

Sygn. akt: KIO 804/13

Sygn. akt: KIO 808/13

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Marek Szafraniec
Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2013 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 kwietnia 2013 roku przez wykonawcę: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa** (sprawa o sygn. akt KIO 804/13),
- B. w dniu 8 kwietnia 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa oraz Parsons Brinckerhoff Ltd., Amber Court William Armstrong Drive, Newcastle Tyne NE4 7 YQ** (sprawa o sygn. akt KIO 808/13)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice,**
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 804/13 po stronie zamawiającego
oraz
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa oraz Parsons Brinckerhoff Ltd., Amber Court William Armstrong Drive, Newcastle Tyne NE4 7 YQ,**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 804/13 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy: **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice**
oraz
wykonawcy: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa,**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 808/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględni oba odwołania i nakazuje zamawiającemu: ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice w tym odrzucenie oferty wykonawcy: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** oraz **Parsons Brinckerhoff Ltd., Amber Court William Armstrong Drive, Newcastle Tyne NE4 7 YQ** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice** kwotę **33 600,00 zł** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), w tym:
 - A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** oraz **Parsons Brinckerhoff Ltd., Amber Court William Armstrong Drive, Newcastle Tyne NE4 7 YQ** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – sektorowego, prowadzonym przez ENEA Wytwarzanie S.A. (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn. „Budowa bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy netto: minimum 900 MWe, maksimum 1000 MWe w ENEA Wytwarzanie S.A.”” wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. (dalej „ILF”) – sprawa o sygn. akt KIO 804/13 oraz konsorcjum w składzie: Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o. oraz Parsons Brickerhoff Limited (dalej konsorcjum Parsons) – sprawa o sygn. akt KIO 808/13 złożyli odwołania.

Sprawa o sygn. akt KIO 804/13.

ILF złożył odwołanie wobec wyboru oferty wykonawcy - Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki Energopomiar Sp. z o.o. w Gliwicach (dalej „Energopomiar”), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Energopomiar w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i przyjęcie, że oferta Energopomiar nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Energopomiar, mimo że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę, a złożone przez Energopomiar wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ten fakt potwierdziły,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Energopomiar, mimo że oferta złożona przez tego wykonawcę nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
4. art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych w części wyjaśnień spółki Energopomiar składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (*Kalkulacji Ceny Oferty* stanowiącej załącznik nr 1 do pisma Energopomiar z dnia 27 sierpnia 2012 r.) i w konsekwencji naruszenie zasady jawności i bezzasadne ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, mimo że wykonawca ten nie wykazał, aby zastrzeżone przez niego informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa,

5. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Energopomiar z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących:
- dysponowania osobą posiadającą kwalifikacje do pełnienia funkcji „Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej”,
 - dysponowania osobą posiadającą kwalifikacje do pełnienia funkcji „Projektant o specjalności AKPiA” oraz
 - sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

ILF wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty spółki Energopomiar jako oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia Energopomiar z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty ILF jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego złożenie przez Energopomiar oferty zawierającej rażąco niską cenę ILF podał, że dokonując oceny tej oferty zamawiający powziął wątpliwość co do wysokości zaoferowanej ceny i w konsekwencji pismem z dnia 21 sierpnia 2012 r. wezwał Energopomiar do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2012 r., Energopomiar udzielił wyjaśnień stwierdzając, że „cena ofertowa skalkulowana została dla całego zakresu rzeczowego, obejmuje również zysk, a zatem nie jest rażąco niska”.

ILF wskazał, że konstrukcja art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zakłada istnienie domniemania prawnego wzruszalnego, w konsekwencji czego wykonawcy zmuszeni są do jego obalenia, poprzez przedstawienie stosownych dowodów (właściwie: „przeciw dowodów”), potwierdzających że zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale że ze względu na obiektywne czynniki (opisane przykładowo w ustępie 2 artykułu 90 ustawy Pzp), są w stanie wykonać cały zakres zamówienia za zaoferowaną cenę z określonym zyskiem. Dodał, że zakres środków dowodowych pozostawiony jest inwencji wykonawcy, jednak przyjmuje się, że zamawiający mają prawo oczekiwać przedłożenia stosownej kalkulacji.

ILF podał także, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień do trzech podmiotów:

KIO 804/13
KIO 808/13

1. Energopomiar, oferującego cenę w wysokości 14 144 926,20 zł brutto, co stanowi około 34% szacunkowej wartości zamówienia,
2. konsorcjum firm: ECM Group Polska S.A. i Zakłady Budownictwa Mostowego-Inwestor Zastępczy S.A. (dalej „konsorcjum ECM” albo „ECM”), oferującego cenę w wysokości 14 723 100,00 zł brutto, co stanowi około 36% szacunkowej wartości zamówienia,
3. ILF, oferującego cenę w wysokości 31 128 840,00 zł brutto, co stanowi około 76% szacunkowej wartości zamówienia.

Stwierdził, że zamawiający skierował wezwanie do wszystkich wykonawców, których ceny ofertowe nie przekroczyły wartości jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynoszącej pierwotnie 40 590 000,00 zł brutto.

Dodatkowo ILF podał, że w postępowaniu oferty złożyły następujące podmioty, których ceny ofertowe przekroczyły budżet zamawiającego:

1. URS Polska Sp. z o.o. oferujący cenę w wysokości 44 870 400,00 zł brutto,
2. konsorcjum Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Parsons Brinckerhoff Limited z siedzibą w Newcastle (dalej „konsorcjum Parsons” albo „Parsons”) oferujące cenę w wysokości 47 581 320,00 zł brutto,
3. SGS Polska Sp. z o.o. oferujący cenę w wysokości 48 890 040,00 zł brutto.

Na tej podstawie ILF stwierdził, że dwóch wykonawców, tj. Energopomiar oraz konsorcjum ECM zaferowało ceny w istotny sposób odbiegające od pozostałych ofert, w tym ILF.

Zaakcentował fakt, że konsorcjum ECM, po pierwotnej próbie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę, ostatecznie wycofało się z udziału w postępowaniu wskazując na „błąd w obliczeniu ceny ofertowej” (pismo konsorcjum ECM dnia 16 października 2012 r.).

Dodatkowo podniósł, biorąc pod uwagę późniejsze zwiększenie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz wybór oferty konsorcjum Parsons, że cena zaferowana przez Energopomiar tym bardziej jest ceną odbiegającą od cen pozostałych ofert, gdyż stanowi jedynie 29% ceny oferty wybranej jako najkorzystniejszej.

Zdaniem ILF oferta Energopomiar zawiera cenę spekulacyjną, a wyjaśnienia wykonawcy jedynie to potwierdzają zamiast udowadniać tezę przeciwną, co w konsekwencji zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty Energopomiar niesie za sobą ryzyko nienależytego i niestaranego wykonywania profesjonalnych czynności w toku nadzoru nad zaprojektowaniem i wykonaniem skomplikowanego i czasochłonnego przedsięwzięcia, jakim jest budowa bloku energetycznego w Koziencicach - aktualnie jednego z największych tego typu przedsięwzięć w Europie.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Energopomiar w piśmie z dnia

27 sierpnia 2012 r., ILF ocenił, że wyjaśnienia Energopomiar uznać należy za ogólnikowe, nieodnoszące się niemalże w żadnym zakresie konkretnie do przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

ILF podniósł, że Energopomiar wskazał głównie na te elementy szacowania ceny (jak doświadczenie, dobrze zarządzany zespół ludzi czy objęcie kalkulacją pełnego zakresu przedmiotu umowy), które są przecież właściwe dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w konsekwencji nie sposób uznać ich za takie, które są właściwe tylko dla Energopomiar i które mogą tłumaczyć olbrzymią różnicę cen pomiędzy ceną wskazaną w ofercie Energopomiar a pozostałymi cenami ofertowymi i szacunkową wartością zamówienia, skalkulowaną przez zamawiającego. Podkreślił, że Energopomiar nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

Odnosząc się do poszczególnych twierdzeń i argumentów Energopomiar zawartych w ww. wyjaśnieniach ILF podniósł, że:

1. skalkulowanie ceny w taki sposób, że kalkulacja „obejmuje również zysk”, nie jest – wbrew twierdzeniom zawartym w wyjaśnieniach – wystarczającą podstawą do uznania, że cena nie jest rażąco niska; jeżeli bowiem z założenia te oszacowania ceny są błędne i zaniżone, to wykazanie w kalkulacji „zysku” nie przesądza o tym, że cena nie jest rażąco niska; przywołanie argumentu, że przy oszacowaniu wartości oferty wykonawca brał pod uwagę opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy, zawarty w SIWZ nie jest, w kontekście celu złożenia wyjaśnień, w żadnej mierze wystarczające, ponieważ są to założenia oczywiste i w żaden sposób nie wskazujące na możliwość wystąpienia okoliczności pozwalających na tak nadzwyczaj niskie skalkulowanie ceny ofertowej,
2. w zakresie wyjaśnień co do wyjątkowo sprzyjających warunków w spółce Energopomiar związanych z personelem Inżyniera Kontraktu (akapit 1 punktu 1 wyjaśnień): wszystkie przywołane w tym punkcie okoliczności i argumenty, poza przypadkiem przywołanym w lit. e), mają charakter ogólnikowy i właściwy dla większości, jeżeli nie wszystkich wykonawców działających w branży doradztwa inżynierskiego, zaś okoliczności wskazane w pkt. 1 lit e) wyjaśnień, tj. wskazanie, że wykonawca posiada już obecnie na „terenie Elektrociepłowni Kozienice” personel, który będzie mógł zostać wykorzystany przy realizacji także nowego zamówienia jest niekonkretny i wbrew intencji wykonawcy nie przemawia na jego korzyść; skoro bowiem osoby te wykonują na terenie Elektrociepłowni Kozienice inne usługi, to ich „wykorzystywanie” przy nowym zamówieniu jest iluzoryczne, tym bardziej, że – jak sugeruje wykonawca – jego zespół zorganizowany jest w taki sposób, aby odpowiednie osoby wykonywały usługi w takim zakresie, w jakim jest to optymalne ze względu na przedmiot zamówienia,

3. przywołanie ogólnikowego stwierdzenia, że kryzys gospodarczy spowodował „zmniejszenie wymagań płacowych specjalistów świadczących usługi w sektorze budowlanym, komunalnym i elektroenergetycznym” (akapit 2 punktu 1 wyjaśnień) nie jest poparte żadnymi wyjaśnieniami co do zakresu zmiany tych wymagań, a także ich konkretnego wpływu na realizację przedmiotowego zamówienia; stwierdzenie to jest także sprzeczne z innymi wyjaśnieniami wykonawcy, w których wskazuje on na zatrudnienie osób od wielu lat współpracujących z firmą, a wobec tego zmniejszenie oczekiwań płacowych – jak należy uznać nowozatrudnianych pracowników na rynku, jest bez znaczenia dla kalkulacji ceny; także ten argument nie jest w żadnym zakresie „właściwy” tylko dla sytuacji wykonawcy i dotyczy całej branży i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia,
4. w zakresie wymagań odnośnie personelu, wziętych pod uwagę przy kalkulacji ceny (akapit 3 punktu 1 wyjaśnień): także one są na tyle ogólne, że w żaden sposób nie mogą być uznane za potwierdzające brak rażąco niskiej ceny,
5. co do niskich kosztów ubezpieczenia jako uzasadnienia niskiej ceny ofertowej (punkt 2 wyjaśnień): Energopomiar w żaden sposób nie wykazał, aby opłacana przez niego składka w znaczący sposób odbiegała od stawek dostępnych na rynku dla innych wykonawców; wątpliwym jest także, aby ewentualna różnica w stawce ubezpieczeniowej w ogólnym rozrachunku mogła w znaczący sposób wpłynąć na zmniejszenie ceny ofertowej Energopomiar, tym bardziej że wykonawca nie ma gwarancji utrzymania stawki przez cały okres realizacji zamówienia,
6. co do kosztów pozyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy jako uzasadnienia niskiej ceny ofertowej (punkt 3 wyjaśnień): analogicznie jak w punkcie drugim - wykonawca nie wykazał, aby koszty pozyskania przez niego zabezpieczenia były w znaczący sposób odmienne od dostępnych na rynku dla pozostałych wykonawców,
7. co do kosztów biura, transportu i łączności (punkt 4 wyjaśnień): istniejące obok (nie na terenie przyszłej budowy) biuro Energopomiar zostało przecież urządzone na potrzeby innego zamówienia i trudno zakładać, a już na pewno nie zostało to wykazane przez wykonawcę, aby bez znaczących, dodatkowych kosztów można byłoby je w łatwy sposób zaadoptować na potrzeby nowego zamówienia; co do przywołanej okoliczności posiadania przez wykonawcę własnego zespołu kontenerów - wykonawca w żaden sposób nie wykazał, aby kontenery te były dostępne w chwili realizacji umowy, co może budzić wątpliwości w kontekście wielości realizowanych aktualnie przez tego wykonawcę projektów w całej Polsce (zgodnie z wykazem na str. 4-5 wyjaśnień); w związku z tym także te twierdzenia ILF uznał za ogólnikowe i całkowicie gołosłowne; Energopomiar nie uwzględnił także okoliczności, że ze

względu na miejsce jego siedziby - Gliwice (około 300 km od terenu budowy) zorganizowanie zespołu Inżyniera, w tym konieczność zapewnienia odpowiedniego zakwaterowania jest wręcz co do zasady bardziej kosztowne w porównaniu ze standardowymi kosztami,

8. odnośnie do przyjęcia niskiego zysku i niskiej rezerwy na ryzyka jako mogących wpłynąć na realizację zamówienia (punkt 3 wyjaśnień): ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy i skalę inwestycji (jedna z największych inwestycji w Europie), która może wpłynąć na terminy realizacji zamówienia, przyjęcie założenia niskich ryzyk nie jest uzasadnione, a przyjęcie zysku z okresu kryzysu na cały sześcioletni okres realizacji zamówienia również budzi poważne wątpliwości,
9. co do okoliczności, wskazujących na oszczędność metody wykonania zamówienia (str. 4-5 wyjaśnień): okoliczność, iż wykonawca posiada wieloletnie doświadczenie we wspieraniu inwestycji jako Inżynier Kontraktu, co pozwoliło na „wypracowanie procedur wewnętrznych i metod wykonywania zamówienia, pozwalających oszacować koszty w sposób precyzyjny” nie może być uznana za trafioną, bowiem spośród wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu większość posiada podobne lub większe doświadczenie; jak wynika z przedłożonego przez Energopomiar wykazu projektów, wiele z nich jest dopiero w trakcie realizacji, co wpływa na ograniczenie możliwości wykorzystania personelu i doświadczeń z tych projektów i bynajmniej nie umożliwia racjonalnego zmniejszenia cen ofertowych, a ponadto przed ich ukończeniem trudno prorokować, czy przyjęte przez wykonawcę metody wykonywania się sprawdzą i czy koszty zostały oszacowane prawidłowo,
10. co do „innych sprzyjających warunków wykonania zamówienia” (str. 5-6 wyjaśnień): okoliczność dostępności dużej liczby specjalistów z różnych dziedzin, stałej współpracy z wieloma firmami, dysponowania sprzętem z innych wykonanych prac, czy wieloletnia obecność na rynku Inżyniera Kontraktu w żaden sposób nie mogą być uznane za niespotykane na rynku, a wykonawca nie wykazał, w jaki konkretnie sposób okoliczności te wpływają na zmniejszenie kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia w aktualnej i prognozowanej przyszłości; okres realizacji zamówienia to 6 lat, a więc przywołane okoliczności mogą ulec zmianie, co również należy uwzględnić w szacunkach cenowych.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenie zasady jawności postępowania ILF podał, że Energopomiar zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokument pod nazwą *Kalkulacja Ceny Oferty*, stanowiący załącznik nr 1 do pisma z dnia 27 sierpnia 2012 r., zaś zamawiający, opierając się na wyjaśnieniach Energopomiar zawartych w ww. piśmie, uznał informacje zawarte w tej *Kalkulacji* za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji za niepodlegające ujawnieniu zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

ILF wskazał, że z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że 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 – warunkiem koniecznym uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest więc wykazanie, że dany przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności. Zdaniem ILF Energopomiar w żadnym zakresie nie wykazał w swoim piśmie, aby w odniesieniu do danych dotyczących struktury zatrudnienia, wynagrodzenia personelu czy też kosztów swojej działalności podjął jakiegokolwiek działania „w celu zachowania ich poufności”.

ILF doszedł do wniosku, że zamawiający – w świetle dokumentów znajdujących się w aktach postępowania – nie miał możliwości zweryfikowania prawidłowości zastrzeżenia Energopomiar co do poufności tych informacji, a wobec tego nie miał podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dodatkowo ILF wskazał, że zgodnie z ugruntowanym w doktrynie zamówień publicznych poglądem, zamawiający nie jest związany zastrzeżeniem dokonany przez wykonawcę i winien samodzielnie ocenić działania wykonawców w przedmiocie zastrzegania poufności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego braku wykazania przez Energopomiar spełnienia warunków udziału w postępowaniu ILF podał:

w zakresie dysponowania osobą posiadającą kwalifikacje do pełnienia funkcji „Inspektor nadzoru budowlanego w specjalności architektonicznej”

- zgodnie z przepisem art. 12 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane wykonywanie nadzoru inwestorskiego, który ma być wykonywany w ramach pełnienia funkcji „Inspektora nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej”, wskazanego w pkt. 5.1.4.2. d) części I SIWZ, wymaga uzyskania stosownych uprawnień określonych w art. 14 ust. 3 pkt 3 ustawy Prawo budowlane,
- jednocześnie, zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 3) ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, osoby posiadające takie uprawnienia winny być zrzeszone w Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa (PIIB); zrzeszenie we właściwej izbie zawodowej, jak wprost wynika z art. 6 ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, jest warunkiem bezwzględny prawa do wykonywania samodzielnych funkcji zawodowych

w danym zakresie, co wiąże się m.in. z obowiązkiem dysponowania odpowiednim ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej w związku z wykonywaniem zawodu – tym samym, dla posiadania aktualnych uprawnień pozwalających na pełnienie funkcji Inspektora nadzoru, niewystarczająca jest przynależność do Izby Architektów RP,

- osoba wskazana w ofercie Energopomiar do pełnienia funkcji „Inspektora nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej” - pani M..... S....., zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie PIIB: <http://www.piib.org.pl/lista-czsonkopmenu-45>, nie jest członkiem żadnej z izb inżynierów budownictwa, wobec czego nie spełnia wymogów określonych w SIWZ w tym zakresie; niewystarczająca jest przynależność do Izby Architektów RP, natomiast z powodu braku przynależności do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa (PIIB) i posiadania odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z wykonywanym zawodem w dniu składania ofert, wskazana osoba nie mogła być dedykowana do pełnienia odnośnej funkcji w ramach przedmiotowego zamówienia,
- naruszono pkt 6.7.2 b) SIWZ w związku z pkt. 5.1.4.2. d) SIWZ wobec braku posiadania aktualnych uprawnień zawodowych wymaganych dla pełnienia funkcji „Inspektora nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej”,
- wobec uprzedniego wzywania Energopomiar (pismo z dnia 11 marca 2013 r.) do uzupełnienia dokumentów w zakresie *Wykazu Osób* w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w części dotyczącej dysponowania osobą kierowaną na ww. stanowisko oraz uzupełnieniem w tej części tego Wykazu przez Energopomiar (pismo z dnia 15 marca 2013 r.) brak jest możliwości uzupełnienia oferty w tym zakresie, co oznacza, że Energopomiar podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

w zakresie dysponowania osobą posiadającą kwalifikacje do pełnienia funkcji „Projektanta o specjalności AKPiA”

- zgodnie z pkt. 5.1.4.2 n) części I SIWZ osoba wyznaczona do pełnienia funkcji „Projektanta o specjalności AKPiA” winna legitymować się co najmniej 5-letnim doświadczeniem w projektowaniu systemów AKPiA w energetyce zawodowej; w celu wykazania spełnienia tego wymogu wykonawca zobowiązany był - zgodnie z sekcją III.2.3 pkt 2) ogłoszenia o zamówieniu oraz punktem 6.7.2. części I SIWZ do przedstawienia opisu doświadczenia zawodowego w zakresie spełnienia wymagań określonych w pkt 5.1.4.2 Części I SIWZ; zgodnie z powyższymi postanowieniami ogłoszenia oraz SIWZ opis doświadczenia musi zawierać informacje pozwalające na potwierdzenie spełnienia warunków stawianych osobom proponowanym na poszczególne stanowiska,
- *Wykaz Osób* przedłożony przez Energopomiar nie pozwala w żaden sposób na potwierdzenie, czy pani B..... S....., proponowana do pełnienia funkcji „Projektanta o specjalności AKPiA”, posiada wymagane doświadczenie zawodowe,

ponieważ Energopomiar w opisie doświadczenia tej osoby ograniczył się jedynie do przepisania warunku postawionego przez zamawiającego i stwierdzenia, że osoba ta „posiada ponad 5 letnie doświadczenie w projektowaniu systemów AKPiA w energetyce zawodowej”,

- zastosowane przez Energopomiar podejście uniemożliwia weryfikację oświadczeń co do doświadczenia zawodowego osoby zgłoszonej do pełnienia funkcji „Projektanta o specjalności AKPiA” i nie może być uznane za spełnienie wymogów SIWZ w zakresie „opisu doświadczenia zawierającego informacje pozwalające na potwierdzenie spełniania warunków stawianych osobom proponowanym na poszczególne stanowiska”,
- naruszono pkt 6.7.2 c) i d) SIWZ w związku z pkt. 5.1.4.2. n) SIWZ wobec braku posiadania doświadczenia odpowiadającego wymaganiom określonym dla pełnienia funkcji „Projektanta o specjalności AKPiA”;
- wobec uprzedniego wzywania Energopomiar (pismo z dnia 11 marca 2013 r.) do uzupełnienia dokumentów w zakresie *Wykazu Osób* w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w części dotyczącej dysponowania osobą kierowaną na ww. stanowisko oraz uzupełnieniem w tej części tego *Wykazu* przez Energopomiar (pismo z dnia 15 marca 2013 r.) brak jest możliwości uzupełnienia oferty w tym zakresie, co oznacza, że Energopomiar podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,

w zakresie wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy

- zgodnie z punktem 5.1.3.2. SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców wykazania posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC) w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą 15 mln zł (piętnaście milionów złotych) od jednego i wszystkich zdarzeń;
- na potwierdzenie spełniania tego warunku Energopomiar przedstawił polisę wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo-Hestia S.A. z sumą ubezpieczenia na kwotę 5 mln euro z szeregiem klauzul dodatkowych z wyszczególnionymi sublimitami w wysokości znacznie poniżej wymaganej przez zamawiającego sumy gwarancyjnej; polisa przewiduje też ograniczenie do kwoty 2 mln zł klauzuli Czystych Strat Finansowych;
- oznacza to *de facto*, że ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności Energopomiar nie obejmuje pełnego zakresu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności w wysokości sumy gwarancyjnej wymaganej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu;
- dodatkowo: dokumenty dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej Energopomiar zawarte na str. 45-51 oferty zostały potwierdzone „za zgodność z oryginałem” przez radcę prawnego K..... F..... z datą „04-04-2012”, a osoba ta, jak wynika z pełnomocnictwa

zamieszczonego na str. 25 oferty, dysponuje umocowaniem do poświadczania „za zgodność z oryginałem” dokumentów tego wykonawcy dopiero od dnia 16 sierpnia 2012 r.; z dokumentu tego nie wynika też, by czynności dokonane przez panią K..... F..... przed datą wystawienia pełnomocnictwa, zostały tym pełnomocnictwem potwierdzone; w świetle dostępnych dokumentów zamawiający nie miał podstaw do uznania prawidłowości dokonanego poświadczania, a tym samym zachowania wymogów co do formy składanych w postępowaniu dokumentów.

Sprawa o sygn. akt KIO 808/13.

Konsorcjum Parsons wniosło odwołanie wobec:

1. wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Energopomiar,
2. zaniechania wykluczenia Energopomiar z uwagi na niespełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu,
3. zaniechania odrzucenia oferty Energopomiar z uwagi na okoliczność, iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy ILF z uwagi na niespełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który podlega wykluczeniu w związku z niewykazaniem przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny i uznanie za najkorzystniejszą oferty, która jest niezgodna z ustawą, gdyż została złożona przez wykonawcę Energopomiar podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również dokonanie oceny oferty wykonawcy ILF, który z uwagi na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien był zostać wykluczony z postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Energopomiar pomimo tego, że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ILF z postępowania z uwagi na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia na tej podstawie jego oferty.

Konsorcjum Parsons wniosło o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 29 marca 2013 r. dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Energopomiar z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
4. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy ILF z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
5. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania, w części dotyczącej zarzutów wobec Energopomiar, konsorcjum Parsons podało, że zamawiający:

- w punkcie III.2.3) Ogłoszenia (uwzględniającym zmianę z 21 lipca 2012 r. - dodatkowa informacja opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 139-231438) określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia – zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali iż, „(...) wykonali należycie co najmniej jedną usługę obejmującą pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w całym zakresie realizacji inwestycji, polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym lub brunatnym o mocy co najmniej 400 MWe (w tym: kotła lub turbiny) w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności Wykonawcy jest krótszy, to w tym okresie”,
- w celu wykazania wymaganego doświadczenia Energopomiar w przedłożonej ofercie (str. 63-65) wskazał, iż wykonał usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego „Budowa bloku energetycznego o mocy 460 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Łagisza” z prototypowym kotłem fluidalnym – usługa była świadczona na rzecz Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach (dawniej: Południowy Koncern Energetyczny S.A.) w okresie od grudnia 2006 do grudnia 2009 roku,

Zdaniem konsorcjum Parsons wykazane przez Energopomiar doświadczenie nie spełnia wymagań ustalonych w punkcie III.2.3 Ogłoszenia, ponieważ w treści Ogłoszenia zamawiający w sposób precyzyjny ustalił, iż usługa obejmująca pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu powinna odnosić się do całego zakresu realizacji inwestycji, gdy tymczasem, jak wskazują na to okoliczności faktyczne realizacji przywołanej przez Energopomiar inwestycji, wykonawca ten nie brał udziału w całym zakresie jej realizacji - obecność Energopomiar jako

Inżyniera Kontraktu na budowie Elektrowni w Łagiszy rozpoczęła się w drugim roku budowy bloku energetycznego, co zdaniem konsorcjum Parsons oznacza, że nie obejmowała całego zakresu realizacji inwestycji.

Konsorcjum Parsons podało także, że:

- budowa bloku energetycznego w Elektrowni Łagisza rozpoczęła się w styczniu 2006 roku (data rozpoczęcia inwestycji), co oznacza to, że od stycznia do 15 grudnia 2006 r. (moment podpisania umowy z Energopomiar w przedmiocie świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu) przy realizacji inwestycji nie było jakiegokolwiek podmiotu pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu;
- Podczas nieobecności Inżyniera Kontraktu – Energopomiar, na budowie zostały wykonane prace projektowe oraz m.in. następujące prace budowlane: prace ziemne w zakresie maszynowni i kotłowni oraz innych części bloku, fundament pod kotłownią, konstrukcję nośną kotła, rozpoczęto zbrojenie fundamentu pod maszynownią, rozpoczęto montaż przykotłowych zbiorników: węgla, sorbentu, popiołu recykulowanego i dennego, rozpoczęto także: produkcję elementów ciśnieniowych kotła, budowę chłodni kominowej, produkcję turbiny parowej.

Konsorcjum Parsons podkreśliło, że Energopomiar nie wykazał się żadnym innym doświadczeniem, o którym mowa w punkcie III.2.3 Ogłoszenia. Skoro – zdaniem konsorcjum Parsons – Energopomiar nie dysponuje inną wiedzą i doświadczeniem niż zdobyta przy świadczeniu usługi Inżyniera Kontraktu przy budowie bloku energetycznego w Elektrowni Łagisza, to uznać należy, że Energopomiar nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – Energopomiar powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona.

Konsorcjum Parsons podniosło, iż w *Wykazie osób* złożonym przez Energopomiar w kilku przypadkach doszło do fikcyjnego wykazania się potencjałem kadrowym – dotyczy to: M..... S....., A..... K....., J..... D....., M..... L....., R..... J....., B..... S....., ponieważ osoby te zostały udostępnione Energopomiar przez podmiot trzeci – Energoprojekt Warszawa S.A. Podmiot ten zaś wchodzi w skład konsorcjum wspólnie z Energoprojekt Katowice S.A. (lider konsorcjum) oraz Centrum Projektowym Polimex-Mostostal Sp. z o.o. (członek konsorcjum). Za istotną okoliczność konsorcjum Parsons uznało to, że pomiędzy Konsorcjum Energoprojekt a generalnym wykonawcą budowy bloku energetycznego w Kozienicach (jednym z konsorcjantów - Polimex-Mostostal S.A.) została zawarta umowa na prace projektowe przy wskazanej inwestycji, co wskazuje wprost na istnienie konfliktu interesów, a dodatkowo stanowi naruszenie zapisów wzoru umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą wybranym w przedmiotowym postępowaniu.

Konsorcjum Parsons przywołało następujące postanowienia wzoru umowy (część III SIWZ):

- „Inżynier Kontraktu użyje najlepszej wiedzy i umiejętności oraz dochowa należytej dla profesjonalisty staranności dla wypełnienia swoich obowiązków przewidzianych niniejszą Umową i gwarantuje podejmowanie takich działań, które nie zakłócą terminowego wykonania prac przez Realizatora [czyli wykonawcę Bloku - konsorcjum spółek w składzie Hitachi Power Europę oraz Polimex-Mostostal S.A.], w sposób zabezpieczający interesy Zamawiającego oraz zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami prawa” (artykuł 3.1 wzoru umowy),
- „Inżynier Kontraktu przed rozpoczęciem świadczenia Usług jest zobowiązany przekazać Zamawiającemu oświadczenie, że nie pozostaje z Realizatorem w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który mógłby budzić wątpliwości co do bezstronności Inżyniera Kontraktu lub który uniemożliwiłaby należytą ochronę interesów Zamawiającego, bądź prowadziłyby do konfliktu interesów z interesami Zamawiającego. W przypadku zaistnienia takiego stosunku prawnego lub faktycznego w okresie obowiązywania Umowy, Wykonawca jest zobowiązany powiadomić niezwłocznie Zamawiającego o zaistnieniu takiego faktu. Niedopełnienie przez Wykonawcę tego obowiązku jest traktowane jako rażące naruszenie postanowień Umowy uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od Umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym i uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy w wysokości 10% Wynagrodzenia Umownego” (artykuł 3.7 wzoru umowy),
- „Pracownicy Inżyniera Kontraktu oraz Podwykonawcy, przed rozpoczęciem świadczenia Usług objętych Umową złożą oświadczenie, że w okresie ostatniego roku nie pozostawały w stosunku pracy lub stosunku wynikającym z umowy cywilnoprawnej z Realizatorem i nie nawiążą takich stosunków z Realizatorem podczas świadczenia Usług objętych Umową. Oświadczenia te zostaną przekazane Zamawiającemu” (artykuł 3.8 wzoru umowy).

Na tej podstawie konsorcjum Parsons uznało, że wymienione osoby nie będą mogły faktycznie realizować umowy z zamawiającym, co definitywnie przesądza o fikcyjnym charakterze wykazania się przez Energopomiar tymi osobami dla potrzeb spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie konsorcjum Parsons w praktyce oznacza to, że Energopomiar nie będzie w stanie posłużyć się przy realizacji zamówienia wskazanymi osobami, niemożność posłużenia się nimi znana była na etapie powtórnego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Wskazało, że w celu zapewnienia wymaganego potencjału Energopomiar będzie zmuszony zagwarantować innych specjalistów na wskazane stanowiska. Przyjęcie takiego rozwiązania za dopuszczalne, nie zmienia faktu, że w chwili obecnej (a także na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej) Energopomiar nie wykazał zamawiającemu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi podstawę i obowiązek wykluczenia

go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Konsorcjum Parsons podniosło dodatkowo, że ewentualne zapewnienie innych osób będzie wiązało się z dodatkowymi kosztami po stronie Energopomiar (koszty poszukiwania nowych osób, wyższy koszt wynagrodzeń), co pozostaje nie bez znaczenia dla rentowności projektu zważywszy na cenę jaką Energopomiar zaoferował w postępowaniu.

W zakresie zarzutu zaoferowania przez Energopomiar ceny rażąco niskiej konsorcjum Parsons wskazało, że wprowadzie przepisy Prawa zamówień publicznych nie zawierają definicji „rażąco niskiej ceny” jednak powszechnie akceptowana wykładnia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uznaje za cenę rażąco niską cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w tym sensie nie będącą ceną rynkową.

Konsorcjum Parsons wskazało, że zaoferowana przez Energopomiar cena jest o 54,3% niższa od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu oraz o ponad 64% niższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odnosząc cenę zaoferowaną przez Energopomiar do innych podobnych projektów i bez uwzględnienia wskaźników inflacji, przyjmując jako miarodajne wynagrodzenie miesięczne konsorcjum Parsons wskazało, że oferta Energopomiar jest aż o 72% niższa niż cena zaoferowana przez tego wykonawcę przy realizacji inwestycji w Łagiszy (budowa bloku energetycznego o mocy 460 MW) oraz o 37% niższa od ceny zaoferowanej przy realizacji inwestycji w Ostrołęce (budowa bloku energetycznego o mocy 1000 MW).

Odnosząc się do wyjaśnień Energopomiar, złożonych na wezwanie zamawiającego, konsorcjum Parsons podniosło, że ze względu na ich ogólnikowy charakter nie mogą zostać uznane za jakiegokolwiek rzeczywiste wyjaśnienia dotyczące okoliczności i dowodów pozwalających Energopomiar na zaoferowanie oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu odwołania, w części dotyczącej zarzutów wobec ILF, konsorcjum Parsons podało:

- zgodnie z treścią Ogłoszenia (punkt III) w sytuacji, kiedy wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu m. in. dokumenty poświadczające, że osoby podpisujące zobowiązanie były do tego uprawnione (zaznaczono, że wykonawca ILF nie kwestionował tego zapisu Ogłoszenia),

- w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu ILF posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego - HDR Engineering Inc. z siedzibą w Omaha (Stany Zjednoczone) (dalej „HDR”); oświadczenie o udostępnieniu potencjału z dnia 9 lipca 2012 r. zostało złożone wraz z ofertą ILF (str. 85-86) – oświadczenie to zostało podpisane przez pełnomocnika HDR – W..... H. D..... III; do oferty ILF załączona została także umowa spółki HDR oraz zaświadczenie, z którego wynika, że pan W..... H. D..... III jest upoważniony do „zawierania i zatwierdzania w imieniu Spółki [HDR] umów na świadczenie usług inżynierskich oraz usług architektonicznych towarzyszących usługom inżynierskim, które mogą zostać zrealizowane przez HDR (...) lub zwolnienia roszczeń i zastawów związanych z usługami”.

Zdaniem konsorcjum Parsons z treści tego zaświadczenia nie wynika, że pan W..... H. D..... III był upoważniony w dniu 9 lipca 2012 r. do podpisania w imieniu HDR oświadczenia o udostępnieniu potencjału ILF; mowa jest w nim jedynie o tym, że zgodnie z uchwałą zarządu HDR z dnia 16 maja 2012 r. pan William H. Damon III jest umocowany we wskazanym powyżej zakresie do działania w imieniu HDR.

Konsorcjum Parsons podkreśliło, że zaświadczenie, które rzekomo potwierdza umocowanie pana W..... H. D..... III do działania w charakterze pełnomocnika HDR zostało podpisane przez pana L..... J. P....., sekretarza spółki, jednak w żadnym miejscu oferty ILF nie zostało jednak wykazane, że pan L..... J. P..... jest umocowany do samodzielnej reprezentacji HDR.

Konsorcjum Parsons podało także, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 22 lutego 2013 r., m. in. do przedstawienia wyjaśnień w zakresie umocowania pana W..... H. D..... III do podpisania w imieniu HDR oświadczenia o udostępnieniu potencjału na rzecz ILF, wykonawca ILF jeszcze raz podkreślił, że zgodnie z uchwałą zarządu HDR z dnia 16 maja 2012 r. pan W..... H. D..... III był i pozostaje upoważniony do złożenia w imieniu HDR oświadczenia o udostępnieniu potencjału. Jednocześnie ILF przedłożył zamawiającemu dodatkowe oświadczenie pana L..... J. P....., sekretarza HDR potwierdzające rzekomo umocowanie pana W..... H. D..... III.

Na tej podstawie konsorcjum Parsons stwierdziło, że ILF nie wykazał umocowania pana L..... J. P..... do samodzielnego działania w imieniu HDR, wobec czego należy przyjąć, iż umocowanie dla p. W..... H. D..... III nie zostało w sposób jednoznaczny, bezwarunkowy, zgodnie z treścią Ogłoszenia, oraz niebudzący wątpliwości wykazane.

Zdaniem konsorcjum Parsons powyższe potwierdza także fakt, iż dokument pn. „*umowa zmieniająca umowę spółki HDR*” został podpisany zarówno przez pana L..... J. P..... jak i pana M..... L. S..... (Prezesa HDR), co każe zakładać, iż osoby te upoważnione są do łącznej reprezentacji spółki.

Wątpliwości konsorcjum Parsons budzi także fakt, że wykonawca ILF, zamiast

przedłożyć przywoływaną uchwałę zarządu HDR z 16 maja 2012 r., z której wynika umocowanie dla pana W..... H. D..... III posługuje się wyłącznie oświadczeniami wiedzy innych osób (np. pana L..... J. P.....). W ocenie konsorcjum Parsons, przyjmując - z czym konsorcjum się nie zgadza – prawidłowość wykazania umocowania pana W..... H. D..... III, poprzez przedstawienie oświadczenia wiedzy doszłoby do sytuacji, w której zamawiający pozbawiony byłby pewności w zakresie tego, czy dana osoba rzeczywiście działa w imieniu podmiotu na który się powołuje. Cechą charakterystyczną oświadczenia wiedzy jest bowiem to, że może ono być w każdym przypadku (i bez żadnych konsekwencji) zmienione. Konsorcjum oceniło, że zastępowanie oficjalnych dokumentów (odpisy z rejestru, uchwały spółki) oświadczeniami wiedzy nie jest możliwe i jako takie może stanowić próbę obejścia prawa.

Konsorcjum Parsons podniosło ponadto, że biorąc pod uwagę fakt, iż ILF (pismem z dnia 28 lutego 2013 r.) dokonał samodzielnie uzupełnienia dokumentu, który rzekomo miał wykazywać umocowanie dla pan. W..... H. D..... III do działania w imieniu HDR, należy uznać, iż aktualnie zamawiający nie ma możliwości zwrócenia się do ILF z ewentualnym wnioskiem o przedstawienie dokumentu wykazującego umocowania dla tej osoby, ponieważ oznaczałoby to w praktyce dopuszczenie do kilkukrotnego uzupełniania dokumentów przez ILF, a co stanowiłoby naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przewidującego tylko jednokrotne uzupełnienie dokumentów oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Konsorcjum Parsons wskazało wreszcie, że przedłożony przez wykonawcę ILF wykaz osób zdolnych do realizacji zamówienia, w kilku przypadkach, wskazuje na jedynie fikcyjne wykazanie się przez ILF wymaganym przez zamawiającego potencjałem kadrowym. Konsorcjum wskazało: A..... K....., M..... S....., M..... L.....

Konsorcjum Parsons podniosło, że wskazane osoby zostały udostępnione wykonawcy ILF przez podmiot trzeci – Energoprojekt Warszawa S.A., który wchodzi w skład Konsorcjum Energoprojekt, które związane jest umową na prace projektowe z generalnym wykonawcą budowy bloku energetycznego w Kozienicach (Polimex-Mostostal S.A.). Podobnie jak w przypadku wykonawcy Energopomiar sytuacja ta budzi wątpliwości konsorcjum Parsons w kontekście istnienia konfliktu interesów. Konsorcjum za aktualne uznało w tym zakresie uwagi poczynione w stosunku do analogicznej kwestii przy omawianiu zarzutu wobec Energopomiar.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 804/13, KIO 808/13, a także w sprawach o sygn. akt: KIO 2901/12, KIO 2905/12, KIO 2919/12 w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania wykonawcy ILF z dnia 8 kwietnia 2013 r., odwołania konsorcjum Parsons z dnia 8 kwietnia 2013 r., odpowiedzi zamawiającego na oba odwołania z dnia 19 kwietnia 2013 r., pisma procesowego odwołującego ILF z dnia 22 kwietnia 2013 r. (w tym pisma ECM z dnia 15 kwietnia 2013 r.), pisma procesowego przystępującego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 808/13 wykonawcy ILF z dnia 22 kwietnia 2013 r., pisma procesowego odwołującego się konsorcjum Parsons z dnia 19 kwietnia 2013 r., pism procesowych przystępującego po stronie zamawiającego w obu sprawach wykonawcy Energopomiar z dnia 22 kwietnia 2013 r., a także stanowisk stron i przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu ILF oraz odwołującemu się konsorcjum Parsons przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez każdego z odwołujących się, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Izba ustaliła, iż odwołujący ILF złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została przez zamawiającego sklasyfikowana na miejscu drugim – bezpośrednio za ofertą wykonawcy Energopomiar (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29 marca 2013 r.). Zarzuty podniesione w odwołaniu ILF zmierzają do odrzucenia oferty wykonawcy Energopomiar, co – biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący ILF złożył ofertę sklasyfikowaną bezpośrednio za ofertą wykonawcy Energopomiar oznacza, że uwzględnienie odwołania ILF da temu wykonawcy szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, iż odwołujące się konsorcjum Parsons złożyło w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została przez zamawiającego sklasyfikowana na miejscu trzecim – za ofertą wykonawcy ILF (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29 marca 2013 r.). Zarzuty podniesione w odwołaniu konsorcjum Parsons zmierzają do odrzucenia tak oferty wykonawcy Energopomiar, jak i oferty wykonawcy ILF, co oznacza, że uwzględnienie odwołania konsorcjum Parsons da wykonawcy – konsorcjum Parsons szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”),
2. zmiany SIWZ z dnia 27 czerwca 2012 r. (dot. m.in. pkt 5.1.4.2. SIWZ), z dnia 18 lipca 2012 r. (dot. m.in. pkt 5.1.4.1., 5.1.4.2 SIWZ),
3. odpowiedzi zamawiającego z dnia 18 lipca 2012 r. na pytania potencjalnych wykonawców odnośnie do postanowień SIWZ (pytanie i odpowiedź nr 7, 28),
4. oferty wykonawcy Energopomiar,
5. oferty wykonawcy ILF,
6. Informacji z dnia 17 sierpnia 2012 r. z otwarcia ofert,
7. *Protokołu z posiedzeń komisji powołanej do przygotowania zamówienia i/lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia* (dalej „Komisja”), które odbyły się w dniach: 17, 21 i 28 sierpnia 2012 r., 13 września 2012 r., 2 i 11 października 2012 r., 11 grudnia 2012 r., 29 stycznia 2013 r., 1, 11, 19 i 26 lutego 2013 r., 5, 11 i 18 marca 2013 r.,
8. wezwania zamawiającego z dnia 22 lutego 2012 r., z dnia 21 sierpnia 2012 r., z dnia 14 września 2012 r. do złożenia przez wykonawcę ILF wyjaśnień,
9. pisma (odpowiedzi) wykonawcy ILF z dnia 28 lutego 2012 r., z dnia 27 sierpnia 2012 r. wraz z zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa *Kalkulacją Ceny Ofertowej*,
10. wezwania zamawiającego z dnia 22 lutego 2012 r., z dnia 11 marca 2012 r., z dnia 21 sierpnia 2012 r. z dnia 14 września 2012 r. do złożenia przez wykonawcę Energopomiar wyjaśnień,
11. pism (odpowiedzi) wykonawcy Energopomiar z dnia 26 lutego 2013 r., z dnia 15 marca 2012 r., z dnia 27 sierpnia 2012 r. wraz z zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa *Kalkulacją Ceny Oferty*, z dnia 27 września 2012 r.,
12. wniosku Komisji z dnia 14 grudnia 2012 r. skierowanej do Zarządu ENEA Wytwarzanie S.A. (zamawiający), zatwierdzonej przez Zarząd (pkt 7 – „zwiększenie kwoty przewidzianej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty o kwotę 6 991 320 zł brutto, tj. z kwoty 40 590 000 zł brutto do kwoty 47 581 320 zł brutto”),
13. pisma wykonawcy ILF z dnia 19 grudnia 2012 r. – wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz załącznikami,
14. korespondencji prowadzonej drogą elektroniczną w dniu 20 grudnia 2012 r. godz. 14¹⁰ pomiędzy panem J..... L..... (zamawiający) a panią M..... K..... (ILF)
15. Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29 marca 2013 r.,
16. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – druk ZP-PN.

Zarzut wspólny odwołania o sygn. akt KIO 804/13 i KIO 808/13 dot. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Energopomiar ze względu na zaferowanie ceny rażąco niskiej, tj.

Zarzut niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Energopomiar w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i przyjęcia, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Energopomiar na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się.

Wykonawca Energopomiar zaferował w swojej ofercie cenę w wysokości 14 144 926,20 zł brutto (w tym VAT wg stawki 23%).

Jak wynika z *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ZP-PN* (pkt 2 Przedmiot zamówienia poz. 2) zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 33 000 000 zł (netto), co, z doliczonym podatkiem VAT wg stawki 23%, daje 36 900 000 zł brutto.

Kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podana w dniu 17 sierpnia 2012 r. bezpośrednio przed otwarciem ofert wynosiła 40 590 000,00 zł brutto (Informacja z dnia 17 sierpnia 2012 r. z otwarcia ofert). Kwota ta została następnie zwiększona do kwoty 47 581 320,00 zł, tj. do kwoty ceny oferty konsorcjum Parsons, wybranej jako najkorzystniejsza (Wniosek Komisji do zarządu ENEA Wytwarzanie S.A. zatwierdzony dnia 19 grudnia 2012 r.).

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców z następującymi cenami brutto (narastająco):

1. 14 144 926,20 zł (Energopomiar),
2. 14 723 100,00 zł (ECM),
3. 31 128 840,00 zł (ILF),
4. 44 870 400,00 zł,
5. 47 581 320,00 zł,
6. 48 890 040,00 zł.

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawców, którzy zaferowali ceny wskazane powyżej w pozycjach 1-3, tj. także wykonawcę Energopomiar z ceną najniższą wynoszącą 14 144 926,20 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 21 sierpnia 2012 r., zwrócił się do wykonawcy Energopomiar o udzielenie, w terminie do dnia 28 sierpnia 2012 r., wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaferowanej ceny.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego wykonawca Energopomiar złożył siedmiostronicowe pismo z dnia 27 sierpnia 2012 r. (wpływ do zamawiającego w dniu

28 sierpnia 2012 r.) wraz z dwustronicowym załącznikiem *Kalkulacja Ceny Oferty*.

Kalkulacja Ceny Oferty zawiera 5 punktów, w których w szczególności podano:

1. Zbiorczo – wysokość wynagrodzenia kluczowego zespołu Inżyniera Kontraktu,
2. Zbiorczo – wysokość wynagrodzenia personelu pomocniczego,
3. Zbiorczo – koszty biura,
4. Zbiorczo – koszty finansowe,
5. Zbiorczo – zysk i rezerwę.

Bezsporna między stronami była w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadność wezwania wykonawcy Energopomiar do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający. Nie kwestionował tego również przystępujący Energopomiar.

Wykonawca Energopomiar w piśmie z dnia 27 sierpnia 2012 r. wymienia jako elementy, które mają wpływ na wysokość ceny:

1. personel Inżyniera Kontraktu,
2. koszty ubezpieczenia,
3. koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
4. koszty biura, transportu, łączności,
5. zysk i rezerwę,

a następnie w ich ramach wskazuje na te warunki, które – w jego ocenie – są wyjątkowo dla niego sprzyjające dla realizacji przedmiotowego zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby powoływanie się przez wykonawcę na sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla danego wykonawcy ma, z punktu widzenia oceny zaoferowanej ceny pod kątem jej rażąco niskiego charakteru, znaczenie wówczas, gdy – zgodnie ze wskazówką ustawodawcy – są one wyjątkowe. Wyjątkowość tych warunków polegać może na tym, że są dostępne wyłącznie danemu wykonawcy (1) lub, choć tak nie jest (2), to jednocześnie wykonawca wykaże swoją „przewagę” nad innymi wykonawcami w tym aspekcie. W przypadku pierwszej możliwości samo przywołanie sprzyjającego warunku, jego krótki opis i wycena mogą okazać się wystarczające, w przypadku drugiej z tych sytuacji już nie.

Uwzględniając powyższe, wskazane w piśmie wyjaśniającym wykonawcy Energopomiar z dnia 27 sierpnia 2012 r. warunki należy podzielić na:

1. te, które nie towarzyszą jedynie wykonawcy Energopomiar:
 - „precyzyjnie określony przez zamawiającego zakres zadań w SIWZ”, „wycena personelu” uwzględniająca wymagania zamawiającego, deklaracja wykonania przez zespół Inżyniera Kontraktu wszystkich czynności opisanych w SIWZ,

ponieważ postanowienia SIWZ były dostępne wszystkim wykonawcom, a wykonanie czynności opisanych w SIWZ stanowi obowiązek Inżyniera Kontraktu

- dysponowanie wysokiej klasy specjalistami, wieloletnia współpraca z podwykonawcami, wieloletnie doświadczenie, procentujące w szczególności dobrą organizacją pracy oraz optymalizacją kosztów (w tym w zakresie szkoleń), optymalizacja w zakresie przestojów pomiędzy kolejnymi projektami, ponieważ:
 - wysokiej klasy specjaliści są niezbędni do realizacji tego zamówienia i muszą nimi dysponować (w tym z wykorzystaniem przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, co zresztą dotyczy samego wykonawcy Energopomiar) również pozostali wykonawcy - determinuje to wskazany przez zamawiającego minimalny zespół Inżyniera Kontraktu i wymagania wobec osób, które mogą wejść w jego skład, a dodatkowo wymóg, aby na każde ze stanowisk wykonawcy wskazali inną osobę (pkt 5.1.5. SIWZ),
 - pozostali wykonawcy – „grono graczy”, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to podmioty działające od wielu lat na rynku usług, będących przedmiotem tego zamówienia;

w grupie tej należy wskazać także te warunki, które nie mają kluczowego znaczenia z punktu widzenia możliwych do osiągnięcia oszczędności:

- koszty ubezpieczenia OC - składka w wysokości 118 500 zł, co wynika z treści Polisy – str. 56 oferty wykonawcy Energopomiar, skoro, jak wskazał wykonawca Energopomiar w piśmie z dnia 27 sierpnia 2012 r., koszty te pokrywane są ze wszystkich projektów w ramach prowadzonej przez wykonawcę Energopomiar działalności, a zatem „nie obarczają” wyłącznie ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ponieważ koszty tego zabezpieczenia, pomniejszone o koszty ubezpieczenia (pozycja zbiorcza w *Kalkulacji Ceny Oferty* wykonawcy Energopomiar) stanowią znikomy składnik ceny ofertowej,

2. te, które nie odpowiadają rzeczywistości:

- zmniejszenie wymagań płacowych, wiązanych przez wykonawcę Energopomiar z „kryzysem gospodarczym”, specjalistów branż, które są niezbędne do realizacji tego zamówienia, ponieważ:
 - takiej tendencji w tym zakresie wykonawca Energopomiar ani w samym piśmie, ani na rozprawie wraz z zamawiającym nie wykazali,

- o nawet gdyby przyjąć, że założenie to odnosi się do specjalistów świadczących usługi w sektorze budowlanym, komunalnym i elektroenergetycznym, jak wskazał wykonawca Energopomiar, to nie odnosi się do wąskiej grupy specjalistów wysokiej klasy, których udział w zespole Inżyniera Kontraktu jest niezbędny – świadczy o tym wskazanie tych samych osób w ofertach wykonawcy Energopomiar i ILF, a także podnoszona na rozprawie okoliczność, że są to osoby, które działają nie tylko na rynku krajowym, ale także na rynku zagranicznym, konkurencyjnym w stosunku do rynku polskiego co do poziomu wynagrodzeń, czego ani zamawiający, ani wykonawca Energopomiar nie kwestionowali,
3. te, które towarzyszą jedynie wykonawcy Energopomiar:

- obecnie prowadzona na rzecz zamawiającego usługa, która wymaga obecności personelu wykonawcy Energopomiar na terenie Elektrowni Kozienice – personel ten wykonawca przewidział do „wykorzystania” również w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia,
- zespół kontenerów (pozostałość po realizacji poprzednich usług) w pełni wyposażony w sprzęt biurowy, który wykonawca przewidział do wykorzystania również w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.

Kontynuując ocenę wskazanych przez wykonawcę Energopomiar wyjątkowo sprzyjających mu warunków wykonywania zamówienia, skład orzekający Izby przede wszystkim zauważa, że wykonawca Energopomiar nie powiązał wskazywanych przez siebie w części opisowej okoliczności z kwotami wskazanymi w części kalkulacyjnej.

Kalkulacja Ceny Oferty wykonawcy Energopomiar zawiera bowiem jedynie kwoty zbiorcze wyodrębnionych przez wykonawcę pozycji cenotwórczych. Stanowi rozbięcie całkowitej ceny ofertowej na elementy cenotwórcze bez dalszego ich uszczegółowienia, tj. bez wskazania które okoliczności i jak – w sensie wartości, wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny.

Jest to tym bardziej istotne w postępowaniu, w którym cena oferty najkorzystniejszej odbiega tak drastycznie zarówno od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, jak i od – nie tylko wartości, ale wręcz poziomu pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, a w którym dodatkowo wykonawca, który złożył ofertę z ceną niemal równą cenie badanej pod kątem rażąco niskiej ceny złożył oświadczenie o niedoszacowaniu ceny o ponad 50% w następstwie założenia zbyt niskiego wymiaru zaangażowania ekspertów (pismo ECM z dnia 15 kwietnia 2013 r.).

Skład orzekający Izby podziela stanowisko przystępującego Energopomiar (str. 6 i 8 pism procesowych złożonych na posiedzeniu), iż w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są usługi, kwestia wykazania, że cena nie jest rażąco niska jest utrudniona ze

względu na decydujący wpływ na koszt realizacji zamówienia ma czynnik ludzki, który u różnych wykonawców może być różnie oceniany, jednak w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca Energopomiar nawet nie wskazał, jak ten czynnik ocenił (wycenił) dla poszczególnych stanowisk – funkcji, nie mówiąc już o wyjaśnieniu przyjętej wyceny.

Skład orzekający Izby podziela w tych okolicznościach stanowisko odwołującego ILF, że skalkulowanie ceny w taki sposób, że kalkulacja „obejmuje również zysk”, nie jest wystarczającą podstawą do uznania, że cena nie jest rażąco niska.

W tym stanie rzeczy wyjaśnienia, które wykonawca Energopomiar złożył nie mogą zostać uznane za kompletne i wystarczające, dające zamawiającemu szansę na pozytywną weryfikację zaofertowanej ceny i jej ewentualnego zakwalifikowania jako ceny realnej, pozwalającej na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Tym samym skład orzekający Izby uznał zasadność zarzutu niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Energopomiar w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i przyjęcia, że oferta Energopomiar nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Energopomiar, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

W konsekwencji skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Energopomiar. Zamawiający przy powtórnym badaniu i ocenie ofert tego wykonawcy powinien odrzucić na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Sprawa z odwołania ILF o sygn. akt KIO 804/13 – dalsze zarzuty.

Zarzut uznania za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w części wyjaśnień spółki Energopomiar składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji naruszenie zasady jawności i bezzasadne ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, mimo że wykonawca ten nie wykazał, aby zastrzeżone przez niego informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa nie potwierdził się.

Wątpliwości składu orzekającego Izby wzbudziło to, czy zarzut został podniesiony w terminie. Wniosek o uznanie zarzutu za spóźniony zgłosił przystępujący w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu w sprawie o sygn. akt KIO 804/13. Jak bowiem wynika z korespondencji prowadzonej drogą elektroniczną pomiędzy panem J..... L..... (sekretarzem Komisji) a pracownikiem (wedle oświadczenia złożonego na posiedzeniu) odwołującego ILF panią M..... K....., w dniu 20 grudnia 2012 r. zostały przesłane do odwołującego m.in. skany korespondencji między zamawiającym

a wykonawcami – „wezwanie dot. wyjaśnień ceny wraz z odpowiedziami”.

Zakładając, że w dacie tej rzeczywiście pracownik zamawiającego przesłał pracownikowi ILF pismo wyjaśniające wykonawcy Energopomiar z dnia 27 sierpnia 2012 r., w którym (str. 7) zastrzegł informacje zawarte w załączniku jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wysyłając jednak jednocześnie samego załącznika, to uznać by należało, że wykonawca ILF w dniu 20 grudnia 2012 r. powziął wiadomość o okoliczności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, mógł zatem złożyć odwołanie wobec uznania przez zamawiającego dokonanego przez wykonawcę Energopomiar zastrzeżenia i w konsekwencji wobec zaniechania udostępnienia *Kalkulacji Ceny Oferty* stanowiącej zastrzeżony załącznik, z zachowaniem 10-cio dniowego terminu, tj. do 31 grudnia 2012 r. (30 grudnia 2012 r. – dzień ustawowo wolny od pracy).

Jednak wobec faktu, że ani zamawiający, ani przystępujący nie wykazali, że pismo TK/258/2012 z dnia 27 sierpnia 2012 r. stanowiące odpowiedź wykonawcy Energopomiar na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zostało wśród innych przesłane wykonawcy ILF w dniu 20 grudnia 2012 r., skład orzekający Izby rozpoznał zarzut.

Skład orzekający Izby ustalił, że odpowiadając na wezwanie zamawiającego wykonawca Energopomiar złożył siedmiostronicowe pismo TK/258/2012 z dnia 27 sierpnia 2012 r. wraz z dwustronicowym załącznikiem *Kalkulacja Ceny Oferty*, zastrzegając wszystkie informacje zawarte w załączniku jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Energopomiar, ze względu na fakt, że dane te – jak wskazał Energopomiar na str. 7 pisma – ze względu na „charakter prowadzonej przez Energopomiar działalności (działalność usługowa)” „mają charakter poufny i stanowią (...) nieujawnione do wiadomości publicznej informacje organizacyjne o kluczowej wartości gospodarczej”.

Odwołujący ILF nie kwestionował dopuszczalności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie późniejszym niż złożenie oferty. Sam z takiej możliwości skorzystał, zastrzegając załączoną do przesłanych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień *Kalkulację Ceny Ofertowej*. Zbieżność nazwania załączników (*Kalkulacja Ceny Oferty* i *Kalkulacja Ceny Ofertowej*) nie jest przypadkowa i wynika z celu, jakim oba załączniki miały służyć, tj. uzupełnieniu opisu zawartego w pismach – o wartościowe ujęcie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Argumentacja odwołującego ILF odnosząca się do tego zarzutu (str. 9 odwołania) wskazuje, że odmowa uznania informacji zawartych w *Kalkulacji Ceny Oferty* wykonawcy Energopomiar jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji ich ujawnienie, winna być wynikiem tego, że przedsiębiorca Energopomiar nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności (a contrario zdania podkreślonego na str. 9 odwołania „przez

tajemnice przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje (...) posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności” oraz zdanie następne „Warunkiem koniecznym uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest więc wykazanie, że dany przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności”). Odwołujący założył przy tym – nie znając przecież zastrzeżonej Kalkulacji Ceny Oferty – że wykonawca Energopomiar zawarł w niej dane dotyczące „struktury zatrudnienia, wynagrodzenia personelu czy też kosztów swojej działalności”, jednak nie podjął „jakiegokolwiek działania „w celu zachowania poufności””.

Na podstawie *Kalkulacji Ceny Oferty* skład orzekający Izby stwierdził, że nie zawiera ona danych dotyczących struktury zatrudnienia tego wykonawcy, wynagrodzenia personelu (wynagrodzenia poszczególnych stanowisk/funkcji), czy też kosztów jego działalności. Zawiera natomiast wartości – koszty kilku wyodrębnionych pozycji w ujęciu zbiorczym, które to wartości związane są wyłącznie z przedmiotowym zamówieniem. Innymi słowy zastrzeżony załącznik zawiera wyłącznie dane „dedykowane” przedmiotowemu zamówieniu, bez posługiwania się przez wykonawcę Energopomiar danymi dotyczącymi działalności wykonawcy Energopomiar w ogólności.

Skład orzekający Izby uznał, że niezbędnym i wystarczającym do uznania, że wykonawca Energopomiar podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności danych „dedykowanych” przedmiotowemu zamówieniu, było dokonanie zastrzeżenia w treści pisma z dnia 27 sierpnia 2012 r., do którego załącznikiem była *Kalkulacja*, poprzez złożenie oświadczenia o treści: „Jednocześnie zastrzegamy, działając na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2012.113.759 j.t.), wszystkie dane zawarte w załączniku nr 1 „Kalkulacja Ceny Oferty”, jako tajemnice przedsiębiorstwa „Energopomiar” oraz, poprzez wskazanie pod nazwą załącznika sformułowania „Zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Energopomiar z postępowania, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących:

- dysponowania osobą posiadającą kwalifikacje do pełnienia funkcji „Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej”(1),
- dysponowania osobą posiadającą kwalifikacje do pełnienia funkcji „Projektant o specjalności AKPiA”(2) oraz
- sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy (3)

nie potwierdził się.

(1)

Swoje oczekiwania wobec osoby mającej pełnić funkcję „Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej„ zamawiający wskazał w pkt. 5.1.4.2. lit. d SIWZ, m.in. poprzez wymóg, aby osoba ta miała „aktualne uprawnienia budowlane do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej bez ograniczeń”, czyli aktualne uprawnienia zawodowe.

W celu potwierdzenia spełniania w szczególności tego warunku zamawiający zażądał w pkt. 6.7.2. SIWZ złożenia *Wykazu osób* wraz z informacjami dotyczącymi – w spornym zakresie – „posiadanych aktualnych uprawnień zawodowych (należy podać zakres uprawnień zawodowych poszczególnych osób oraz numery tych uprawnień”. Dodatkowo w opracowanym przez zamawiającego do wypełnienia przez wykonawców formularzu *Wykaz osób*, w opisie kolumny *Posiadane uprawnienia* zamawiający sprecyzował: „zakres i specjalność oraz numer uprawnień”.

Wykonawca Energopomiar na stanowisko „Inspektora nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej„ wskazał w ofercie panią M..... S..... (str. 68 poz. 4), w odniesieniu do której w kolumnie *Posiadane uprawnienia – zakres i specjalność oraz numer uprawnień* podał: „Aktualne uprawnienia budowlane do kierowania budową i robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej bez ograniczeń nr WA-99/94”.

Pismem z dnia 11 marca 2012 r. zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Energopomiar do uzupełnienia oferty – w odniesieniu do pani M..... S..... – ze względu na brak wskazania zakresu wykonywanych czynności przy realizacji projektu – budowa bloku energetycznego w Elektrowni Bełchatów II. Projekt ten w ofercie wykonawcy Energopomiar został przywołany w kolumnie *Opis doświadczenia zawodowego w zakresie spełnienia wymagań określonych w pkt. 5.1.4.2. Części I SIWZ*.

Na podstawie porównania wymagań zamawiającego dla „Inspektora nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej„ w części dotyczącej uprawnień z danymi zawartymi w ofercie wykonawcy Energopomiar w odniesieniu do pani M..... S....., skład orzekający Izby stwierdził, iż wykonawca sprostał oczekiwaniom zamawiającego podając zakres: „bez ograniczeń”, specjalność: „architektoniczna” oraz numer uprawnień: „WA-99/94”. Aktualność uprawnień nie była przez odwołującego kwestionowana.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2a ustawy Pzp obowiązkiem wykonawcy jest wykazać spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp na żądanie zamawiającego i – co w te sprawie istotne – w zakresie wskazanym przez zamawiającego. W istocie więc, formułując zarzut odwołujący ILF rozszerzył zarówno zakres wymagań, jak i sposób ich potwierdzania przez zamawiającego o przynależność do izby inżynierów budownictwa oraz posiadania odpowiedniego

ubezpieczenia OC w związku z wykonywaniem zawodem w dniu składania ofert, których – w świetle postanowień SIWZ – zamawiający nie postawił.

Na marginesie skład orzekający Izby stwierdza – na podstawie powyższych ustaleń co do wzywania wykonawcy Energopomiar do uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wbrew twierdzeniu ILF zawartym w odwołaniu, że w zakresie spornej części kwalifikacji pani M..... S....., tj. uprawnień, wykonawca Energopomiar nie był wzywany do uzupełnienia *Wykazu osób*, a zatem gdyby konieczność taka zaistniała, brak byłoby przeszkód wezwania wykonawcy Energopomiar w tym zakresie. Przeszkoda ta dotyczy wyłącznie uzupełnienia *Wykazu osób* w odniesieniu do stanowiska „Inspektora nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej”, w zakresie *Opis doświadczenia zawodowego w zakresie spełnienia wymagań określonych w pkt. 5.1.4.2. Części I SIWZ*.

(2)

Swoje oczekiwania wobec osoby mającej pełnić funkcję „Projektanta o specjalności AKPiA”, zamawiający wskazał w pkt. 5.1.4.2. lit. n SIWZ, poprzez wymóg, aby osoba ta legitymowała się wyższym wykształceniem oraz „co najmniej 5 letnim doświadczeniem w projektowaniu systemów AKPiA w energetyce zawodowej”.

W celu potwierdzenia spełniania tego warunku zamawiający zażądał w pkt. 6.7.2. SIWZ złożenia *Wykazu osób* wraz z informacjami dotyczącymi:

- wykształcenia
- posiadania doświadczenia, odpowiadającego wymaganiom określonym dla poszczególnych stanowisk.

Zamawiający wskazał też, że opis doświadczenia musi zawierać informacje pozwalające na potwierdzenie spełniania warunków stawianych osobom proponowanym na poszczególne stanowiska, zaś z przedstawionego przez wykonawcę opisu doświadczenia osoby musi wynikać, iż projekty inwestycyjne, w których realizacji uczestniczyła określona osoba spełniają odpowiednie wymagania niniejszej SIWZ. Zażądał także, aby podać zakres wykonywanych przez te osoby czynności przy realizacji przywołanych projektów inwestycyjnych.

Dodatkowo w opracowanym przez zamawiającego do wypełnienia przez wykonawców formularzu *Wykaz osób*, w opisie kolumny zamawiający podał: *Opis doświadczenia zawodowego w zakresie spełnienia wymagań określonych w pkt 5.1.4.2. Części I SIWZ*.

Wykonawca Energopomiar na stanowisko „Projektanta o specjalności AKPiA”, wskazał w ofercie panią B..... S..... (str. 71 poz. 1), w odniesieniu do której w kolumnie *Opis doświadczenia zawodowego w zakresie spełnienia wymagań określonych w pkt 5.1.4.2. Części I SIWZ* podał: „Posiada ponad 5 letnie doświadczenie w projektowaniu

systemów AKPiA w energetyce zawodowej. Posiada doświadczenie przy realizacji inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego o mocy 858 MWe (w tym kotła i turbiny) w Elektrowni Bełchatów II, przekazanego do eksploatacji w roku 2011”.

Pismem z dnia 11 marca 2012 r. zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Energopomiar do uzupełnienia oferty – w odniesieniu do pani B..... S..... – ze względu na brak wskazania zakresu wykonywanych czynności przy realizacji przywołanego projektu. Zamawiający nie kwestionował prawidłowości opisu w części dotyczącej informacji, że pani B..... S..... posiada ponad 5 letnie doświadczenie w projektowaniu systemów AKPiA w energetyce zawodowej.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego, wykonawca Energopomiar zawarł w *Wykazie osób*, przekazanym przy piśmie z dnia 15 marca 2013 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 18 marca 2013 r.) w odniesieniu do pani B..... S..... (str. 3 poz. 1) dodatkowy opis o treści: „Zakres wykonywanych czynności przy realizacji ww. projektu inwestycyjnego: Pełnienie funkcji projektanta w branży AKPiA – zakres wykonywanych czynności obejmował projektowanie”.

Ocena poprawności opisu opracowanego przez wykonawcę Energopomiar w odniesieniu do pani B..... S..... wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, jak należy interpretować wymóg SIWZ w tym zakresie. W ocenie składu orzekającego Izby niezbyt fortunnie zamawiający wskazał, że oczekuje zarówno informacji dotyczących posiadanego doświadczenia, odpowiadającego wymaganiom określonym dla poszczególnych stanowisk (6.7.2. lit. c), a jednocześnie informacji dotyczących „opisu doświadczenia”. Takie powtórzenie czyni to postanowienie SIWZ niejasnym i wobec uszczegółowienia w punkcie, w którym mowa o opisie doświadczenia (6.7.2. lit. d), że z opisu tego ma wynikać, iż wskazywane projekty inwestycyjne spełniają wymagania SIWZ oraz, że w opisie tym należy podać zakres czynności wykonywanych przez wskazywane osoby przy realizacji przywoływanych projektów inwestycyjnych, skłania do wniosku, że przesądzającym dla zamawiającego dla potwierdzenia ponad 5 – cio letniego doświadczenia w projektowaniu systemów AKPiA w energetyce zawodowej było uzyskanie z tego opisu informacji co do podobieństwa uprzednio realizowanych z udziałem wskazywanej osoby inwestycji do inwestycji opisanej w ramach przedmiotowego zamówienia oraz uzyskanie informacji co do roli – zakresu czynności osoby.

Wobec niejednoznaczności postanowienia SIWZ należy opis doświadczenia pani B..... S....., po uwzględnieniu uzupełnień z dnia 15 marca 2013 r., uznać za prawidłowy, ponieważ wskazano inwestycję polegającą na budowie bloku energetycznego o mocy 858 MWe (w tym kotła i turbiny) - podobieństwo do inwestycji zamawianej nie było kwestionowane ani przez zamawiającego, ani przez odwołującego oraz podano, że zakres

wykonywanych przez Panią B..... S..... czynności obejmował projektowanie.

Dla porównania punkt 6.7.2. SIWZ zawierający również wymagania zamawiającego w zakresie sposobu wykazywania wykształcenia proponowanych osób został odczytany przez odwołującego (jak i wykonawcę Energopomiar) w ten sposób, że pozwalał na powielenie samego warunku posiadania wykształcenia wyższego, tj. „wykształcenie wyższe”, bez dalszych informacji opisujących to wykształcenie (lit. d, f, g, j, l, s złożonego *Wykazu osób*).

(3)

Zgodnie z pkt. 5.1.3.2. SIWZ w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający zażądał wykazania, że wykonawcy „posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej (OC) w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 15 mln zł od jednego i wszystkich zdarzeń.

W celu potwierdzenia spełniania tego wymogu zamawiający zażądał w pkt. 6.6.2. SIWZ złożenia „Opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną nie niższą niż 15.000.000,00-PLN (słownie: piętnaście milionów złotych) lub równowartość tej kwoty w innej walucie od jednego i wszystkich zdarzeń. Do polisy należy dołączyć dowód jej opłacenia”.

Wykonawca Energopomiar złożył w ofercie wystawioną dla niego przez Sopotckie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA SA kserokopię polisy nr 901006499656 (str. 56 oferty), którą objęto ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej lub użytkowania mienia z zakresem wskazanym jako: odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia z włączeniem OC za produkt, w której wskazano także sublimity dla 5 klauzul (004,005A,006,007 + klauzula czystych strat finansowych), wynoszące od 1 do 5 mln zł. Polisa wskazuje sumę ubezpieczenia w wysokości 5 mln Euro i składkę w wysokości 118 500,00 zł. Wraz z polisą wykonawca Energopomiar złożył kserokopię aneksu 801000443322 (str. 57 oferty) wprowadzającym sublimat w wysokości 5 mln zł dla klauzuli 005A dla kontraktu „Wykonanie pomiarów gwarancyjnych i środowiskowych w stacji ciepłowniczej D3 w PGE GIEK SA Oddział Elektrownia Bełchatów” oraz w pozostałym zakresie sublimat dla klauzuli 005A w wysokości 2 mln zł. Złożył także kserokopie sporządzonych elektronicznie potwierdzeń opłaty składek ubezpieczeniowych (5) w łącznej wysokości 118 500,00 zł.

Odwołujący ILF nie kwestionował wysokości sumy ubezpieczenia (5 mln Euro) jako spełniającej wymóg SIWZ (15 mln zł), ale zakwestionował wysokość sublimatów (od 1 do

5 mln zł) we wskazanych klauzulach, która jest znacznie niższa niż wymaga przez zamawiającego suma gwarancyjna (15 mln zł).

Ustalanie sublimitów w polisach ubezpieczeniowych stanowi typową praktykę towarzystw ubezpieczeniowych i w ocenie składu orzekającego Izby, wobec braku w postanowieniach SIWZ jakichkolwiek ograniczeń, tak co do możliwości składania polis ustalających sublimity, jak i tym bardziej co do ich wysokości, uznać należy, że złożona przez wykonawcę Energopomiar polisa potwierdza wymóg zamawiającego w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy Energopomiar.

Skład orzekający Izby podziela prezentowane już wielokrotnie w orzecznictwie Izby stanowisko – przywołane w piśmie procesowym przystępującego Energopomiar, złożonym na w sprawie KIO 804/13, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ocenia się zdolność „udźwignięcia” przez wykonawcę ciężaru zakupu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, która potwierdzić ma sytuację finansową i ekonomiczną wykonawcy. Sama zaś polisa nie stanowi zabezpieczenia kontraktu, który zostanie zawarty w wyniku wyboru oferty danego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Zarzut niezachowania wymogów co do formy dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej zawartych na stronach 45-51 oferty wykonawcy Energopomiar nie potwierdził się.

Zgodnie z postanowieniem 10.6. SIWZ regulującym kwestie dotyczące formy dokumentów składanych w ofercie potwierdzenie/poświadczenie zgodności z oryginałem musi być podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy, zgodnie z zasadą reprezentacji, wynikającą z dokumentu wydanego przez właściwy organ rejestrowy albo osobę upoważnioną przez wykonawcę.

Skład orzekający Izby ustalił:

1. na stronach 45-51 oferty wykonawcy Energopomiar znajdują się:
 - Bilans sporządzony na dzień 31.12.2011 r. (str. 45-46),
 - Zestawienie zmian w kapitale własnym za rok obrotowy 2011 (str. 47-48),
 - Rachunek zysków i strat za okres od 01.01.2011 do 31.12.2011 (wariant kalkulacyjny) (str. 49),
 - Rachunek przepływów pieniężnych za rok obrotowy 2011 (metoda pośrednia) (str. 50-51),
2. na każdej ze stron 45-51 widnieje pieczęć „Za zgodność z oryginałem”, nieczytelny podpis opatrzony pieczęcią „radca prawny Krystyna Feliksiak” oraz wybita (datownik) data „04-04-2012” wraz z oznaczeniem miejsca, tj. „Gliwice”.

3. na stronach 9-13 oferty wykonawcy Energopomiar znajduje się Odpis aktualny z Rejestru Przedsiębiorców (stan na dzień 26.06.2012 r.), zgodnie z którym pan A..... S..... jest Prezesem zarządu spółki Energopomiar uprawnionym jednoosobowo do jej reprezentacji,
4. na stronie 25 oferty wykonawcy Energopomiar znajduje się pełnomocnictwo udzielone przez A..... S..... – Prezesa Zarządu, Dyrektora Naczelnego Zakładów Pomiarowo-Badawczych Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o. dla radcy prawnego K..... F..... do „poświadczania za zgodność z oryginałem kopii wszelkich dokumentów w imieniu spółki”; pełnomocnictwo opatrzone jest datą „16.08.2012 r.”, taka też data jest wskazana w tabeli „PODPIS” w kolumnie „Miejscowość i data” obok podpisu złożonego przez pana A..... S..... i pieczęci wykonawcy Energopomiar.

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 czerwca 2012 r., a zatem przed 4 kwietnia 2012 r., tj. datą widniejącą przy podpisie pani Krystyny Feliksiak na wskazanych powyżej stronach.

W ocenie składu orzekającego Izby na tej podstawie nie można w ogóle uznać, że potwierdzenie przez radcę prawnego K..... F..... zgodności z oryginałami dokumentów znajdujących się na stronach 45-51 oferty wykonawcy Energopomiar było poczynione „na potrzeby” przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przed wszystkim jednak skład orzekający Izby za wystarczające uznał opatrzenie każdej strona oferty wykonawcy Energopomiar – w prawym dolnym rogu – podpisem pana A..... S..... – Prezesa zarządu, Dyrektora Naczelnego tego wykonawcy. I choć podpis jest nieczytelny, jego identyfikacja – w świetle wielu podpisów złożonych przez pana A..... S..... na wszystkich stronach oferty wykonawcy Energopomiar, a opatrzonych dodatkowo jego pieczęcią imienną wraz ze wskazanym stanowiskiem - nie nastrocza żadnych trudności. Oznacza to, że poświadczanie zgodności składanych dokumentów przez jakąkolwiek inną osobę, nie było – przynajmniej w zakresie oferty – potrzebne, a pełnomocnictwo udzielone pani K..... F..... – mogłoby być przydatne na innym etapie postępowania

(w stosunku do innych składanych przez tego wykonawcę dokumentów).

Sprawa z odwołania konsorcjum Parsons o sygn. akt KIO 808/13 – dalsze zarzuty.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Energopomiar z uwagi na niespełnienie

warunków udziału w postępowaniu wobec nie wykazanie się przez wykonawcę Energopomiar wymaganym doświadczeniem nie potwierdził się.

Swoje oczekiwania wobec doświadczenia wykonawcy zamawiający wskazał ostatecznie w zmodyfikowanym pkt. 5.1.4.1. SIWZ, poprzez wymóg, aby każdy wykonawca wykazał, że wykonał należycie co najmniej jedną usługę obejmującą funkcję Inżyniera Kontraktu w całym zakresie realizacji inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym lub brunatnym o mocy co najmniej 400 MWe (w tym: kotła lub turbiny) w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie.

Zmianą punktu 5.1.4.1. SIWZ zamawiający zastąpił sformułowanie „w całym procesie realizacji inwestycji” sformułowaniem „w całym zakresie realizacji inwestycji”.

W celu potwierdzenia spełniania tego warunku zamawiający zażądał w pkt. 6.7.1. SIWZ złożenia *Wykazu wykonanych przez Wykonawcę usług*, w którym opiszcie należycie wykonaną usługę. Zamawiający sprecyzował w dalszej części punktu 6.7.1. SIWZ, że w *Wykazie* należy podać:

- przedmiot inwestycji oraz zakres wykonywanych usług,
- moc bloku (MWe),
- paliwo, jakim opalany jest blok energetyczny,
- okres i miejsce wykonania usługi,
- datę przekazania bloku do eksploatacji,
- nazwę odbiorcy usługi.

Zamawiający wskazał także, że do *Wykazu usług* należy załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane przez wykonawcę należycie.

Dodatkowo w opracowanym przez zamawiającego do wypełnienia przez wykonawców formularzu *Wykaz usług*, w opisie poszczególnych kolumn zamawiający podał: (1) „Opis przedmiotu Usługi, zakres Usług Inżyniera Kontraktu”, (2) „Przedmiot inwestycji, której dotyczyła Usługa Moc bloku Paliwo jakim opalany jest blok Data przekazania bloku do eksploatacji (dd/mm/rrrr)”, (3) „Okres i miejsce wykonania Usługi”, (4) „Nazwa i adres odbiorcy usługi”.

Wykonawca Energopomiar w złożonej ofercie wskazał jedną usługę, opisując ją następująco: (1) „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego „Budowa bloku energetycznego o mocy 460 MW w Elektrowni Łagisza” z prototypowym kotłem fluidalnym. Zadanie inwestycyjne realizowane było w „układzie wyspowym”, dla którego połączone struktury organizacyjne Inwestora i Inżyniera Kontraktu pełniły obowiązki odpowiadające funkcji Generalnego Wykonawcy”, (2) „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu

w całym zakresie realizacji inwestycji polegające na budowie bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym o mocy 460 MWe w Elektrowni Łagisza, moc bloku: 460 MWe, paliwo: węgiel kamienny, Data przekazania bloku do eksploatacji: 27.06.2009”, (3) Grudzień 2006-Grudzień 2009 Będzin – Elektrownia Łagisza, (4) „TAURON Wytwarzanie S.A. ul. Lwowska 23 40-389 Katowice dawniej: Południowy Koncern Energetyczny S.A.”.

Wraz z *Wykazem* wykonawca Energopomiar złożył List referencyjny Południowego Koncernu Energetycznego Grupa TAURON z dnia 30 grudnia 2009 r.

Pismem z dnia 11 marca 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę Energopomiar do wyjaśnienia, czy usługa Inżyniera Kontraktu dla wskazanego zadania inwestycyjnego pełniona była w całym zakresie realizacji ww. inwestycji.

Odpowiadając na to wezwanie wykonawca Energopomiar wyjaśnił m.in., że „ze wszystkich czynności, jakie zostały wykonane przez wykonawców kontraktów realizacyjnych do dnia podpisania umowy z Inżynierem Kontraktu, zostały podpisane protokoły odbiorów dopiero po zatrudnieniu Wykonawcy EP, tj. przez kierownika budowy oraz inspektorów nadzoru inwestorskiego znajdujących się w strukturze organizacyjnej (skład osobowy) Inżyniera Kontraktu. W tym też momencie doszło do formalnego zatwierdzenia wykonanych prac i jednocześnie potwierdzenia realizacji odpowiedniego zakresu rzeczowego”.

Ocena zmienionego brzmienia postanowienia punktu 5.1.4.1. SIWZ ma znaczenie kluczowe dla oceny spełnienia przez wykonawcę Energopomiar warunku posiadania doświadczenia.

W języku polskim „zakres” rozumiany jest jako granice zasięgu danego zjawiska, faktu itp., jako dziedzina objęta tymi granicami. „Proces” natomiast rozumiany jest jako przebieg następujących po sobie i powiązanych przyczynowo określonych zmian, stanowiących stadia, fazy, etapy rozwoju czegoś, rozwijanie się, przeobrażanie się czegoś.

Uwzględniając powyższe rozumienie obu pojęć stwierdzić należy, że zamawiający odszedł od rozumienia spełnienia wymogu doświadczenia w aspekcie czasowym – „następujących po sobie zmian” na rzecz rozumienia spełnienia wymogu doświadczenia w aspekcie rzeczowym - jako osiągnięcia granic dziedziny – w spornym przypadku – jako osiągnięcie „zestawu doświadczeń – zadań” właściwych dla Inżyniera Kontrakt, przypisanych mu i odnoszących się do nadzorowanej inwestycji. Przemawia za tym także żądanie zamawiającego, aby każdy wykonawca wskazał zakres wykonanych usług, nie zaś szczegółowo opisywał przedmiot inwestycji i odpowiadające mu obowiązki Inżyniera Kontraktu.

Z tego też względu skład orzekający Izby uznał, że choć obowiązki Inżyniera Kontraktu dla zadania budowy bloku energetycznego w Elektrowni Łagisza Energopomiar podjął w kilka miesięcy po rozpoczęciu inwestycji, podczas których wykonane zostały pewne

prace projektowe i budowlane, to wykazał doświadczenie niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia przede wszystkim – poprzez należyte (nie było to kwestionowane, potwierdzał to List referencyjny) wykonywanie powtarzalnych w toku realizacji inwestycji zadań Inżyniera Kontraktu, w tym polegających na kontroli i nadzorze wielu prac, czy to projektowych, czy to budowlanych. Za takim podejściem przemawia zarówno brak przypisania przez samego zamawiającego sformułowaniu „w całym zakresie realizacji inwestycji” jakiegoś szczególnego, sprecyzowanego rozumienia, ale także obowiązująca w zamówieniach publicznych i potwierdzana wielokrotnie, również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, „reguła” braku tożsamości usług wcześniej wykonanych z usługą zamawianą. Podjęcie przez Energopomiar obowiązków Inżyniera Kontraktu później niż rozpoczęcie nadzorowanej inwestycji nie przekreśla adekwatności zdobytego tak doświadczenia (polegającego na nadzorowaniu inwestycji przez kolejne 3 lata) do doświadczenia niezbędnego do nadzorowania kolejnej inwestycji o podobnym stopniu skomplikowania. Cenne jest także stanowisko odbiorcy usługi (Południowego Koncernu Energetycznego, obecnie TAURON Wytwarzanie S.A.), który pomimo „opóźnienia” Energopomiar, udzielił temu wykonawcy referencji, w której wysoko ocenił profesjonalizm, sprawną organizację, wysokie kompetencje, doświadczenie oraz zaangażowanie w realizację projektu (str. 66 oferty wykonawcy Energopomiar). Wykonawca Energopomiar realizował swoje zadania przy budowie bloku energetycznego w Elektrowni Łagisza także poprzez zatwierdzenie (poprzedzone przecież sprawdzeniem) wykonanych wcześniej – zanim mógł objąć obowiązki Inżyniera Kontraktu, prac.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Energopomiar, a także wykonawcy ILF z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu wobec fikcyjnego wykazania się przez tych wykonawców potencjałem karowym nie potwierdził się.

Odwołujące się konsorcjum Parsons wniosło o fikcyjnym wykazaniu się przez dwóch wskazanych wykonawców potencjałem kadrowym wysnuło z faktu, iż pomiędzy konsorcjum, w skład którego wchodzi udostępniający osoby podmiot trzeci, tj. Energoprojekt Warszawa S.A. a jednym z członków konsorcjum – generalnego wykonawcy (Realizatorem) budowy bloku energetycznego w Kozienicach (dla której to budowy wyłaniany jest w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Inżynier Kontraktu) doszło do zawarcia umowy na prace projektowe przy tej inwestycji, co wskazuje na istnienie konfliktu interesów, a także narusza art. 3.1., 3.7. i 3.8. wzoru umowy, stanowiącego część III SIWZ przedmiotowego postępowania.

Skład orzekający Izby ustalił, że w słowniku (definicje pojęć) wzoru umowy,

stanowiącego część III SIWZ zamawiający podał: „Realizator – oznacza wykonawcę Bloku, który zostanie wybrany przez Zamawiającego i który będzie realizował Blok na podstawie Kontraktu”, „Kontrakt – oznacza umowę na budowę Bloku, którą Zamawiający zawrze z Realizatorem”.

Wybór Realizatora nastąpił, jak wskazał w piśmie procesowym, złożonym w sprawie o sygn. akt KIO 808/13 przystępujący ILF, „nie wcześniej niż we wrześniu 2012 r.” Realizator rozpoczął negocjacje z potencjalnymi projektantami, jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie zamawiający „dopiero 25.09.2012 r.” zaś „umowę zawarł dopiero 29.01.2013 r.” Odwołujące się konsorcjum Parsons wskazało w piśmie procesowym z dnia 19 kwietnia 2013 r. (str. 24), że podpisanie umowy z Centrum Projektowym Polimex-Mostostal Sp. z o.o. na wykonanie prac projektowych nastąpiło 4 stycznia 2013 r., na potwierdzenie czego załączył oświadczenie Energoprojekt-Katowice S.A. (lider konsorcjum - członek obok Energoprojekt-Warszawa S.A. oraz Centrum Projektowego Polimex-Mostostal Sp. z o.o.) z dnia 8 kwietnia 2013 r.

Pomijając różnice co do konkretnej daty zawarcia umowy w styczniu 2013 r. uznać należy, że wybór Realizatora nastąpił już po terminie składania ofert wyznaczonym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dzień 17 sierpnia 2012 r.

Skład orzekający Izby uznał zarzut za niezasadny, ze względu na przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawcy są zobowiązani wykazywać spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem również w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia (potencjału kadrowego) nie później niż na dzień składania ofert, jak też ze względu na przepis art. 26 ust. 3 przewidujący – w przypadku konieczności uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ocenę zamawiającego dokonaną w świetle przywołanych regulacji Prawa zamówień publicznych uznać zatem należy za prawidłową.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby podziela stanowisko przystępującego ILF wyrażone w piśmie procesowym w sprawie o sygn. akt KIO 808/13, że „właśnie na potrzeby tego rodzaju sytuacji we wzorze umowy o zamówienie publiczne przewidziano mechanizm zmiany personelu zaangażowanego w wykonywanie zamówienia” (str. 5 (ii)). Możliwość skorzystania z trybu zmiany składu zespołu Inżyniera Kontraktu, przewidzianego w art. 3.9. wzoru umowy potwierdził także zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 4, pkt 2 zdanie ostatnie).

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy ILF z uwagi na niewykazanie umocowania osoby, która podpisała zobowiązania w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy ILF, tj. z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia na tej podstawie oferty wykonawcy ILF nie potwierdził się.

W pkt. 6.7.2. SIWZ, na stronie 17 i 18 SIWZ zamawiający zażądał, w przypadku gdy wykonawca będzie powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazywaniu doświadczenia i potencjału kadrowego (pkt 5.1.4.1 i 5.1.4.2. SIWZ) złożenia zobowiązania (oryginału lub poświadczonej notarialnie kopii) tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, a także dokumentu/dokumentów poświadczających, że osoba/osoby podpisujące zobowiązanie była/były do tego uprawniona. Zaakcentować zatem należy, że kwestia związana z umocowaniem osoby podpisującej to zobowiązanie została uregulowana odrębnie. Skoro postanowienia SIWZ nie wymagały w tym przypadku przedstawienia pełnomocnictw, na poświadczeniach porzeczając, to nie mają tym samym zastosowania postanowienia SIWZ, które odnoszą się do pełnomocnictw.

Wykonawca ILF na stronach 85-86 oferty złożył „Oświadczenie podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp”, które podpisał w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby, tj. HDR Engineering, Inc. pan W..... H. D..... III. Na stronach 87-94 oferty wykonawca ILF złożył Umowę spółki HDR Infrastructure, Inc. wraz z tłumaczeniem, umowę zmieniającą umowę spółki HDR Infrastructure, Inc. wraz z tłumaczeniem oraz zaświadczenie pana L..... J. P....., sekretarza spółki udostępniającej odnośnie do uchwały Zarządu Spółki z dnia 16 maja 2012 r. wraz z tłumaczeniem. Zaświadczenie przytaczało fragment uchwały Zarządu Spółki HDR Engineering, Inc. z dnia 16 maja 2012 r., zgodnie z którym pan W..... H. D....., III – Starszy Wiceprezes otrzymał prawo do zawierania i zatwierdzania

w imieniu Spółki umów na świadczenie usług inżynierskich oraz usług architektonicznych towarzyszących usługom inżynierskim, które mają zostać zrealizowane przez Spółkę. W powyższych dokumentach nie wskazano sposobu reprezentacji spółki HDR.

W związku z wątpliwościami co do tego, czy „Pan William H. Damon III był upoważniony do podpisania w imieniu HDR Engineering Inc. oświadczenia o udostępnieniu ILF zasobów HDR” (zamawiający użył zwrotu: „zamawiający zwraca także uwagę”) pismem z dnia 22 lutego 2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę ILF do „przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie”. Odpowiadając na to wezwanie wykonawca ILF w wyznaczonym terminie (przedłużonym przez zamawiającego na wniosek wykonawcy) potwierdził, iż pan W..... H. D..... III był i pozostaje upoważniony do złożenia w imieniu spółki HDR Engineering, Inc. oświadczenia o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia na rzecz ILF w ramach przedmiotowego

postępowania jako oświadczenia związanego ze świadczeniem przez HDR usług inżynierskich. Załączył dodatkowe oświadczenie sekretarza spółki z dnia 22 lutego 2013 r. potwierdzające upoważnienie do złożenia oświadczenia w przedmiocie oświadczenia o udostępnieniu zasobów.

W ocenie składu orzekającego Izby załączone do oferty ILF zaświadczenie sekretarza spółki HDR odpowiada sprecyzowanemu przez zamawiającego wymogowi odnoszącemu się do udokumentowania uprawnienia dla osoby podpisującej zobowiązanie podmiotu trzeciego, ponieważ zaświadczenie to jest dokumentem poświadczającym to umocowanie. Przywołać należy, wobec braku wskazania odmiennego rozumienia w SIWZ, że w języku polskim poświadczyc oznacza „stwierdzić, poręczyć prawdziwość, wiarygodność, tożsamość kogoś lub czegoś”, zaś „poświadczenie” to „dokument poświadczający, stwierdzający coś, świadectwo, pokwitowanie, zaświadczenie”. Na tej podstawie, w odniesieniu do postawionego wymogu uznać więc należy, że zaświadczenie z dnia 6 lipca 2012 r. złożone wraz z ofertą oraz zaświadczenie z dnia 22 lutego 2013 r. , przekazane w następstwie wezwania do złożenia wyjaśnień poświadczają i potwierdzają, że pan W..... H. D..... III był uprawniony do podpisania – złożenia w imieniu spółki HDR Enineering, Inc. - oświadczenia o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia na rzecz ILF w ramach przedmiotowego postępowania.

Wobec takiego brzmienia wymogu SIWZ i jego rozumienia, stwierdzić należy, że złożenie dokumentu ujawniającego zasady reprezentacji podmiotu udostępniającego (odpowiedź zamawiającego nr 28 z dnia 18 lipca 2012 r.), który zamawiający ocenił jako „wystarczający” (nie zaś niezbędny) było w przedmiotowym postępowaniu – również – możliwe.

Postanowienia pkt. 6.7.2. SIWZ, na stronie 17 i 18 SIWZ nie wymagały złożenia w ofercie, w przypadku składania dokumentu poświadczającego/potwierdzającego umocowanie do podpisania zobowiązania o udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego, dokumentów z których wynikałoby umocowanie do działania dla osoby poświadczającej czy potwierdzającej.

Mając powyższe na względzie, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, wydając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp orzeczenie łączne w sprawach o sygn. akt KIO 804/13 i KIO 808/13.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).