określenie dokładnej ilości inspekcji zarówno krajowych, jak i zagranicznych. Przyjęcie w tym zakresie danych, na podstawie zamówienia realizowanego w Bełchatowie, w ocenie Izby, nie jest właściwe. W pierwszej kolejności, wskazać należy, iż nie są znane oczekiwania Zamawiającego w referencyjnym zamówieniu, co do sposobu przeprowadzania inspekcji, a więc również częstotliwości. Po drugie, Odwołujący próbuje przenieść dane na niniejsze postępowanie, które co należy zauważyć, są już znane i którymi dysponuje. Tymczasem na etapie kalkulacji oferty nie były one znane również w tamtym postępowaniu i podlegały pewnemu oszacowaniu. Tak więc, takie proste przeniesienie danych z jednego postępowania na drugie, zdaniem Izby, nie jest możliwe. Ponadto, skoro nie jest znany jeszcze wykonawca robót budowlanych, a więc i dostawca chociażby kotła, to nie jest możliwe również stwierdzenie, gdzie te inspekcje będą przeprowadzane. W tym względzie nie zasługują więc na aprobatę twierdzenia Odwołującego, że należało skalkulować w cenie oferty koszty podróży do Azji, skoro jak wskazano w toku rozprawy, dostawcy tego rodzaju urządzeń mają swoje siedziby również w Europie. Co więcej, sam Odwołujący, podczas realizacji zamówienia w Bełchatowie nie odbył żadnej podróży poza kontynent europejski. Z tych względów, Izba nie podzieliła twierdzeń Odwołującego, co do ilości i kosztów koniecznych podróży, zarówno krajowych, jak i zagranicznych. Na marginesie należy jedynie wskazać, iż nie można przyjąć, że kwota limitu na nocleg w hotelu, ustalona w powoływanym rozporządzeniu, stanowi realne koszty noclegu. Już z doświadczenia życiowego wiadomo, iż podczas podróży służbowych minimalizuje się koszty, a tym bardziej tak dalekich podróży.

Jeśli idzie o kalkulację kosztów pozostałych, związanych z realizacją niniejszego zamówienia, to przedstawione przez Odwołującego kalkulacje, stanowią jedynie jego oświadczenia co do wyceny niniejszego zamówienia. Jednakże, Izba nie dostrzega powodów, dla których miałyby przyjąć rzeczono kalkulacje za wiążące. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, iż Odwołujący nie pełni w niniejszym postępowaniu roli biegłego, jest takim samym wykonawcą jak wszyscy pozostali i nie ma podstaw do przyjęcia, że jedynie jego kalkulacja jest właściwa. Odwołujący poczynił pewne założenia, które nie mają odzwierciedlenia w składanych przez Przystępującego ILF wyjaśnieniach. Przyjęcie, iż wykonawca ILF będzie musiał wynająć lub kupić określony sprzęt, w określonej ilości i za określoną cenę stanowi jedynie twierdzenie Odwołującego, nie poparte żadnymi dowodami.

Nie można się również zgodzić z Odwołującym, iż wskazany przez niego, czas pracy poszczególnych specjalistów jest właściwy. W ocenie Izby, prawidłowa organizacja czasu pracy w ramach niniejszego zamówienia nie wymaga świadczenia pracy przez większość specjalistów w jednakowym wymiarze i okresie. Doświadczenie życiowe oraz powoływane przez Zamawiającego jego własne doświadczenie, przemawia za przyjęciem, iż rozwiązania

zapropozowane przez Odwołującego nie są trafne. Nie sposób bowiem przyjąć, iż czas zaangażowania projektantów, jak i specjalistów np. ds. przetargów, prawników, czy planistów będzie jednakowy.

Konkludując rozważania w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, iż domniemanie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Zasada ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie może być natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego. Jeśli zamawiający uzna, iż wykonawca to domniemanie obalił, to rolą odwołującego jest wskazanie przyczyn, dla których taka ocena była nieuprawniona i ich udowodnienie (art. 6 k.c.). W niniejszym postępowaniu, Odwołujący nie wykazał, iż ocena dokonana przez Zamawiającego była wadliwa. Wręcz przeciwnie, sposób kalkulacji wynagrodzenia pracowników pozwala na stwierdzenie, iż jest on czynnikiem oszczędnej metody wykonania zamówienia. Jak wykazano bowiem wyżej, umiejętne rozdysponowanie pracowników, w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia i skalkulowanie wynagrodzenia na poziomie, który pozwala na zatrudnienie wysokiej klasy specjalistów, przy uwzględnieniu okoliczności, że głównym czynnikiem cenotwórczym niniejszego zamówienia są koszty zatrudnienia pracowników, pozwala na uzyskanie takich oszczędności, które pozwalają na wygenerowanie zysku i złożenie oferty najkorzystniejszej. Argumentacja przywołana przez Odwołującego nie znalazła odbicia w analizowanym stanie faktycznym. Z tych względów należy uznać, iż ocena dokonana przez Zamawiającego, iż Przystępujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny, broni się w świetle złożonych wyjaśnień przez Przystępującego, jak i innych wykonawców oraz doświadczenia życiowego. W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisów art. 90 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Izba nie dostrzegła również podstaw do uznania za uzasadniony zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Jedną z głównych cech postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 Pzp). Przedmiotowa zasada może doznać ograniczeń, jednakże jedynie w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Pzp). Okoliczność tę, wprost wyrażoną w Pzp, stanowi tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu warunku, że wykonawca najpóźniej w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane i nie stanowią informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp (art. 8 ust. 3 Pzp). Ograniczenie przez ustawodawcę możliwości ujawniania informacji jedynie do tych, które kwalifikują się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, z jednej strony daje możliwość wykonawcom ochrony informacji wrażliwych, z drugiej zaś nakłada na zamawiającego

obowiązek weryfikacji zastrzeżonych informacji pod kątem ich prawidłowej kwalifikacji do kategorii „tajemnica przedsiębiorstwa.”

Argumentacja przywoływana przez Odwołującego w tym względzie jest absolutnie nieprzydatna, w świetle przepisu art. 8 ustawy Pzp. Co więcej, za niezrozumiałe należy uznać twierdzenia Odwołującego, iż nie wiadomo, „gdzie zaczynają się i gdzie kończą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”, skoro sam Odwołujący wskazuje, iż tym zastrzeżeniem objęta jest *Kalkulacja Ceny Ofertowej*. Podobnie, zdziwienie wywołuje twierdzenie Odwołującego, iż wykonawca ILF nie wskazał podstawy poczynienia przedmiotowych zastrzeżeń, skoro w treści wyjaśnień Przystępujący ILF odwołał się do przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując na charakter zastrzeżonych informacji (organizacyjne), na ich wartość gospodarczą oraz zachowanie ich w poufności. Nie wiadomo również na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający nie przeprowadził oceny, czy zachodziły przesłanki dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym bardziej, iż zamawiający, mocą przepisów prawa, nie jest zobowiązany do wyartykułowania i zaprezentowania tej oceny.

Dla skutecznego podniesienia wskazanych zarzutów rozważenia wymagało, czy informacje, dotyczące sposobu budowania ceny, metod jej kalkulacji, ustalania, stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą. W ocenie Izby, sposób kalkulacji ceny, w szczególności kosztów osobowych za jeden dzień pracy można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji, tym bardziej w sytuacji, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, gdy głównym elementem cenotwórczym jest koszt pracy pracowników. Stanowisko powyższe jest zbieżne również z tym, prezentowanym w doktrynie, iż różny jest rodzaj chronionych przez art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wiadomości, jedne mają charakter techniczny, inne technologiczny, ale są i takie, które obejmują pewne informacje istotne z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa jako takiego (jego struktury, przepływu dokumentów, sposobu kalkulacji cen, zabezpieczenia danych itp.). Powyższe potwierdza również fakt, iż sam Odwołujący nie ujawnił kosztów pracy swoich pracowników, nawet na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, a posłużył się wyciągiem z prasy branżowej. Oznacza to, iż w ocenie Odwołującego, przedmiotowe informacje wymagają ochrony.

Zaliczenie przedmiotowych wyjaśnień do kategorii informacji, o których mowa w art. 11 ust. 4 powołanej ustawy powoduje, iż dla ustalenia, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest stwierdzenie, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a wykonawca podjął niezbędne działania do zachowania ich w poufności. Biorąc pod uwagę fakt, iż Odwołujący nie wykazał, iż sposób kalkulacji, przez wykonawcę ILF, kosztów osobowych realizacji zamówienia jest znany, zatem, uznać należy, iż

Przystępującemu ILF przysługiwało uprawnienie do zastrzeżenia spornych informacji jako poufnych, co z kolei przesądza o tym, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu zasady jawności nie złamał.

Natomiast Izba przychyliła się do twierdzeń Odwołującego, iż Zamawiający na podstawie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Energopomiar, nie mógł ustalić, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska. Jakkolwiek zdobyte doświadczenie i zatrudnianie dużej liczby specjalistów różnych branż może wpływać na wysokość zaoferowanej ceny, to jednakże dla obalenia domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, informacje te są zbyt ogólnikowe. Przystępujący Konsorcjum Energopomiar nie wskazał nawet na żadną relację przedmiotowych czynników do ceny. Ograniczył się jedynie do oświadczenia w przedmiocie, jakie elementy zostały ujęte w kalkulacji ceny oferty, jednakże wskazanie na te elementy determinuje rodzaj zamówienia i wymagania Zamawiającego, nie obrazuje zaś wpływu tych czynników na cenę. Zatem, biorąc pod uwagę, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, stwierdzenie rażąco niskiej ceny może być skutkiem zarówno braku wyjaśnień w tym przedmiocie, ale również złożenia wyjaśnień, które nie dają podstaw do weryfikacji zaoferowanej ceny, uznać należało, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum Energopomiar jest rażąco niska. Jednocześnie stwierdzenie powyższego naruszenia nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania, gdyż nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty Odwołującego w przedmiocie braku posiadania wymaganego doświadczenia przez Pana Zbigniewa P. oraz Pana Andrzeja Z., wobec cofnięcia ich na rozprawie.

Aktualność zachowują rozważania Izby, uczynione przy sprawie o sygn. akt KIO 63/12, w przedmiocie posiadania odpowiednich uprawnień przez osoby zaproponowane w ofercie wykonawcy ILF do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru z aktualnymi uprawnieniami kolejowymi bez ograniczeń.

W aspekcie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zauważyć należy, iż zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (po korekcie) wykonawca zobowiązany był wykazać, że dysponuje m.in. osobą z aktualnymi uprawnieniami do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, osobą aktualne uprawnienia budowlane do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz osobą aktualne uprawnienia budowlane do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności architektonicznej bez ograniczeń (sekcja III.2.3. ppkt 1.2 lit. b, c i d ogłoszenia o zamówieniu). Każda z

wymienionych osób, winna zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu po korekcie (III.2.3.) legitymować się doświadczeniem przy realizacji co najmniej jednego projektu inwestycyjnego polegającego na budowie bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy co najmniej 400 MWe w elektrowni węglowej. We wniosku, wykonawca ILF wskazał Pana Grzegorza K., Pana Jakuba G., Pana Marcina Z. oraz Pana Tomasza G. i Marka R. do pełnienia ww. funkcji. Doświadczenie tych osób zostało zweryfikowane na etapie oceny wniosków. Biorąc pod uwagę fakt, iż zgodnie z „Uwagami do Wykonawcy”, zawartymi w punkcie 12.1.2. Części I SIWZ -,Instrukcja dla Wykonawców, obowiązek wykazania posiadania doświadczenia wymaganego w SIWZ dotyczy wyłącznie osób, o które wykonawcy uzupełnili deklarowany skład zespołu Inżyniera Kontraktu w stosunku do składu deklarowanego na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stwierdzenie niezgodności oferty z treścią SIWZ w przedmiotowym aspekcie jest możliwe w odniesieniu do osób, które zostały wskazane do realizacji zamówienia dopiero w ofercie. W niniejszym postępowaniu Odwołujący zaś domaga się powtórnego zbadania i oceny wymaganego doświadczenia osób wskazanych we wniosku. Takie działanie należy uznać za spóźnione. Jakkolwiek bowiem podniesienie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na etapie badania wniosku nie było możliwe, to weryfikacja tej okoliczności w stosunku do osób wskazanych we wniosku miała miejsce jedynie w ramach oceny wniosków i jedynie na tym etapie mogła być skutecznie kwestionowana. Przyjęcie poglądu przeciwnego w istocie prowadziłoby do możliwości wzruszenia oceny wniosków.

Powyższy pogląd, znalazł jednoznaczne potwierdzenie w treści SIWZ, w której postanowiono, iż „w przypadku zmiany składu osobowego Inżyniera Kontraktu w stosunku do składu podanego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (na podstawie którego ustalono zdolność techniczną Wykonawcy do wykonania zamówienia), Wykonawca jest zobowiązany – pod rygorem odrzucenia oferty jako sprzecznej z SIWZ – podać wszystkie informacje wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym i niniejszej SIWZ oraz dołączyć dokumenty wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym i niniejszej SIWZ” Oznacza to, iż Zamawiający wyraźnie postanowił, że ocena spełniania wymagań przez osoby wskazane we wniosku, nie będzie powtórnie dokonywana na etapie badania ofert. Jest to oczywiście logiczne, bowiem nie ma potrzeby oceny tych samych okoliczności dwukrotnie. Fakt, iż uszło to uwadze Odwołującego, nie może stanowić podstawy do naprawienia jego błędu na etapie oceny ofert. Wobec powyższego zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w aspekcie braku doświadczenia przez ww. osoby przy realizacji projektu inwestycyjnego polegającego na budowie bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy co najmniej 400 MWe w elektrowni węglowej nie podlegał rozpoznaniu. Zaś, podniesienie przedmiotowego zarzutu w kontekście braku doświadczenia przez ww. osoby przy realizacji co najmniej dwóch projektów inwestycyjnych polegających na budowie bloków energetycznych w okresie 10 lat licząc od dnia upływu terminu

składania ofert jest nieskuteczne o tyle, że jak była mowa o tym wyżej, wymóg ten dotyczy personelu wskazanego dopiero w ofercie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za spóźniony, gdyż dotyczy okoliczności weryfikowanych na etapie badania wniosków. Na marginesie jedynie wskazać należy, iż brak jakichkolwiek dowodów na poparcie sformułowanego twierdzenia.

W ocenie Izby, z uwagi na przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznaniu nie podlegały zarzuty naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu braku spełnienia wymagań przez osoby niewymienione w treści odwołania i zaproponowania oferty wariantowej, jak i inne zarzuty niezawarte w odwołaniu. Izba ustaliła, iż w istocie zarzuty w tym przedmiocie zostały sformułowane w piśmie procesowym, złożonym w dniu rozprawy i jako takie nie podlegały rozpoznaniu w toku niniejszego postępowania. Jakkolwiek w przepisach prawa brak definicji „zarzutu”, to nie sposób uznać, iż wskazanie na określoną podstawę prawną, w oparciu o którą sformulowano zarzut zaniechania określonej czynności, wyczerpuje zakres pojęcia „zarzutu” w znaczeniu formalnym, nawet jeśli zawarto ogólne stwierdzenie, iż „*pozostała część personelu nie spełnia stawianych im SIWZ wymagań*”. Zdaniem Izby, w świetle art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, „zarzut” oznacza substrat okoliczności faktycznych i prawnych. Wskazanie na zaniechanie czynności, bez powołania okoliczności świadczących o rzekomym zaniechaniu prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający nie ma możliwości oceny trafności wskazanych zarzutów, a tym samym skorzystania z uprawnienia wynikającego z przepisu art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, a nadto narusza równość stron w postępowaniu odwoławczym, bowiem uniemożliwia skuteczną obronę i ochronę swoich praw pozostałym uczestnikom postępowania odwoławczego. Wreszcie zwrócić należy uwagę, iż rozstrzygnięcie w tym przedmiocie w istocie prowadziłoby do akceptacji działań bezpośrednio zmierzających do obejścia prawa, bowiem przyzwolenie na „skonkretyzowanie” zarzutów dopiero po upływie terminu do wniesienia odwołania skutkowałoby przywróceniem terminu do ich zgłaszania. Takie działanie wykonawcy, jako nie znajdujące podstaw prawnych, nie zasługuje na ochronę.

Niepotwierdzenie się zarzutów zgłaszanych wobec oferty złożonej przez wykonawcę ILF, a wybranej jako najkorzystniejsza powoduje, iż zarzut naruszenia, z tych przyczyn, art. 7 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: