

Sygn. akt: KIO 2666/13

Sygn. akt: KIO 2670/13

WYROK

z dnia 4 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 15 i 18 listopada 2013 r. przez:

- A. Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt KIO 2666/13),
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2670/13)

w postępowaniu prowadzonym przez Spółkę Energetyczną „JASTRZĘBIE” S. A. z Jastrzębia Zdroju

przy udziale:

A wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRACTEBEL ENGINEERING S. A. z siedzibą w Katowicach oraz OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w

Krakowie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2666/13 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2666/13 oraz KIO 2670/13 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności oceny ofert oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRACTEBEL ENGINNERING S. A. z siedzibą w Katowicach oraz OTS - IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w Rozdziale VII pkt 2.1 oraz wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRACTEBEL ENGINNERING S. A. z siedzibą Katowicach oraz OTS – IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w Rozdziale VII pkt 2.2, w zakresie informacji o doświadczeniu specjalistów wskazanych w wykazie, w sposób określony w uzasadnieniu orzeczenia, a także nakazuje Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa - wykazu usług, wykazu osób i związanych z tym dokumentów referencyjnych, oświadczeń oraz wszelkich dokumentów rejestrowych - oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Spółkę Energetyczną „JASTRZĘBIE” S. A. z Jastrzębia Zdroju i:**

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od Spółki Energetycznej „JASTRZĘBIE” S. A. z Jastrzębia Zdroju kwotę 37 200 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz Zakładów Pomiarowo-Badawczych Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie koszty strony, w tym:

A) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zakładów Pomiarowo-Badawczych Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

B) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony 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 2013 r., poz. 907 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2666/13

Sygn. akt: KIO 2670/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Energetyczna „JASTRZĘBIE” S. A. z Jastrzębia Zdroju prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ((t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w procesie realizacji inwestycji pn. „Budowa kogeneracyjnego bloku fluidalnego CFB o mocy zainstalowanej brutto ok. 75 MWe w EC Zofiówka w SEJS.A.*”.

W dniu 8 listopada 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRACTEBEL ENGINEERING S. A. z siedzibą w Katowicach oraz OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2666/13

Wykonawcy: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, (zwani dalej: „*Odwołującym Energopomiar*”) w dniu 15 listopada 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRACTEBEL ENGINEERING S. A. z siedzibą w Katowicach oraz OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wnosząc o uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Podważając czynność Zamawiającego Odwołujący Energopomiar zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t), w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy

przedsiębiorstwa w części oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S.A. oraz SGS Polska Sp. z o.o. (dalej: Wykonawca ECM) i w konsekwencji naruszenie zasady jawności postępowania, mimo nie wykazania przez Wykonawcę ECM, aby zastrzeżone przez niego informacje, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa,

2) art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRACTEBEL ENGINEERING S.A. oraz OTS-IP Sp. z o.o. (dalej: Wykonawca Tractebel), a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Tractebel, mimo, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania następującymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi wymagane doświadczenie i kwalifikacje, to jest:

- a) Zastępca Kierownika Projektu
- b) Inspektora nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej
- c) Projektant o specjalności konstrukcyjno - budowlanej
- d) Projektant o specjalności architektonicznej
- e) Projektant o specjalności instalacyjnej
- f) Projektant o specjalności elektrycznej
- g) Projektant o specjalności AKPiA
- h) Osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji w zakresie nadzoru stosowania procedur zapewnienia jakości
- i) Osoba posiadająca doświadczenie w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń ciśnieniowych - specjalista ds. spawalnictwa

3) art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w związku z § 3 pkt. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Tractebel, pomimo niezłożenia dokumentu poświadczającego, iż osoba która podpisała zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, była do tego uprawniona,

4) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Wykonawcy Tractebel oraz Wykonawcy ECM pomimo, iż ceny tych ofert w znaczący sposób odbiegały od wartości szacunkowej zamówienia oraz cen innych wykonawców,

5) art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia

oferty Wykonawcy ECM oraz oferty Wykonawcy Tractebel, mimo że złożone oferty zawierają rażąco niską cenę.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Tractebel;
- 2) nakazanie Zamawiającemu uznania za bezskutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy ECM (tj. informacje zawarte w wykazie osób wraz z oświadczeniem o posiadaniu wymaganych uprawnień, oświadczeń dotyczących kwalifikacji i doświadczenia oraz wykazu usług) i nakazanie odtajnienia zawartych tam informacji,
- 3) wykluczenia Wykonawcy Tractebel oraz Wykonawcy ECM z Postępowania oraz odrzucenia oferty Wykonawcy Tractebel oraz oferty Wykonawcy ECM;
- 4) ponowne dokonanie czynności oceny i wyboru ofert, spośród wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Odwołujący Energopomiar uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Zaniechanie odtajnienia części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: : ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Pismem z dnia 13.11.2013 r. (nr pisma: UP/1807/Z.M./2013) Zamawiający na wniosek Odwołującego, przekazał korespondencję Zamawiającego z Wykonawcami oraz kopię protokołu z postępowania. Z treści przesłanych dokumentów wynikało, iż Zamawiający pismem z dnia 29.10.2013 r. (nr pisma; UP/1723/Z.M./2013) wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcę ECM do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, a mianowicie, zapytał o informację, czy dokumenty zawarte w zastrzeżonej części oferty spełnią przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca ECM przedłożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 04 11.2013 r. Zastrzeżone były: informacje zawarte w wykazie osób; pisemne zobowiązania podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów; dokument rej estrowy podmiotu udostępniającego zasoby; oświadczeń dotyczących kwalifikacji i doświadczenia; oraz wykazu usług.

W związku z tym, iż Zamawiający nie dokonał odtajnienia oferty Wykonawcy ECM, w opinii Odwołującego, Zamawiający dopuścił się zaniechania ujawnienia zastrzeżonych informacji, gdyż te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy ECM w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Fundamentalną zasadą ustawy Pzp jest jawność postępowania. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa powinien wykazać się podjęciem działań w celu zachowania poufności informacji, jak również wskazać jakie działania zostały przez niego podjęte. Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, iż „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.

Powołując się na argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach można wskazać następujące okoliczności, które zdaniem Wykonawcy ECM, wskazują na zasadność ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa: „Zastrzeżone informacje tj. identyfikacja danej osoby na danym stanowisku umożliwiło Wykonawcy zaoferowanie wykonania zamówienia za daną cenę. Posiadanie takich informacji przez innego wykonawcę mogłoby uniemożliwić zawarcie ostatecznej umowy o współpracy z danym ekspertem”, „ Wykonawca podejmując decyzję o zastrzeżeniu informacji miał na celu ochronę swojego potencjału przed wykorzystaniem zawartych tam informacji przez innych wykonawców, w tym także podkupowanie współpracowników lub stałych współpracowników. ”, „Informujemy; że ECM Group Polska zastrzega we wszystkich ofertach od początku roku 2012 informacje związane z doświadczeniem, ”, Przede wszystkim, wskazać należy, iż nie jest prawdą, jak wskazuje Wykonawca ECM, iż od 2012 r. zastrzega we wszystkich ofertach informację dotyczące składu osobowego. Dla przykładu można wskazać, iż w przetargu pn, „Usługa Inżyniera Umowy podczas realizacji projektu inwestycyjnego „Budowa Instalacji Odsiarczania Spalin (IOS IV) dla mocy ok. 800 MWe (dla bloków 200 MW nr W8) w ENEA Wytwarzanie S.A.”, Wykonawca ECM (tam również ECM Group Polska SA brał udział w przetargu wspólnie z, SGS Polska sp, z o.o.) w swojej ofercie nie zastrzegł ani składu osobowego, ani wykazu usług, ani żadnej innej informacji. Ponadto do oferty zostały złożone CV wskazanych osób z dokładnie określonym doświadczeniem oraz uprawnień wskazanych osób. Oferty były składane w marcu bieżącego roku.

W wyroku z dnia 4 czerwca 2012 r. (sygn.. akt. KIO 1016/12), Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie wskazała, iż informacje wynikające z wykazu wykonanych robót oraz z wykazu osób nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż mieszczą się w one przede wszystkim w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza w konsekwencji, co do zasady, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż większość wymaganych przez Zamawiającego

specjalistów to osoby z odpowiednimi uprawnieniami wydawanymi na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2010.243.1623 j.t). Zgodnie z art. 88a ust. 1 Prawa budowlanego, Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego wykonuje zadania określone przepisami prawa budowlanego, a w szczególności prowadzi w formie elektronicznej centralne rejestry obejmujące osoby posiadające uprawnienia budowlane. W rejestrach zamieszcza się m.in. imię i nazwisko, numer uprawnień, specjalność; przynależność do izby właściwych osób. Skoro wykazy są jawne, nie można zastrzec danych osób i oświadczenia o ich uprawnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z wyrokiem KIO (sygn. akt. KIO/UZP 255/08) nie mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykazy osób, które będą wykonywały zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach zawodowych.

Wykonawca zaznacza w piśmie z dnia 4.11.2013 r., iż „ *Wskazane doświadczenie zostało pozyskane przez Wykonawcę w ramach użyczenia od [tekst zamazany - przyp. aut.], a jednym z elementów zawartego w tym zakresie porozumienia był warunek utajnienia wykazu wykonanych usług.* ” Jednakże Wykonawca ECM zapomniał, iż w ofercie ujawnił dokument rejestrowy podmiotu AF-Consult Switzerland AG, w związku z czym jasne jest jakimi zasobami Wykonawca ECM dysponuje, a wiedza o wykonanych usługach przez podmiot udostępniający zasoby jest notoryjna (<http://www.afconsult.com/enAVorldwide/Europe/Switzerland/>).

Zdaniem Odwołującego twierdzenie zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy ECM dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa są gołosłowne i nie poparte, jak tego wymaga art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przesłankami w postaci: nie ujawnienia ich do wiadomości publicznej oraz podjęcia w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności. „ *Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do ograniczenia zasady jawności postępowania, która jest pierwszorzędą zasadą na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wszystkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione* ” (tak KIO w wyroku z dnia 3 czerwca 2013 r.; sygn.. akt. 1039/11). W opinii Odwołującego nie charakter zastrzeżonych informacji o ochrona własnych interesów (uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa przez Wykonawcę ECM), lecz ich merytoryczna treść (niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę ECM), przesądziło o ich zastrzeżeniu, co miało na celu pozbawienie możliwości zbadania przez innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu danych zawartych w ofercie Wykonawcy ECM.

Brak wezwania Zamawiającego dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W Postępowaniu zostały złożone oferty cenowe w następujących

wysokościach (ceny PLN brutto): 1) Wykonawca Tractebel: 3 297 999,00, 2) Wykonawca ECM: 4 177 080,00, 3) Odwołujący: 9 821 550,00.

Zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 8 610 000,00 PLN. Cena pierwszej oferty Wykonawcy Tractebel odbiega od szacunkowej wartości zamówienia o 5 312 001,00 PLN brutto (cena oferty to 38 % szacunkowej wartości zamówienia). Cena drugiej oferty Wykonawcy ECM odbiega od szacunkowej wartości zamówienia o 4 432 920,00 PLN brutto (cena oferty to 48 % szacunkowej wartości zamówienia). Cena dwóch pierwszych ofert odbiegały również rażąco od ceny trzeciej oferty, bardzo zbliżonej do szacunkowej wartości zamówienia (różnica ceny oferty trzeciej do szacunkowej wartości zamówienia: 1 211 550,00 PLN brutto, tj. 11 %).

W tej sytuacji Zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp był zobowiązany zwrócić się do Wykonawcy Tractebel oraz do Wykonawcy ECM, o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czego Zamawiający zaniedbał. Jak pisze w swoim komentarzu T. Czajkowski (Prawo zamówień publicznych Komentarz, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007 s. 234) „*ustawa przyjmuje zasadę, że podstawowym kryterium oceny w zakresie tego, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, jest stosunek ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia*”. Punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia i jego wartość (np. postanowienia SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. II Ca 2194/05). Obecnie w orzecznictwie i doktrynie przyjęły się progi procentowe, których przekroczenie nakłada na zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej ceny. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 grudnia 2008 r. (sygn.. akt. KIO/UZP 1443/08) oraz wyrokiem z dnia 10 maja 2010 r. (sygn.. akt. KIO/UZP 704/10) „na aprobatę zasługuje w ocenie Izby podnoszone w doktrynie stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 20 % [...] od wartości szacunkowej zamówienia” *Podobnie w wyroku z dnia 24 czerwca 2011 r. (sygn.. akt. KIO 1239/11), Izba wskazała, iż; różnica między ofertami przekraczająca 20% powinna wzbudzić u Zamawiającego przynajmniej zainteresowanie co spowodowało tak znaczne różnice między oszacowaniem dokonany przez zamawiającego i wykreowaniem ceny przez wykonawcę i czy wykonawca nie popełnił błędu lub czy nie zawarł w ofercie rażąco niskiej ceny. Zainteresowanie to, zgodnie z zasadą prowadzenia postępowania z należytą starannością, powinno mieć odzwierciedlenie w zwróceniu się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 } Pzp "*

Zamawiający powinien powziąć wątpliwość w odniesieniu do wystąpienia rażąco niskiej ceny, gdyż cena w stosunku do przedmiotu zamówienia ma taką wartość, która rodzi po

stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zobowiązania, a po stronie zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra / usługi (tak np, w wyroku z dnia 5 kwietnia 2012 r, sygn. akt. KIO 560/12).

Obowiązek badania ofert, w stosunku do których istnieje wątpliwość co do ceny wynika również wprost z przepisów Dyrektywy 2004/18/WE („Dyrektywa”). Zgodnie z art. 55 ust. 1 Dyrektywy, jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Jak bezpośrednio wskazuje Trybunał: *„[z] powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne”* (tak Trybunał w sprawie C-599/10 z 29 marca 2012 r. pkt 28).

W ocenie Odwołującego, konieczność wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień w przedmiocie skalkulowania ceny ofertowej nie jest jedynie formalnością, która ma chronić Zamawiającego przed zarzutem wyboru oferty z najniższą ceną, lecz gwarantuje także zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu, a co za tym idzie Zamawiający nie może dowolnie pomijać merytorycznej zawartości wyjaśnień.

Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu – Zastępca kierownika projektu

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt. 2,2. b) SIWZ Zamawiający wymagał, aby zastępca kierownika projektu posiadał doświadczenie: „w pełnieniu funkcji kierownika lub dyrektora projektu przy realizacji inwestycji lub w pełnieniu funkcji kierownika lub dyrektora zespołu inżyniera kontraktu dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego paliwem stałym o mocy co najmniej 50 MWe brutto w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert'

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni przedstawić (Rozdział VIII. pkt. 1.3. ppkt. e) „opis doświadczenia zawodowego w zakresie spełnienia wymagań określonych w sekcji I11.2.3 pkt. U Ogłoszenia o zamówieniu (SIWZ Rozdział VII pkt. 2.2.)

Wykonawca Tractebel na potwierdzenie powyższego warunku dysponowania osobą na wskazane stanowisko przedstawił Pana J. P. (Wykaz osób znajduje się stronach na 18 do 25 oferty Tractebel oraz na stronach 10 do 24 uzupełnień oferty z dnia 04.11.2013 r.). Wykaz osób przedstawiony przez Wykonawcę Tractebel nie pozwala na potwierdzenie, iż Pan J. P. posiada wymagane doświadczenie. Wykonawca

przedstawiając opis doświadczenia wskazanej osoby, ograniczył się jedynie do

Tym samym, Wykonawca Tractebel zaniechał wskazania konkretnego opisu doświadczenia zawodowego wskazanej osoby, co uniemożliwia weryfikację jej doświadczenia. Wykonawca nie podał następujących (występujących w treści warunku) istotnych okoliczności, takich jak: moc brutto bloku, rodzaj paliwa, termin oddania do eksploatacji.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż Wykonawca Tractebel nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wskazanej osoby.

Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu – Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej

Zamawiający wymagał, aby inspektor nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej posiadał „aktualne uprawnienia budowlane do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej bez ograniczeń

W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 29.10.2013 r., Wykonawca Tractebel uzupełnił osobę na wskazane stanowisko (w ofercie stanowisko było nieobsadzone), jednakże z załączonego wykazu osób (strona 11 i 12 uzupełnienia Tractebel z dnia 04.11.2013 r.) wynika, iż Pan T. K. posiada uprawnienia w specjalności architektonicznej bez ograniczeń do projektowania, a nie jak wymagano - uprawnienia budowlane do kierowania budową i robotami budowlanymi.

Oświadczenie Pana T. K. (str. 40 uzupełnienia Tractebel), potwierdza powyższe, gdyż sam Pan T. K. wskazał, iż posiada jedynie uprawnienia do projektowania, a nie jak wymagano: do kierowania budową i robotami budowlanymi.

Wykonawca na wskazane stanowisko przedstawił również Pana J. K., jednakże, podobnie jak w przypadku Pana J. P., Wykonawca Tractebel nie wykazał, iż zarówno Pan T. K., jak i Pan J. K., posiadają doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, gdyż ograniczono się jedynie do przepisania warunku udziału w postępowaniu w sposób blankietowy.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż Wykonawca Tractebel nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wskazanej osoby.

Mając na uwadze, iż Wykonawca uzupełnił Wykaz osób o wskazane osoby w wyniku wezwania Zamawiającego, brak jest obecnie możliwości uzupełnienia oferty we

Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, projektant o specjalności architektonicznej, projektant o specjalności instalacyjnej; projektant o specjalności elektrycznej, projektant o specjalności AKPiA; osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji w zakresie nadzoru stosowania procedur zapewnienia

jakości, osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji w zakresie nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń ciśnieniowych – specjalista ds. spawalnictwa;

Zamawiający wymagał (Rozdział VII pkt. 2.2. b) SIWZ) aby, wskazane osoby posiadały doświadczenie „w swoim obszarze kompetencji przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego paliwem stałym o mocy co najmniej SOMWe brutto w elektrowni lub elektrociepłowni ”

Wykonawca ograniczył się do przepisania warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ. Podobnie jak w przypadku, Pana J. P. nie sposób dowiedzieć się jakim konkretnie doświadczeniem legitymują się: Projektant o specjalności konstrukcyjno-budowlanej: J. B., Projektant o specjalności architektonicznej: J. S. – B., Projektant o specjalności instalacyjnej: T. S., Projektant o specjalności elektrycznej: B. R.; Michał Kaspar, Projektant o specjalności AKPiA: K. B., Osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji w zakresie nadzoru stosowania procedur zapewnienia jakości – R. B., Osoba posiadająca doświadczenie w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń ciśnieniowych - specjalista ds. spawalnictwa – K. K. . Wobec powyższego stwierdzić należy, iż Wykonawca Tractebel nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wskazanych osób.

Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu – brak dokumentu potwierdzającego reprezentację firmy Tractebel Engineering A. S.

W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia **29.10.2013** r., Wykonawca Tractebel w piśmie z dnia **04.11.2013** r. uzupełnił Wykaz osób o Projektanta o specjalności elektrycznej, Pana M. K. (w ofercie stanowisko było nieobsadzone). W tym zakresie Wykonawca polegał na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby tj. firmy Tractebel Engineering a.s. Wykonawca na str. **41** i **42** pisma przedstawia pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, jednakże z treści dokumentu nie jest możliwe odczytanie podpisu osoby udostępniającej zasoby (reprezentanta firmy Tractebel Engineering a.s.), a więc nie można stwierdzić, iż Wykonawca faktycznie dysponuje osobą na stanowisko projektanta o specjalności elektrycznej.

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem VII pkt. 3 SIWZ:., *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne (oryginał lub kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez notariusza) zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy*

wykonywaniu zamówienia (art 26 ust 2b Ustawy) wg Załącznika nr 6 do SIWZ. Wykonawca dostarczy również dokument/-y poświadczający/-e, że osoba/-y podpisujące zobowiązanie była/były do tego uprawniona/-e. ” Wykonawca nie załączył do pisma dokumentu poświadczającego, iż osoba podpisująca zobowiązanie była do tego uprawniona. Zamawiający zażądał dokumentu potwierdzającego, iż osoby podpisujące zobowiązanie były do tego uprawnione na podstawie § 3 pkt. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Nieprzedłożenie przez Wykonawcę Tractebel przedmiotowego dokumentu stanowi przesłankę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Rażąco niska cena wykonawcy ECM oraz wykonawcy Tractebel

W ofercie wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - 19 osób. W stosunku do każdej z osób postawiono wysokie wymagania w zakresie ich kompetencji. Osoby te zobowiązane zostały do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazuje, iż na rynku wysoko wykwalifikowanych specjalistów niewielu jest specjalistów spełniających warunki udziału w postępowaniu, co znacznie zawiąza koszty ich zatrudnienia. Przyjmując, iż okres realizacji wynosi 36 miesięcy i dzieląc, bez uwzględnienia jakichkolwiek innych kosztów, zaoferowaną cenę przez wskazaną liczbę wymaganych specjalistów daje to miesięczny koszt wynagrodzenia specjalisty w wysokości: w ofercie Wykonawcy Tractebel: 4 821,00 PLN brutto, a W ofercie Wykonawcy ECM: 6 106,00 PLN brutto.

Wartość tych wynagrodzeń odbiega od rynkowego poziomu wynagrodzeń zadeklarowanych specjalistów.

Ponadto, Wykonawcy zobowiązani są do m.in. poniesienia następujących pozycji kosztowych: Zatrudnienia dodatkowego personelu wymaganego zakresem rzeczowym SIWZ; Pełnienie obowiązków w okresie gwarancyjnym - dodatkowe 36 miesięcy; Zorganizowanie biura budowy (pełny koszt wynajęcia i wyposażenia biura, w tym media, czynsz, połączenia telefoniczne, dostęp do internetu; pełny koszt ubezpieczenia biura); Pełny sprzęt komputerowy oraz wymagane oprogramowanie; Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy, co oznacza, że faktyczne wynagrodzenie zadeklarowanych specjalistów będzie jeszcze niższe,

Ponadto, porównując ceny dwóch pierwszych ofert z wartością szacunkową zamówienia daje podstawę do twierdzenia, iż ceny zaoferowane przez Wykonawcę Tractebel oraz Wykonawcę ECM noszą znamiona rażąco niskich. Jak wskazano w wyroku sądu

okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt. XII Ga 88/09) „pojęcie ceny „rażąco niskiej” pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak „wyraźna” czy „bardzo duża” różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych. Odnosząc te wyjaśnienia sądu okręgowego do cen zaproponowanych przez Wykonawcę Tractabel oraz Wykonawcę ECM, należy stwierdzić, iż spełniają one wskazane kryteria,

Odwołanie o sygn. akt KIO 2670/13

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „*Odwołującym ECM*”) w dniu 18 listopada 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRACTEBEL ENGINEERING S. A. z siedzibą w Katowicach oraz OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Tractebel, którzy to wykonawcy podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu,

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Tractebel z udziału w postępowaniu, który to wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w zakresie:

- 1) spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) posiadanych przez T. K. uprawnień,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Tractebel z udziału w postępowaniu, który to Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania Konsorcjum Tractebel do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący konsorcjum ECM wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Tractebel z udziału w postępowaniu,
3. dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący ECM uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności: Naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum Tractebel.

Jedynym kryterium oceny oferty była zaoferowana cena.

Jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania Konsorcjum Tractebel podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Tym samym Zamawiający, działając zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp, nie mógł i nie powinien dokonać wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

II. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający żądał złożenia przez wykonawców m.in. następujących dokumentów:

- 1) Oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,
- 2) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum Tractebel złożyło:

- 1) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu datowane na dzień 17 października 2013r. podpisane przez pełnomocników Konsorcjum Tractebel A. G. i J. K. .
- 2) wykaz osób mających wziąć udział w realizacji zamówienia, złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów,
- 3) informację z dnia 4 listopada 2013r. złożoną w ramach odpowiedzi do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, zawierająca wyjaśnienie w zakresie uprawnień T. K. .

A. G. i J. K. nie mieli podstaw do złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu bowiem z załączonych dokumentów wprost wynikało, że Konsorcjum Tractebel nie spełniało warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania

wymaganych przez Zamawiającego osób, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Konsorcjum Tractebel w wykazie osób w poz. nr 4 i 5 wskazało na potwierdzenie warunku określonego w rozdziale VII pkt 2.2 lit. d) tj. - dysponowania Inspektorem nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej, który ma mieć aktualne uprawnienia budowlane do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej bez ograniczeń oraz posiadać co najmniej 4 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru w zakresie uprawnień wymienionych powyżej - osoby T. K. i J. K. .

W związku z wątpliwościami Zamawiającego dotyczącymi uprawnień T. K., Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie czy osoba ta faktycznie posiada uprawnienia do kierowania budową lub robotami budowlanymi w wymaganym zakresie. Konsorcjum Tractebel, pismem z dnia 4 listopada 2013r. podpisanym przez pełnomocników Konsorcjum Tractebel: B. Z. i H. W., wskazało, że pomimo iż T. K. posiada uprawnienia o specjalności architektonicznej bez ograniczeń do projektowania, to obejmują one również uprawnienie do kierowania budową lub robotami budowlanymi. Takie wyjaśnienie jest nieprawdziwe i stoi w oczywistej sprzeczności z przepisami Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie gdzie w § 16 wyraźnie zostały wyodrębnione uprawnienia do projektowania i uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi. Oczywiście nic nie stoi na przeszkodzie, aby jedna osoba posiadała uprawnienia zarówno do projektowania, jak i kierowania robotami budowlanymi, jednak w przypadku T. K. sytuacja taka nie ma miejsca. Osoba ta posiada tylko i wyłącznie uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń co zresztą Konsorcjum Tractebel potwierdziło w wykazie osób oraz sam T. K. składając stosowne, wymagane przez Zamawiającego, oświadczenie o posiadanych uprawnieniach. Tym samym Konsorcjum Tractebel składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz informację datowaną na dzień 4 listopada 2013r. podało nieprawdziwa informacje w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz posiadanych przez T. K. uprawnień, która to informacja miała niewątpliwie wpływ na wynik postępowania, gdyż umożliwiła Konsorcjum Tractebel wykazanie się odpowiednim potencjałem osobowym.

Zwrócić przy tym należy uwagę, że druga osoba – J. K. - wskazana na to stanowisko nie spełnia wymagań Zamawiającego co do posiadanego doświadczenia. W wykazie osób w kolumnie 5 Opis doświadczenia zawodowego w zakresie spełniania określonych wymagań przepisano bowiem wymagania Zamawiającego, nie wskazując usług i czasu ich trwania, które faktycznie potwierdziły by spełnianie przez tą osobę stawianych wymagań. Podkreślić należy, że wykaz ten był składany już w ramach uzupełnienia tego dokumentu, stąd

Zamawiający nie może ponownie wezwać Konsorcjum Tractebel do uzupełnienia wykazu poprzez opis doświadczenia J. K. w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie złożonych dokumentów tylko T. K. spełniał wymagania Zamawiającego w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, jednak jak wskazano powyżej nie spełniał on warunków w zakresie posiadanych uprawnień.

III. W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący ECM wywiódł, że Konsorcjum Tractebel przy wykazywaniu się odpowiednim potencjałem osobowym do wykonania przedmiotowego zamówienia, na stanowisko Inspektora nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej wskazało dwie osoby: T. K. i J. K. .

Uznając nawet, że w stosunku do T. K. nieświadomie podano nieprawdziwą informację i Wykonawca nie podlega w związku z tym wykluczeniu z udziału w postępowaniu, to wskazać należy że osoba ta nie posiada wymaganych uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej bez ograniczeń. Osoba ta posiada tylko i wyłącznie uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, a takie uprawnienia nie spełniają wymagań Zamawiającego.

W stosunku do drugiej osoby wskazanej na to stanowisko J. K., Odwołujący podnosi, że Konsorcjum Tractebel nie wykazało, aby osoba ta spełniała wymagania Zamawiającego w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału VIII pkt 1.3 SIWZ, Wykonawca był zobowiązany do złożenia wykazu osób wraz z podaniem opisu doświadczenia zawodowego w zakresie spełniania wymagań dla danego stanowiska. W opisie tym winien znajdować się więc opis pełnionych funkcji potwierdzający, że wskazana osoba posiada 4 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru w zakresie żądanych uprawnień. Konsorcjum Tractebel natomiast w kolumnie dot. posiadanego doświadczenia przepisała warunek postawiony przez Zamawiającego. Na podstawie takiego opisu, Zamawiający nie jest w stanie ocenić czy osoba ta posiada wymagane doświadczenie. Podkreślić przy tym należy, że Konsorcjum Tractebel było wzywane w tym zakresie do uzupełnienia wykazu osób, stąd nie jest już możliwe uzupełnienie tego wykazu.

2) EPCM dla budowy bloku na parametry nadkrytyczne o mocy 800 MW Niemcy;

3) EPCM dla budowy bloku na parametry nadkrytyczne o mocy 800 MW Holandia.

Usługi z poz. 2 i 3 nie spełniają warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, gdyż zgodnie z postanowieniami SIWZ usługa miała dot. pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego paliwem stałym o mocy co najmniej 50 MWe brutto w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego

do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (...). Tymczasem, jak wynika to z samego wykazu Konsorcjum Tractebel i oświadczenia złożonego w piśmie z dnia 4 listopada 2013r., bloki energetyczne z poz. 2 i 3 (Niemcy i Holandia) nie zostały jeszcze oddane do eksploatacji. Tym samym te usługi nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie usługi z poz. 1 wykazu, to na potwierdzenie, że usługa została wykonana należycie, Konsorcjum Tractebel załączyło dokument, który nie może być w żadnym stopniu uznany za dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi. W szczególności z dokumentu nie wynika, kto jest jego wystawcą oraz kto go podpisał. Co więcej widniejący na dokumencie podpis, jest podpisem skróconym tzw. parafą uniemożliwiającą identyfikację osoby podpisującej. Tym samym w ofercie Konsorcjum Tractebel, brak jest dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie jedynej usługi spełniającej wymagania Zamawiającego. Wobec braku możliwości uzupełnienia tego dokumentu, Konsorcjum Tractebel winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu w związku z nie wykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

IV. W zakresie naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Na otwarciu ofert, Zamawiający podał, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia to 8.610.000 zł. Tymczasem Konsorcjum Tractebel w swojej ofercie zaoferowało cenę 3.297.999 zł brutto, która stanowi ok. 38% kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Jest to również cena znacząco odbiegająca od cen pozostałych oferentów. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę chociażby skład personelu niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia, zamawiający winien powziąć wątpliwość czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna odbiegająca od cen ogólnie przyjętych na rynku, także wskazująca na wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytwarzania.

W dniu 8 listopada 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty: TRACTEBEL ENGINEERING S. A. z siedzibą w Katowicach oraz OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców przystępującego konsorcjum Ecm i konsorcjum Tractebel, wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów kierowane przez zamawiającego do wykonawców w toku badania ofert, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie wykonawców o wyborze

najkorzystniejszej oferty: TRACTEBEL ENGINEERING S. A. z siedzibą w Katowicach oraz OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie obu odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że obaj odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że skutkiem uwzględnienia odwołania wniesionego przez odwołującego Energopomiar będzie konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co miałyby świadczyć o braku po stronie odwołującego Energopomiar interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Przywołany przez zamawiającego przepis ustawy Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Stwierdzono, że cena oferty odwołującego Energopomiar tj. 9.821.550,00 zł brutto jest rzeczywiście wyższa od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. 8.610.000,00 zł. Izba wzięła jednak pod uwagę, że przywoływany przepis nie obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena wybranej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na finansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Konieczność unieważnienia postępowania będzie następstwem ewentualnego ustalenia przez zamawiającego, że w danych okolicznościach nie będzie on już miał możliwości zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty odwołującego Energopomiar.

Natomiast stanowisko zamawiającego, że kwota 8.610.000,00 zł jest maksymalną wartością, jaką może on przeznaczyć na to zadanie, która wyczerpuje oszczędności zamawiającego pozostało gołosłowne. Zamawiający nie przedstawił Izbie żadnego dowodu,

z którego wynikałoby, iż nie będzie możliwości zwiększenia kwoty finansowania zamówienia do wartości oferty odwołującego Energopomiar. A zatem uznano, że odwołującemu Energopomiar przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TRACTEBEL ENGINEERING S. A. z siedzibą w Katowicach oraz OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2666/13 po stronie zamawiającego,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2666/13 oraz KIO 2670/13 po stronie zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRACTEBEL ENGINEERING S. A. z siedzibą w Katowicach oraz OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2666/13 po stronie zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2666/13 oraz KIO 2670/13 po stronie zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, iż oba odwołania należy uznać za zasadne i zasługujące na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w części oferty przystępującego konsorcjum ECM Group (sygn. akt KIO 2666/13).

Ustalono, że przystępujący konsorcjum ECM zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się w następujących dokumentach: w wykazie osób; pisemnych zobowiązaniach podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji przystępującemu niezbędnym zasobów; dokumencie rejestrowym podmiotu udostępniającego zasoby; oświadczeniach dotyczące kwalifikacji i doświadczenia osób figurujących w wykazie osób, oraz wykazie usług.

Zamawiający, pismem z dnia 29.10.2013 r. (znak: UP/1723/Z.M./2013), na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego konsorcjum ECM do wykazania czy dokumenty zawarte w zastrzeżonej części oferty spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca, pismem z dnia 4 listopada 2013 r. złożył wyjaśnienia. Wskazał w nich, że informacje znajdujące się w wykazie osób mają dla niego wartość gospodarczą wskazującą na sposób realizacji zamówienia, podstawę dysponowania osobami oraz określają która konkretna osoba będzie wykonywać daną funkcję w trakcie realizacji usługi. Informacje te szczegółowo określają posiadany przez wykonawcę potencjał o wymiernej wartości, umożliwiającą uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych. Wyjaśnił, że jego zdaniem identyfikacja danej osoby na danym stanowisku umożliwiła przystępującemu zaoferowanie zamówienia za daną cenę. Posiadanie informacji przez innego wykonawcę mogłoby uniemożliwić zawarcie umowy o współpracy z danym eksportem lub zerwanie umowy już podpisanej. Wskazał, że przystępujący ECM zastrzega we wszystkich ofertach od początku roku informacje związane z doświadczeniem i składem wskazanego personelu. Wskazano również, że osoby bezpośrednio zajmujące się ofertowaniem są zobowiązane do zachowania tajemnicy odpowiednimi instrukcjami zawierającymi klauzule o zachowaniu tajemnicy. Kontakt z osobami użyczającymi potencjał jest prowadzony tylko z osobami do tego wyznaczonymi. W ustaleniach z podmiotami współpracującymi zobowiązał się do zachowania poufności. Natomiast w odniesieniu do wykazu usług wskazał, że usługi wymienione w tym wykazie zostały wykonane na rzecz inwestora prywatnego. Ponadto wykazane doświadczenie zostało użyczone, a jednym z elementów zawartego porozumienia był warunek utajnienia wykazu wykonanych usług.

Zamawiający nie zdecydował się na uznanie zastrzeżenia za bezskuteczne, czemu dał wyraz pismem z dnia 13 listopada 2013 r. do którego nie załączono, pomimo stosownego wniosku odwołującego Energopomiar, informacji zastrzeżonych przez przystępującego ECM

jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na wcześniejszych etapach zamawiający informował odwołującego Energopomiar, że bada skuteczność zastrzeżenia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut znalazł potwierdzenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Na wstępie podkreślania wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Przejawem zasady jawności jest regulacja wynikająca z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a więc co do zasady są one jawne od tego momentu, zaś załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane.

Odmowa udostępnienia może nastąpić zatem wyłącznie wtedy, gdy informacje zastrzeżone stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):

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

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Istotą

tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują procedury przeprowadzenia takiego badania, w szczególności obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zamawiający jest w stanie samodzielnie stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie. Jednakże ewentualne wątpliwości winny skłonić zamawiającego do zwrócenia się o takowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia winny dać zamawiającemu jednoznaczny obraz co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej informacji, a zatem nie mogą być ogólnikowe, lakoniczne czy opierać się na gołosłownych twierdzeniach. Izba podkreśla bowiem, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Nie ulega wątpliwości, że badanie skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie czy w pismach składanych w toku postępowania, dokonywane jest przez zamawiającego w toku czynności badania ofert, która kończy się z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania. W dalszej kolejności stwierdzono, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, to na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutek prawny spoczywa ciężar wykazania spornej okoliczności (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp). A zatem, jak wynika jednolitego

orzecnictwa Izby w tym zakresie, to na podmiocie powołującym się na tajemnicę przedsiębiorstwa – jako na wyjątek od zasady jawności – spoczywa ciężar wykazania wszystkich przesłanek legalnych definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, że ciężar udowodnienia legalnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywał pierwotnie na przystępującym ECM, a w konsekwencji – w rozpoznawanej sprawie - na zamawiającym, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę. Wyjaśnienia, które przystępujący ECM złożył zamawiającemu, oprócz kilku niepopartych żadnymi dowodami argumentów, zawierały wyłącznie przegląd orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej co do natury pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Izba stwierdziła, że informacje, których zamawiający nie odtajnił nie odpowiadały definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby nie zostało wykazane aby informacje podane przez wykonawcę w wykazie osób posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą. Dostrzeżenia wymaga, że większość wymaganych przez zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu specjalistów, to osoby ze zwykłymi uprawnieniami wydawanymi na podstawie ustawy Prawo budowlane, co do których zamawiający wymagał jedynie określonego, kilkuletniego doświadczenia w zakresie tych uprawnień. Zdaniem Izby, osoby wskazywane w wykazie nie posiadają zatem unikalnych w skali kraju kwalifikacji ani doświadczenia. Nie został bowiem przez zamawiającego ani przystępującego przeprowadzony dowód na okoliczność ilu specjalistów odpowiadających opisowi kwalifikacji czy doświadczenia znajduje się na rynku i że jest to znacznie ograniczona liczba. Ponadto wykaz nie zawierał żadnych wrażliwych informacji, podlegających szczególnej ochronie, zawierał imię i nazwisko, opis podstawy dysponowania, czy informację o stopniu znajomości języka obcego, czy też opis doświadczenia zawodowego tych osób na niektórych inwestycjach realizowanych w sektorze publicznym.

Niezasadne było uznanie za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zobowiązań podmiotu trzeciego, który udostępniał przystępującemu stosowne zasoby czy wykazu usług obrazującego wykonane przez ten podmiot usługi. Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący ECM ujawnił w ofercie dokument rejestrowy podmiotu udostępniającego zasoby, a więc dane tego podmiotu były jawne. Nie zostało również wykazane, że zwykłą drogą, w szczególności w oparciu o materiały dostępne w sieci internet, nie można uzyskać informacji o usługach wykonanych przez podmiot trzeci, na co powoływał się w odwołaniu odwołujący, a czemu zamawiający ani przystępujący ECM nie zaprzeczyli. Natomiast samo porozumienie zawarte pomiędzy użyczającym zasoby a wykonawcą (które nie zostało w żaden sposób wykazane) a którego treścią rzekomo miało

być utajnienie wykazu usług, samo przez się nie prowadzi do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. To nie czynność cywilnoprawna (umowa), ale spełnienie przesłanek ustawowych wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji decyduje o tym, czy dana informacja może być uznana za posiadającą walor tajemnicy przedsiębiorstwa. O uznaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa nie przesądza również sama przez się okoliczność, że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane na rzecz inwestora prywatnego. W wyjaśnieniach próżno było szukać informacji, dlaczego wiedza o tym, że podmiot udzielający zasoby ma doświadczenie w wykonaniu danej usługi nawet na rzecz inwestora prywatnego ma jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Jawność postępowania jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, nie można zatem podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego. Nie ma również jakiegokolwiek obowiązku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze, która co do zasady jest procedurą jawną, co wykonawcy winni brać pod uwagę.

2. **Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w odniesieniu do oferty przystępującego Tractebel oraz przystępującego ECM (sygn. akt KIO 2666/13)**
3. **Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w odniesieniu do oferty przystępującego Tractebel (sygn. akt KIO 2670/13)**
4. **Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego ECM oraz oferty przystępującego Tractebel, mimo że złożone oferty zawierają rażąco niską cenę (sygn. akt KIO 2666/13)**

Ustalono, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 7.000.000,00 zł netto, co daje 8.610.000,00 zł brutto. Jak wynika z protokołu postępowania, podstawą ustalenia tej wartości był protokół oszacowania wartości zamówienia z 22.08.2013 r.. Zgodnie z treścią powołanego protokołu oszacowania, wartość wyliczano w oparciu o aktualne ceny rynkowe usługi, prognozy rynkowe w zakresie kształtowania się cen w planowanym okresie dostaw. Wskazano, że ponieważ dla tego rodzaju usług nie ma dostępnych cenników, a poziom cen jest uwarunkowany od wartości inwestycji i sytuacji rynkowej. Wobec powyższego szacunku dokonano metodą szacunków eksperckich, a także

z uwzględnieniem analiz i szacunków zawartych w karcie projektu oraz sytuacji rynkowej w chwili obecnej.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert oferty złożyło 4 wykonawców, którzy zaoferowali wykonanie zamówienia za następujące ceny:

- 1) przystępujący Tractebel: 3.297.999,00 zł,
- 2) wykonawca konsorcjum ECM: 4.177.080,00 zł,
- 3) odwołujący Energopomiar: 9.821.550,00 zł,
- 4) wykonawca IFL Consulting Engineers Polska sp. z o.o.: 16.986.300,00 zł.

Zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie znalazły potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Obowiązek skorzystania z tej procedury aktualizuje się w sytuacji, gdy zamawiający, po zapoznaniu się z cenami ofert złożonych w postępowaniu, ma podstawy powziąć podejrzenie, że cena oferty może być rażąco niska.

W ocenie Izby analiza cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu nie uzasadniała wszczęcia procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentacja przedstawiona przez obu odwołujących na poparcie podniesionych w odwołaniu zarzutów skoncentrowana była na arytmetycznym porównaniu ceny najkorzystniejszej oferty z wartością szacunkową zamówienia oraz z cenami pozostałych ofert. W tym zakresie Izba ustaliła, że cena oferty złożonej odpowiednio przez przystępującego Tractebel i przystępującego ECM stanowi odpowiednio 38% i 48% wartości szacunkowej powiększonej o VAT (kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Fakt ten jednak sam w sobie nie stanowi wystarczającej przesłanki obligującej zamawiającego od żądania od obu wykonawców wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny. Dostrzeżenia wymagało również to, że dwaj wykonawcy wyceniający niezależnie od siebie wartość usługi oszacowali cenę ofertową na relatywnie zbliżonym poziomie, różniącym się o ok. 20%. Przystępujący Tractebel za wykonanie zamówienia zaoferował cenę na poziomie 3 297 999,00 zł, zaś

wykonawca konsorcjum ECM - na poziomie 4 177 080,00 zł. Należało wziąć pod uwagę również specyfikę usług, będących przedmiotem zamówienia, a mianowicie usług w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w procesie realizacji inwestycji. W tego rodzaju usługach zasadniczym czynnikiem cenotwórczym są koszty miękkie, tj. koszty wynagrodzenia specjalistów (koszty osobowe), które w przeciwieństwie do kosztów twardych (kosztów dostaw materiałów, sprzętu) cechują się znacznie większą elastycznością. Akceptowane i uzasadnione są w tego rodzaju usługach znaczniejsze rozbieżności cenowe. W tej sytuacji okoliczność, iż dwaj wykonawcy wycenili koszty tego rodzaju usług na zbliżonym poziomie powoduje, że brak jest podstaw do podejrzeń, iż ceny zostały skalkulowane w sposób nierzetelny.

Rozbieżność zaś pomiędzy cenami ofertowymi a kwotą, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia wynikała z tego, w jaki sposób zamawiający oszacował te koszty. Jak wynikało z protokołu szacowania oraz wyjaśnień zamawiającego złożonych w trakcie rozprawy, szacunku dokonano metodą szacunków eksperckich, a także z uwzględnieniem analiz i szacunków zawartych w karcie projektu oraz sytuacji rynkowej w chwili obecnej. Zamawiający wyjaśnił też, że brane były pod uwagę koszty usług eksperckich z segmentu droższego, tańszego i średniego i że wartość 8.610.000 zł jest wartością uśrednioną. Twierdzenia zamawiającego znalazły odbicie w zróżnicowanych cenach ofertowych, jakie wykonawcy zaoferowali zamawiającemu, które – jak wynika z zestawienia cen - obejmowały wynagrodzenia ekspertów z wszystkich segmentów.

Ponadto obaj odwołujący, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 90 ust. 1, nie wykazali w żaden sposób, że w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający powinien powziąć co najmniej wątpliwości, że cena zaoferowana przez przystępującego Tractebel czy również przystępującego ECM jest ceną nierealną, tj. ceną, za którą nie można wykonać zamówienia. Nie wykazali, że na rynku analogicznych usług w danym sektorze stawki zaproponowane przez wykonawców są niespotykane, czy też budzą wątpliwości. Nie wiadomo, jakie są stawki rynkowe usług w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera kontraktu przy inwestycji o porównywalnej wartości. Nie uznano za wiarygodny wydruk fragmentu ze strony internetowej hays.pl „raport placowy 2013 r. trendy na rynku pracy” złożonego w trakcie rozprawy przez odwołującego Energopomiar. Jak wynikało z ww. wydruku „dane do raportu płacowego zostały uzyskane na podstawie rekrutacji przeprowadzonych przez Hays Poland w 2012 r.” A zatem raport ten nie odzwierciedlał poziomu stawek wynagrodzenia niektórych specjalistów na rynku, a jedynie stawek, jakie uzyskane zostały w trakcie rekrutacji przez Hays Poland i to w 2012 r.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia obu ofert, podniesiony przez odwołującego Energopomiar należało ocenić jako chybiony.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „*Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień.* (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonso”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego ECM i Tractebel do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako chybione. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

5. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego Tractebel z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt VII. 2.1. SIWZ (KIO 2670/13)

Ustalono, że zgodnie z rozdziałem VII SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków), o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie, rozumiane jako należyte wykonanie co najmniej jednej usługi obejmującej pełnienie funkcji inżyniera kontraktu lub funkcji podobnej (np. inwestor zastępczy) w całym procesie realizacji inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego paliwem stałym o mocy co najmniej 50 MWe brutto w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności Wykonawcy jest krótszy - w tym okresie wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana należyście. Zamawiający wskazał ponadto, że usługa, o której

mowa powyżej będzie uznana za wykonaną, jeżeli przed upływem terminu składania ofert przedmiot zadania inwestycyjnego został przekazany do eksploatacji.

Na potwierdzenie spełniania warunku wykonawcy, zgodnie z rozdziałem VIII SIWZ, zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych usług potwierdzających spełnienie warunku - o którym mowa w Rozdziale VII w pkt 2.1), wg Załącznika nr 4 do SIWZ, obejmującego podanie:

- a) w kolumnie nr 1 - Kolejnej liczby porządkowej,
- b) w kolumnie nr 2 - Nazwy zamówienia i miejsca jego wykonania,
- c) w kolumnie nr 3 - Przedmiotu wykonanych usług [potwierdzającego spełnienie warunku udziału],
- d) w kolumnie nr 4 - Nazwy wykonawcy usługi,
- e) w kolumnie nr 5 - Rodzaju i mocy elektrycznej brutto bloku, rodzaju paliwa,
- f) w kolumnie nr 6 - Terminu [Rozpoczęcie realizacji zamówienia- miesiąc, rok; Zakończenia realizacji zamówienia- miesiąc, rok; Oddania do eksploatacji - miesiąc, rok],
- g) w kolumnie nr 7 - Klienta końcowego/inwestora [nazwa, adres, nr telefonu do kontaktu].

Zamawiający wskazał także, że żąda przedstawienia dokumentów wystawionych i podpisanych przez Klienta końcowego / inwestora, potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (listy referencyjne).

Przystępujący Tractebel złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych usług na potwierdzenie posiadanej wiedzy i doświadczenia wskazując 3 usługi:

- 1) Inżynier Kontraktu podczas realizacji zadania inwestycyjnego „Budowa Zielonego Bloku w Elektrowni Połaniec”, dla GDF Suez Energia Polska S.A.,
- 2) EPCM dla budowy bloku na parametry nadkrytyczne o mocy 800 MW w Wilhelmhaven dla GDF Suez Kraftwerk Wilhelmhaven GmbH&co.,
- 3) EPCM dla budowy bloku na parametry nadkrytyczne o mocy 800 MW w Rotterdamie, dla GDF Suez Energie Nederland.

Do wykazu załączono m.in. list referencyjny wystawiony na papierze oznaczonym logo „GDF Suez” z 16 października 2013 r. W treści listu referencyjnego nie wskazano, kto list podpisuje, ani w czyim imieniu go składa. List referencyjny został paraflowany w sposób nieczytelny przez nieustaloną osobę.

Wykaz usług złożony przez przystępującego Tractebel zamawiający uznał za niepotwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu i w dniu 29 października 2013 r. wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp. W odniesieniu do wykazu usług, zamawiający wskazał, że wykonawca dołączył do oferty wykaz, w którym w kolumnie nr 6 „termin” nie wpisano miesiąca, podając jedynie rok:

- dla poz. nr 1, kolumna: „oddania do eksploatacji (miesiąc/rok),
- dla poz. nr 2, kolumna: „zakończenia realizacji zamówienia (miesiąc/rok)” oraz „oddania do eksploatacji (miesiąc/rok)”,
- dla poz. nr 3, kolumna: „rozpoczęcia realizacji zamówienia (miesiąc/rok)”, „zakończenia realizacji zamówienia (miesiąc/rok)” oraz „oddania do eksploatacji (miesiąc/rok)”.

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o uzupełnienie wykazu usług w wymienionych kolumnach danych dotyczących miesiąca rozpoczęcia realizacji zamówienia, zakończenia realizacji zamówienia oraz oddania do eksploatacji.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca pismem z 4 listopada 2013 r. złożył uzupełniony wykaz usług, w którym uzupełnił żądane przez zamawiającego dane.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W ocenie Izby zarzuty dotyczące niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zasługują na uwzględnienie.

Nie było spornym pomiędzy stronami, że warunku udziału w postępowaniu nie potwierdzają usługi wymienione przez przystępującego Tractebel w wierszach 2 i 3 wykazu usług. Jak wynikało z oświadczenia złożonego przez przystępującego w piśmie z dnia 4 listopada 2013r., bloki energetyczne z pozycji 2 i 3 wykazu nie zostały jeszcze oddane do eksploatacji. Tymczasem, jak wynikało z Rozdziału VII. 2.1. wykazywana usługa mogła być uznana za potwierdzającą warunek, *jeżeli przed upływem terminu składania ofert przedmiot zadania inwestycyjnego został przekazany do eksploatacji*. Okoliczność ta została przyznana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast w odniesieniu do usługi opisanej w wierszu 1 wykazu przystępujący nie udowodnił w sposób określony w SIWZ, aby opisana przez niego w wykazie usługa została wykonana w sposób należyty.

Zarówno z brzmienia rozdziału VII.2.1. jak i VIII pkt 1.2 SIWZ wyraźnie wynikało, że wymagane było załączenie dowodów potwierdzających fakt należytego wykonania usług wymienionych w wykazie (listów referencyjnych). Zamawiający przesądził również w sposób jednoznaczny, że dokumenty referencyjne miały być *„wystawione i podpisane przez Klienta końcowego / inwestora”*. W ocenie Izby, dokumentu wystawionego na papierze oznaczonym logo „GDF Suez” z 16 października 2013 r. nie można było uznać za dowód, stanowiący potwierdzenie faktu należytego wykonania usługi, wystawiony i podpisany przez klienta końcowego/inwestora. Dokument ten nie zawierał podstawowych elementów, jakie w świetle

SIWZ miało cechować dokument referencyjny. Po pierwsze, jego treść nie pozwalała na identyfikację osoby, która podpisała ten dokument. List referencyjny został parafowany w sposób nieczytelny przez nieustaloną osobę, zaś w treści dokumentu nie wskazano, do kogo należy parafa. Co więcej, w treści listu referencyjnego nie wskazano również w którym imieniu jest składany. Za dokumencie znajdowało się jedynie logo GDF Suez, jednakże podmiotów należących do tej grupy jest więcej, co wynikało choćby z wykazu usług złożonego przez przystępującego. W wykazie tym figurowały choćby takie podmioty jak: GDF Suez Energia Polska S.A., GDF Suez Kraftwerk Wilhelmhaven GmbH&co., czy GDF Suez Energie Nederland. A zatem zamawiający nie był uprawniony w oparciu o tak lakoniczny dokument do ustalenia, że pochodzi on od klienta /inwestora końcowego i stanowi tym samym dowód należytego wykonania usługi wymienionej w wierszu 1 wykazu na rzecz GDF Suez Energia Polska S.A.

Z powyższych względów nie sposób zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego i przystępującego Tractebel, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ. Wobec powyższego Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że przystępujący Tractebel nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania zamówienia. Tym niemniej Izba uznała, że nakazanie wykluczenia przystępującego z postępowania byłoby przedwczesne. Wykluczenie to musi być bowiem poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie zmienia tego fakt, że przystępujący był już wzywany do przedłożenia dokumentów na tej podstawie, zakres wezwania był bowiem inny - zamawiający nie zakwestionował w nim niekompletności dokumentu referencyjnego. Nakazane przez Izbę wezwanie będzie więc pierwszym wezwaniem w tym zakresie i nie naruszy zasady jednokrotnego korzystania z procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

6. Zarzuty dotyczące niewykazania przez Przystępującego Tractebel spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia (sygn. akt KIO 2666/13 i KIO 2670/13)

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem VII SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków), w celu wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wymagane było wykazanie dysponowania następującymi osobami, posiadającymi określone przez Zamawiającego doświadczenie i kwalifikacje: Kierownik Projektu, Zastępca Kierownika Projektu, Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności konstrukcyjno-budowlanej,

Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności instalacyjnej, Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności instalacyjnej elektrycznej, Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności telekomunikacyjnej, Projektant o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Projektant o specjalności architektonicznej, Projektant o specjalności instalacyjnej, Projektant o specjalności elektrycznej, Projektant o specjalności AKPiA (Aparatura Kontrolno-Pomiarowa i Automatyki).

Na potwierdzenie spełniania warunku wykonawcy, zgodnie z rozdziałem VIII SIWZ, zobowiązani byli złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotu zamówienia, według załącznika nr 5 do SIWZ wraz z podaniem:

- w kolumnie nr 1 - funkcji,
- w kolumnie nr 2 - imienia i nazwiska
- w kolumnie nr 3 - wykształcenia
- w kolumnie nr 4 - posiadania uprawnień, zakresu i specjalności oraz numeru uprawnień (jeżeli dotyczy),
- w kolumnie nr 5 - opisu doświadczenia zawodowego w zakresie spełnienia wymagań określonych w sekcji III.2.3 pkt II Ogłoszenia o zamówieniu (SIWZ Rozdział VII pkt 2.2)
- w kolumnie 6 - znajomości języka angielskiego,
- w kolumnie nr 7 - podstawy dysponowania.

Wykaz osób złożony przez Przystępującego Zamawiający uznał za niepotwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu i w dniu 29 października 2013 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W odniesieniu do wykazu osób, Zamawiający wskazał, że wykonawca dołączył do oferty wykaz, w którym:

- w poz. Nr 4 brak wpisów w poszczególnych kolumnach dla wiersza dotyczącego inspektora nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej,
- w poz. Nr 11 brak wpisów w poszczególnych kolumnach dla wiersza dotyczącego inspektora nadzoru budowlanego o specjalności elektrycznej.

Ponadto Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnień dotyczących wykazu osób. Zamawiający wskazał na następujące wymagania wynikające z rozdziału VII pkt 2.2 SIWZ, dotyczące osób przewidzianych do wykonywania zamówienia:

lit. c) „Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności konstrukcyjno - budowlanej: ma aktualne uprawnienia do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, (...)”

- lit. e) "Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności instalacyjnej: ma aktualne uprawnienia budowlane do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiada co najmniej 4 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru w zakresie uprawnień wymienionych powyżej."
- lit. g) „Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności telekomunikacyjnej: ma aktualne uprawnienia budowlane do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń, posiada co najmniej 4 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru w zakresie uprawnień wymienionych powyżej."
- lit. h) „Projektant o specjalności konstrukcyjno-budowlanej: ma aktualne uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno -budowlanej bez ograniczeń, posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w projektowaniu w zakresie uprawnień wymienionych powyżej."
- lit. i) „Projektant o specjalności architektonicznej: ma aktualne uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w projektowaniu w zakresie uprawnień wymienionych powyżej."
- lit j) „Projektant o specjalności instalacyjnej: ma aktualne uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności sieci, instalacje i urządzenia ciepłe, gazowe, wodociągowe i kanalizacyjne, wentylacji i klimatyzacji bez ograniczeń, - posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w projektowaniu w zakresie uprawnień wymienionych powyżej."
- lit. l) „Projektant o specjalności AKPiA (Aparatura Kontrolno- Pomiarowa i Automatyka): - ma co najmniej 5 letnie doświadczenie w projektowaniu systemów AKPiA w energetyce zawodowej. (...)"

„Ponadto wszystkie osoby wymienione w pkt c) - l) powyżej muszą wykazać się posiadaniem doświadczenia w swoim obszarze kompetencji przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego paliwem stałym o mocy co najmniej 50 MWe brutto w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert."

Zamawiający wskazał, że Wykonawca dołączył do oferty wykaz, w którym:

- 1) dla inspektora nadzoru budowlanego o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, inspektora nadzoru budowlanego o specjalności instalacyjnej, inspektora nadzoru budowlanego o specjalności telekomunikacyjnej oraz projektanta o specjalności instalacyjnej wpisał zakresy uprawnień, które nie pokrywają się z wymaganiami SIWZ,
- 2) dla inspektora nadzoru budowlanego o specjalności instalacyjnej, inspektora nadzoru budowlanego o specjalności telekomunikacyjnej, projektanta o specjalności instalacyjnej, projektanta o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, projektanta o specjalności architektonicznej, projektanta o specjalności AKPiA, osoby posiadającej doświadczenie w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu kotła, osoby posiadającej doświadczenie w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu turbozespołu oraz osoby posiadającej doświadczenie w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń elektrycznych wpisał doświadczenie poszczególnych osób, które nie pokrywa się z wymaganiami SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy pismem z 4 listopada 2013 r. złożył uzupełniony wykaz osób oraz poinformował, że mianuje pana T. K. na stanowisko inspektora nadzoru budowlanego w specjalności architektonicznej, który posiada uprawnienia w specjalności architektonicznej bez ograniczeń.

W złożonym wykazie, w odniesieniu do następujących osób:

- 1) J. P. - Zastępca Kierownika Projektu,
- 2) J. K. - inspektor nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej,
- 3) J. B. - projektant o specjalności konstrukcyjno-budowlanej,
- 4) J. S.-B. - projektant o specjalności architektonicznej.
- 5) T. S. - projektant o specjalności instalacyjnej,
- 6) B. R. - projektant o specjalności elektrycznej,
- 7) M. K. - projektant o specjalności elektrycznej,
- 8) K. B. - projektant o specjalności AKPiA,
- 9) R. B. - osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji w zakresie nadzoru stosowania procedur zapewnienia jakości,
- 10) K. K. - osoba posiadająca doświadczenie w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń ciśnieniowych,

w kolumnie „Opis doświadczenia zawodowego (...)” Przystępujący przytoczył treść opisu warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby zarzuty dotyczące niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie zasługują na uwzględnienie. W odniesieniu do wskazanych wyżej osób Przystępujący nie wykazał, że spełniają one wymagania określone

w SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego. Przystępujący nie przedstawił bowiem informacji na temat tego doświadczenia, ograniczając się do przepisania do wykazu treści postanowień SIWZ.

Zarówno z brzmienia rozdziału VIII pkt 1.3 SIWZ, jak i z wzoru wykazu określonego w załączniku nr 5 do SIWZ wyraźnie wynika, że wymagane było przedstawienie opisu doświadczenia zawodowego poszczególnych osób. Przez opis doświadczenia należy rozumieć przedstawienie konkretnych informacji, pozwalających ocenić spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego. Przykładowo, jeśli Zamawiający wymagał w odniesieniu do Zastępcy Kierownika Projektu, aby posiadał doświadczenie w pełnieniu funkcji członka zespołu przy realizacji inwestycji lub w pełnieniu funkcji członka zespołu inżyniera kontraktu dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego paliwem stałym o mocy co najmniej 50 MWe brutto w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat, to w kolumnie dotyczącej doświadczenia zawodowego należało wskazać inwestycję, przy której nabyte zostało doświadczenie, ze wskazaniem jej cech istotnych z punktu widzenia oceny spełniania wymagań, takich jak moc wykonanego bloku energetycznego czy data oddania go do eksploatacji. Natomiast przepisanie postanowienia SIWZ nie może być uznane za opis doświadczenia i nie pozwala stwierdzić, czy doświadczenie zawodowe poszczególnych osób jest rzeczywiście zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego.

Z powyższych względów nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że z uwagi na nieokreślenie w SIWZ wymogów odnośnie sposobu uzupełnienia wykazu, zasadne było przyjęcie, że osoby ujęte w wykazie posiadają doświadczenie wymagane postanowieniami SIWZ, bez względu na stopień szczegółowości podanych informacji. W ocenie Izby stopień szczegółowości informacji wyznaczony został opisem wymagań, należało więc podać wszystkie istotne z tego punktu widzenia informacje. Przepisanie postanowień specyfikacji nie stanowi w istocie żadnych informacji mogących podlegać weryfikacji, a taki sposób wypełnienia wykazu jest równoważny ze złożeniem oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający nie ograniczył się do żądania takiego doświadczenia, ale oczekiwał podania opisu doświadczenia zawodowego, który ze swej istoty powinien zawierać informacje o konkretnych elementach tego doświadczenia.

Wobec powyższego Izba podzieliła stanowisko Odwołujących, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Tym niemniej Izba uznała, że nakazanie wykluczenia Przystępującego z postępowania byłoby przedwczesne. Wykluczenie to musi być bowiem poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp. Nie zmienia tego fakt, że Przystępujący był już wzywany do przedłożenia dokumentów na tej podstawie, zakres wezwania był bowiem inny - Zamawiający nie zakwestionował w nim sposobu dokonania opisu doświadczenia zawodowego poszczególnych osób (a właściwie braku tego opisu). Nakazane przez Izbę wezwanie będzie więc pierwszym wezwaniem w tym zakresie i nie naruszy zasady jednokrotnego korzystania z procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Postępowanie dowodowe wykazało, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego Tractebel z postępowania ze względu na podanie nieprawdziwych informacji dotyczących zakresu uprawnień pana T. K. .

Przystępujący wskazał do pełnienia funkcji inspektora nadzoru budowlanego w specjalności architektonicznej dwie osoby: pana T. K. oraz pana J. K., natomiast dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagane było dysponowanie jedną osobą, która będzie wykonywać tę funkcję. Jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, pan T. K. nie został uwzględniony w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał bowiem, że wymagane warunki spełnia druga ze wskazanych osób - pan J. K. . Wobec powyższego zakres uprawnień posiadanych przez pana T. K. był obojętny z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a informacje przedstawione w tym zakresie nie miały przełożenia na wynik tej oceny. Brak było zatem podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący nieprawidłowego wykazania dysponowania osobą przewidzianą do funkcji projektanta o specjalności elektrycznej, do której to funkcji Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił pana M. K. . Odwołujący Energopomiar Sp. z o.o. wywodził nieprawidłowość złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy tę osobę (nieczytelny podpis osoby, która podpisała zobowiązanie podmiotu trzeciego), jednakże postępowanie dowodowe wykazało, że kwestia ta nie miała wpływu na wynik oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący bowiem wskazał dwie osoby na to stanowisko (przy wymaganiu dysponowania jedną osobą), tj. pana B. R. oraz pana M. K., a Zamawiający, oceniając dokumenty „podmiotowe” uznał, że pierwsza z tych osób spełnia wymagania określone w SIWZ. Pan M. K. nie był osobą uwzględnioną przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji prawidłowość udostępnienia tej osoby przez podmiot trzeci nie ma znaczenia dla wyników tej oceny, nie może więc stanowić

okoliczności uzasadniającej uwzględnienie przedmiotowego zarzutu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Mając na uwadze poczynione rozważania, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....