

WYROK
z dnia 1 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 i 30 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2011 r. przez wykonawcę

Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o.
03–729 Warszawa, ul. Targowa 69

w postępowaniu prowadzonym przez

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 03–734 Warszawa, ul. Targowa 74

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce 00–851 Warszawa, ul. Waliców 11 oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o. 00–851 Warszawa, ul. Waliców 11** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MottMacDonald Limited Mott MacDonald House (w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce) oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o.,**

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 03–734 Warszawa, ul. Targowa 74 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Biuro Realizacji Inwestycji Koltech Inwestor Sp. z o.o. 03–729 Warszawa, ul. Targowa 69 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 03–734 Warszawa, ul. Targowa 74 na rzecz Biura Realizacji Inwestycji Koltech Inwestor Sp. z o.o. 03–729 Warszawa, ul. Targowa 69 kwotę 18 075 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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 dla Warszawy – Pragi w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie Oddział w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługę nadzoru nad rewitalizacją i modernizacją odcinka Kościerzyna – Gdynia linii kolejowej nr 201 (od km 137,000 do km 204,100) w ramach projektu p.n. Rewitalizacja i modernizacja tzw. „Kościerskiego korytarza kolejowego” – odcinka Kościerzyna – Gdynia linii kolejowej nr 201 – Etap I* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 sierpnia 2011 r. w Dz. U. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

16 listopada 2011 r. Odwołujący – Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o. (dalej: „konsorcjum Mott MacDonald”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że konsorcjum Mott MacDonald spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w punkcie 8.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w punkcie 8.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Inżyniera Projektu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie w ofercie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia konsorcjum Mott MacDonald na potwierdzenie spełnienia warunku z punktu 8.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę przedmiotu zamówienia,
5. art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odmowę udostępnienia do wglądu wyjaśnień konsorcjum Mott MacDonald w sprawie rażąco niskiej ceny oraz wybór jak najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu,

6. art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru konsorcjum Mott MacDonald niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Mott MacDonald, nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert, w tym w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw do odrzucenia oferty z uwzględnieniem zasadności zarzutów z niniejszego odwołania, a także dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący stwierdził, że w punkcie 8.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, iż wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN (netto) polegającej na prowadzeniu nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi w zakresie budowy, przebudowy, modernizacji lub remontu linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć prac projektowych i robót budowlanych o łącznej wartości zakończonych lub odebranych prac projektowych i robót budowlanych co najmniej 40.000.000,00 PLN (netto).

Jednocześnie udzielając odpowiedzi na pytanie nr 1 z 18 sierpnia 2011 r., Zamawiający wskazał, iż wymagane od wykonawcy doświadczenie odnosi się wyłącznie do kontraktów na nadzór i zarządzanie w systemie „projektuj i buduj” (tzw. „żółty” FIDIC).

Konsorcjum Mott MacDonald na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wskazało dwie realizacje: 1. Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce – obejmującą nadzór nad pracami projektowymi, robotami budowlanymi i zarządzanie projektem Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce – o wartości usługi netto 24.872.048,76 PLN – wykonywanej w terminie 28 czerwca 2004 r. do 28 lutego 2010 r. dla PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie, przy czym wartość nadzorowanych prac projektowych i robót budowlanych netto wynosiła 605.639.160,50 PLN oraz 2. Linia East London – obejmującą świadczenie usług w zakresie odbiorów technicznych, doradztwa technicznego i wsparcia zamawiającego na etapach od projektu wykonawczego do budowy wraz z przekazaniem do eksploatacji – o wartości usługi netto 181.72.000,00 PLN [powinno być: 181.724.000,00 PLN] – wykonywanej w terminie od czerwca 2005 r. do maja 2010 r. dla London Overground Infrastructure, Transport for London, przy czym wartość nadzorowanych prac projektowych i robót budowlanych netto wynosiła 4.543.100,00 PLN.

Jednak, zdaniem Odwołującego, żadna z tych usług nie spełnia wymogów Zamawiającego – usługa z poz. 2. nie spełnia wymagania w zakresie wartości nadzorowanych prac projektowych i robót budowlanych, gdyż wskazana kwota jest znacząco poniżej

40.000.000,00 PLN, a usługa z poz. 1. wykazu nie spełnia wymagania co do zakresu wykonywanej usługi, tj. nadzór nie obejmował prac projektowych oraz w zakresie wartości nadzorowanych prac projektowych i robót budowlanych niższej niż 40.000.000,00 PLN netto. Referencje załączone do oferty nie potwierdzają informacji zawartych w wykazie, nie wskazują bowiem na zakres realizacji usługi z poz. 1. wykazu w oparciu o system „projektuj i wybuduj” (tzw. „żółty” FIDIC), tj. pozwalający przyjąć, iż nadzór obejmował zarówno prace projektowe jak i roboty budowlane. W oparciu o te referencje Odwołujący wystąpił do PKP PLK S.A. z zapytaniem co do zakresu faktycznie wykonywanego przez konsorcjum Mott MacDonald w ramach wykazanego doświadczenia. W odpowiedzi PKP PLK S.A. poinformowało, iż umowa stanowiła kontynuację nadzoru nad robotami w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” i zawarta była 23 lipca 2008 r. do 28 lutego 2010 r., a nadzór wykonywany przez członka konsorcjum Mott MacDonald obejmował tylko część okresu gwarancyjnego tj. od 24 lipca 2008 r. do 26 września 2009 r., czyli bez nadzoru nad pracami projektowymi. Ponadto nadzór nad kontraktem obejmował wyłącznie nadzór nad robotami w okresie od 24 lipca 2008 r. do 18 listopada 2008 r. oraz nad rocznym okresem gwarancyjnym (od 19 listopada 2008 r. do 19 listopada 2009 r.), czyli również z wyłączeniem nadzoru nad pracami projektowymi. Łączna wartość nadzorowanych robót budowlanych oraz w okresie gwarancyjnym wynosiła 6.783.999,96 euro, tj. 27.040.345,44 PLN netto, czyli poniżej wymaganych 40.000.000,00 PLN.

Zatem konsorcjum Mott MacDonald nie ma doświadczenia w wykonywaniu usługi nadzoru w formule „projektuj i wybuduj” nad pracami projektowymi oraz wykonywane usługi nadzoru nie dotyczyły prac projektowych i robót budowlanych o łącznej wartości zakończonych lub odebranych prac projektowych i robót budowlanych co najmniej 40.000.000,00 PLN (netto), a podanie w wykazie informacji nieprawdziwych nastąpiło w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W punkcie 8.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym osobą pełniącą funkcję Inżyniera Projektu. Osoba taka miała m.in. wykazać się minimum 5-letnim doświadczeniem na stanowiskach kierowniczych związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczeniem w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego, współfinansowanym ze środków UE, realizowanym zgodnie z warunkami kontraktu FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi.

W wykazie osób proponowanych na stanowisko Inżyniera Projektu wskazany został pan Andrzej Z., który nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie doświadczenia w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego współfinansowanym ze środków UE, realizowanym zgodnie z warunkami kontraktu FIDIC lub

innymi standardowymi warunkami kontraktowymi. W ramach doświadczenia pana Z. wskazane jest doświadczenie udziału przez okres 6 miesięcy w 2010 r. jako Inżyniera Rezydenta w ramach projektu budowy łącznicy kolejowej Warszawa – Służewiec – Warszawa – Okęcie Tunel kolejowy w technologii ściany szczelinowej.

W ocenie Odwołującego doświadczenie wymagane przez Zamawiającego to doświadczenie adekwatne do zakresu przedmiotu zamówienia, czyli wykazanie się umiejętnościami zarządzania projektem (budową) na wszystkich jego etapach realizacji: od początku do końca, natomiast projekt to zakres przedsięwzięcia mający określone ramy czasowe i przedmiotowe, co jest zgodne z definicją pojęcia „projekt” określoną w art. 5 pkt 9 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, zgodnie z którą „projekt” to przedsięwzięcie realizowane w ramach programu operacyjnego na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie zawieranej między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub instytucją wdrażającą. Zastosowanie tej definicji jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, który również jest przedsięwzięciem realizowanym przy udziale środków UE.

Ponieważ wskazany projekt nie został jeszcze zakończony, trudno przyjąć, iż faktyczny i fragmentaryczny udział w części procesu budowlanego stanowi doświadczenie w zarządzaniu projektem, jakie daje Zamawiającemu pewność należytego wykonania kontraktowanego zamówienia publicznego, szczególnie, że osoba ta jest proponowana na stanowisko Inżyniera Projektu. Zatem konsorcjum Mott MacDonald nie wykazało również spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu założono 6 ważnych ofert z rozpiętością cen od 1.350.000,00 zł netto, 1660 500,00 zł brutto (oferta konsorcjum Mott MacDonald) do 4.773.000,00 zł netto, 5.870.790,00 zł brutto (oferta najdroższa), przy czym druga w kolejności oferta Odwołującego wyniosła 2.385.700,00 zł netto, 2.934.411,00 zł brutto. Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 3.165.688,00 zł netto, a na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 3.893.796,24 zł brutto.

W ocenie Odwołującego oferta konsorcjum Mott MacDonald zawiera cenę rażąco niską, tj. cenę skalkulowaną poniżej cen rynkowych, choćby zaproponowanych przez pięciu innych wykonawców w ramach przedmiotowego postępowania, a zawarcie z nim umowy grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia.

Zamawiający wezwał konsorcjum Mott MacDonald do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ jednak Odwołujący został pozbawiony możliwości zapoznania się z tymi wyjaśnieniami, może jedynie domniemywać, iż chodzi o fakty takie jak złożenie przez wybranego wykonawcę ofert na trzy przetargi na

nadzór w województwie pomorskim dla tego samego Zamawiającego z myślą wykorzystania do obsługi przedmiotowej inwestycji personelu zatrudnionego na budowach znajdujących się w bliskiej odległości od przedmiotowego zadania (w składzie Zespołu Stałego konsorcjum Mott MacDonald przedstawiło osoby, które figurują również w jego ofertach na nadzór w dwóch innych przetargach: Reda – Hel oraz Olsztyn – Szymany – Szczytno). Nie może to jednak zasługiwać na uwzględnienie, skoro Zamawiający postawił warunki np. pełnej dyspozycji personelu z Zespołu Stałego i co do zasady wszyscy wykonawcy musieli uwzględnić w kalkulacji takie same warunki do spełnienia, które wprost przekładają się na elementy cenotwórcze. Jeżeli zaoferowana przez Odwołującego cena ofertowa jest ceną wyliczoną w oparciu o stosowane, rynkowe stawki wynagrodzenia personelu, z zastosowaniem sprawdzonych w toku szeregu realizacji zasadami organizacji pracy, a jednocześnie możliwie najniższą ceną, za jaką można rzetelnie wywiązać się z usług nadzoru nad realizacją tego zamówienia, oczywistym jest wniosek, iż cena oferty konsorcjum Mott MacDonald jest ceną nierealną i odbiegającą w sposób naruszający konkurencję od warunków rynkowych. Z kalkulacji dokonanej przez Odwołującego (przedstawionej w załączniku do odwołania) wynika, iż zatrudnienie osób z Zespołu Stałego przez okres 27 miesięcy okresu budowy i 13 miesięcy okresu gwarancji przekracza cenę, za którą konsorcjum Mott MacDonald zamierza zrealizować całe zamówienie. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny stawia warunek obecności personelu Zespołu Stałego przez cały czas trwania umowy: „Osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania Umowy z Wykonawcą na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w systemie „projektuj i buduj” lub z dniem zawarcia Umowy z Inżynierem (jeżeli Umowa z Wykonawcą w systemie „projektuj i buduj” będzie zawarta wcześniej). Od dnia rozpoczęcia Umowy z Inżynierem, Zamawiający dopuszcza równoległą pracę Stałego Zespołu Inżyniera na wcześniejszych kontraktach, jeżeli dotyczy ona Okresu Zgłaszania Wad”.

Odwołujący podważył też fakt, że złożone przez konsorcjum Mott MacDonald w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnienia w sposób dostateczny uzasadniają zaoferowanie takiej, a nie wyższej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący w swojej kalkulacji wyliczył, że koszty świadczonej usługi w okresie 27 miesięcy (plus okres gwarancji) z uwzględnieniem wszystkich wymaganych przez Zamawiającego zadań i obowiązków Inżyniera wyniosą łącznie 2.385.700,00 zł netto, natomiast cena zaproponowana przez konsorcjum Mott MacDonald wynosi zaledwie 56,59% skalkulowanych kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia i nie tylko nie zapewni zysku wykonawcy, ale jest nierealna w aktualnych warunkach rynkowych

i nieadekwatna do zakresu prac składających się na przedmiot zamówienia, tym samym uniemożliwiająca wykonanie zamówienia.

Cena ta stanowi też czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przedstawienie w ofercie nieprawdziwych informacji mających czy mogących mieć wpływ na wynik postępowania, złożenie oferty z ceną dumpingową, zastrzeżenie w ofercie informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia weryfikacji kalkulacji ceny przez konkurencję, faktycznie prowadzi nie tylko do nieuprawnionego uzyskania zamówienia, ale jest działaniem wprost mającym na celu wyeliminowanie konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, skoro nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa: cena ofertowa, a także kosztorysy, ceny jednostkowe i składowe kalkulacji stanowiące podstawę obliczania ceny, to również zastrzeżeniu i utajnieniu nie może podlegać wyjaśnienie składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które dotyczyły właśnie sposobu ustalenia ceny. W przypadku usług inżynierskich, za które przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe, kalkulacja ceny ma najistotniejsze znaczenie dla ustalenia, czy cena oferty jest skalkulowana kompletnie, zawiera wszystkie składniki kosztów usługi, zapewnia wykonanie usługi zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i, czy odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dokonał w sposób prawidłowy oceny charakteru informacji przedstawionych w wyjaśnieniach, tj. pod kątem wytycznych doktryny i orzecznictwa określających przesłanki konieczne dla przyjęcia, iż mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe badanie nie może być bezkrytyczne, powinno być poparte uzyskanymi od wykonawcy dowodami, iż w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji. W niniejszej sytuacji mamy do czynienia z taką sytuacją, gdzie działania wykonawcy oraz Zamawiającego mają na celu utrudnienie dostępu do informacji, które nie podlegają ochronie przewidzianej w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – tym samym doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniosk o oddalenie odwołania w całości. Stwierdził, iż w odniesieniu do linii East London zarzut w odwołaniu dotyczy wartości, a nie zakresu usługi, zatem zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba w tym zakresie nie powinna orzekać.

W warunku dotyczącym doświadczenia wykonawcy w pkt 8.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma mowy o żółtym FIDIC-u, natomiast odpowiedź, na którą powołał się Odwołujący, dotyczy pytania, czy usługa wykonana w oparciu o żółty FIDIC

będzie uznana za spełniającą wymagania. Odpowiedzią tą nie miał zamiaru zmieniać brzmienia warunku, w którym chodziło o wykazanie prowadzenia nadzoru inwestorskiego nad projektowaniem i robotami budowlanymi. Według Zamawiającego w stosunku do tej usługi (linii East London) wykazano spełnienie warunku, tj. w referencjach wskazano, że obejmowała ona projektowanie. Na gruncie brzmienia warunku 8.3.1. nie ma podstaw do rozróżniania projektowania na projekt wykonawczy czy inny.

W odniesieniu do usługi z poz. 1 wykazu z treści listu referencyjnego nie wynika, że usługi nie obejmowały projektowania, w referencjach wskazano sześć umów typu „projektuj i buduj”. Z pisma PKP PLK S.A. dołączonego do odwołania też nie wynika, że nadzór obejmował tylko okres gwarancyjny i że nie zawierał projektowania. Nie ma podziału prac pomiędzy Przystępującego a konsorcjanta, poza tym już sama umowa 01514 kwotowo warunek 8.3.1. spełnia, co wynika z wyjaśnień PKP PLK S.A. z 29 listopada 2011 r.

W odniesieniu do doświadczenia pana Z. stwierdził, iż treść wymogu odnosiła się do doświadczenia w zakresie projektu z zakresu budownictwa kolejowego współfinansowanego ze środków unijnych, realizowanego zgodnie ze standardowymi warunkami kontraktowymi, natomiast Odwołujący nadinterpretuje ten wymóg – gdyby jego rozumowanie było, prawidłowe, to warunek ten musiałby mieć inne brzmienie wskazujące na okres tego doświadczenia w zakresie projektu kolejowego. Doświadczenie można nabyć również na kontrakcie niezakończonym, zwłaszcza, że kontrakty kolejowe są długoletnie. Jego zdaniem doświadczenie to zostało należycie i wiarygodnie wykazane, a Odwołujący nie wskazał dowodu na podnoszone przez siebie okoliczności daty zawarcia umowy i niezakończenia kontraktu, gdyż wydruki ze stron internetowych nie są dowodem.

W odniesieniu do rażąco niskiej ceny – Zamawiającemu trudno odmówić wiarygodności wyjaśnieniom Przystępującego. Specyfikacja nie wskazuje na konkretnie liczby osobodni. Zamawiający wymagał, aby stały personel był do jego dyspozycji, ale wykonawca zachowuje pełną swobodę, jaki ma być zakres prac tych osób. Wskazuje, iż cena oferty ma charakter zryczałtowany.

Sam fakt wykazania tych samych osób w trzech postępowaniach nic nie znaczy, Przystępujący miał prawo tak wskazać, gdyż nie mógł założyć, że wygra wszystkie przetargi, a poza tym osoby te może zmienić. Co do cen innych wykonawców można tylko przyjąć założenie, w jaki sposób wycenili prace, natomiast również wartość szacunkowa ustalona przez Zamawiającego mogła być oparta na innych założeniach wynagrodzeniowych. Dysponowanie personelem stałym nie oznacza jego 8-godzinnej obecności na budowie. Żaden z wykonawców nie kwestionował tego wymogu ani nie wnosił zapytań. Z karty pracy nie wynikają żadne konkretne wymogi co do pozostawania na budowie, widać, że Zamawiający pozostawił pełną elastyczność. Inni wykonawcy mogli założyć większą ilość godzin albo wliczyć sobie większy margines ryzyka.

W kwestii, w jaki sposób należy rozumieć zastrzeżenie zawarte w punkcie 8.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdził, iż zapisy te nie prowadzą do interpretacji, że członek personelu stałego ma się znajdować cały czas na terenie budowy, lecz być gotowy na wezwanie, natomiast na pytanie, co w związku z tym miał na myśli zawierając taki wymóg w specyfikacji odpowiedział, iż pracował na otrzymanym dokumencie bazowym, który jest wykorzystywany w różnych postępowaniach.

Przystępujący – konsorcjum Mott MacDonald zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. W odniesieniu do usługi dotyczącej East London stwierdził, że odpowiada ona żądanemu zakresowi wartości wskazanemu w warunku, obejmuje nie tylko projektowanie wykonawcze, mowa jest też o projektowaniu wstępnym itp., natomiast chodziło o każdy rodzaj projektowania.

W odniesieniu do usługi 1. zarzut jest niedopuszczalny, gdyż informacje o robotach i wartości zawierał wykaz, natomiast referencje muszą jedynie zawierać informacje o należyтым wykonaniu usługi. Ma on prawo posługiwać się doświadczeniem w pracach, w których był wykonawcą, nawet jeśli występował w konsorcjum, dlatego przedstawił dwie spełniające warunek usługi.

Przystępujący oświadczył, iż nie złożył w ofercie nieprawdziwych informacji. Odpowiedź z 18 sierpnia 2011 r. odnosi się do zapytania, a nie do konieczności stosowania żółtego FIDIC-a. Usługa wskazana w poz. 1 wykazu usług dotyczy nadzoru nad realizacją całego projektu, który składał się z kilku umów. Możliwość łączenia umów dla wykazania usługi wynika z brzmienia warunku. Stwierdza, iż zapytanie Odwołującego do PKP PLK S.A. nie dotyczyło całej usługi wskazanej przez Przystępującego, lecz tylko jednego kontraktu, a PKP PLK S.A. w innych postępowaniach nie negowało tych referencji.

Co do usługi 2. z wykazu stwierdza, iż zarzut dotyczący braku projektowania nie był podniesiony w odwołaniu, poza tym Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby poddawać w wątpliwość prawdziwość złożonych informacji.

W odniesieniu do doświadczenia pana Z. popiera argumentację Zamawiającego, iż w warunku nie wskazano okresu doświadczenia odnoszącego się do projektu kolejowego, dla porównania wskazuje wymóg dotyczący specjalisty ds. obmiarowo – rozliczeniowych, gdzie Zamawiający wskazał konkretny wymóg 12 miesięcy. Odwołujący nie przedstawił dowodów, że pan Z. nie posiada doświadczenia i że nie pracował na wskazanych kontraktach. Zgodnie ze wzorem wykazu osób należało wskazać miesiąc i rok rozpoczęcia pracy na danym stanowisku – dla pana Z. został wskazany styczeń 2010 r.

W stosunku do ceny stwierdził, iż jego wycena obejmuje realne koszty wykonania usługi, natomiast pozostałe firmy przyjęły sztuczne założenie cenowe odnoszące się do tego, jakie osoby muszą być zatrudnione i ich liczbę przemnożyły przez liczbę dni. Dyspozycyjność

personelu oznacza, iż osoba musi być dostępna dla Zamawiającego do realizacji kontraktu, nie oznacza natomiast stałego pobytu na budowie. W punkcie 5.2.3. ppkt 4 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał na obowiązek prowadzenia kart pracy zawierających informacje o czasie i miejscu pobytu członka personelu i opis wykonanych prac, co, jego zdaniem, wskazuje na to, że dana osoba nie musi być cały czas na miejscu budowy. Wskazuje również, iż zarzut rażąco niskiej ceny stawiany jest tylko, gdy podana cena grozi niewykonaniem zadania, a taka sytuacja nie ma miejsca u Przystępującego. Zarzut Odwołującego oparty jest na odniesieniu do pełnego budżetowania w ofercie Odwołującego, natomiast u Przystępującego specjaliści są wynagradzani tylko za wykonaną pracę.

W odniesieniu do osób podanych w wykazach stwierdza, iż osoby te są wskazywane w różnych przetargach, gdyż pozostają w stałych relacjach z firmą. Składa on kilkanaście ofert miesięcznie i nie może blokować zespołu dla jednego postępowania. Poza tym nie może zakładać, że wygra wszystkie przetargi, a w razie potrzeby może zatrudnić również inne osoby. Poza tym oferty są przygotowywane z wyprzedzeniem i nie są szybko zmieniane po kolejnych otwarciach. Takie podanie osób w ofertach nie stoi w sprzeczności z żadnymi wymaganiami. Różnice w cenach ofert wskazują na różny sposób ich kalkulacji, w tym tylko trzy oferty zmieściły się w kwocie wskazanej przez Zamawiającego. Jego zdaniem zarzut Odwołującego odnosi się do innego sposobu kalkulacji ceny. Jego założenia do kalkulacji są prawidłowe, zwraca uwagę, iż z § 22 ust. 6 wzoru umowy, kary odnoszą się do inspektora dla branży, dla której prowadzone są roboty, czyli Zamawiający założył, że obecność personelu nie zawsze jest potrzebna. Nie zgadza się, iż ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można wyczytać, w jaki sposób wyliczyć zaangażowanie personelu – wynika to z informacji o projekcie zawartej w pkt 1.3. Zwraca uwagę, iż osoby najważniejsze, czyli inspektorów nadzoru przewidział w pełnym zakresie. Wskazuje na § 8 ust. 2 wzoru umowy odnoszący się do sposobu płatności wynagrodzenia Inżyniera, który nie będzie opłacany za dyspozycyjność, lecz za konkretnie wykonaną pracę.

Również w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący nie przedstawił dowodu na jego poparcie. Przystępujący jest podmiotem doświadczonym w zakresie przedmiotowych usług i kalkulacji ceny za nie. Nierzetelność kalkulacji grozi dotkliwymi karami umownymi, zatem nie jest dla wykonawcy opłacalna. Zarzut rażąco niskiej ceny nie może się odnosić do poszczególnych elementów ceny, dlatego powołanie się na średnie wynagrodzenie inżynierów nie wystarczy. Zamawiający w tym samym czasie ogłosił trzy przetargi obejmujące podobne odcinki: Gdynia – Kościerzyna, w którym Przystępujący zaoferował cenę 1.350.000 PLN, Reda – Hel – 1.489.000 PLN oraz Olsztyn – Szymany – 1.150.000 PLN, zatem jest on konsekwentny w określaniu wysokości ceny i ma wypracowaną metodę ustalania cen, natomiast dla porównania Odwołujący dla przetargu Gdynia – Kościerzyna wskazał cenę 2.600.000 zł, a Reda – Hel – 1.700.000 zł, pomimo iż są tam takie same

warunki. Na linii Kraków – Rzeszów cena najkorzystniejszej oferty wynosiła tylko 10% budżetu zamawiającego, co dowodzi, że zaoferowana przez niego cena jest rynkowa, a nie rażąco niska.

Wniósł o oddalenie odwołania.

Podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż w jej ocenie wyjaśnienia Przystępującego udzielone Zamawiającemu nie zawierają informacji, które należałoby objąć ochroną jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i uznała, iż informacje te mogą dla celów rozprawy zostać ujawnione Odwołującemu w celu obrony jego stanowiska. Odwołujący oświadczył, iż nie czuje potrzeby zapoznania się z tymi informacjami i że nie wnosił o odtajnienie tych informacji. W związku ze stanowiskiem Odwołującego Izba stwierdziła, iż skoro nie jest on zainteresowany ujawnieniem tego dokumentu, nie będzie go ujawniała.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że konsorcjum Mott MacDonald spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w punkcie 8.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

W postanowieniu 8.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, iż w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca powinien wykazać wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składnia ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN (netto) polegającej na prowadzeniu nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi w zakresie budowy, przebudowy, modernizacji lub remontu linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć prac projektowych i robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub

odebranych prac projektowych i robót budowlanych wynosi co najmniej 40.000.000,00 PLN (netto).

18 sierpnia 2011 r. na pytanie nr 1: „W pkt 8.3.1. IDW (SIWZ), Zamawiający wymaga (...). Biorąc pod uwagę powyższy zapis, zwracamy się z prośbą o jednoznaczną interpretację czy treść tego punktu odnosi się wyłącznie do kontraktów na nadzór i zarządzanie w systemie „Projektuj i buduj” (tzw. żółty FIDIC)?” Zamawiający odpowiedział „TAK”.

Z kolei 22 sierpnia 2011 r. na pytanie nr 2: „W powyższym postępowaniu, Zamawiający określił następujące wymagania w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia: (...) czy Zamawiający uzna za spełniające warunki udziału w postępowaniu posiadanie przez Wykonawcę doświadczenia w wykonaniu prac projektowych, a następnie w prowadzeniu nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi w wymaganym zakresie, wykonywanymi na podstawie dokumentacji sporządzonej przez Wykonawcę?...” Zamawiający odpowiedział: „NIE, wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w prowadzeniu nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi w zakresie budowy, przebudowy, modernizacji lub remontu linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć prac projektowych i robót budowlanych..., zgodnie ze szczegółowymi warunkami określonymi w pkt. 8.3.1. IDW.”

Przystępujący w wykazie usług wskazał dwie usługi: 1. nadzór nad pracami projektowymi, robotami budowlanymi i zarządzanie projektem „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” o wartości usługi 24.872.048,76 PLN i wartości robót budowlanych 605.639.160,50 PLN, realizowanych dla PKP PLK S.A. od 28 czerwca 2004 r. do 28 lutego 2010 r. oraz 2. projekt linii kolejowej East London o wartości usługi 181.724.000,00 PLN i wartości robót budowlanych 4.543.100.000,00 PLN realizowany od czerwca 2005 r. do maja 2010 r. dla London Overground Infrastructure, Transport for London.

W odniesieniu do usługi 1. Izba uznała, że spełnia ona wymagania ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał w odwołaniu, że jego zdaniem nadzór nie obejmował prac projektowych oraz nie osiągnięto wartości nadzorowanych prac projektowych i robót budowlanych, a referencje nie potwierdzają informacji zawartych w wykazie, bowiem nie wskazują na realizację w systemie „projektuj i buduj” (żółty FIDIC). Odwołujący zarzucił też złożenie w tym zakresie nieprawdziwych informacji.

Z listu referencyjnego załączonego do oferty oraz złożonych podczas rozprawy „Wyjaśnień do Listu referencyjnego z dnia 04 maja 2010 r.” z 29 listopada 2011 r. złożonych przez PKP PLK S.A. wynika jednak, że usługa taka o wymaganej wartości oraz w systemie „projektuj i buduj” wg żółtego FIDIC-a została wykonana. Z przedstawionych informacji (opisu umów dokonanego przez inwestora – PKP PLK S.A.) wynika, że była ona skomplikowana

– w ramach umowy głównej obejmowała realizację nadzoru nad kilkunastoma odrębnymi zadaniami (różne fragmenty linii kolejowych), w tym kilkoma typu „projektuj i buduj”, a kilkoma typu „buduj”, dodatkowo zawarto odrębne umowy na kontynuację nadzoru i nadzór nad robotami dodatkowymi, które jednak ze względu na przynależność do usługi głównej można uznać za całość usługi zakończonej w momencie zakończenia usług dodatkowych i kontynuacji nadzoru (zawieranie odrębnych umów na realizację zamówień uzupełniających i dodatkowych zamiast np. aneksowania umowy głównej jest kwestią proceduralną narzuconą przez ustawę Prawo zamówień publicznych, który to podział formalny na dwie lub więcej umów nie ma znaczenia dla praktycznego uzyskania doświadczenia przez wykonawcę). Z opisu usługi i umów wynika, że brak jest podstaw, by wydzielać tylko fragment tej usługi, jak zrobił to Odwołujący.

Na gruncie przyjętych w praktyce stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych rozwiązań, zgodnie z którymi możliwość wykazania się doświadczeniem konsorcjum przysługuje wszystkim konsorcjantom, nie ma też znaczenia, że usługa ta była wykonywana, oprócz dwóch podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Mott MacDonald, również przez trzeciego konsorcjanta.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego usługi 2. (linia East London) Odwołujący sformułował swój zarzut w następujący sposób: usługa nie spełnia wymagania w zakresie wartości nadzorowanych prac projektowych i robót budowlanych – wskazana kwota jest znacząco poniżej 40.000.000 zł. Wynika z tego jednoznacznie, że Odwołujący odnosił się do wartości tej usługi w zakresie wartości robót budowlanych. Po stwierdzeniu, że wskazana przez Przystępującego w wykazie usług wartość robót to 4.543.100.000,00 PLN netto, Odwołujący przyznał się do błędu w odczytaniu tej kwoty (w odwołaniu wskazywał 4.543.100,00 PLN), tym samym zarzut okazał się bezpodstawny. Izba przyznaje też rację Zamawiającemu i Przystępującemu, iż wskazywanie dalszych wad tej usługi stanowi nieuprawnione rozszerzenie zarzutu podczas rozprawy i jego rozpatrywanie w tym zakresie byłoby niezgodne z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba może orzekać tylko co do zarzutów wskazanych w odwołaniu. Wbrew twierdzeniu Odwołującego zarzutem bowiem nie jest jedynie przywołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych czy ogólne stwierdzenie, że czynność zamawiającego w danym zakresie była nieprawidłowa, lecz także konkretne wskazanie okoliczności faktycznych, które o tym świadczą. Ma to szczególne znaczenie przy przepisach dotyczących wykluczenia wykonawców z postępowania czy odrzucenia oferty, gdzie jedna podstawa prawna wykluczenia lub odrzucenia może odnosić się do niezliczonej liczby okoliczności faktycznych i tym samym samo wskazanie „numeru” przepisu nie pozwala ani Zamawiającemu, ani zainteresowanemu (kwestionowanemu) wykonawcy zweryfikować

zasadności zarzutów i podjąć decyzji o ich uznaniu bądź polemice przed wszczęciem rozprawy w przed Izba.

Tym samym Izba nie badała poprawności usługi dotyczącej linii East London, na marginesie tylko wskazuje, że wobec tego, iż Zamawiający wymagał wykazania się realizacją jednej usługi, usługa ta nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Analizując treść odpowiedzi nr 1 z 18 sierpnia 2011 r. w kontekście pozostałych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i praktyki udzielania zamówień publicznych, zgodnie z dyspozycją art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, można wnioskować, że Zamawiający odnosił się ogólnie do standardowych warunków kontraktowych i nie miał zamiaru ograniczenia zadań „projektuj i buduj” wyłącznie do „żółtego FIDIC-a”, jednak zwraca uwagę Zamawiającemu, aby uważnie formułował odpowiedzi na pytania wykonawców, by nie doprowadzać do sytuacji, w której wbrew jego zamiarowi można mieć wątpliwości co do jego wymagań.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła również udzielenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wskazanego w punkcie 8.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia doświadczenia dla osoby proponowanej na stanowisko Inżyniera Projektu Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający wymagał dla Inżyniera Projektu minimum 5 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczenia w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego, współfinansowanym ze środków UE, realizowanym zgodnie z warunkami kontraktu FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi.

Przystępujący wskazał na to stanowisko pana Andrzeja Z., w opisie doświadczenia którego jedynie sprawowanie od stycznia 2010 r. do czerwca 2010 r. funkcji Inżyniera Rezydenta przy nadzorze łącznicy kolejowej Warszawa – Służewiec – Warszawa Okęcie Tunel mogłoby odnosić się do posiadania doświadczenia w zarządzaniu projektem z zakresu budownictwa kolejowego.

Przystępujący podczas rozprawy przedstawił pismo inwestora – PKP PLK S.A. z 29 stycznia 2010 r., z którego wynika, iż z tym dniem pan Z. został zaakceptowany na stanowisko Inżyniera Rezydenta na kontrakcie na łącznicę kolejową.

I chociaż Izba co do zasady zgadza się z Odwołującym, że za pełne i realnie posiadane doświadczenie w zarządzaniu projektem można by uznać jedynie kierowanie projektem zakończonym, od początku do końca jego realizacji, to stwierdziła jednak, że Zamawiający takiego wymogu w ww. warunku nie wyartykułował. Tym samym nie można w brzmieniu tego

warunku znaleźć podstawy do uznania, że pan Z., pomimo swojego minimalnego doświadczenia w tym zakresie, postawionego warunku nie spełnia.

W odniesieniu do zarzutu złożenia oferty z rażąco niską ceną Izba stwierdziła, iż się on potwierdził.

W punkcie 13.1. opisu sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał, iż podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, co nawet bez takiego zastrzeżenia byłoby oczywiste.

W punkcie 8.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym wymogu posiadania odpowiedniego składu Zespołu Stałego Inżyniera, Zamawiający zawarł dodatkowe zastrzeżenie, iż osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania umowy z wykonawcą na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w systemie „projektuj i buduj” lub z dniem zawarcia umowy z Inżynierem, jeżeli umowa z wykonawcą robót budowlanych będzie zawarta wcześniej. Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy z Inżynierem Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Stałego Zespołu Inżyniera na wcześniejszych kontraktach tylko, jeżeli dotyczą one okresu zgłaszania wad. Nie dopuścił też wskazywania tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko.

Zdaniem Izby z powyższego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika jednoznacznie, że Zamawiający wymaga, aby przez cały okres trwania kontraktu wykonawca utrzymywał Stały Zespół Inżyniera „w pełnej dyspozycji”, ale, co najważniejsze, żąda wyłączności pracy tych osób. W treści zastrzeżenia *expressis verbis* mowa jest co prawda o „wcześniejszych” kontraktach, lecz jest to zrozumiałe ze względu na usytuowanie tego wymogu (w momencie doboru personelu), na którym to wykonawca musi wziąć pod uwagę już podpisane umowy, natomiast jasne jest, że w rzeczywistości dotyczy wszystkich innych kontraktów.

Realnie oznacza to, że, aby wypełnić to żądanie Zamawiającego, osoby te – skoro nie mogą świadczyć pracy lub usług w innych miejscach, a rzeczywiście, jak podkreślił Odwołujący, trudno sobie wyobrazić, by godziły się na brak zarobku przez ponad dwa lata – muszą być utrzymywane przez wykonawcę z wynagrodzenia za niniejszy kontrakt. Tym samym w obliczeniu ceny oferty powinno być ujęte wynagrodzenie tych osób przez pełen okres trwania kontraktu.

Nie przeczy temu odniesienie do konieczności prowadzenia kart pracy (taki wymóg może być postawiony przy każdym systemie pracy), jak i objęcie karami umownymi tylko niektórych uchybień warunkom umowy.

I chociaż Izba stwierdziła, iż prawdopodobnie ogólnie możliwa jest realizacja takiego nadzoru za cenę wskazaną w ofercie Przystępującego, w sposób wskazany w wyjaśnieniach tej ceny z 28 listopada 2011 r., to nie ma wątpliwości (wskazują na to jasno wyjaśnienia dotyczące sposobu obliczenia ceny złożone podczas rozprawy), że Przystępujący nie jest w stanie za tę cenę zrealizować usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i z ceny ofertowej opłacić personelu w pełnym wymaganym zakresie. Tym samym, biorąc pod uwagę, że cena rażąco niska każdorazowo odnosi się do danego opisu przedmiotu zamówienia, wymagań umownych oraz innych wymagań zamawiającego dotyczących realizacji zamówienia w niniejszym przypadku można uznać, że został naruszony art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie komentując stanowiska Zamawiającego, z którego wynika, iż nie wie on, dlaczego postawiono wymóg wyłączności i że kierował się on otrzymanym wzorem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy stwierdzić, że na obecnym etapie postępowania nie zmienia to faktu, że wymóg taki został postawiony (słusznie lub nie) i niesprawiedliwe w oczach Izby oraz niezgodne z zasadami udzielania zamówień publicznych byłoby jego pominięcie w sytuacji, gdy inni wykonawcy (Odwołujący oraz, w domniemaniu, pozostali, którzy mieli wyższe ceny ofert), złożyli oferty z cenami uwzględniającymi pełne wynagradzanie członków Stałego Zespołu Inżyniera, a przez to znacznie wyższymi.

Jednak Izba powyższy sposób kalkulacji ceny uznaje raczej za błąd w obliczeniu ceny (niezgodność tego obliczenia ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia) niż popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Co zaś do zarzutu dotyczącego oceny przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego z 21 września 2011 r., należy stwierdzić, że nie wiadomo, na jakiej podstawie został postawiony ten zarzut, skoro Odwołujący się z tymi wyjaśnieniami nie zapoznał (ani nie miał takiego zamiaru). Należy zwrócić uwagę, że, skoro Zamawiający nie potraktował tych wyjaśnień jako podstawy do odrzucenia oferty, to w trakcie rozprawy przed Izba do Odwołującego należy udowodnienie jego twierdzeń, czego nie zrobił.

Oceniając zaś owe wyjaśnienia, zwłaszcza w kontekście zastosowania w ofercie tylko ogólnych cen oraz brzmienia pytania Zamawiającego, należy stwierdzić, że chociaż opisowa część wyjaśnień była zbyt ogólnikowa, by umożliwić analizę ceny oferty, Przystępujący przedstawił też pewną kalkulację ceny oferty obejmującą jej główne elementy, która

pozwalala Zamawiajacemu na ustosunkowanie sie do niej lub tez poproszenie o dalsze wyjaśnienia, na jakiej podstawie elementy te zostały określone w tej właśnie wysokości.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odmowę udostępnienia do wglądu wyjaśnień konsorcjum Mott MacDonald w sprawie rażąco niskiej ceny – wobec stwierdzenia przez Odwołującego podczas rozprawy, iż nie żąda on ujawnienia mu tych wyjaśnień i nie czuje potrzeby wglądu do nich (pomimo takiej możliwości podczas rozprawy), a w zasadzie to nawet nie kwestionuje zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa – Izba uznała, że w takim razie zarzut ten jest bezprzedmiotowy i nieracjonalne jest jego podnoszenie, a tym samym nie zasługuje on na uwzględnienie. Należy też zwrócić uwagę, że wobec takiego stanowiska Odwołującego w ogóle trudno dopatrzeć się po jego stronie interesu w podnoszeniu tego zarzutu, w szczególności zaś w zakresie poniesienia przez niego szkody.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: