Sygn. akt: KIO 2932/20

WYROK

z dnia 1 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Andrzej Niwicki**

Członkowie: **Aneta Mlącka**

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020r. przez wykonawcę **Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "Drogomex" Sp. z o.o.; ROBOZ P. P. z siedzibą lidera w Pruszkowie**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i:
   2.1 zasądza od wykonawcy **Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "Drogomex" Sp. z o.o.; ROBOZ P. P. z siedzibą lidera w Pruszkowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

……

……

Sygn. akt: KIO 2932/20

Uzasadnienie

Zamawiający:Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”,Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Wykonanie w formule projektuj i wybuduj wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie DK i PPS po zachodniej stronie lotniska stanowiących "Zadanie 1, inwestycji pn. Rozbudowa Portu Lotniczego Radom - Sadków, nr referencyjny: 50/PN/ZP/TLLZP/20 („Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu: Suplement do DUUE z 4 czerwca 2020 r., nr 2020/S107- 260294.

Odwołujący:Max Bögl Polska Sp. z o.o., ul. Michała Śniegockiego 4-6,52-414 Wrocław, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Drogomex Sp. z o.o. i P. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ROBOZ P. P. (dalej: „Drogomex” lub „Wykonawca”);

2)przyjęciu, że Drogomex w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, co skutkowało zaniechaniem udostępnienia Odwołującemu tych wyjaśnień w całości;

3)zaniechaniu odrzucenia oferty Drogomex, mimo iż nie wykazał, że cena jego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4)zaniechaniu odrzucenia oferty Drogomex niezgodnej z treścią SIWZ;

5)zaniechaniu odrzucenia oferty Drogomex, jako czynu nieuczciwej konkurencji;

6)zaniechaniu odrzucenia oferty Drogomex, z zaoferowaniem świadczenia niemożliwego w postaci 14 - miesięcznego terminu realizacji zamówienia, ergo nieważnej;

7)zaniechaniu wykluczenia Drogomex, pomimo tego że Wykonawca wprowadził w błąd w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia; a co najmniej na

8)zaniechaniu wezwania Drogomex do wyjaśnień dot. spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia;

9)zaniechaniu wezwania Drogomex do wyjaśnień celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu w

zakresie doświadczenia.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1)art. 8 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, "uznk", przez przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Drogomex w wyjaśnieniach wraz z zawartymi w nich cenami jednostkowymi (oprócz „Tabeli wyliczenia części składowych oferty po licytacji" – zał. 6 do pisma z dnia 24.08.2020 r. oraz Tabela pokazująca wyliczenie części składowych po licytacji z dnia 8.10.2020 r.), stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zaniechanie udostępnienia prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. jawności postępowania, a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty.

oraz

2)art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art 7 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art 90 ust. 2 i w zw. z art. 7 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Drogomex, pomimo tego że Wykonawca nie złożył wyjaśnień, które potwierdzałby, że jego cena nie nosi znamion rażąco niskiej, bowiem wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, lakoniczny i nie zawierają niezbędnych dowodów.

Zamawiający zaniechał analizy wyjaśnień i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co świadczy o naruszeniu podstawowych zasad prowadzenia postępowania, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców, oraz

3)art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Drogomex w sytuacji, gdy Wykonawca jako jedyny zaoferował 14 miesięczny termin realizacji zamówienia, pomimo tego że sam Zamawiający dostrzegł niemożność dochowania tego terminu. To prowadzi do wniosku, że Drogomex, nie uwzględnił w ofercie wszystkich elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, a których uwzględnienie winno znaleźć swoje odzwierciedlenie w cenie i terminie realizacji zamówienia;

4)art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo tego że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Wykonawca zaoferował, że zrealizuje zamówienie w terminie 14 miesięcy;

5)art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp i art. 387 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy Drogomex, oferując 14-miesięczny termin realizacji, nie ma możliwości zrealizowania zamówienia w takim terminie, a zatem zaoferował świadczenie niemożliwe;

6)art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Drogomex w sytuacji, gdy Wykonawca, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału dotyczące doświadczenia osób skierowanych przez niego do realizacji zamówienia; względnie (na wypadek niemożności przypisania Wykonawcy działania w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa)

7)art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Drogomex w sytuacji, gdy Wykonawca, przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do doświadczenia osób skierowanych do realizacji, mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;

8)art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wezwania Drogomex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie osób, które Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia;

9)art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wezwania Drogomex do wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału dotyczących doświadczenia zakresu i wartości prac poszczególnych konsorcjantów realizujących zadania, charakteru robót wykonywanych przez Wykonawcę.

Odnośnie do zarzutów wskazanych w pkt 2 i 3 Odwołujący wyjaśnia, że zarzuty wobec niemożności zapoznania się z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny, jakie składał Drogomex, zostały sformułowane w sposób ogólny i (z uwagi na brak dostępu do dokumentów źródłowych) nie stanowią polemiki z tymi wyjaśnieniami. Odwołujący wyjaśnia że sama objętość wyjaśnień złożonych przez Drogomex, połączona ze skrajnie krótkim, niemożliwym do dochowania terminem realizacji zamówienia, uzupełniona o twierdzenia Odwołującego w odwołaniu może być podstawą do odrzucenia oferty Drogomex już na tym etapie.

Jednak gdyby Izba uznała, iż na tym etapie nie ma podstaw do odrzucenia oferty, Odwołujący wnosi o to, by zarzuty z pkt 2 i 3 (pkt 3 wyłącznie w zakresie nieuwzględnienia przez Drogomex w ofercie wszystkich wymogów z SIWZ) zostały uznane za zarzuty przedwczesne (przy równoczesnym unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co z kolei umożliwi Odwołującemu podniesienie tych zarzutów w przyszłości).

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, wobec zaniechania odrzucenia oferty, mają swoje źródło w wyjaśnieniach Wykonawcy z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. la pkt 1 Pzp.

Trudno zatem formułować zarzuty bez odniesienia się do realnej, jedynie „podejrzewanej" treści wyjaśnień. Taki stan rzeczy przeczy podstawowym zasadom ustanowienia środków odwoławczych, jak stwierdza Izba w przywołanym wyroku. Izba przyjęła w powołanej sprawie, że zarzut rażąco niskiej ceny będzie mógł być sformułowany po uzyskaniu możliwości zapoznania się z przedmiotowymi wyjaśnieniami.

W oparciu o przedstawione zarzuty wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz

2)przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Drogomex jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub jako niezgodnej z SIWZ lub odrzucenia oferty jako zawierającej czyn nieuczciwej konkurencji lub odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp lub wykluczenia Wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp; ewentualnie (w przypadku uznania przez Izbę braku podstaw do odrzucenia oferty Drogomex na tym etapie lub do jego wykluczenia z Postępowania)

3)przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności:

a)nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Drogomex w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. la pkt 1 Pzp,

b)nakazanie Zamawiającemu wezwania Drogomex do wyjaśnień co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych przez do realizacji zamówienia oraz w zakresie doświadczenia Wykonawcy.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. list rankingowej wykonawców, za ofertą Drogomex.

Przedmiot zamówienia ma charakter złożony i kompleksowy, wskazany w opisie i wzorze umowy.

Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Drogomex. Oferta w przyjętychdwóch kryteriach oceny ofert (cena -80%, termin realizacji-20%), uzyskała 100 pkt, w tym cena 80 pkt, termin realizacji —20 punktów.

Zdaniem Odwołującego, zarówno cena, jak i zaoferowany przez Drogomex termin realizacji zamówienia winny wzbudzić wątpliwości. Te dwa aspekty muszą być przy tym analizowane jednocześnie. Deklarowany czas realizacji zamówienia przez wykonawcę ma, a przynajmniej powinien mieć, przełożenie na zaoferowaną cenę.

Kwestia terminu realizacji zamówienia była przedmiotem wątpliwości wykonawców, którzy na etapie pytań do SIWZ, podnosili, że pierwotnie założony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia jest nierealny. Zgodnie z pierwotnym założeniem Zamawiającego zamówienie miało zostać zrealizowane w terminie do 16 miesięcy od dnia podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 1 marca 2022 r.

Podzielając stanowisko wykonawców, Zamawiający wprowadził zmiany w SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia, wydłużając go z 16 do 24 miesięcy.

Ostatecznie rozdział V SIWZ otrzymał następujące brzmienie: Zamówienie zostanie zrealizowane w terminie do 24 miesięcy od dnia podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 1 grudnia 2022 r., przy czym harmonogram prac Wykonawcy będzie przewidywał możliwość ich realizacji zgodnie z ograniczeniami podanymi przez Zamawiającego w załączniku 6 do SIWZ — „ Ograniczenia podane przez Zamawiającego ".

W konsekwencji, zmianie uległ także rozdział XV pkt 2.2. SIWZ, Kryterium „Termin realizacji" (T) w pełnych miesiącach, Ocena punktowa w ramach tego kryterium zostanie przyznana:

24 miesiące0 pkt, 23 miesiące 10 pkt, 22 miesiące 20 pkt. W przypadku zaoferowania terminu krótszego niż 22 miesięcy Wykonawca otrzyma 20 pkt, w przypadku terminu dłuższego niż 24 miesięcy, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Dla uzyskania maksymalnej punktacji w ramach kryterium wykonawca zadeklarować musiał 22 miesięcy. Drogomex zaoferował 14- miesięczny termin realizacji zamówienia.

W Postępowaniu oferty złożyło łącznie 5 wykonawców, oferując wszyscy poza przystępującym 22 miesięczny termin realizacji i wszyscy uzyskali maksymalną liczbę punktów w kryterium „Termin". Drogomex zaoferował - 14 miesięcy, a pozostali 8 miesięcy dłuższy termin.

Kwota, jaką Zamawiający zamierzał sfinansować zamówienie, to 218 626 675,94 zł brutto.

Stosownie do R. XVI SIWZ, Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną (dwie aukcje - aukcję powtórzono po wygranym odwołaniu Spółki Budimex SA).

Szacunkowa Wartość Zamówienia218 626 675,94 różnica % szacunkowej wartości zamówienia do średniej wartości ofert złożonych w postępowaniu po aukcji - 45%

średnia arytmetyczna wszystkich ofert 120 705 375,55

FirmaCena oferty brutto Różnica % do wartości Szacunkowej Zamówienia

DROGOMEX SP. Z O.O. 117 876 777,77 46,08%

MAX BÓGL POLSKA SP. Z 0.0.117 900 100,00 46,07%

STRABAG SP. Z 0.0. 118 750 000,00 45,68%

BUDIMEX SA 122 000 000,00 44,20%

Korporacja Budowlana DORACO 126 999 999,9941,91%

Drogomex zaoferował najkrótszy okres realizacji zamówienia i najniższą cenę, za jaką je wykona, i finalnie dwukrotnie udzielał Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie ceny.

Zdaniem Odwołującego, jednoczesne zaoferowanie 14-miesięcznego terminu realizacji (jako jedynego wykonawcy), połączone z najniższą ceną, prowadzi do wniosku, że Drogomex nie dostrzegł istotnych z okoliczności i elementów, które winny zostać uwzględnione zarówno przy szacowaniu czasu na realizację zamówienia, jak i w cenie ofertowej, co uzasadnia stawiany przez Odwołującego zarzut niezgodności oferty Drogomex SIWZ. Twierdzenia znajdują dodatkowe potwierdzenie w zaoferowanej cenie, która nie uwzględnia ryzyk związanych z niewykonaniem świadczenia w terminie, w tym w szczególności ryzyka zapłaty kilkumilionowej kary umownej z tytułu zwłoki w dochowaniu deklarowanego terminu realizacji zamówienia.

IINieskuteczne dokonanie przez Drogomex zastrzeżenia Wyjaśnień ceny

W związku z zaoferowaną przez Drogomex w czasie aukcji ceną, Zamawiający wezwał Drogomex do wyjaśnień sposobu kalkulacji oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny elementów oferty, np. cen jednostkowych użytych materiałów i ich ilości, wszelkich innych kosztów m.in. ilości roboczogodzin wraz ze stawką godzinową, uwzględnionych narzutów i marż, jak również wszelkich innych dokumentów, z których Zamawiający miał mieć

możliwość w jednoznaczny i nie budzący wątpliwości sposób wywnioskować, iż oferowana robota budowlana zostanie zrealizowana w sposób należyty i z dochowaniem wszelkiej staranności, które wskazywały będą na czynniki cenotwórcze(art. 90 ust. 1 pkt 1-5 pzp).

Były to kolejne wyjaśnienia ceny Wykonawcy udzielone zastrzegając treść oraz ceny jednostkowe, a także wskazane w ofertach będących załącznikami do wcześniejszych pism, w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Drogomex zaznaczył jednak, że „tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest objęta „Tabela wyliczenia części składowych oferty po licytacji [...]" — załącznik 6 do pisma z 24 sierpnia 2020 r. ze względu na fakt, iż stanowi ona uzupełnienie wylicytowanej nowej ceny ofertowej, zgodnie z założeniami Zamawiającego oraz taka sama tabela pokazująca wyliczenie części składowych po licytacji z dnia 8 października 2020 r".

Po wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołujący, skierował do Zamawiającego prośbę o udostępnienie w szczególności treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołującemu udostępniono część jawną wszystkich wyjaśnień dotyczących ceny, jakie Wykonawca składał w toku Postępowania tj. następujące informacje:

TABELA wyliczenie części składowych oferty po licytacji, zgodna z tabelą załączoną przez Zamawiającego w formularzu ofertowym w załączniku nr 1 do SIWZ wskazujące na Element, Kwota netto oferty pierwotnej, Udział procentowy w wartości kontraktu, faktyczny udział procentowy w wartości kontraktu, Kwota netto oferty po aukcji, Udział procentowy w wartości kontraktu:

1Prace Projektowe (PW i dokumentacja powykonawcza) 5 000 000,00 3-5% 3,79% 5 000 000,00 1,79%

2Roboty dennie 6 948 162,00 5-10% 5,26% 5 494 680,85 5,26%

3Wykonanie nawierzchni BETONOWE] 35 733 272,41 20-40% 27,07% 27 164 669,93 26,02%

4Wykonanie nawierzchni BITUMICZNE] 35 519 618,23 20-40% 26,91% 29 182 878,39 27,96%

5Kanalizacja teletechniczna 3 177 555,00 2-7% 2,41% 2 512 844,49 2,41%

6Kanalizacja i sieci elektryczne 6886 506,80 2-7% 5,22% 5 445 923,26 5,22%

7 Oświetlenie projektorowe i ozn. pionowe 6 277 077 2-7%4,76%5 123 979,66 4,91%

8Kanaliz. Deszcz. 0 957 000, 10-20% 15,B3% 15 527073,34 14,87%

9Pozostałe Roboty 11 499000,00 7-9% 8,71% 8 933 505,38 6,56%

lDRazem netto 131998 191,14 100% 100,00% 101385 555,31 100%

KWOTA WYLICYTOWANA BRUTTO: 128 394 233,03

TABELA wyliczenie części składowych oferty po licytacji dnia 08.10.2020, zgodna z tabelą załączoną PO drugiej aukcji

1Prace Projektowe (PW i dokumentacja powykonawcza 5 000 000 3-5% 3,79% 4 780 000 4,99%

2Roboty ziemne 6 948 162,1X1 5-10% 5,26% 5494 680,85 5,73%

3Wykonanie NAWIERZCHNI BETONOWEJ 35 733 272,41 211-4(1% 27217% 27 164 669,93 28,35%

4Wykonanie NAWIERZCHNI BITUMICZNEJ 35 519618,23 20-40% 26,91% 25 052 878,39 26,14%

5Kanalizacja teletechniczna 3 177 555,1X1 2-7% 2,41% 2 512 844,49 2,62%

6Kanalizacja i sieci elektryczne 6 886 506, SI2-7% 5,22% 5445923,26 5,68%

7Oświetlenie projektorowe i oznakowanie ponowę 6277077,(11 2-7% 4,76% 5123 979,66 5,35%

8Kanalizacja deszczowa 20 957 000 10-20% 15,88% 12 926 296,64 13,49%

9Pozostałe Roboty 11 499 000 7-9% 8,71% 7 333 505,38 7,65%

19Razem netto 131 998 191,44 100,00% 95 834 778,61 100%

Tabele były zresztą elementem formularza ofertowego.

Po otrzymaniu dwóch ogólnych tabel zawierających jedynie proste rozbicie części składowych oferty Drogomex, Odwołujący ponownie wystąpił o przekazanie całości wyjaśnień ceny, względnie uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia.

W odpowiedzi udostępniona została treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, która sprowadza się do kilku, ogólnikowych zdań. Drogomex, dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazał bowiem jedynie, że:

Udzielone powyżej wyjaśnienia oraz ceny jednostkowe podane w niniejszym wyjaśnieniu i w ofertach będących załącznikami do wcześniejszych Pism stanowią w całości tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym wnosimy o nieujawnianie i nie udostępnianie wyjaśnień innym podmiotom. Oferty podwykonawców, w tym ceny jednostkowe zostały objęte klauzulą poufności zarówno w Drogomex sp. z o. o. jak i w firmie ROBOZ P. P. . Dostęp do ofert podwykonawców uzyskał ograniczony krąg osób opracowujących w imieniu Konsorcjum ofertę oraz wyjaśnień do Zamawiającego. Oferty te są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie są nigdzie udostępniane ani publikowane. Chronione informacje mają charakter wrażliwy, wynikają

z indywidualnych negocjacji pomiędzy członkami Konsorcjum a potencjalnymi podwykonawcami i dostawcami.

Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest objęta „Tabela wyliczenia części składowych oferty po licytacji[...]"- załącznik nr 6 do pisma z dnia 24 sierpnia 2020 r., ze względu na fakt, iż stanowi ona uzupełnienie wylicytowanej nowej ceny ofertowej, zgodnie z założeniami Zamawiającego oraz taka sama tabela pokazująca wyliczenie części składowych po licytacji z dnia 8 października 2020r..

W tym stanie rzeczy Drogomex nieskutecznie zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia ceny.

Rolą Zamawiającego w postępowaniu jest zbadanie, czy informacje zawarte w dokumentach przedstawianych przez wykonawców, w szczególności w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk, a zatem, czy mogą stanowić przedmiot skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 Pzp.

Tajemnica przedsiębiorstwa to wyjątek od zasady jawności postępowania.

Zamawiający bezkrytycznie, ograniczył dostęp do wyjaśnień Drogomex, choć poza złożonym oświadczeniem, że informacje stanowią tajemnicę, okoliczności takie nie zostały wykazane. Całość zastrzeżenia sprowadza się wyłącznie do oświadczenia, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz że oferty podwykonawców, w tym ceny jednostkowe, zostały objęte klauzula poufności przez Wykonawcę, a dostęp do tych ofert uzyskał ograniczony krąg osób opracowujących ofertę i wyjaśnienia. Informacje nie są nigdzie udostępniania ani publikowane.

W odniesieniu do takiego uzasadnienia dokonania zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący zwraca uwagę na:

1.Możliwość zastrzeżenia jedynie informacji, a nie dokumentów:

Drogomex powinien był zastrzec ewentualne poszczególne informacje stanowiące tajemnicę tj. zanonimizować np. niektóre wartości czy ewentualne nazwiska pracowników. Nie ma jednak podstaw prawnych do zastrzeżenia Wyjaśnień w całości, jak w niniejszej sprawie.

2.Niewykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji:

Drogomex nie podjął nawet próby wykazania, że w treści wyjaśnień znajdują się informacje mające dla Wykonawcy wartość gospodarczą, pomimo tego że jest to kluczowa przesłanka z punktu widzenia oceny, czy Wykonawca miał podstawę do objęcia tych informacji zastrzeżeniem. Kwestia ta została całkowicie pominięta przez Drogomex.

3.Niewykazanie podjęcia działań mających na celu utrzymanie informacji w poufności, jak również że informacje nie są łatwo dostępne:

Drogomex ogranicza się wyłącznie do ogólnikowych stwierdzeń co do poufnego charakteru informacji, przy czym w orzecznictwie podkreśla się bardzo mocno, że: „Oświadczenia o tym, że zastrzeżone informacje nie są znane ogółowi, że istnieją zobowiązania narzucone przez kontrahentów, że wdrożono wewnętrzną politykę ochrony informacji, że stosuje się określone zabezpieczenia informacji przetwarzanych elektronicznie, w wersji papierowej i ustnej, pozostają jedynie oświadczeniami i deklaracjami. Każdy wykonawca może w chwili złożenia oferty lub wyjaśnień takie oświadczenia i deklaracje składać w celu wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 ZNKU. Tymczasem, zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp, przesłanka ta, jak i pozostałe, musi być wykazana. Aby ją wykazać, należy np. przedstawić dokumenty istniejące już wcześniej, z których wynika, że konkretne informacje (te zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla konkretnego kręgu osób." (KIO 501/20).

4.Brak podstaw do zastrzegania jako tajemnicę przedsiębiorstwa cen jednostkowych, szczegółowych kalkulacji cenowych:

Powyższe twierdzenie jest szczególnie aktualne w odniesieniu do tych wszystkich wyliczeń, kalkulacji, które przeprowadzone są w oparciu o dane przekazywane w całości przez Zamawiającego z pominięciem elementu twórczego, autorskiej metodologii ze strony wykonawcy.

5.Zastrzeżenie informacji nie może mieć na celu utrudnienia konkurentom weryfikacji oferty.

6.Niewykazanie stałego waloru wykonawcy:

Odwołujący przywołuje orzecznictwo, w którym podkreśla się, że: „Za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania. Te informacje muszą przy tym należeć do wykonawcy." (wyrok z 12 stycznia 2015 r, KIO 2784/14.

Tymczasem Drogomex w żaden sposób nie wykazał, aby informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach ceny miały jakąkolwiek wartość gospodarczą w ujęciu budowania przewagi konkurencyjnej Wykonawcy nad jego konkurentami, co prowadzi do wniosku, że nie wykazał w sposób wymagany, że zastrzegane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

7.Brak wykazania związku udostępnienia informacji z konkretną szkodą:

Zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Drogomex w opisany powyżej sposób nie odpowiada prawu. Tymczasem Wykonawca „ powinien sprecyzować i wykazać już w ramach uzasadnienia załączonego do oferty, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiłoby jego pozycję rynkową" (KIO 466/19). Podobne stanowisko Izba zawarła w wyroku KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/16): „wykonawcy winni wykazać zamawiającemu, dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona." (KIO 1549/15, Legalis 1361512).

Z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jednoznacznie wynika, że Wykonawca nie wykazał związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy ujawieniem informacji zawartej w tych dokumentach z określoną,

wymierną szkodą po stronie Wykonawcy. Powyższe oznacza, że brak było podstaw do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie ma wglądu do ofert handlowych lub umów, jakie być może Wykonawca złożył wraz z wyjaśnieniami ceny, ale zwraca uwagę, że z treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika jednoznacznie, czy już w relacji Wykonawca - kontrahent informacje zawarte w tych dokumentach były traktowane jako informacje poufne, czy też dopiero Wykonawca tak je traktuje. W braku takich zastrzeżeń, brak po stronie Zamawiającego podstaw do utrzymania Wyjaśnień ceny w tajemnicy w zakresie informacji odnoszących się do podmiotów trzecich.

8.Skuteczność dokonanego zastrzeżenia winna być oceniana na moment złożonego zastrzeżenia:

Odwołujący zwraca także uwagę, że oceniając skuteczność dokonanego przez Drogomex zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba może analizować jedynie uzasadnienie i dowody faktycznie przekazane Zamawiającemu przy zastrzeganiu wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę, a wszelkie późniejsze pisma czy dowody nie będą już mogły podlegać ocenie, ponieważ to nie na nich Zamawiający oparł swoją ocenę co do skuteczności dokonanego zastrzeżenia, która to ocena jest kwestionowana na etapie postępowania odwoławczego.

Ponadto, za wyrokiem KIO 918/18: Powyższe znajduje zresztą pełne uzasadnienie w orzecznictwie. Dla przykładu, w wyroku z 25 czerwca 2018 r. wskazano: „Izba - rozstrzygając o prawidłowości oceny zastrzeżenia określonych informacji - bierze pod uwagę wyłącznie argumentacje i. ewentualnie- dowody przedstawione zamawiającemu przy dokonywaniu wspomnianego zastrzeżenia. Niedopuszczalne, w przekonaniu składu orzekającego, jest w szczególności rozciąganie momentu wykazania zasadności zastrzeżenia na postępowanie odwoławcze. W przeciwnym razie dochodziłoby do wypaczenia istoty postępowania odwoławczego, które polega na ocenie prawidłowości konkretnej, co do czasu i treści, decyzji zamawiającego w świetle obowiązujących przepisów prawa, a samą Izbę stawiałoby niejako w roli zamawiającego.” (wyrok z dnia 25 czerwca 2018 r., KIO 918/18.

Izba może więc w tej sytuacji analizować jedynie uzasadnienie i dowody faktycznie przekazane Zamawiającemu przy zastrzeganiu wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Drogomex, a wszystkie późniejsze pisma czy dowody nie podlegają ocenie, ponieważ na nich Zamawiający nie oparł swojej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uwzględniając wszystkie te elementy, jakie Zamawiający winien był wziąć pod uwagę przy analizowaniu skuteczności dokonanego przez Drogomex zastrzeżenia informacji, nie sposób uznać, aby Zamawiający mógł dojść do przekonania, że treść wyjaśnień ceny, jakie złożył Drogomex, winny podlegać ochronie. Wykonawca ograniczył się bowiem do kilku zdań uzasadnienia, w których nie podjął choćby próby wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Całość uzasadnienia cechuje wyjątkowy stopień ogólności i brak poparcia jakimikolwiek dowodami, które potwierdzałyby twierdzenia Wykonawcy,

Nie ulega zatem wątpliwościom, że Zamawiający winien był uznać zastrzeżenie Drogomex jako nieskuteczne i udostępnić Odwołującemu w całości treść wyjaśnień ceny, jakie złożył Zamawiającemu Drogomex.

IIINiesprostanie przez Drogomex ciężarowi wykazania, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Wyjaśnienia dotyczące ceny z załącznikami liczą ok. 15 stron i ok. 2 stron, nawet bez dostępu do treści, jest uzasadnione przypuszczenie, że Drogomex nie sprostał ciążącemu na Wykonawcy obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

„W przepisie art. 90 ust. 3 wskazano, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przy czym nieudzieleniem wyjaśnień, o którym mowa w tym przepisie, jest nie tylko brak reakcji wykonawcy na wezwanie zamawiającego, ale też co prawda przedstawienie pisma typu "wyjaśnienia", lecz nie zawierające żadnych szczególnych merytorycznych informacji i danych (tzw. "merytorycznej treści") - przy czym w zależności od rozmiaru braku owych informacji i danych konkretną sytuację albo uznaje się za brak złożenia wyjaśnień w ogóle, albo za brak wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny pozwalającej na pozytywną ocenę przez zamawiającego, czyli niedopełnienie obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 90 ust. 2 pzp” (KIO 1172/20).

Zgodnie z treścią zał 3 do SIWZ (OPZ) zakres zamówienia obejmuje:

1)Sporządzenie projektu wykonawczego w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy, projekt budowlany oraz pozostałe dokumenty udostępnione przez Zamawiającego. W ramach projektu wykonawczego należy opracować projekt technologiczny zabezpieczenia i odwodnienia wykopów dostosowany do przyjętej technologii prowadzenia robót;

2)Wykonanie robót budowlanych w oparciu o projekty wykonawcze i STWiORB;

3)Uzyskanie wszelkich opinii, uzgodnień niezbędnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności;

4)Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie;

5)Uzyskanie zamiennej decyzji ZRIL w przypadku, kiedy realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z PFU i wymaganiami Zamawiającego odbiegać będzie od rozwiązań istotnie odbiegających od zatwierdzonego przez Organ Projektu Budowlanego;

6)Wykonanie zadań wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Umowie zawartej pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym.

Z uwagi na szczególny charakter zamówienia, jakim jest wykonanie (w formule projektuj i buduj) dróg kołowania i płyt postojowych lotniska, przy znacznym rozmiarze dokumentacji, jaka została udostępniona przez Zamawiającego i jaka

powinna być wzięta pod uwagę przez wykonawców przy kalkulowaniu ceny ofertowej, nie jest możliwe, aby Drogomex udzielił szczegółowych wyjaśnień w zakresie ceny w kilku- lub kilkunastostronicowym dokumencie.

Zamawiający wystąpił do Wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym sposobu kalkulacji oraz o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny elementów oferty: np. cen jednostkowych użytych materiałów i ich ilości, wszelkich innych kosztów m.in. ilości roboczogodzin wraz ze stawką godzinową, uwzględnionych narzutów i marż, jak również wszelkich innych dokumentów, z których Zamawiający będzie mógł w jednoznaczny i nie budzący wątpliwości sposób wywnioskować, iż oferowana robota budowlana zostanie zrealizowana w sposób należyty i z dochowaniem wszelkiej staranności lub innych dokumentów, które wskazywały będą na czynniki, wpływające na cenę w szczególności w zakresie [...].

W ocenie Odwołującego, udzielone przez Drogomex wyjaśnienia nie zawierają szczegółowych wyjaśnień ani kalkulacji, które potwierdzałyby, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Sama objętość wyjaśnień sugeruje, że Wykonawca posługiwał się ogólnikowymi hasłami, odwołującymi się do doświadczenia oraz do wyceny wszystkich kosztów i wymagań SIWZ, bez szczegółowego omawiania twierdzeń i popierania ich stosownymi dowodami.

Takich wyjaśnień nie sposób uznać za wystarczające dla uznania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco nisko, na co zwraca się też uwagę w orzecznictwie: (KIO 1394/20).

Odwołujący stoi więc na stanowisku, że Drogomex nie sprostał ciążącemu na Wykonawcy obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Odwołujący zwraca również uwagę na konieczność przeanalizowania, czy Drogomex, udzielając wyjaśnień, uwzględnił w swoich wyjaśnieniach wszystkie te elementy, o które zabiegał Zamawiający, a więc przede wszystkim, czy udzielił wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny elementów oferty Drogomex, np. cen jednostkowych użytych materiałów i ich ilości, wszelkich innych kosztów m.in. ilości roboczogodzin wraz ze stawką godzinową, uwzględnionych narzutów i marż, jak również czy przedłożył wszelkie inne dokumenty, z których Zamawiający miał możliwość w jednoznaczny i nie budzący wątpliwości sposób wywnioskować, iż oferowana robota budowlana zostanie zrealizowana w sposób należyty i z dochowaniem wszelkiej staranności. W przypadku braku sprostania tym wymaganiom - nie sposób przyjąć, aby Drogomex skutecznie udzielił wyjaśnień w zakresie ceny.

Niezależnie od objętości udzielonych wyjaśnień, Odwołujący zwraca uwagę na okoliczności, które poddają w wątpliwość możliwość zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę:

1.Wartość robót budowlanych według projektu budowlanego Zamawiającego w odniesieniu do 14-miesięcznego terminu realizacji zamówienia:

Drogomex, jako jedyny zaoferował, że zrealizuje zamówienie w 14 miesięcy. Mając na uwadze zadeklarowany termin realizacji, który nawet przez samego Zamawiającego był uznany za nierealny (został zmieniony w SIWZ), Wykonawca nie będzie miał czasu na zaprojektowanie i uzgodnienie z Zamawiającym rozwiązań zamiennych do projektu, które pozwoliłyby obniżyć koszty realizacji, czyli na tzw. optymalizację. Takie rozwiązania wymagają bowiem dodatkowego czasu, którego Wykonawca nie będzie miał z uwagi na drastyczne skrócenie terminu realizacji zamówienia.

Powyższe oznacza, że w ofercie Drogomex powinien wycenić rozwiązania przyjęte w projekcie budowlanym, zamieszczonym przez Zamawiającego wraz z dokumentacją postępowania (element OPZ), w szczególności Drogomex winien był wycenić bardzo kosztowne konstrukcje nawierzchni przewidziane do wykonania w ramach zadania.

Według szacunków Odwołującego, koszt samych podstawowych (głównych) materiałów dla zadania przy przyjęciu rozwiązań z projektu budowlanego to około 63 700 000 zł netto. Wskazana wartość materiałów nie uwzględnia np. ryzyka wzrostu cen. Przykładowo w obecnej chwili koszt zakupu asfaltu do mieszanek bitumicznych jest najniższy od kilku lat. Corocznie również notuje się wzrost kosztów zakupu cementów do mieszanek betonowych. Podkreślić należy, że zgodnie z projektem budowlanym udostępnionym przez Zamawiającego, koszt zakupu mieszanek bitumicznych jest istotnym czynnikiem cenotwórczym. Co więcej, przyjęte na potrzeby wyliczeń ilości materiału nie uwzględniają strat związanych z transportem, wbudowaniem, zagęszczeniem, wilgotnością etc. materiałów. Wykonawca winien również uwzględnić ryzyko ilościowe związane z tym, że obliczenia ilości są dokonywane na bazie projektów budowlanych i mogą się różnić po wykonaniu projektów wykonawczych

Tak wysoki łączny koszt samych materiałów brutto: 117 876 777,77 zł wskazuje, że pozostałe elementy zostały znacząco zaniżone. Odwołujący podkreśla, że przyjęcie tak krótkiego czasu realizacji powoduje, że cena, pomimo iż nie odbiega znacząco od pozostałych ofert, to nie może być z nimi porównywana. Pozostali oferenci mogli bowiem w ofertach przyjąć rozwiązania zamienne (optymalizujące), w szczególności kosztowną/ rozbudowaną konstrukcję nawierzchni przyjętą w projekcie budowlanym.

2.Odwołujący podnosi dodatkowo, że Drogomex w swojej ofercie najprawdopodobniej nieprawidłowo wycenił materiały do wykonania warstw betonowych. Wykonanie lotniskowej nawierzchni betonowej wiąże się z koniecznością zaprojektowania i wyprodukowania odpowiedniej jakości mieszanki betonowej. Wykonawca może taką mieszankę wyprodukować samodzielnie na budowie, co związane jest z koniecznością ustawienia na placu budowy węzła betoniarskiego lub zakupić taką mieszankę w wytwórniach zlokalizowanych w okolicy.

W ofercie należało uwzględnić koszt i czas przygotowania placu pod betoniarnię, koszt ustawienia betoniarni, przyłączenia do niej mediów szczególnie wody technologicznej do produkcji mieszanek oraz zasieków w łącznej wysokości ponad 950 000 zł, którego, według przypuszczeń Odwołującego, Drogomex nie ujął na odpowiednio wysokim poziomie.

W drugim przypadku zakupić beton odpowiedniej jakości w wytwórni zlokalizowanej w takiej odległości od budowy, że dostawa na teren budowy nie spowoduje utraty parametrów. Oferent powinien dokonać analizy rynku wytwórni betonowych i posiadać ofertę na dostawę betonu z lokalnej wytwórni. Odwołujący przypuszcza, że dowody potwierdzające gotowość sprzedaży na rzecz Drogomex odpowiednich mieszanek betonu nie zostały dołączone do wyjaśnień ceny, a są to kluczowe czynniki cenotwórcze tego zamówienia.

3.Odwołujący podnosi także, iż w jego ocenie, Drogomex nie uwzględnił w swojej ofercie kosztów ogólnych, które każdy

wykonawca musi ponieść w związku z organizacją placu i zaplecza budowy, w tym przede wszystkim kosztów: ogrodzenia tymczasowego; wykonania dróg tymczasowych; wykonania placu pod zaplecze budowy; postawienia zaplecza budowy; których koszt wynosi ok. 600 000 zł.

Pomiędzy ofertą cenową Odwołującego a ofertą Drogomex istnieje ta istotna różnica, że Odwołujący obecnie realizuje na terenie Portu Lotniczego w Radomiu inny kontrakt i mógł w swojej ofercie pominąć powyższe koszty (o wartości prawie 1 mln zł), bowiem fizycznie dysponuje zapleczem, ogrodzeniem, drogami technologicznymi, które zostały zrealizowane w ramach realizowanego już zadania i mogłyby zostać wykorzystane przy realizacji zamówienia. Wskazane szacunkowe koszty ogólne są realne, bowiem zostało dokonane na podstawie kosztów rzeczywiście poniesionych w ramach drugiego zadania realizowanego na terenie Portu Lotniczego w Radomiu, z uwzględnieniem specyfiki przedmiotowego zadania.

4.Nieuwzględnienie w ofercie wymogów decyzji środowiskowej dotyczącej utylizacji nadmiaru materiału z wykopu. Odwołujący dokonał analizy i wyliczeń (w odniesieniu do projektu udostępnionego przez Zamawiającego) w związku z koniecznością wyceny wykonania wykopu w ilości 121 100 m3 oraz nasypu w ilości 46 800 m3 i zwraca uwagę, że nadmiar materiału z wykopu, którego nie będzie można zagospodarować na terenie budowy to około 74 200 m3. Wykonawcy powinni zatem uwzględnić w ofercie utylizację tego materiału, co wynika wprost z pkt 1.2.5 i 1,2.6. decyzji środowiskowej (str.2).

1.2.5.Prace ziemne należy poprzedzić usunięciem z podłoża warstwy urodzajnej gleby. Glebę należy magazynować w wyznaczonym miejscu, w sposób który zabezpieczy ją przed zanieczyszczeniem. Po zakończeniu robót budowlanych glebę wykorzystać w miarę możliwości (tylko, gdy nie będzie zanieczyszczona substancjami niebezpiecznymi) na terenie przedmiotowego przedsięwzięcia w ramach zagospodarowania powierzchni po zakończeniu robót budowlanych. Nadmiar gleby przekazać uprawnionym podmiotom.

1.2.6.Powstające na etapie realizacji przedsięwzięcia odpady inne niż niebezpieczne należy magazynować selektywnie w wyznaczonym miejscu, w sposób który zabezpieczy przed pyleniem, rozwiewaniem odpadów oraz zanieczyszczeniem środowiska gruntowo-wodnego, a następnie poddać procesom odzysku na terenie przedsięwzięcia, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawnymi lub przekazywać uprawnionym podmiotom do odzysku lub unieszkodliwienia.

Koszt wywozu materiału z budowy to ok. 420 000 zł, którego Drogomex najpewniej nie uwzględnił w swojej ofercie.

Odwołujący jako profesjonalny wykonawca dokonał weryfikacji i przeliczeń danych zawartych w projekcie budowalnym udostępnionym przez Zamawiającego, stąd wie, że będzie miał do czynienia z nadmiarem materiału z wykopu, który będzie musiał zagospodarować.

Jeżeli Drogomex nie dokonał podobnych przeliczeń, to na podstawie pobieżnej analizy danych zawartych w opisie projektu drogowego mógł odnieść wrażenie, że nie będzie miał do czynienia z nadwyżką materiału do wykonania nasypów, a z jego niedoborem. Tak nie będzie, ale i w takim przypadku winien w swojej ofercie uwzględnić zakup materiału w odpowiedniej ilości, a więc konieczność uwzględnienia ceny zakupu tego materiału dodatkowo w ofercie. Koszt zakupu materiału to ok. 1 880 000 zł.

Przekazana przez Zamawiającego dokumentacja geotechniczna wskazuje na złożone warunki gruntowo-wodne, zatem wykorzystanie materiału do budowy nasypów wymaga ujęcia w ofercie co najmniej kosztu uzdatnienia materiału z wykopu celem wbudowania w nasyp.

5.Niewycenienie ryzyka niedotrzymania zadeklarowanego terminu realizacji zamówienia, w tym w szczególności przewidzianej zapisami umowy kary umownej z tego tytułu:

Mając na uwadze wskazane okoliczności, istotne z punktu widzenia analizy wyjaśnień wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny, które najpewniej nie zostały uwzględnione przez Drogomex, , ponownie wskazać należy, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za oferowaną cenę.

Wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Nie ulega wątpliwości, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie Odwołujący przyjmuje, że Drogomex złożył wyjaśnienia ceny, które nie spełniają wymogów, co prowadzi do wniosku, że nie zrealizował obowiązku dowodowego.

Biorąc pod uwagę specyfikę zadań wykonywanych w formule „zaprojektuj i wybuduj" i istniejącą praktykę rynkowej wyceny takich robót, nie sposób przyjąć, że dla wykazania rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez wykonawcę za wykonanie takiego zamówienia wystarczające będzie przedstawienie wybiórczych dowodów dla prostego rozbicia ceny ofertowej na koszty poszczególnych pozycji. Zdaniem Odwołującego, to zbyt ogólne informacje, by na ich podstawie można było prześledzić proces kalkulacji ceny i dokonać oceny prawidłowości, a co za tym idzie nie stanowią one dowodu na rynkowy charakter ceny.

Przyjąć należy, że Wykonawca nie przedstawił wiarygodnych i adekwatnych dla stanu faktycznego sprawy dowodów, które wskazywałby na rynkowy charakter zaoferowanej ceny.

Choć Drogomex przedstawił Wyjaśnienia, do których zapewne załączył pewne dokumenty dowody, to jednak z uwagi na objętość, ogólność oraz brak związku z merytoryczną, kompleksową analizą kosztów, przyjąć należy, że wyjaśnienia nie spełniają standardów.

Odwołujący zarzuca więc, że Wyjaśnienia ceny, z uwagi na brak w nich adekwatnych do stanu faktycznego niniejszej sprawy dowodów, są niewystarczające do tego, by przyjąć, iż cena Wykonawcy jest rynkowa, a z uwagi na art. 90 ust. 2, oferta powinna zostać odrzucona.

IVCena ofertowa w kontekście 14- miesięcznego terminu realizacji zamówienia i OPZ i ich konsekwencje. Dodatkowo, Zamawiający, badając ofertę, winien mieć na uwadze, że Wykonawca zaoferował, że zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie 14 miesięcy i że jest jedynym wykonawcą, który (pomimo licznych innych wykonawców, którzy podnosili brak możliwości realizacji zamówienia w pierwotnie określonym przez Zamawiającego terminie i pomimo uwzględnienia przez

Zamawiającego postulatów, co należy poczytywać jako podzielenie ich twierdzeń co do niemożności dochowania terminu zaoferował 14 - miesięczny termin realizacji zamówienia.

Odwołujący dokonał wyliczeń i symulacji, z których wynika, że choćby Wykonawca wykonywał prace we wszystkie dni w roku, warunki atmosferyczne byłyby wyjątkowo sprzyjające, a sam Zamawiający zatwierdzałby dokumentację w terminie 1 dnia, i Wykonawca w ciągu jednego dnia nanosiłby niezbędne poprawki, to nie ma fizycznej możliwości, aby Drogomex zrealizował przedmiot zamówienia w 14 miesięcy, uwzględniając wszystkie wymogi dla realizacji tego zamówienia. W tych nadzwyczajnie sprzyjających okolicznościach, które w praktyce nie są możliwe do spełnienia, minimalny okres realizacji zamówienia wyniósłby 16 miesięcy.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Drogomex zaoferował świadczenie niemożliwe, co uzasadnia postawiony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 14 ust. 1 PZP i art. 387 k.c.

Zgodnie bowiem z art. 387 §1 k.c.: Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Każda próba urealnienia terminu, poprzez między innymi:

1) uwzględnienie przerw, np. przerwy zimowej, przerwy w pracy w związku z wypadającym na okres realizacji zamówienia świętami;

2) uwzględnienie zatwierdzania dokumentacji przez Zamawiającego w terminie 10 dni roboczych i prawa Wykonawcy do ich uwzględnienia w terminie kolejnych 10 dni; powodują, w zależności od przyjętych wariantów i założeń, wydłużenie czasu realizacji zamówienia o kolejne miesiące (ok 5-6 miesięcy), co prowadzi do wniosku, że realne terminy realizacji zamówienia to co najmniej 22 miesiące, czyli właśnie takie terminy, jakie po zmianie SIWZ zaoferowali wszyscy inni wykonawcy, którzy dokładnie przeanalizowali dokumentację projektową, i potrafili oszacować minimalny czas, potrzebny dla realizacji zamówienia.

Jak już to zostało wcześniej zasygnalizowane, Odwołujący realizuje inny kontrakt dla Zamawiającego, w obrębie tego samego lotniska i wie, że z uwagi na schemat organizacyjny Zamawiającego, stopień złożoności projektu i równoczesne prowadzenie innych inwestycji, wymagających koordynacji, nie sposób uwzględniać minimalnych terminów na dokonywanie uzgodnień przez Zamawiającego. Praktyka pokazuje, że ciężko dotrzymać nawet maksymalnych, 10-dniowych terminów na dokonywanie uzgodnień.

Nie ma zatem możliwości, by Drogomex był w stanie wykonać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie warunki SIWZ dla tego zadania w terminie 14 miesięcy.

Jednoczesne zaoferowanie przez 14-miesięcznego terminu realizacji (jako jedynego wykonawcę), połączone z najniższą ceną, prowadzi do wniosku, że Drogomex nie dostrzegł istotnych okoliczności i elementów, które winny zostać uwzględnione przy szacowaniu czasu, jak i w cenie ofertowej, co uzasadnia stawiany zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Twierdzenia co do nieobjęcia ofertą wszystkich elementów SIWZ znajdują potwierdzenia także w tym, że Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie ryzyka obowiązku zapłaty kilkumilionowej kary umownej z tytułu zwłoki w dochowaniu deklarowanego terminu realizacji.

Cena oferty jest stała i nie podlega zmianom przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem sytuacji opisanych wprost w umowie. Cena miała przy tym obejmować wszelkie koszty, o czym stanowi wyraźnie rozdział XIV ust. 3 zd. drugie SIWZ,

W kontekście zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeśli chodzi o istotne z punktu widzenia realizacji kontraktu okoliczności i elementy, które winny zostać uwzględnione zarówno przy szacowaniu czasu realizacji, jak i w cenie ofertowej, a które Wykonawca być może pominął, to Odwołujący zwraca uwagę w szczególności na następujące kwestie:

1.Czas na wykonanie prac przygotowawczych:

Zgodnie z zapisami dokumentacji m.in. art, 6 ust 1 wzoru Umowy, przed przystąpieniem do robót Wykonawca ma obowiązek opracować projekt wykonawczy, który musi zostać zatwierdzony przez Zamawiającego, w dalszej kolejności Wykonawca musi przedstawić do zatwierdzenia szereg innych dodatkowych dokumentów takich jak np. Szczegółowe Specyfikacje Techniczne (dalej jako „SST") będące uzupełnieniem projektu oraz Programy Zapewnienia Jakości tworzone na podstawie SST. Ten zakres prac przygotowawczych oraz wniesienie ewentualnych korekt i ostateczne skierowanie dokumentów do realizacji potrwa około 2 miesiące, czego Drogomex mógł nie doszacować.

2.Opracowanie aktualnej mapy do celów realizacji Projektu Wykonawczego:

Zgodnie zapisami (str. 6) PFU: Wykonawcy zobowiązani są do koordynacji punktów styku pomiędzy poszczególnymi projektami i robotami budowlanymi wchodzącymi w zakresy zadań inwestycyjnych, tak aby opracowania były powiązane i stanowiły spójną całość pn. „ Rozbudowa Portu Lotniczego Radom-Sadków ", Należy zwrócić szczególną uwagę na układy wysokościowe map do celów projektowych oraz zaprojektowanych rzędnych wysokościowych, ponieważ poszczególne inwestycje mogą być opracowane na różnych układach, tj. Kronsztad 60 i Kronsztad 86.

Zapis ten nie bez powodu znalazł się w PFU i powinien być uwzględniony przy uwzględnianiu przede wszystkim czasu realizacji zamówienia, a skutki jego pominięcia mogą w przyszłości skutkować niemożnością uzgodnienia Projektu Wykonawczego bądź znacznym wydłużeniem czasu takiego uzgodnienia.

Opracowanie aktualnej mapy do celów realizacji dokumentacji Projektu Wykonawczego z rozpoznania terenowego jest kluczowe dla realizacji całego zadania. Opracowana nowa mapa z pomiarów ma wpływ na aktualizację usytuowania wszelkiego rodzaju sieci, przeszkód budowlanych, stanowi uszczegółowienie pomiaru wysokościowego całego terenu - całość stanowi cenne źródło dla Projektanta przy opracowaniu rozwiązań w Projekcie Wykonawczym. Nowy terminal oraz udostępniona przez Zamawiającego i wskazana w Projekcie budowlanym mapa do celów projektowych została opracowana w układzie geodezyjnym Kronsztad 60, natomiast punkty styku z inwestycją Drogi Startowej (konstrukcja drogi, sieci itd.) zostały opracowane w układzie Kronsztad 86. Pominięcie tego faktu i nieuwzględnienie pewnych przeliczników na styku układów geodezyjnych może doprowadzić do bardzo dużych komplikacji na połączeniu z innymi już zrealizowanymi Inwestycjami (przykład: duże różnice w wysokości na styku z innymi konstrukcjami dochodzące do 5-

7cm). Mapa w dokumentacji Zamawiającego została sporządzona w układzie geodezyjnym Kronsztad 60, który jest już obecnie bardzo rzadko stosowany.

Wykonawca powinien więc zabezpieczyć przy planowaniu zadania odpowiedni czas (co najmniej 2 tygodnie - 1 miesiąc) na dokonanie aktualizacji map do celów realizacji dokumentacji Projektu Wykonawczego, czego Drogomex najpewniej nie uczynił.

3.Czas na uzgodnienie Projektu Wykonawczego:

Projekty Wykonawcze są wskazane przez Zamawiającego jako obligatoryjne do wykonania w procesie budowlanym (art. 6 ust. 1 p. 3 i 8 ust. I wzoru Umowy). Stanowią podstawę do wykonania robót, uszczegóławiają rozwiązania wskazane w Projekcie Budowlanym. Proces zatwierdzenia został opisany w warunkach umowy w art. 6 i 8 i określony na 10 dni roboczych (14 dni kalendarzowych) Wykonawca na wprowadzenie uwag Zamawiającego i ponowne złożenie poprawionej dokumentacji do zatwierdzenia. Z uwagi na szczegółowość tej dokumentacji i dużą liczbę punktów styku z innymi branżami, w tym sanitarna, elektryczna i teletechniczna, proces powstawania tej dokumentacji jest długi i skomplikowany, podobnie jak proces sprawdzania przez osoby odpowiedzialne za realizację inwestycji ze strony Zamawiającego. Bardzo często pojawiają się liczne i wielokrotnie nowe uwagi ze strony Zamawiającego z uwagi na liczne styki z innymi Inwestycjami, w z tym Projektem Terminala, które determinują wielokrotnie poprawianie i składnie ponowne dokumentacji. Pomimo zapisów umowy art. 8 i 6, w której wskazano termin 10 dniowego zatwierdzenia dokumentacji, w rzeczywistości proces ten z całą pewnością się wydłuży (Odwołujący, na bazie własnych doświadczeń wie, że może to zająć nawet do 99 dni), co każdy Wykonawca powinien uwzględnić przy obliczaniu terminu realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, takich założeń nie poczynił Drogomex, który najpewniej nie uwzględniał nawet 10-dniowych terminów na dokonywanie uzgodnień.

3. Czas na uzgodnienie Szczegółowych Specyfikacji Technicznych SST— branża drogowa:

SST stanowią wskazania technologii wykonania robót i uszczegóławiają STWIORB wskazane w dokumentacji (art. 8 ust. 1 Umowy). Proces złożenia do zatwierdzenia SST dla danej branży jest powiązany ściśle z zatwierdzeniem dokumentacji Projektu Wykonawczego danej branży. Brak jest możliwości wyprzedzenia tych działań - SST każdorazowo zostaje zatwierdzone w drugiej kolejności bezpośrednio po zatwierdzeniu Projektu Wykonawczego. Podobnie jak przy zatwierdzaniu Projektu Wykonawczego, także i tu Zamawiający, zgodnie z art. 8 i 6 umowy, ma 10 dni roboczych na zatwierdzenie SST lub wniesienie uwagi. Z uwagi na szczegółowość projektu i rozwiązań technologicznych na styku z innymi Inwestycjami (styk Inwestycja Terminal) wykonawca powinien liczyć się z długim procesem zatwierdzania dokumentacji SST. Dla przykładu, w ramach zrealizowanej już inwestycji Droga Startowa Radom (lata realizacji 2019-2020), realizowanej dla tego Zamawiającego, zatwierdzanie SST dla branży drogowej procedowano w skrajnym przypadku przez 44 dni. Drogomex nie może liczyć, że proces zatwierdzania dokumentacji SST przez Zamawiającego będzie nadzwyczajnie krótki.

5.Czas na uzyskanie akceptacji Programu Zapewnienia Jakości:

Program Zapewnienia Jakości stanowi ostatni element umożliwiający prowadzenie robót budowalnych. Obowiązek jego opracowania wynika z art. 6 ust. 1 pkt 20 umowy i jak w przypadku Projektu Wykonawczego czy omówionych powyżej SST, termin jego zatwierdzenia przez Zamawiającego wynosi 10 dni. Podobnie jak w przypadku pozostałych uzgodnień, Wykonawca nie powinien zakładać, że Program Zapewnienia Jakości zostanie zatwierdzony przez Zamawiającego w krótszym czasie.

6.Czas na „Odhumusowanie" terenu:

Kwestia nieuwzględnionych kosztów utylizacji nadmiaru materiału z nasypów bądź nieuwzględnienia kosztów jego zakupu (w zależności od założeń Drogomex) została już omówiona wcześniej. W tym miejscu Odwołujący odnosi się przede wszystkim do niedoszacowanego przez Drogomex czasu na zrealizowanie tego obowiązku.

Pierwszą czynnością niezbędną do prowadzenia robót jest odhumusowanie terenu oraz wykonanie rozbiórek istniejącej infrastruktury. Równocześnie mogą być prowadzone roboty związane z wykonywaniem wykopów oraz nasypów i budową kanalizacji deszczowej. W przypadku robót ziemnych należy zwrócić szczególną uwagę, że sposób prowadzenia robót musi być zgodny z SST. Należy zwrócić uwagę na sposób i organizację prowadzenia robót, umiejętne oddzielenie gruntów nieprzydatnych od gruntów przydatnych do budowy nasypu, prawidłowo odwodnić miejsce. Postęp robót ziemnych jest ściśle związany z robotami ziemnymi w zakresie branży sanitarnej (wykopu/nasypy) w lokalizacji głębokich wykopów pod kanalizację deszczową. Należy uwzględniać pracę ludzi w wykopie i możliwość oddziaływania sprzętu wibracyjnego stosowanego do zagęszczeń warstw ziemnych nasypu i powierzchni. Przy ilościach ponad 60 000 m3 odhumusowania, blisko 121 100m3 wykopów (ok 7 400 kursów samochodu) i 46 800m3 nasypów prace te będą trwały kolejne 2 miesiące .

7.Technologia wykonania nawierzchni betonowej:

W przypadku wykonywania warstwy wzmocnienia podłoża gruntowego należy przestrzegać terminów rozpoczęcia robót dla warstw zalegających bezpośrednio nad nim, których z przyczyn technologicznych nie da się skrócić. Należy od daty końca wykonania wzmocnień gruntu stabilizacją odczekać co najmniej 14 dni z uwagi na proces wiązania spoiwa i uzyskania normowych wymagań dla tej warstwy i dopiero po spełnieniu wymagań rozpocząć prace ułożenia kolejnej warstwy. W tym etapie nie należy wykonywać zagęszczenia dynamicznie tej warstwy. Proces zagęszczania i odbioru należy rozpocząć łącznie po 21 dniach od wykonania wzmocnienia gruntu rodzimego. Na powierzchniach sąsiadujących, gdzie warstwy konstrukcyjne różnią się od siebie, należy przewidzieć właściwą kolejność wykonywania warstw, aby zachować ciągłość pomiędzy nawierzchniami docelowymi i osiągnąć ich właściwe parametry podlegające ostatecznej ocenie (tak samo jak poszczególne warstwy konstrukcji). Minimalny czas na niezbędny dla prawidłowego wykonania tych robót uwzględniający powyższe uwarunkowania to około 5 miesięcy. Wszystkie te elementy muszą być uwzględnione przy określaniu czasu na realizację zamówienia. Z uwagi na czas realizacji zaoferowany przez Drogomex, Wykonawca mógł nie uwzględnić tych czynników związanych z technologią wykonania nawierzchni betonowych.

8.Czas na wykonanie nawierzchni bitumicznej:

W przypadku wykonania warstw nawierzchni, które są na styku z konstrukcjami betonowymi, zakres ich wykonania jest

ściśle związany z technologią robót dla warstw betonowych. W pierwszej kolejności w zakresie każdorazowego wyjazdu lub wjazdu urządzenia do rozkładnia mieszanki betonowej na kierunku betonowania północ - południe (inny układ niemożliwy ze względu na realizowany terminal pasażerski) wymagany będzie odcinek startowy dla maszyny o długości około 30-35 mb od styku konstrukcji. Każdorazowo roboty towarzyszące wykonaniu nawierzchni betonowej (demontaż szalunków, uzupełnienie warstw konstrukcyjnych z kruszywa, obcięcia końcówek na wyjazdach działek roboczych - cięcie wykonywane na całości krawędzi po ułożeniu wszystkich pasków, dojrzewanie betonu w polach przerw technologicznych na styku z ww. konstrukcjami) determinować będą termin 14 dni na rozpoczęcie układania wymienionej konstrukcji, licząc od daty ostatniego wykonania nawierzchni betonowej.

9.Wydłużony czas na wykonanie robót na styku branżowym:

Budowa warstw konstrukcyjnych nawierzchni drogowych jest zasadniczym elementem robót. Rozpoczęcie musi zostać poprzedzone przygotowawczymi pracami ziemnymi oraz pracami branżowymi polegającymi na umieszczeniu wszystkich elementów infrastruktury podziemnej pod nawierzchniami kanalizacja deszczowa, kanalizacja elektroenergetyczna.

W przypadku oświetlenia projektorowego i wymaganego montażu masztów oświetleniowych ze względów technologicznych związanych z bezkolizyjnym przejazdem rozkładarek do betonu i bitumu oraz ze względu na warunki bezpieczeństwa operacji lotniczych montaż masztów oświetleniowych - musi być związany z równoczesnym uruchomieniem oświetlenia przeszkodowego usytuowanego na maszcie. W przypadku zaś wymaganego montażu kabli oświetleniowych, ze względów montażowych i technologicznych ułożenie kabli zasilających maszty można wykonać najwcześniej po montażu studni i wykonaniu kanalizacji kablowej.

Te okoliczności ograniczają z przyczyn technologicznych możliwości zaoszczędzenia czasu i szybszej w porównaniu z pozostałymi wykonawcami realizacji inwestycji przez Drogomex.

10.Czas na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie;

Z uwagi na OPZ i art. 2 ust. 1 p. 10 oraz art. 6 ust. 1 p. 26 Umowy użytkowanie inwestycji możliwe będzie po decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. W tym celu niezbędne jest:

1)Powiadomienie organów, które mają 14 dni na zajęcie stanowiska;

2)Złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie;

3)Przeprowadzenie przez organ kontroli w terminie 21 dni od złożenia wniosku;

4)Oczekiwanie na wydanie decyzji.

Nawet przyjmując, że wydanie decyzji nastąpi niezwłocznie, najkrótszy termin, na przeprowadzenie tej procedury, to 35 dni. W praktyce organ wydaje decyzję o pozwoleniu na użytkowanie dopiero po kilku dniach od przeprowadzenia kontroli.

11.Wykonawca, składając ofertę 31 lipca 2020 r., powinien uwzględnić zmianę art. 57 ustawy Prawo budowlane, która weszła w życie 31 lipca 2020 r. Zgodnie z art. 57 ust. 1 pkt 5 do wniosku o pozwolenie na użytkowanie należy dołączyć dokumentację geodezyjną, zawierającą wyniki geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, w tym mapę, o której mowa w art. 2 pkt 7b ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne, oraz informację o zgodności usytuowania obiektu budowlanego z projektem zagospodarowania działki lub terenu lub odstępstwach od tego projektu sporządzone przez osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia w dziedzinie geodezji i kartografii.

To oznacza, że wnioskując o wydanie pozwolenia na użytkowanie, nie jest wystarczające sporządzenie inwentaryzacji robót, ale wyniki inwentaryzacji muszą być zweryfikowane przez ośrodek geodezyjny i opatrzone klauzulą urzędową stanowiącą potwierdzenie przyjęcia do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego zbiorów danych lub dokumentów albo zawierać oświadczenie wykonawcy prac geodezyjnych o uzyskaniu pozytywnego wyniku weryfikacji. Wykonawca, deklarując termin realizacji, powinien uwzględnić dokonanie tych czynności, które wydłużają procedury odbiorowe. Istnieje duże prawdopodobieństwo, że zmiana ta nie została uwzględniona przy szacowanym czasie na realizację zadania.

Szczegółowa analiza SIWZ oraz dokumentacji przetargowej nakazuje przyjąć, że uwzględniając cały przedmiot zamówienia, w zakres którego wchodzi m.in.: opracowanie i Uzyskanie zatwierdzenia na bazie Projektu Budowlanego, SIWZ, STWIORB i PFU, szczegółowej dokumentacji wielobranżowych Projektów Wykonawczych, SST, wykonanie robó budowlanych i uzyskanie Pozwolenia na Użytkowanie dla całej Inwestycji) Drogomex nie jest w stanie zrealizować zadanie w zadeklarowanym przez siebie 14- miesięcznym terminie. Przyjęcie nawet całkowicie nierealnych założeń eliminujących całkowicie ryzyko dotyczące: terminu zatwierdzenia dokumentów przez Zamawiającego, warunków pogodowych w tym okresów zimowych, pracy w okresie świątecznym, pracy innych wykonawców na tym samym terenie budowy, ograniczenia powierzchni terenu budowy, działania organów administracji publicznej etc. wskazuje na najkrótszy termin realizacji inwestycji na poziomie 16 miesięcy. Z uwagi na skomplikowany charakter wielobranżowych robót, które nawzajem się przenikają, są od siebie uzależnione i często następują bezpośrednio po sobie bez możliwości ich przyśpieszenia, a także z uwagi na odpowiedni proces technologiczny, administracyjne terminy na działania organów administracji, a także proces uzgadniania elementów z Zamawiającym, nie ma możliwości, aby Wykonawca dochował zadeklarowanego przez siebie terminu, co rodzi podejrzenie, że nie uwzględnił w swojej ofercie wszystkich wymagań, co powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ. Na powyższe wskazuje zresztą niska cena, jaką zaoferował Wykonawca.

Alternatywnie, przyjmując, że Drogomex uwzględnił wszystkie wymagane elementy, czego efektem będzie niemożność wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 14 m-cy, Odwołujący zwraca uwagę, że Drogomex powinien w ofercie i w wyliczeniach ceny uwzględnić karę za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia. Zamawiający zastrzegł w razie niedotrzymania przez wykonawcę terminu realizacji Przedmiotu osiągnięcia kamieni milowych opisanych w art. 3 umowy karę umowną w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. Skoro wysokość kary umownej to 0,05% wartości brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, kara umowna za każdy dzień zwłoki wyniesie: 58 938,39 zł (0,05% x 117 876 777,77 zł brutto= 58 938.39 zł / dzień).

Według najlepszej wiedzy Odwołującego i doświadczenia w realizacji inwestycji na terenie portu lotniczego w Radomiu (zakładając pracę we wszystkie dni tygodnia ze świętami włącznie, w godzinach dopuszczonych przez DUŚ, bez jakichkolwiek ryzyk związanych z czynnikami atmosferycznymi takimi jak opady deszczu, śniegu, temperatura, wilgotność powietrza, czy ryzyk związanych z awariami sprzętu, przerw w dostawie materiałów i innymi zdarzeniami, które stanowią normalne ryzyko Wykonawcy), można stwierdzić, że minimalny czas realizacji kontraktu, zakładający maksymalne skrócenie procedur zatwierdzania dokumentów i odbiorów do 1 dnia (co, jak wskazane zostało powyżej, nie jest możliwe), wynosi 16 m-cy. Wydłużenie terminu o 2 m-ce w stosunku do deklarowanego przez Drogomex powoduje naliczenie kar w wysokości 61 dni* 8 938,39zł/dzień = 3 595 241,79 zł.

Co najmniej taką kwotę, powinien więc Drogomex zarezerwować w swojej kalkulacji cenowej w ramach ryzyk kontraktowych na wypadek niedotrzymania terminu realizacji umowy, czego (jak należy zakładać po zaoferowanej cenie) najpewniej nie uczynił.

Mając powyższe na uwadze, uznać należy, że w odniesieniu do oferty Drogomex są podstawy do jej odrzucenia na podstawie art, 89 ust. 1 pkt 2 lub 4 lub 8 Pzp.

Co więcej, zdaniem Odwołującego, zaoferowanie przez Drogomex 14- miesięcznego terminu realizacji zamówienia, jako obiektywnie niemożliwego do dotrzymania, wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 uznk: Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przepis ten posługuje się bowiem klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Co więcej, w orzecznictwie SN przesądzono już, że przepis art. 3 ust. 1 uznk może stanowić samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (wyrok SN z 9 czerwca 2009 r., sygn. akt: II CSK 44/09, LEX 738478).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: „Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. Niewątpliwie jest naruszeniem interesów innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przez wyznaczenie tak krótkiego terminu, który nie pozwala na uczciwą rywalizację w innych kryteriach." (KIO 2091/16, LEX nr 2163261).

Niewątpliwie zaoferowanie przez Drogomex niemożliwego do dochowania terminu realizacji jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Bez znaczenia dla stawianego zarzutu jest przy tym to, czy ostatecznie Drogomex uzyskał jakąkolwiek korzyść np. w postaci większej punktacji. W ocenie Odwołującego do tego właśnie zmierzały działania Wykonawcy, który zaoferował tak krótki termin realizacji zamówienia. Co więcej, działanie Wykonawcy, polegające na nienaturalnym skróceniu terminu realizacji zamówienia, zagraża interesom pozostałych wykonawców, bowiem może spowodować niebezpieczną tendencję na rynku do zaniżania terminów realizacji zamówienia, także w przypadku innych postępowań.

Z tego względu za zasadny należy uznać również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

VWprowadzenie Zamawiającego w błąd

Niezależnie od wcześnie formułowanych wątpliwości dotyczących oferty Drogomex, Odwołujący zwraca jeszcze uwagę na kwestię warunków udziału w postępowaniu, jakie Wykonawca powinien spełnić, chcąc ubiegać się o zamówienie.

W rozdziale V SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu, w tym między innymi warunki w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy.

Jednym z tych warunków było wskazanie przez wykonawcę, że dysponuje i skieruje do realizacji zamówienia zgodnie rozdziałem V ust. 1 pkt 2 lit. b SIWZ - osoby wymienione w pkt 1-10). Pismem z dnia 23 października 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o przesłanie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, w tym między innymi wykazu osób (sporządzonego wg załączonego wzoru), spełniających wymagania opisane w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. b SIWZ wraz z opisem kwalifikacji.

/…/ oświadczamy, Ze dysponujemy osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, spełniającymi warunek opisany w pkt V.1.2) b) SIWZ. (Tu wykaz)

Z załączonego Wykazu osób i wskazanych w nich zadań wynika, że Pan R. B. ma zaledwie 24 miesiące doświadczenia i 115 dni, czyli łącznie ok 28 miesięcy doświadczenia, czyli nie ma wymaganego przez Zamawiającego 6-letniego doświadczenia. Nie jest więc prawdą, że Pan R. B. posiada 7-letnie doświadczenie, jak oświadczył Wykonawca.

Następnie, Drogomex, jak poniżej: 3.Wymiana systemu DGS na Lotnisku Chopina w Warszawie. Prace prowadzone w latach czerwiec 2018 -listopad 2018- KIEROWNIK BUDOWY KIEROWNIK ROBÓT ELEKTRYCZNYCH. Wykona oświadczył, że Pan P. K. (wg informacji na dokumencie potwierdzającym uprawnienia-R. P. K.) ma 10 lat doświadczenia. Należy uznać, że oświadczenie odnoszące się do 10 lat doświadczenia Pana P. K., to 10-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót.

Tymczasem, z załączonego Wykazu wynika, że Pan K., nawet licząc miesiące doświadczenia z miesiącami skrajnymi, posiada 23 miesiące doświadczenia, a bez miesięcy skrajnych zaledwie 17 miesięcy. Nie ma wymaganego 2-letniego (24 miesiące) doświadczenia na stanowiska kierownika robót. Nie jest więc prawdą, że posiada 10-letnie doświadczenie, jak oświadczył Wykonawca.

Dalej, Drogomex oświadczył, /…/ 10A. B. /…/

Z Wykazu osób i zadań wynika, że Pan B., nawet licząc miesiące doświadczenia z miesiącami skrajnymi, posiada 20 miesięcy doświadczenia, a bez miesięcy skrajnych zaledwie 14 miesięcy. Nie ma wymaganego 2-letniego (24 miesiące) doświadczenia na stanowiska kierownika robót i posiada 4-letnie doświadczenie, jak oświadczył Wykonawca.

Oświadczenie Drogomex zawarte w Wykazie osób (w odniesieniu do wyżej wymienionych osób) było informacją wprowadzająca Zamawiającego w błąd.

Oświadczenia Wykonawcy dotyczące doświadczenia jego personelu, poprzedzone wyraźną deklaracją, że osoby te spełniają warunki udziału w Postępowaniu, wskazują na jednoznaczne przypisanie sobie przez Wykonawcę kompetencji (dysponowanie odpowiednim personelem), mających spełniać stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu, których w istocie Wykonawca nie spełnia.

Odwołujący wskazuje, że w niniejszej sprawie może być mowa nawet o celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, bowiem mówimy o personelu, którym Wykonawca dysponuje jako zasób własny. Stąd też miara należytej staranności Wykonawcy jest tu jeszcze bardziej podniesiona. Warunki udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia osób są przy tym jasno sformułowane i nie mogą budzić wątpliwości co do intencji Zamawiającego. Co więcej, Odwołujący zwraca uwagę, że oświadczenia Wykonawcy dotyczące doświadczenia osób przekraczały warunki stawiane przez Zamawiającego, a jednocześnie, zawarte w Wykazie osób zadania, nie potwierdzały nawet spełniania minimalnych wymogów stawianych przez Zamawiającego.

Wykonawca oświadczył nieprawdę, składając oświadczenie, w którym oświadczył nieistniejące fakty. Odwołujący w pierwszej kolejności stawia najdalej idący zarzut dotyczący wprowadzenia przez Wykonawcę (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Sankcją, jest więc sankcja wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Alternatywnie, Odwołujący wskazuje, że zachowanie Wykonawcy wypełniało co najmniej znamiona lekkomyślności lub niedbalstwa, w wyniku których Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. Przepisy Pzp nie przewidują bowiem żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie zawierają obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Informacje wprowadzające w błąd to informacje nieprawdziwe lub błędne. Znaczenie ma więc różnica pomiędzy stanem faktycznym, a informacjami przedstawionymi przez wykonawcę. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku zmanipulowania sposobu przekazu prawdziwych informacji. Wykonawca w takiej sytuacji uważnie dobiera wybrane do przedstawienia informacje lub dokonuje takiego jej przedstawienia. by wywołać u zamawiającego wyobrażenie, iż podane przez niego informacje odpowiadają wymaganiom zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości informacja nieprzetworzona w ten sposób przez wykonawcę wskazywałaby na niespełnianie wymagań stawianych w określonym postępowaniu. W związku z tym, że błędne informacje dotyczą warunków udziału w postępowaniu, należy zakładać, że gdyby Zamawiający miał rzetelne informacje w tym zakresie, nie mógłby uznać oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą, a zastosowałby sankcję wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, względnie podjąłby działania mające na celu uzyskanie stosownych wyjaśnień w tym zakresie.

Minimalną sankcją, jaką powinien zastosować w takiej sytuacji Zamawiający, była, zdaniem Odwołującego, sankcja wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Dyspozycja wskazanego przepisu powinna być bowiem zastosowana zawsze, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych, przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, które mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane w ramach postępowania przez zamawiającego. przepis ma bowiem na celu ochronę uczciwej konkurencji i sprzyja wykonawcom zachowującym należyta staranność. Dla przypisania wykonawcy odpowiedzialności na podstawie rzeczonego przepisu wystarczającym jest możliwość przypisania mu winy nieumyślnej. Działanie lub zaniechanie nieumyślne może być przypisane wykonawcy, który nie dochował należytej staranności. Skoro Wykonawca wskazuje doświadczenie własnego personelu, to nieprawidłowości dotyczące informacji o wskazanych w Wykazie osobach, są działaniem wskazującym co najmniej na niedbalstwo.

Po drugie, za informacje wprowadzające w błąd zamawiającego uważa się takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są więc to informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny. który ma znaczenie dla daneeo postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System Prawa Prywatnego, red. Z. Radwański, t. 1, Prawo cywilne - część ogólna, red. M. Safian, Warszawa 2008, s. 397) (W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, LEX 2018). Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny, wskazać należy, że podstawowa deklaracja Wykonawcy dotycząca doświadczenia osób, mogła wywołać u Zamawiającego wrażenie, że Wykonawca dysponuje tak doświadczonym personelem, jak to wynika z SIWZ. a w konsekwencji, że Wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Po trzecie, niezgodne z rzeczywistością informacje, którymi posługuje się dany wykonawca, powinny być informacjami „mogącymi mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu" , co jak słusznie przypomina się w literaturze przedmiotu oznacza, iż: „ (...) nie chodzi tu o istotne decyzje (czyli np. wybór oferty, wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty itp.) lecz o istotny wpływ na wszelkie decyzje zamawiającego. W dodatku wprowadzające w błąd informacje nie musiały wywrzeć takiego wpływu; wystarczy, że zaistniała potencjalna jego możliwość. Założeniem przepisu jest zapewne wyeliminowanie przypadków, kiedy niezamierzone działanie wykonawcy może zagrażać podejmowaniu właściwych decyzji przez zamawiającego, w szczególności w stosunku do tego wykonawcy" (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2018). W kontekście analizowanego stanu faktycznego, ciężko wyobrazić sobie istotniejsze informacje niż decydujące o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Dokonując pewnego uogólnienia, zawsze, choć nie wyłącznie, informacjami mogącymi mieć wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania będą te, stanowiące podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazuje przy tym, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby informacji nieprawdziwych, wprowadzających Zamawiającego w błąd nie można zastąpić, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, informacjami prawdziwymi. W przypadku więc, gdyby Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego w zakresie wprowadzenia w błąd są zasadne, to brak byłoby podstaw do zobowiązania Zamawiającego do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i

wezwania Drogomex do wyjaśnienia ujawnionych wątpliwości dotyczących informacji zawartych w Wykazie osób.

Jedynie z ostrożności, na wypadek niemożności stwierdzenia, że Wykonawca wprowadził lub wprowadzić Zamawiającego w błąd, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zwrócenia się do Drogomex z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w zakresie deklarowanego doświadczenia osób, jakie Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia.

VIWarunek udziału w Postępowaniu dotyczący doświadczenia Wykonawcy

Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt 2 lit. a SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy wykażą, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali:

1)co najmniej dwa zamówienia polegające na budowie lub przebudowie drogi co najmniej klasy „G" według podziału wprowadzonego przez Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz,U, z 1999 r. Nr 43,poz. 430), o łącznej wartości nie mniejszej niż 50 000 000 zł. brutto, oraz

2)co najmniej jedno zamówienie polegające na opracowaniu dokumentacji wykonawczej dotyczącej remontu, budowy lub przebudowy nawierzchni lotniskowych z betonu asfaltowego lub cementowego o łącznej powierzchni co najmniej 40 000 m2.

W złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 października 2020 r. Wykazie zamówień, w odniesieniu do zadań polegających na budowie lub przebudowie, Drogomex wskazał 4.

Szczegółowa analiza referencji, jakie Wykonawca przedłożył celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit a SIWZ poprzez należyte wykonanie usług i robót budowlanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem składania ofert, ujawniła pewne wątpliwości co do możliwości deklarowania rzez Wykonawcę, że dysponuje on wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, które winny być bezwzględnie przedmiotem wyjaśnień ze strony Wykonawcy.

I tak:

1)Zadanie wskazane w pkt 1 Wykazu zamówień zostało zrealizowane przez konsorcjum pięciu podmiotów: Eurovia Polska SA, Eurovia Verkehrsbau Union GmbH, Warbud SA, Przedsiębiorstwo Usługowo-Tranportowe „OL-TRANS" O. I i Drogomex Sp. z o.o. Mając na uwadze linię orzeczniczą w zakresie doświadczenia nabywanego przez członków konsorcjum, w tym orzeczenie Trybunału C-387/14 Esaprojet, Zamawiający powinien ustalić, jaką część robót wykonywał Drogomex, przynajmniej pod względem wartości;

2)W przypadku zadania w pkt 2 Wykazu, ponownie zadanie było realizowane przez konsorcjum, co powinno skutkować wezwaniem Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie zakresu i wartości robót wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów. Zamawiający powinien też wyjaśnić, czy zadanie określone jako „odbudowa drogi" polegało na budowie/przebudowie drogi (jak tego wymaga warunek), a nie np. na remoncie, na co może wskazać zakres zadania;

3)Analogicznie w przypadku zadania wskazanego w pkt 3 Wykazu - Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie wartości i zakresu robót wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów;

4)W przypadku pkt 4 Wykazu — Zamawiający winien zobowiązać Wykonawcę do wyjaśnień co do zakresu robót wykonanych w ramach rzeczonej inwestycji. Przedłożone przez Wykonawcę referencje dotyczą bowiem robót nawierzchniowych. Zamawiający nie wymagał wykonania robót nawierzchniowych, a zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie drogi co najmniej klasy „G". Wg Odwołującego, wykonanie elementów robót składających się na budowę drogi nie jest równoznaczne z wykonaniem drogi, na realizację której składają się także dodatkowe roboty takie jak: roboty ziemne, wzmocnienie podłoża, warstwy mrozoochronne podbudowy z kruszywa, roboty odwodnieniowe i in. Całość tych robót składa się na przebudowę lub budowę drogi. Zdaniem Odwołującego, wykonanie wyłącznie robót nawierzchniowych nie potwierdza spełniania warunku.

Mając na uwadze wskazane powyżej wątpliwości, które są kluczowe z punktu widzenia oceny, czy Wykonawca, którego oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu. Wskazane okoliczności powinny być co najmniej przedmiotem wyjaśnień ze strony Drogomex. W związku z powyższym za zasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 24 ust, 1 pkt 12 Pzp.

Wobec powyższego wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia wszystkie zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło Konsorcjum: "Drogomex" Sp. z o.o.; ROBOZ P. P., ul. S. Bryły 4, 05-800 Pruszków. Wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającegoprzystępujący zgłosił sprzeciw na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej.

Wniósł o pozostawienie bez rozpoznania, jako wniesionych po terminie zarzutów dotyczących naruszenia: art. 8 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 znku, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art 7 oraz art 90 ust. 3 w zw. z art 90 ust. 2 i w zw. z art 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp i art. 387 Kc, ewentualnie w przypadku braku do pozostawienia tych zarzutów bez rozpoznania, o ich oddalenie.

Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 , art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12,art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Uzasadniając wniosek formalny o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów wniesionych po terminie wskazał, że odwołujący dopiero dnia 2 listopada 2020 r. tj. po przeprowadzeniu kolejnych czynności polegających na zbadaniu, czy Drogomex nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki do udziału w postępowaniu, a także zawiadomieniu o wyborze

najkorzystniejszej oferty, złożył wniosek o udostępnienie pełnej korespondencji, jaką wymienił z przystępującym konsorcjum. Przystępujący stwierdził, że badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa miało miejsce znacznie wcześniej i uznał, że termin do zaskarżenia czynności winien być liczony najpóźniej od dnia 5 października 2020 r., czyli od daty powzięcia informacji, iż zamawiający uznał po zbadaniu dokumentów, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu.

Przypomniał wymóg wykazania, a nie udowodnienia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i stwierdził, że sam odwołujący w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 15 października 2020 r. posługuje się analogiczną techniką.

Podkreślił, że wykazał w odniesieniu do wyróżnionych przez siebie informacji, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z znku. Za taki uznaje zbiór informacji, w szczególności wskazywane elementy kalkulacji ceny, nazwy podwykonawców oraz zestawienie towarów lub usług oraz cen jednostkowych stanowiących treść ofert podwykonawców, mające charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny – określają bowiem przyjęte przez wykonawcę sposoby realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia i koszty z tym związane mając wartość gospodarczą stanowiąc o przewadze konkurencyjnej. Co prawda część informacji mogłaby być uznana za znaną w branży (np. nazwy firm wykonujących określone roboty, czy dostarczających określone materiały), to zebranie tych informacji w określonym zestawieniu tworzy nową, wymierną wartość gospodarczą, składającą się na know-how wykonawcy i jako takie mogą zostać zastrzeżone jako poufne. Wskazał nadto na swoje doświadczenie w podobnych realizacjach, gdzie wypracował autorskie metody kalkulacji ceny dzięki którym był w stanie złożyć konkurencyjną ofertę.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z braku wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, niezależnie od twierdzenia, iż jest spóźniony, wskazał, że zarzut nie jest uzasadniony.

Przystępujący opierając się na posiadanym doświadczeniu zoptymalizował koszty realizacji zadania uwzględniając je w kalkulacjach poszczególnych elementów ceny. Podkreślił, że nie zawsze przyjęcie rozwiązań szczegółowych czy zamiennych wymaga zmian do projektu podstawowego. Odnosząc się do kwestii kosztów podstawowych materiałów dla całego zadania zauważa, że wskazana przez odwołującego kwota 63.700 zł netto nie została wykazana w jakimkolwiek kosztorysie lub choćby wyliczeniu, zatem nie wiadomo jakie elementy w niej uwzględniono i dlaczego koszt ich zakupu ma tyle właśnie wynosić. Odwołujący wychodząc od wielkości w postaci łącznej ceny tzw. materiałów podstawowych wnosi o zaniżeniu przez konsorcjum pozostałych kosztów. Błędne założenie nie mogło dać poprawnego wyniku. Również twierdzenia dot. kosztów zakupu betonu, organizacji zaplecza budowy, czy wywozu nadmiaru materiału zdają się świadczyć o niekompetencji autora zarzutów, gdy oczywiste jest, że profesjonalny wykonawca wszystkie z wymienionych elementów musiał przeanalizować i uwzględnić w swojej ofercie.

Wskazał na funkcje kary umownej, która co do zasady nie może być z góry wkalkulowana w cenę stanowiącą wynagrodzenie wykonawcy. W rzeczywistości odwołujący nie kwestionuje zaoferowanej przez przystępującego ceny jako ceny rynkowej, co zresztą jest zrozumiałe, skoro cena odwołującego jest ceną zbliżona. Spośród pięciu wykonawców dopuszczonych do II aukcji elektronicznej, oferty aż czterech mieszczę się w różnicy od +1,07% do -2,34% średniej arytmetycznej złożonych ofert, cena zaś odwołującego jest wyższa od oferty konsorcjum jedynie o 0,02%. (117 876 777,77 zł i 117 900 100 zł).

Przystępujące konsorcjum wskazuje, że partnerzy nie tylko legitymują się dużym doświadczeniem w realizacji zadań lotniskowych, ale mają w swoim portfelu zadania, których realizacja wymagała nie standardowych rozwiązań, bardzo wysokiego poziomu organizacji i dyscypliny pracy czy zastosowani wysokiego reżimu technologicznego. Przypomniał prace w Porcie lotniczym Gdańsk im. Lecha Wałęsy, Porcie Lotniczym im. Jana Pawła II w Krakowie.

W podsumowaniu dot. zarzutu stwierdził, że odwołujący de facto nie tylko nie podniósł zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, ale nie podjął nawet próby wykazania, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia są niewystarczające dla stwierdzenie, że oferowana cena nie jest rażąco niska. Przystępujący składał w sprawie wyjaśnienia odpowiednio 24 sierpnia 2020 r. i kolejno w dniu 14 września 2020 r. W drugim z wyjaśnień udzielił odpowiedzi na pytania:

1/ Z czego wynika różnica w wysokości oferty Knauber z dnia 21.07.2020 r. (20.975.000 zł netto), a przedstawioną w załączniku nr 6 (Tabela wyliczenia części składowych oferty po licytacji..) w pozycji nr 8 kwotą 15 527 073,34 zł?

2/ Prosimy o wyjaśnienie, czego dotyczy przypis w zał nr 3 tj. pod „tabelą porównawczą ceny jednostkowej /…/", cyt.: „brak wzmocnienia podłoża"?

Zatem w ocenie zamawiającego wyjaśnienia wymagały na tym etapie dwie kwestie. W kolejnym wyjaśnieniu na wezwanie (skierowane 9 października 2020 r. do wszystkich wykonawców po II aukcji) przystępujący złożył wyjaśnienie i jednocześnie wykazał, że oferta jednego z dostawców została obniżona do poziomu, który de facto pokrywa różnicę pomiędzy ceną zaoferowaną w ramach I aukcji i ceną z II licytacji. Wyjaśnienia wystarczają do uznania, że cena ma charakter rynkowy i nie nosi znamion rażąco niskiej.

Odnośnie zarzutów dotyczących zaoferowanego terminu realizacji zamówienia, przystępujący stwierdził, że nie podzielał obaw innych wykonawców w kwestii konieczności wydłużenia terminu realizacji zamówienia uznając wg swego doświadczenia i najlepszej wiedzy, że możliwa jest realizacja w terminie założonym i oferowanym. Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający w żadnym momencie postępowania nie wskazał na niemożność dochowania terminu 14 miesięcy, jak również pierwotnie oznaczonego maksymalnego terminu na wykonanie zadania. Konkluzji takiej nie można wywodzić z samego faktu zmiany treści siwz. Zamawiający nawet po zmianie siwz z 14 lipca 2020 r. określił jedynie maksymalny termin wykonania przedmiotu zamówienia w wymiarze 24 miesięcy, równocześnie czyniąc termin wykonania jednym z kryteriów oceny ofert i punktując jego skrócenie. Nie określił przy tym najkrótszego terminu wykonania przedmiotu umowy, który miałby być naruszony ofertą konsorcjum; trudno nazwać ofertę za sprzeczną z siwz.

Na marginesie przystępujący wskazał, że zamawiający w innym postępowaniu dotyczącym tego samego obiektu, w którym są podobne termin realizacji, w siwz wskazał, że podstawę do wykluczenia stanowi zaoferowanie terminu krótszego nie z minimalny wskazany przez zamawiającego. (Budowa układu drogowego wraz z włączeniem i przebudową ul. Lubelskiej /…/ stanowiąca cz. zadania pn. Rozbudowa Portu Lotniczego Radom – Sadków) w formule „projektuj i buduj", gdzie w przypadku zaoferowania terminu krótszego iż 18 miesięcy oferta wykonawcy zostanie

odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odnosząc się natomiast do przedstawionych przez odwołującego symulacji związanych z terminem realizacji zadania, przystępujący zauważa, że mogą być one jedynie punktem odniesienia do oceny organizacji pracy w jego przedsiębiorstwie. Wg Konsorcjum, prace ujęte w pkt 1-6 na stronach 32-35 odwołania, można zrealizować w terminie 3 miesięcy od podpisania umowy. Pozostałe roboty wykonuje się równolegle (potokowo); sama konstrukcja betonowa może być wykonana w 3 miesiące. Odwołujący mija się z prawdą twierdząc, że wykonanie nawierzchni betonowych warunkuje wykonanie nawierzchni bitumicznych, prace te wykonuje się niezależnie, przy czym bitumiczne wykonuje się szybciej niż betonowe. Pozostałe roboty budowlane, przy właściwej organizacji pracy są możliwe w nadchodzącym sezonie budowlanym do grudnia 2021 r.

Wg odwołującego na uzgodnienie projektu wykonawczego potrzebne jest 99 dni, a przystępujący z doświadczenia stwierdza, że w 79 dni jest możliwe opracowanie projektu wykonawczego z pozostałymi dokumentami, uzgodnienie go z zamawiającym, zatwierdzenie kart materiałowych, wykonanie zaplecza i robót przygotowawczych. Należy tylko przedstawić zamawiającemu kompletny projekt wykonawcy z koniecznymi dokumentami.

Prze potokowe ustawienie realizacji robót można prowadzić roboty w zasadzie na wszystkich frontach. Wg założeń projektowych wszystkie branże mogą prowadzić prace równocześnie, a tylko w miejscach, w których występują kolizje wymagać będą koordynacji. Przy tym odwołujący nie wykazał metody liczenia.

Przystępujący nie przewiduje też długich przerw w prowadzeniu prac, gdyż znacznie podnoszą one koszty. Z doświadczenia także z zamawiającym wynika, że nie zaleca się przy pracach na lotniskach wykonywanie prac w kresach zimowych oraz w dni wolne. Sam zamawiający jest zainteresowany dotrzymaniem terminu umownego i doświadczenia wynika, że dokumentacja uzgadniana jest niezwłocznie.

Pierwszy przestój zimowy, w którym odwołujący przewiduje przestój przystępujący wykorzysta na opracowanie projektu wykonawczego, uzgodnienia wszelkich dokumentów, wykonanie zaplecza budowy, dróg technicznych oraz ogrodzenia tymczasowego, odhumusowania i innych robót przygotowawczych. Zakłada też zgromadzenie materiałów. Drugi sezon zimowy przeznacza na uzyskanie stosownych zgód i pozwoleń. Mając na uwadze projekt budowlany można założyć, że prace będzie można rozpocząć, niemalże po podpisaniu umowy. Sezon budowlany w Polsce rozpoczyna się w marcu i trwa do końca grudnia, co gwarantuje odpowiednią ilość czasu na wykonanie wszelkich robót budowlanych. W założonym czasie przewiduje wykonanie właściwych opracowań geodezyjnych.

Uznaje wg własnego doświadczenia, że realizacja w terminie 14 miesięcy jest jak najbardziej realna przy właściwej organizacji pracy.

Wskazał przykład własnej realizacji przebudowy płyty postojowej samolotów z terminem umownym 16 miesięcy, które to roboty zakończono w październiku 2020 r. po 10 miesiącach o podpisania umowy.

Nie uznaje twierdzenia o czynie nieuczciwej konkurencji, skoro każdy z wykonawców w kryterium terminu uzyskał maksymalną liczbę punktów.

Nieważność oferty w świetle postanowień kodeksu cywilnego dotyczących świadczenia niemożliwego. W tym zakresie przystępujący wskazał za wyrokiem SN z 22 kwietnia 2010 r. V CSK 379/09 że czym innym jest niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym – niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej), gdy przepis art. 387 § 1 kc odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu.

W ocenie przystępującego odwołujący poza symulacjami i przy braku dowodów w sporze

nie wykazał nierealności terminu oferowanego.

Odnośnie zarzutów dotyczących doświadczenia osób, które wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia przystępujący wskazał na złożenie, na wezwanie , wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia opisanych w pkt V.1.2b siwz. Nie określono obowiązku opisu lub udokumentowania kwalifikacji, czy wykazania wszystkich poszczególnych doświadczeń osób kierowanych do realizacji zadania oraz ich uprawnień. Nie było wzoru takiego wykazu. Przystępujący przedłożył wykaz osób za danymi osobowymi, rodzajem i numerem uprawnień oraz podstawą dysponowania, a także złożył każdorazowo oświadczenie co do okresu doświadczenia danej osoby. Ponadto wyspecyfikował wybrane projekty realizowane przez poszczególne osoby, które mogły mieć znaczenie dla zamawiającego przy ocenie rodzaju inwestycji, w ramach których osoby te nabywały doświadczenie. W wykazie nie wskazywano, iż wymienione projekty stanowią całkowite doświadczenie danej osoby, zaś okres posiadanego doświadczenia wskazany w 4 kolumnie wykazu miałby być sumą czasu trwania poszczególnych inwestycji.

Nie miało zatem miejsca zarzucane wprowadzenie w błąd z art. 24 ust 1 pkt 16 pzp. Konsorcjum przygotowało wykaz wg wymagań siwz i wezwania. Z tego względu w kol. 4 dotyczącej doświadczenia każdorazowo wskazano, zgodnie z nagłówkiem kolumny okres posiadanego doświadczenia w latach oraz ewentualnie inne informacje np.; doświadczenie w projektach o określonej wartości, bądź rodzaju. Ponadto dodatkowo, przykładowe projekty realizowane przez poszczególne osoby, podobne do przedmiotu zamówienia. Z ostrożności również kopie uprawnień. Tym samym nie było nieprawdziwych informacji i w ocenie przystępującego przedstawiony wykaz osób czyni zadość wymaganiom i potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego brak było także podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp) skoro wykaz zawierał wymagane i wystarczające informacje.

Z ostrożności dodatkowo przystępujący wskazał, że zakwestionowany przez odwołującego p. B. wskazany do pełnienia funkcji Kierownika projektu, zgodnie z pkt V.1.2b tiret trzecie siwz powinien posiadać wyższe wykształcenie techniczne oraz co najmniej 6 letnie doświadczenie w prowadzeniu projektów dotyczących budowy lub przebudowy obiektów infrastruktury transportowej o łącznej wartości 100 000 000 zł, w tym co najmniej jeden projekt o wartości min. 30 mln zł dot. budowy, przebudowy lub remontu nawierzchni lotniskowych. Z tego względu przystępujący w poz. 5 tabeli wykazu osób wskazał istotne informacje dot. pana B. tj. wykształcenie, 7 letnie doświadczenie oraz wskazał istotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, zadania realizacji projektów wg wyżej wskazanych wymogów. Oprócz wymienionych wg kryteriów wartościowych, projektów, pan B. pełnił też funkcję kierownika kontraktu w szeregu innych pracach

(wskazano na 7 realizacji).

Odnośnie pana K. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych (V.1.2b tiret ósme siwz) wymagano uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności elektroenergetycznej oraz co najmniej 2 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót. W poz. 9 tabeli wskazano istotne informacje dot. pana R. P. K. tj. uprawnienia z numerem. Oświadczenie o 10-letnim doświadczeniu oraz wybrane 3 realizacje z udziałem ww pana związane z pracami lotniskowymi. To były informacje niewymagane. Poza wskazanymi ww pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych na szeregu inwestycjach, których wymieniono i opisano 7.

Trzecia osoba, której doświadczenie podważono to wskazany na stanowisko kierownika robót teletechnicznych M. B. (w tabeli jako A.) Zgodnie z pkt V.1.2.b tiret dziewiąte siwz wymóg to uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności elektroenergetycznej w specjalności telekomunikacyjnej oraz co najmniej 2 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robot. W poz. 10 tabeli – wykazu wskazano istotne informacje dot. ww pana tj. rodzaj uprawnień, oświadczenie o 4 letnim doświadczeniu i wybrane 4 realizacje z udziałem pana B., co zresztą jak wyżej, nie było wymagane. Przystępujący wskazał dodatkowo na dwa inne zamówienia.

W świetle powyższego ew. naruszenie art. 26 ust. 3 zarzucane w odwołaniu nie ma i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania przetargowego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy przystępujący przypomniał warunek określony w R V.1.2a siwz wskazujący na wykazanie, przez wykonawców, że okresie ostatnich 10 lat wykonali co najmniej dwa zamówienia polegające na budowie lub przebudowie drogi co najmniej klasy „G" wg podziału wprowadzonego przez rozp. Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. z 1999 r. Nr 43, poz. 430), o łącznej wartości nie mniejszej niż 50 mln zł brutto. Celem wykazania wykonawca obowiązany był złożyć na wezwanie wykaz usług i robót budowlanych oraz dowody potwierdzające tj. referencje lub inne dokumenty.

Przystępujący wskazuje, że złożone przez niego dokumenty należy oceniać w świetle powołanego warunku, przez pryzmat przedmiotu zamówienia oraz proporcjonalności do niego oraz celu postawienia tego warunku. Zamawiający nie wymagał wykonania szczegółowo określonych pojedynczych elementów, lecz wymagał ogólnego doświadczenia w budowie dróg klasy minimum „G". Przystępujący przedstawił wykaz, w którym wskazał cztery wybrane inwestycje w zakresie budowy lub przebudowy, z czego dwie dotyczyły realizacji klasy S oraz dwie klasy G.

Wobec kwestionowania rodzaju prac, przystępujący zwraca uwagę na art. 3 pkt 6 ustawy prawo budowlane, gdzie definicja budowy obejmuje także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Budowa i przebudowa drogi zostały też zdefiniowane w art. 4 pkt 17 i pkt 18 ustawy o drogach publicznych, gdzie za budowę drogi uznaje się wykonywanie połączenia drogowego między określonymi miejscami lub miejscowościami, a także jego odbudowę i rozbudowę, zaś przebudowa drogi rozumiana jest jako wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego (pkt 18). Wskazał, że w orzecznictwie administracyjnym przyjmuje się, że już samo utwardzenie terenu, drogi gruntowej np. płytami betonowymi, tłuczniem kamiennym, w taki sposób, że wykonana nawierzchnia umożliwia wykorzystanie jaj jako szlaku komunikacyjnego dla samochodów i innych pojazdów stano wykonanie obiektu spełniającego funkcję drogi tj. rozumiane jest jako budowa drogi. Także jednym ze sposobów przebudowy drogi jest metoda „w górę" polegająca na wykonaniu nakładki (jednej lub kilku warstw) o grubości wynikającej z koniecznego wzmocnienia konstrukcji. (Katalog przebudów i remontów nawierzchni podatnych i półsztywnych KPRNPP-2013 GDDKiA Instytut Badawczy Dróg Mostów).

W powyższym kontekście nie ma podstaw do kwestionowania robót wykonanych przez Drogomex poz. 4 wykazu.

Przystępujący stwierdza także, że zamówienie z poz. 2 wykazu nie było remontem drogi lecz budowę drogi w rozumieniu art. 3 pkt 6 pr. Bud i art. 4 pkt 17 ustawy o drogach publ.

Powyższe pozycje potwierdzają spełnienie przedmiotowego warunku podmiotowego. Pozostałe zadania Drogomexu stanowią wskazanie doświadczenia dodatkowego nadprogowego. Ich ewentualne badanie i ocena pozostałyby bez wpływu na wynik postępowania.

Przystępujący zgadza się z twierdzeniem, że wykonawca nie nabywa realnego doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców co stoi w zgodnie z orzeczeniem znanym potocznie jako Esaprojekt.

Reasumując przystępujący stwierdził, że złożonymi dokumentami potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do stosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący odkreślił, że zarzuty dotyczą ceny oferty i z nim powiązanego terminu realizacji. Zauważył, że Przystępujący w odpowiedzi przedstawił dodatkowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie odniósł się merytorycznie do wyjaśnień w zakresie ceny. Złożył własne opracowanie (oś czasu) na poparcie zarzutu dotyczących terminu wykonania. Wskazał na wymogi w zakresie wykonawstwa w różnych branżach np. elektrycznych, sanitarnych. Złożył graficzne przedstawienie przekroju poprzecznego nawierzchni w przedmiocie zamówienia zgodnej z PFU stwierdzając, że poszczególne elementy muszą być realizowane z zachowaniem reżimy kolejności technologicznej i czasowej (pobocza, drogi kołowa, płaszczyzna postoju samolotów, płaszczyzna do odladzania). Złożył mapę z zaznaczeniem obszarów realizacji przedmiotu zamówienia (zielone) i innych równocześnie prowadzonych kontraktów ze wskazaniem wymogu wzajemnej koordynacji, co zostało stwierdzone w PFU. Złożył 4 scenariusze realizację robót (harmonogramy) oparte na wymogach PFU z alternatywnymi okresami realizacji na dowód niemożliwości dochowania terminu z oferty Przystępującego. Przypomina art. 6.4.3. wzoru umowy -10 dni roboczych na zatwierdzanie dokumentacji przez Zamawiającego. Wskazał, że Przystępujący na str. 18 pisma twierdzi, iż zoptymalizował koszty realizacji, natomiast brak jest konkretnych danych w tym zakresie. Przypomina ciężar dowodu dot. ceny. Złożył zestawienie materiałów i ich wycenę w celu porównania z wyceną Przystępującego, zestawienie kosztów organizacji zaplecza poniesionych przez siebie na budowie sąsiedniej, 2 opinie dot. niedoszacowania projektu budowlanego w zakresie robót ziemnych. Neguje walor dowodowy prac referencyjnych na s. 24 i wyjaśnienie na str. 25 o obniżeniu ceny dostawy od

jednego dostawcy o 10 mln zł, co wynika z ceny po drugiej aukcji. Z referencji wynika brak wykonania robót ziemnych, gdyż DROGOMEX wykonywał nawierzchnię z mieszanek mineralno-asfaltowych podobno jak w pozycji 2 wykazu, co wynika z pozycji wykazu, a także pozycji 3 wykazu oraz 4. Zakres prac Przystępującego opisany jest w umowach konsorcjum oraz referencjach. Wskazuje na dokumenty złożone przez Przystępującego niezwiązane z przedmiotem sporu i niedotyczące zarzutów w związku, z czym nie powinny być one brane pod uwagę.

Przystępujący przypomniał tezę o zarzutach, które powinny być uznane za spóźnione. Odwołujący powiązał ściśle zarzut dot. ceny oferty z oferowanym terminem realizacji. Wobec porównywalności cen Odwołujący nie sfomułował wprost zarzutu rażąco niskiej ceny, choć wskazał także na art. 89 ust. 1 pkt 4. Zauważył, że szereg kosztów realizacji zamówienia może być obniżony z uwagi na krótszy termin wykonywania prac. W toku postępowania Odwołujący również zastrzegał informację, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, tożsame z zastrzeżonymi przez Przystępującego. Nowo przedstawione doświadczenie i realizację wskazano jedynie z ostrożności, jako, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu niespornie wykazał w toku postępowania. Stwierdził, iż wykonanie pierwszej warstwy jezdni powinno być traktowane, jako położenie kilku warstw konstrukcyjnych. Przypomina art. 4 pkt 16 i 17 ustawy o drogach oraz art. 3 ust. prawa budowlanego. Niektóre zadania wykonywał wspólnie z innymi i ma prawo powołać się na doświadczenie uzyskanie w tych realizacjach. Prace z wykazu były wykonywane w konsorcjach, zakres i wartość jest udokumentowana a także, jako podwykonawca (pozycja 4). Wnioskowany dowód z zeznań ma służyć wykazaniu realności terminu, który jest kwestionowany przez Odwołującego z wykorzystaniem dowodów złożonych na rozprawie. Neguje opracowanie harmonogramu osi czasu stwierdzając, że niektóre prace mogą być wykonywane równolegle, natomiast szczegółowe odniesienie się do tych dokumentów byłoby możliwe w razie odroczenia rozprawy, o co wnioskuje. Zauważył, że w złożonym sprzeciwie odniósł się do wszystkich zarzutów odwołania i w takim zakresie przedstawiono stanowisko. Nie ma możliwości do odniesienia się do nowej argumentacji przedstawionej w toku rozprawy wraz z dokumentami przygotowanymi przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławczapo przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, w tym w szczególności treści złożonych ofert i dokumentacji postępowania, z uwzględnieniem stanowisk przedstawionych na piśmie oraz do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odnośnie wniosku o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów odwołania z uwagi na przekroczenie terminu do ich wniesienia Izba uznaje wniosek za niezasadny. Wobec opisania w stanowisku przystępującego kolejności kolejnych zdarzeń w toku postępowania, opatrzonych datami i niespornych, począwszy od dnia otwarcia ofert powtórzenie ich jest zbędne. Zauważając, że przepisy prawa nie ustalają początku biegu terminu na wniesienie odwołania od zaniechania przez zamawiającego udostępnienia zastrzeżonych informacji w ofertach, należy wskazać, że termin taki uzależniony jest od zachowania zamawiającego, który w toku badania i oceny ofert bada także zasadność zastrzeżenia przez wykonawcę informacji stanowiących zdaniem wykonawcy tajemnicę przedsiębiorstwa. Ocena zamawiającego dokonana w tym zakresie i przedstawiona wykonawcom (wykonawcy) stanowi o początku biegu terminu na wniesienie odwołania. Nie jest przy tym wykluczone, że zakończenie oceny jest co do terminu tożsame z zakończeniem oceny ofert i ustaleniem wyniku postępowania. W sprawie rozpatrywanej wykonawca nie uzyskał przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej treści oferty konkurencyjnej w części zastrzeżonej jako zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analizując stan faktyczny skład orzekający uznaje, że odwołanie dotyczące zaniechania ujawnienia treści oferty zostało złożone w terminie, który wykonawca ustalił poprawnie. W szczególności termin taki nie rozpoczął biegu z dniem otwarcia ofert, ani z dniem ustalenia wykazu wykonawców dopuszczonych i zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej. Twierdzenie, iż odwołujący powinien z faktu zaproszenia do udziału w aukcji wywodzić okoliczność, że ofertę należy odtajnić, a wykonawca z zachowaniem staranności i w celu uniknięcia ewentualnego zarzutu spóźnienia zaniechał żądania udostępnienia, nie ma podstaw w przepisach prawa. Brak jednoznacznego oświadczenia zamawiającego o odmowie udostępnienia dokumentów oznacza, że nie miała miejsce ani odmowa, ani zaniechanie czynności obowiązkowej, jako zachowania podlegające skutecznemu zaskarżeniu. Tym samym, wobec braku innych okoliczności, termin zaskarżenia zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa jest tożsamy z terminem zaskarżenia decyzji o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli w sprawie rozpatrywanej, wyboru oferty najkorzystniejszej. Właśnie w tym dniu zamawiający zdecydował, jaka część oferty nie została odtajniona i rozpoczął bieg termin do złożenia odwołania.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów, w ustalonym stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

W ocenie składu orzekającego zastrzeżenie wykonawcy – przystępującego dotyczące zaoferowanej ceny nie zostały opatrzone przekonującym uzasadnieniem zastrzeżenia treści ich jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na jego lakoniczność i ogólnikowość sprowadzającą się do wskazania jedynie na związek z przepisami prawa definiującymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezależnie od faktu, że zastrzeżenia wyjaśnień są analogiczne i formułowane co do metody w sposób zbliżony do czynności innych wykonawców (w tym odwołującego) należy stwierdzić, że wykonawca nie sprostał wymogom procedury z art. 90 ust. 3 ustawy pzp z jednoczesnym naruszeniem zasady jawności z art. 8 ustawy, jako że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie podlega, co do zasady, zastrzeżeniu wobec nie zawierania w swej treści informacji taki charakter mających. Ocena powyższa pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania wskazany w sentencji orzeczenia i w zgodzie z art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp, jako że Izba uznała za niezasadne zarzuty pozostałe.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Drogomex w sytuacji, gdy Wykonawca jako jedyny zaoferował 14 miesięczny termin realizacji zamówienia, pomimo tego że sam Zamawiający dostrzegł niemożność dochowania tego terminu, co prowadzi do wniosku, że Drogomex nie uwzględnił w ofercie wszystkich elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, a których uwzględnienie winno znaleźć swoje odzwierciedlenie w cenie i terminie realizacji zamówienia, skład orzekający stwierdza, że zarzut nie został dowiedziony. W szczególności dotyczy to twierdzenia o niemożności dochowania terminu realizacji zamówienia zaoferowanego przez przystępującego. Zauważyć należy, że również zamawiający w toku postępowania nie stwierdził takiej okoliczności, a dokonana zmiana w zakresie kryterium pozacenowego dotyczącego terminu realizacji została wprowadzona w wyniku uwzględnienia wniosków wykonawców zainteresowanych uzyskaniem korzystnej punktacji za

realizację w terminie, który można określić jako bezpieczny. Jednocześnie opis przedmiotowego kryterium wskazuje na zainteresowanie zamawiającego w uzyskaniu zamówienia w terminie możliwie krótkim, a przy tym bez określenia terminu minimalnego jako dopuszczalnego. Mając zatem na uwadze treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty wykonawcy w zakresie zaoferowanego terminu realizacji zadania z treścią siwz, co oznacza, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie jego zastosowania przez zamawiającego w stosunku do oferty przystępującego, nie został naruszony.

Omówiona wcześniej okoliczność faktyczna, jaką jest zaoferowanie realizacji zamówienia w terminie 14 miesięcy stanowi, w ocenie odwołującego przesłankę zastosowania wobec oferty przystępującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wobec zaniechania jego zastosowania przez czynność odrzucenia oferty, pomimo tego że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Skład orzekający nie podziela takiego stanowiska. Należy zauważyć, że zaoferowany termin pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na wzajemne relacje wszystkich wykonawców, w tym w szczególności uczestników postępowania, ich ustalone pozycje w rankingu i w żaden sposób nie zaburza konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Odnośnie samej wysokości ceny, co do której zarzut podniesiony został łącznie kwestionowanym terminem realizacji zamówienia, jednakże rzeczywiście wymieniony przez wskazanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp skład orzekający zauważa dodatkowo, że cena zaoferowana ma charakter rynkowy dla rynku właściwego rozumianego jako całość ofert w przedmiotowym postępowaniu. Jak wskazano wcześniej w opisie porównania cen, różnice między cenami wskazanymi przez wykonawców są nieznaczne, w tym między odwołującym a przystępującym różnica jest wręcz znikoma.

W zarzucie kolejnym odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy pzp i art. 387 kodeksu cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy Drogomex, oferując 14-miesięczny termin realizacji, nie ma możliwości zrealizowania zamówienia w takim terminie, a zatem zaoferował świadczenie niemożliwe.

Mając na uwadze przepis kodeksu cywilnego, którego naruszenie jest źródłem zarzutu Izba uznaje, że przystępujący nie zaoferował zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe. Wg art. 387 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a regulacja ta dotyczy okoliczności określanej jako niemożliwość pierwotna, a przy tym, z reguły, znanej przynajmniej jednej ze stron. W ocenie składu orzekającego umowa w formule „zaprojektuj i buduj", jest szczególną odmianą kodeksowych umów nazwanych tj. umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane, a termin jest dodatkowym składnikiem umowy. Z punktu widzenia wyłącznie formalnego termin, jakkolwiek istotny dla stron, nie jest elementem stanowiącym o ważności umowy. W konsekwencji uchybienie terminu świadczenia niepieniężnego realizowanego w ramach umowy nie skutkuje jej nieważnością niezależnie od innych następstw wynikających z zasad odpowiedzialności regulowanej przepisami prawa lub postanowieniami umowy. W sprawie rozpatrywanej samo założenie stanowiące tezę odwołującego o niemożności dochowania terminu, nie zostało udowodnione. Odwołujący przedstawił na poparcie jej szereg argumentów wynikających zarówno ze specyfiki i zakresu przedmiotu zamówienia, wymogów technicznych i technologicznych wykonania wszystkich rodzajów prac, w tym projektowych i budowlanych w różnych branżach. Wskazał także na wymogi formalne niezbędne do zachowania, a wynikające z postanowień umowy i przepisów prawa. W oparciu o powyższe opracował w formie graficznej i opisowej kilka symulacji planowanych prac na osi czasu, na podstawie czego uznał, że kwestionowany termin wskazany przez przystępującego nie może być dochowany.

W ocenie składu orzekające wskazane opracowania wskazują ze znaczącym prawdopodobieństwem, że istotnie realny termin wykonania przedmiotowego zadania okaże się dłuższy od deklarowanego w ofercie przystępującego. Nadal jednak stanowisko takie nie może być uznane za udowodnione. W szczególności, w ocenie składu brak jest dowodu co do niemożności realizacji poszczególnych elementów zamówienia, zarówno o charakterze formalnym, jak i rzeczowym w terminach krótszych niż zakładane w opracowaniach odwołującego.

Ponownie przy tym stwierdzić należy, że kwestionowany termin nie ma wpływu na wysokość ceny, zaburzenie konkurencyjności, ani ocenę ważności oferty. Jedynie na zasadzie domniemań można zauważyć, że mimo racjonalności stanowiska odwołującego, nie byłyby pozbawione racji ewentualne rozważania o wpływie skrócenia terminu realizacji robót na obniżenie kosztów, w szczególności kosztów stałych, utrzymania obiektów, opłat eksploatacyjnych, administracyjnych, wynagrodzeń pracowników.

Kolejne zarzuty odwołania dotyczą spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego z żądaniem nakazania wykluczenia wykonawcy z postępowania lub nakazania przeprowadzenia procedury z art. 26 ust. 3 celem uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału określonych w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie odwołującego wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału dotyczące doświadczenia osób skierowanych przez niego do realizacji zamówienia, przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do doświadczenia osób skierowanych do realizacji, mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, a zamawiający naruszył także art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wezwania Drogomex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie osób, które Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wezwania Drogomex do wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału dotyczących doświadczenia zakresu i wartości prac poszczególnych konsorcjantów realizujących zadania, charakteru robót wykonywanych przez Wykonawcę.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, przystępujący złożył na wezwanie zamawiającego wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia opisanych w pkt V.1.2b siwz. Wykaz zawierał dane osobowe, rodzaje uprawnień, wskazanie podstawy dysponowania osobami i oświadczenie co do okresu doświadczenia danej osoby. Ponadto wskazano na wybrane projekty realizowane przez poszczególne osoby. Jak wynika z informacji przystępującego, w wykazie nie wskazywano, iż wymienione projekty stanowią całkowite doświadczenie danej osoby, a okres posiadanego doświadczenia wskazany w 4 kolumnie wykazu miałby być sumą czasu trwania poszczególnych wskazanych inwestycji.

Izba uznaje za poprawne wyjaśnienie przystępującego, że nie miało miejsca wprowadzenie w błąd z art. 24 ust 1 pkt 16 pzp. Konsorcjum przygotowało wykaz wg wymagań siwz i wezwania. Z tego względu w kol. 4 dotyczącej doświadczenia każdorazowo wskazano, zgodnie z nagłówkiem kolumny okres posiadanego doświadczenia w latach oraz ewentualnie inne informacje np.; doświadczenie w projektach o określonej wartości, bądź rodzaju. Tym samym nie było

nieprawdziwych informacji i w ocenie przystępującego przedstawiony wykaz osób czyni zadość wymaganiom i potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego brak było także podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w procedurze przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp skoro wykaz zawierał wymagane i wystarczające informacje.

Zakwestionowany przez odwołującego p. B. wskazany do pełnienia funkcji Kierownika projektu, zgodnie z pkt V.1.2b tiret trzecie siwz powinien posiadać wyższe wykształcenie techniczne oraz co najmniej 6 letnie doświadczenie w prowadzeniu projektów dotyczących budowy lub przebudowy obiektów infrastruktury transportowej o łącznej wartości 100 000 000 zł, w tym co najmniej jeden projekt o wartości min. 30 mln zł dot. budowy, przebudowy lub remontu nawierzchni lotniskowych. Z tego względu przystępujący w poz. 5 tabeli wykazu osób wskazał istotne informacje dot. pana B. tj. wykształcenie, 7 letnie doświadczenie oraz wskazał istotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, zadania realizacji projektów wg wyżej wskazanych wymogów. Oprócz wymienionych wg kryteriów wartościowych, projektów, pan B. pełnił też funkcję kierownika kontraktu w szeregu innych pracach (wskazano na 7 realizacji).

Odnośnie pana K. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych (wymóg z R.V.1.2b tiret ósme siwz) wymagano uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności elektroenergetycznej oraz co najmniej 2 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót. W poz. 9 tabeli wskazano istotne informacje dot. pana R. P. K. . Oświadczenie o 10-letnim doświadczeniu oraz wybrane 3 realizacje z udziałem ww pana związane z pracami lotniskowymi. To były informacje niewymagane. Poza wskazanymi ww pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych na szeregu inwestycjach, których wymieniono i opisano. Trzecia osoba, której doświadczenie podważono to wskazany na stanowisko kierownika robót teletechnicznych M. B. (w tabeli jako A.) Zgodnie z pkt V.1.2.b tiret dziewiąte siwz wymóg to uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności elektroenergetycznej w specjalności telekomunikacyjnej oraz co najmniej 2 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robot. W poz. 10 tabeli – wykazu wskazano istotne informacje dot. ww pana tj. rodzaj uprawnień, oświadczenie o 4 letnim doświadczeniu i wybrane 4 realizacje z udziałem pana B., co zresztą jak dla wcześniejszych osób, nie było wymagane.

Wobec wskazanych ustaleń stanu faktycznego brak jest podstaw do twierdzenia o naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy pzp, jako że zbędne jest jego zastosowanie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy spór dotyczy spełnienia warunku określonego w R V.1.2a siwz, gdzie wskazuje się na wykazanie przez wykonawców, że okresie ostatnich 10 lat wykonali co najmniej dwa zamówienia polegające na budowie lub przebudowie drogi co najmniej klasy „G" wg podziału wprowadzonego przez rozp. Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. z 1999 r. Nr 43, poz. 430), o łącznej wartości nie mniejszej niż 50 mln zł brutto. Celem wykazania wykonawca obowiązany był złożyć na wezwanie wykaz usług i robót budowlanych oraz dowody potwierdzające tj. referencje lub inne dokumenty.

Zamawiający wymagał zatem doświadczenia w budowie dróg klasy minimum „G". Przystępujący przedstawił wykaz, w którym wskazał cztery wybrane inwestycje w zakresie budowy lub przebudowy, z czego dwie dotyczyły realizacji klasy S oraz dwie klasy G.

Skład orzekający uznaje za uzasadnione przy ocenie przedmiotowego doświadczenia, z uwagi na rodzaj prac referencyjnych, branie pod uwagę przepisów ustawowych odnoszących się do definicji drogi, budowy i przebudowy. Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy prawo budowlane budowa obejmuje także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Budowa i przebudowa drogi zostały też zdefiniowane w art. 4 pkt 17 i pkt 18 ustawy o drogach publicznych, gdzie za budowę drogi uznaje się wykonywanie połączenia drogowego między określonymi miejscami lub miejscowościami, a także jego odbudowę i rozbudowę, zaś przebudowa drogi rozumiana jest jako wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego (pkt 18). W tym kontekście nie ma podstaw do kwestionowania robót wskazanych w wykazie uwzględniając, w szczególności co najmniej poz. 2 i 4 przez fakt budowy oraz przebudowy drogi zgodnie z definicją ustawową i wymogiem siwz. Tym samym złożonymi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy pzp dokumentami przystępujący wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do stosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postepowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) z uwzględnieniem udokumentowanych rachunkiem poniesionych uzasadnionych kosztów.

Przewodniczący:……

……..

……..