

**Sygn. akt: KIO 1584/18**

**WYROK**  
**z dnia 27 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2018 r. przez Odwołującego: ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

- A. Wykonawcy BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- B. Wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego: ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego: ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 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 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

### Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E59 Poznań Główny - Szczecin Dąbie” część 1 od km 0,000 do km 53,500 oraz część 3 od km 128,680 do km 195,170” (numer postępowania IREZA5i-216-02/17), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 grudnia 2017 roku pod nr 2017/S 247-521101.

W dniu 9 sierpnia 2018 r. wykonawca ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej BBF lub Przystępujący BBF), która to oferta nie spełniała warunków określonych w SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego BBF i SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (dalej SAFEGE lub Przystępujący SAFEGE) mimo, że oferty te zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej Uznk) przez błędną ocenę wyjaśnień w zakresie utajnienia i zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych w ofertach BBF i SAFEGE w postaci:
  - a) oświadczenia, na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
  - b) wykazu osób, którymi dysponuje Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia

- c) wykazu osób, którymi będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia,
  - d) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- podczas gdy, dokumenty te nie mogły zawierać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Uznk i Zamawiający był zobowiązany do ich udostępnienia.
4. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego BBF, która to oferta powinna zostać odrzucona, oraz dokonanie tego wyboru bez odtajnienia wskazanych powyżej dokumentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30 lipca 2018 r.,
2. odtajnienia dokumentów wskazanych powyżej i udostępnienie ich Odwołującemu,
3. odrzucenia ofert SAFEGE i BBF,
4. ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, która to oferta nie spełniała warunków określonych w SIWZ.

Wymienione w art. 89 Pzp przesłanki stanowią podstawy do odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Zgodność oferty z treścią SIWZ należy rozpatrywać w oparciu o dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z pkt. 13 Instrukcji dla wykonawców (dalej IDW) podana w ofercie cena ofertowa brutto musiała uwzględniać wszystkie wymagania IDW oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie Wykonawca miał ponieść z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług. Cena ofertowa oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony został w Formularzu ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza ofertowego. Szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny - wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 2 wykonawcy zobowiązani byli przedstawić w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego. Zgodnie z pkt. 19.5 IDW, ocena zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego miała zostać przeprowadzona wyłącznie na podstawie analizy dokumentów i materiałów, jakie wykonawca zawarł w swojej ofercie. Ocenie podlegać miała zarówno formalna, jak i merytoryczna zgodność Oferty z wymaganiami SIWZ.

W pkt. 4.2.5 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ), Zamawiający wskazał, że Inżynier jest zobowiązany uzyskać dostęp do akredytowanego laboratorium, w którym muszą zostać wykonane na jego zlecenie i na jego koszt, w ramach wynagrodzenia umownego, badania kontrolne w ilościach przedstawionych w umowie, w ramach realizacji każdego kontraktu w zakresie wskazanym w tabeli znajdującej się pod przedmiotową treścią.

W Załączniku nr 1B do Formularza Ofertowego dla każdego z siedmiu kontraktów zawarto tabelę z „Kosztami dodatkowymi dla projektu”. W ramach kosztów dodatkowych Zamawiający przewidział również pozycję pn.: Badania laboratoryjne. Przystępujący BBF w pozycji tej, dla kontraktów oznaczonych numerami 9 i 10 wykazał wartość „0 zł”.

W tych samych pozycjach Odwołujący dla Kontraktu nr 9 przewidział kwotę 1 005 000,00 zł, natomiast dla Kontraktu nr 10 kwotę 990 000,00 zł. Kwoty na badania laboratoryjne dla tych dwóch Kontraktów przewidział również SAFEGE i pozostali oferenci.

W ocenie Odwołującego o wadze powyższej niezgodności przesądza fakt, że konieczność wykonania badań laboratoryjnych stanowi istotny koszt realizacji zamówienia. Dla oferty Odwołującego jest to łączna kwota w wysokości 6 840 000,00 zł. Wykonawca już na etapie przygotowania i wyceny oferty powinien dokonać odpowiedniego rozeznania rynku i uzyskać informację, które laboratoria posiadają stosowne uprawnienia i jakie są koszty przeprowadzenia badań - realizacja niektórych z nich możliwa jest wyłącznie w ograniczonej liczbie jednostek na terenie kraju. Koszty badań nie tylko powinny zostać przewidziane zgodnie z OPZ dla każdego z Kontraktów, ale powinny zostać również przewidziane w wysokości adekwatnej dla tego typu usług. W przedmiotowej sprawie jednak, z żadnych dokumentów postępowania nie można było wywieść, że badania laboratoryjne przy Kontraktach oznaczonych numerami 9 i 10 będą prowadzone i przede wszystkim zostały uwzględnione w cenie ofertowej. Załącznik nr 1B do Formularza Ofertowego stanowił jedyne miejsce, w którym wykonawcy zobowiązani byli do wskazania i wycenienia wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania usługi.

Jednocześnie wycenienie pozycji na wartość „0 zł” nie mogło zostać usunięte w ramach procedury opisanej w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, ponieważ poprawka zgodna z dyspozycją przepisu stanowiłaby zmianę oświadczenia woli wykonawcy.

Brak wyceny badań laboratoryjnych powinien być również postrzegany przez pryzmat zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców BBF i SAFEGE mimo, że oferty te zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej

jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową tzn. generalnie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Przepisy Pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ale i w art. 90 Pzp. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia, zatem cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., XIX Ga 128/08).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił budżet netto na kwotę 61 420 000,00 zł. Poszczególni oferenci złożyli następujące oferty:

1. SMCE Europe Sp. z o.o. - 61 721 494,33 zł,
2. Konsorcjum wykonawców J.S. Hamilton Poland S.A., FMK Kolem Sp. z o.o. - 59 222 601,12 zł,
3. Konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o., MGGP S.A. - 56 403 746,45 zł,
4. ECM Group Polska S.A. - 54 315 623,20 zł,
5. BBF Sp. z o.o. - 39 344 882,95 zł,
6. SAFEGE SAS. - 33 231 334,98 zł.

Powyższe oznacza, że cena oferty SAFEGE stanowiła 54,1% budżetu Zamawiającego, natomiast BBF - 64%. Należy zwrócić uwagę, że sytuacja na rynku usług inżynierskich nie sprzyjała obniżeniu cen składanych ofert.

W dniu 14 czerwca br. Prezes Zamawiającego poinformował, że spółka podpisała w tym roku umowy o wartości około 5 mld zł, co stanowi ponad połowę zaplanowanych do podpisania na ten rok kontraktów (pod względem wartości). Prezes przypomniał, że na 2018 rok zaplanowano podpisanie umów na modernizację szlaków kolejowych o łącznej wartości około 9,5 mld zł, w realizacji są umowy na około 32 mld zł, a zrealizowano inwestycje wartości 6 mld zł. Trwają prace projektowe nad umowami, których wartość może sięgnąć 10 mld zł, a w procedurach przetargowych są kontrakty wartości ponad 6 mld zł. Powyższe oznacza ogromne zaangażowanie specjalistów z branży inżynierskiej w już realizowanych kontraktach i braki kadrowe na rynku. Zjawisko to jest równoznaczne z podnoszeniem stawek na usługi specjalistów, których obecności na Kontraktach wymaga Zamawiający. Brak zatem elementów, które mogłyby w sposób istotny wpłynąć na obniżenie cen ofert przy rzetelnej ich wycenie, tj. wycenie, która zawierałaby wszystkie elementy wymagane w SIWZ. Takimi elementami nie były w szczególności: zatrudnianie personelu

na etat, czy posiadanie biura. Przyjęte przez BBF i SAFEGE wartości dla pozycji „Koszty dodatkowe projektu” w ramach Załącznika nr 1B do oferty były rażąco niskie, co wpłynęło na całość cen ofertowych. Rażąco niska była w szczególności wartość dla kosztów biurowych, kosztów transportu, badań laboratoryjnych a także pozostałych niezbędnych kosztów dla prawidłowej realizacji.

3. Art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej Uznk) przez błędną ocenę wyjaśnień w zakresie utajnienia i zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych w ofertach BBF i SAFEGE.

Zamawiający w dniu 30 lipca 2018 r. przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty złożonej przez BBF jako najkorzystniejszej. W tym samym dniu Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty BBF oraz SAFEGE.

W odpowiedzi, Zamawiający w dniu 1 sierpnia 2018 r. przekazał Odwołującemu drogą elektroniczną żądane oferty z wyjątkiem następujących dokumentów:

- a) oświadczenia, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- b) wykazu osób, którymi dysponuje Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.
- c) wykazu osób, którymi będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia,
- d) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jak wynikało z treści formularza ofertowego, dokumenty te zostały utajnione z uwagi na znajdujące się w nich informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego prawidłowa analiza informacji zawartych w tych dokumentach musiała prowadzić do wniosku, że nie zawierają one danych mogących stanowić przedmiot skutecznego zastrzeżenia tajemnicy i winny zostać one udostępnione Odwołującemu. Jedyne powód zastrzeżenia to chęć uniknięcia weryfikacji dokumentów przez konkurencję - dokumenty te miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania.

Zgodnie z art. 8 ust 3 Pzp, wykonawca może zastrzec, że część oferty nie może być udostępniona w przypadku, gdy zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca wykazał ten fakt. Stosownie do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 Uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się przy tym, że aby Wykonawca skutecznie mógł powoływać się na tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, że informacje podlegające ochronie spełniają zarówno przesłanki formalne, jak i przesłanki materialne. Za przesłanki formalne uznaje się wykazanie okoliczności, że dana informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Natomiast przesłanka materialna polega na wykazaniu, że dana informacja jest informacją techniczną technologiczną organizacyjną lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu dokumentów, co do których Przystępujący BBF i SAFEGE nie wykazali, że informacje określone w ofertach jako tajemnica przedsiębiorstwa faktycznie spełniają przesłanki formalne i materialne uprawniające do zastrzeżenia. Odwołujący nie widzi przesłanek umożliwiających utajnienie takiego dokumentu, gdyż w dokumencie takim nie może być informacji spełniających wymogi ustawowe do uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa.

Odwołujący, ze względu na utajnienie dokumentu wskazanego w punkcie a) nie był w stanie dowiedzieć się czy wykonawcy BBF i SAFAGE należycie wykazali konieczność utajnienia danych i czy ocena Zamawiającego w tym zakresie była prawidłowa, a po drugie (co wiąże się z pierwszym zarzutem) czy osoby wskazane w wykazach spełniały wymogi określone w SIWZ. W ocenie Odwołującego - w zakresie wykazu osób - do informacji nie podlegających zastrzeżeniu mogą należeć w szczególności informacje dotyczące kwalifikacji i doświadczenia osób, zajmowanych przez nich stanowisk i ilości zaoferowanych osób na poszczególne stanowiska. Każdorazowo badaniu powinna też podlegać zasadność zastrzeżenia imion i nazwisk, jak również podstaw dysponowania osobami.

Co do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami brak było podstaw do objęcia ochroną jako tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich informacji zawartych w tego typu wyjaśnieniach. Dotyczy to kwestii takich jak porównanie cen złożonych ofert, odniesienie do treści wezwania, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy. Nie sposób również uznać za zasadne zastrzeżenia informacji o charakterze uniwersalnym - właściwym wszystkim podmiotom działającym na określonym rynku. Zdaniem Odwołującego obaj Przystępujący nie mieli prawa zastrzec informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji. Podmioty te nie wykazały, że oferty czy stawki zatrudnienia osób, czy też koszty ogólne odbiegają od stawek rynkowych, i w związku z tym podlegają ochronie w uzasadnionym interesie wykonawców. Tym samym nie zostało wykazane, aby informacje zawarte w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny, odnoszą się do wiadomości specjalnych, czy nieznanymi reguł kalkulacji kosztów czy innych okoliczności uprawniających do przedstawienia wynagrodzenia podanego w ofercie. Nie było jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych do zastrzegania



informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Stosowna ocena zastrzeżenia powinna być dokonana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z czym uznać należy, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana przedwcześnie, bez dokonania wszystkich niezbędnych czynności.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, która to oferta nie spełniała warunków określonych w SIWZ, nie potwierdził się.**

Punkt 13 IDW - Opis sposobu obliczania ceny stanowił między innymi:

„13.1. Podana w Ofercie Cena Ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej IDW oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).

13.2. Cena Ofertowa oraz sposób jej przedstawienia w Ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego. Szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 2 (W) - Wykonawca przedstawi w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego. Kalkulacja wskazana w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego nie będzie stanowić podstawy dokonywania płatności, ale ma charakter informacyjny i służy porównaniu Ofert. Brak złożenia Załącznika

1B powodował będzie niezgodność treści Oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia”. Instrukcja wypełniania załącznika 1A zawierała następujące informacje na temat sposobu kalkulacji ceny oferty:

„Sposób obliczania ceny:

1. Całkowita Cena Ofertowa składać się będzie z sumy cen zaoferowanych za Usługę świadczoną dla każdego z Kontraktów. Na Całkowitą Cenę Ofertową dla każdego z Kontraktów składa się:
  - 1) Wynagrodzenie za Etap 1, stanowiące ekwiwalent za Usługi Inżyniera na Etapie 1 - wsparcia w prowadzeniu postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót, nie niższe niż 1% i nie wyższe niż 3 % wartości Usługi dla Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu,
  - 2) Wynagrodzenie za Etap 2, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 2 - realizacji Robót,
  - 3) Wynagrodzenie za Etap 3, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 3 — w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmujące również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie, tj. łącznie przez okres 6 lat), nie niższe niż 8% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu , w tym nie niższe niż:
    - i. 5 % wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla okresu minimalnego wykonywania usługi w Etapie 3, tj. przez okres 3 lat,
    - ii. 1 % wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla każdego kolejnego roku wykonywania usługi w Etapie 3”.

W dalszej części wzoru załącznika 1A zawarte są tabele wraz z instrukcjami ich uzupełniania, służące do kalkulacji cen realizacji wyżej wskazanych trzech etapów i w dalszej kolejności do obliczenia ceny całkowitej oferty brutto.

Załącznik 1B, zatytułowany „Szczegółowa kalkulacja wynagrodzenia podstawowego netto Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu "Prace na linii kolejowej E59 Poznań Główny - Szczecin Dąbie" część 1 od km 0,000 do km 53,500 oraz część 3 od km 128,680 do km 195,170” stanowił tabelę składającą się z dwóch podstawowych części – Koszty personelu oraz Koszty dodatkowe dla projektu. Tabela została częściowo uzupełniona przez Zamawiającego, a obowiązkiem wykonawców było wpisanie stawek jednostkowych oraz sumy dla każdej z pozycji podlegających wycenie. Załącznik 1B miał zostać sporządzony dla każdego z kontraktów objętych przedmiotem zamówienia, zatem obowiązkiem wykonawców było dołączenie kompletu wypełnionych tabel.

Przystępujący BBF wraz z ofertą złożył kompletny załącznik 1B, przy czym dla kontraktów 9 i 10, w części Koszty dodatkowe projektu, w pozycji Badania laboratoryjne (1 szt.) wpisał cenę zero złotych. W przypadku pozostałych kontraktów Przystępujący BBF w przedmiotowej pozycji wpisał cenę 874 500,00 zł (kontrakty nr 4 i 5) oraz 885 000,00 zł (kontrakty nr 6, 7 i 8).

Biorąc pod uwagę, że podstawą kalkulacji ceny ofertowej miał być załącznik 1A, a załącznik 1B został wskazany jako dokument o charakterze informacyjnym, służącym porównaniu ofert Izba uznała, że dwukrotne wpisanie ceny zero złotych w sposób opisany wyżej nie świadczy o sporządzeniu oferty w sposób sprzeczny z SIWZ. Ze względu na pomocniczy charakter załącznika nie da się Przystępującemu zarzucić złamania konkretnego postanowienia SIWZ i na tej podstawie przesądzić o wystąpieniu przesłanki wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba wskazuje jednak, że Zamawiający zastrzegł w punkcie 13.2 IDW (ostatnie zdanie), że brak złożenia załącznika 1B wraz z ofertą prowadził będzie do uznania oferty za niezgodną z SIWZ. Regulacja ta wprowadza sprzeczność co do charakteru prawnego załącznika 1B. Punkt 13.2 IDW interpretowany z pominięciem ostatniego zdania prowadzi do wniosku, że załącznik 1B jest dokumentem składanym wraz z ofertą i nie stanowi jej treści. Zamawiający nie określił wprawdzie jakiego rodzaju porównanie ofert zostanie dokonane w oparciu o załączniki 1B, skoro to załącznik 1A jest podstawą kalkulacji ceny ofertowej, ale wynik interpretacji roli załącznika 1B w postępowaniu jest jednoznaczny – nie jest to treść oferty. Z kolei zdanie „Brak złożenia Załącznika 1B powodował będzie niezgodność treści Oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia” pozwala wysnuć wniosek, że załącznik 1B jednak składa się na treści oferty. Przesądza o tym brak możliwości uzupełnienia przedmiotowego dokumentu – skoro niezłożenie dokumentu stanowiłoby o niezgodności oferty z SIWZ, to Zamawiający traktować miał taki brak jako nieusuwalny błąd, niemożliwy do poprawy w sposób analogiczny jak zmiana treści oferty. Przyjęcie zatem, że załącznik 1B stanowi treść oferty wskazuje, że Przystępujący dwukrotnie zaoferował Zamawiającemu świadczenie za cenę zero złotych, co jest sprzeczne z zasadami wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia wskazanymi wyżej. Wykonawca w takiej sytuacji nie mógł wycenić badań na zero złotych, ze względu choćby na konieczność poniesienia nakładów na realizację tychże zadań. Ponadto Zamawiający, o ile określił sankcję z tytułu niezłożenia załącznika 1B, o tyle nie wskazał konsekwencji złożenia tego dokumentu, ale niekompletnego, zawierającego wady, czy jak w przypadku rozpatrywanego odwołania – wycenienia poszczególnych pozycji na zero złotych.

Izba uznała wobec powyższego, że treść punktu 13.2 IDW zawiera nierozwiązywalną i nieusuwalną na tym etapie postępowania sprzeczność. Z tego względu, kierując się zasadą

rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść wykonawcy uznała, że zarzut niezgodności oferty z SIWZ podlega oddaleniu.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców BBF i SAFEGE mimo, że oferty te zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie potwierdził się.**

W dniu 23 lutego 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 90 Pzp skierował do Przystępującego BBF oraz do Przystępującego SAFEGE wezwanie do wyjaśnienia elementów składających się na cenę oferty w celu wykazania, że oferty wykonawców nie zawierają rażąco niskich cen. Obaj Przystępujący w odpowiedzi złożyli wymagane wyjaśnienia wraz z żądanymi przez Zamawiającego dowodami. 13 kwietnia 2018 r. do BBF i SAFEGE przesłane zostało wezwanie do dalszych wyjaśnień w zakresie wątpliwości Zamawiającego, co do prawidłowości cen ofertowych. 19 kwietnia 2018 r. odpowiedzi udzielił BBF, 20 kwietnia 2018 r. SAFEGE. W dniu 22 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał BBF do wyjaśnienia wpływu rozbieżności pomiędzy poszczególnymi dokumentami składanymi w toku postępowania (dotyczy osób dedykowanych na stanowisko specjalisty ds. raportowania dla zakresu 2 część 2 i na stanowiska specjalistów ds. obmiarowo — rozliczeniowych dla zakresu 1 część 1 i dla zakresu 2 części 3) oraz do wyjaśnienia wpływu zmiany zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia na sposób wyliczenia oraz wysokość zaoferowanej ceny. Po uzyskaniu oczekiwanych odpowiedzi Zamawiający uznał, że wykonawcy BBF i SAFEGE złożyli należyte wyjaśnienia dotyczące wyliczenia cen, w tym elementów, mających wpływ na ich wysokość, przedłożyli wystarczające dowody na potwierdzenie złożonych wyjaśnień. W ocenie Komisji Przetargowej ze złożonych przez obu Przystępujących wyjaśnień i dokumentów wynikało, że ich oferty nie zawierały rażąco niskich cen i w związku z tym nie zachodziła przesłanka do odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Oceniając działania Zamawiającego oraz Przystępujących BBF i SAFEGE w zakresie czynności związanych z wyjaśnieniami dotyczącymi możliwości wystąpienia rażąco niskich cen ofertowych Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości. Wezwania kierowane do wykonawców były precyzyjne i jasno wskazywały elementy budzące wątpliwości Zamawiającego. Odpowiedzi wraz z dowodami składane przez obu wykonawców były wyczerpujące, korespondowały z treścią zadanych pytań. W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający we właściwy sposób zweryfikował obie kwestionowane przez Odwołującego oferty.

Zarzuty podniesione przez Odwołującego miały ogólny charakter i w żaden sposób nie wskazywały jakie elementy ofert BBF i SAFEGE zawierają w jego ocenie rażąco niską cenę. W szczególności dotyczy to zarzutów skierowanych przeciwko ofercie Przystępującego SAFEGE. Odwołujący nie uzasadnił swoich twierdzeń. Uzasadnienie dotyczące Przystępującego BBF były niemal równie lakoniczne i nie wskazywały podstaw faktycznych pozwalających podjąć wątpliwości dotyczące ceny ofertowej zaproponowanej przez wykonawcę. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nie oznacza to jednak, że odwołujący uprawnieni są do kwestionowania cen ofertowych konkurentów przez wskazanie naruszonego ich zdaniem przepisu prawa i ogólnikowego, nie popartego konkretnymi argumentami uzasadnienia. W przypadku przedmiotowego odwołania Odwołujący nie sprostął obowiązkowi należytego uzasadnienia podnoszonych zarzutów. W tej sytuacji Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Uznk przez błędną ocenę wyjaśnień w zakresie utajnienia i zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych w ofertach BBF i SAFEGE, został podniesiony po terminie wskazanym w art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp.**

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 27 czerwca 2018 r. Zamawiający przesłał 5 lipca 2018 r. drogą elektroniczną skany części jawnych ofert wraz z częścią jawną korespondencji dotyczącej postępowania. W przypadku oferty Przystępującego SAFEGE były to:

- 1) Skan części jawnej oferty,
- 2) Oświadczenie dotyczące grupy kapitałowej,
- 3) Wezwanie do wyjaśnienia ceny,
- 4) Część jawna wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
- 5) Zawiadomienie o terminie rozmowy z Inżynierem,
- 6) Wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny,
- 7) Część jawna dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
- 8) Zawiadomienie o poprawieniu omyłek
- 9) Przedłużenie terminu związania ofertą.

W przypadku oferty BBF były to:

- 1) Skan części jawnej Oferty,
- 2) Uzupelnienie Oferty,
- 3) Potwierdzenie wniesienia wadium,
- 4) Oświadczenie dotyczące grupy kapitałowej,

- 5) Zmiana formy wadium,
- 6) Wezwanie do wyjaśnienia ceny,
- 7) Potwierdzenie złożenia wyjaśnień w terminie — treść wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, 8) Zawiadomienie o terminie rozmowy z Inżynierem,
- 8) Wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny — część jawna,
- 9) Potwierdzenie złożenia dodatkowych wyjaśnień w terminie — treść wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 10) Zawiadomienie o poprawieniu omyłek,
- 11) Przedłużenie terminu związania ofertą,
- 12) Zawiadomienie o odrzuceniu Oferty Nr 1 oraz Oferty Nr 5,
- 13) Wezwanie do złożenia dokumentów i wyjaśnień,
- 14) Zgoda Wykonawcy na poprawienie omyłki,
- 15) Dokumenty i wyjaśnienia Wykonawcy — część jawna,
- 16) Wezwanie do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień — część jawna.

Odwołujący potwierdził odbiór przesłanych skanów. Następnie, 30 lipca 2018 r. ponownie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie utajnionych części ofert. Odpowiedź z 1 sierpnia 2018 r. miała taką samą treść, jak ta z 5 lipca 2018 r.

Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu bezprawne zaniechanie odtajnienia utajnionych części ofert i wyjaśnień w dniu 8 sierpnia. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że zarzut jest spóźniony i jako taki powinien zostać uznany za bezprzedmiotowy.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W przedmiotowej sprawie informacja o czynności zamawiającego została przesłana drogą elektroniczną, czyli w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie. W tej sytuacji Odwołujący powinien złożyć odwołanie od czynności odmowy odtajnienia dokumentów dostępu, do których odmówił mu Zamawiający, w terminie 10 dni od przesłania informacji. W ocenie Izby termin ten biegł jednak nie od 1 sierpnia 2018 r., a od 5 lipca 2018 r. Odwołujący już 5 lipca 2018 r. miał świadomość jakie dokumenty zostały mu ujawnione, a do jakich dostępu mu odmówiono. W tej sytuacji odwołanie powinno być wniesione w terminie 10 dni od tej daty. W ocenie Izby ponowna, taka sama prośba Odwołującego o przesłanie mu przedmiotowych dokumentów służyła wyłącznie przywróceniu terminu na wniesienie odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zachował terminu do wniesienia odwołania wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wobec czego uznała zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Uznk za spóźniony, pozostawiając go bez rozpoznania.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego BBF, która to oferta powinna zostać odrzucona, oraz dokonanie tego wyboru bez odtajnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz wyjaśnień treści oferty. Zarzut został podniesiony w konsekwencji zarzutów wskazanych w punktach 1 – 3 odwołania. Wobec ich oddalenia, zarzut wskazany w punkcie 4 również podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**