

WYROK
z dnia 1 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Katarzyna Brzeska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIRBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18 i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Żelazna 3** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10 oraz Planeta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zdziarska 21** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1251/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie żądań odwołania tj. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10 oraz Planeta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zdziarska 21** z postępowania, z uwagi na zaniechanie zabezpieczenia przez tego wykonawcę oferty

1

wadium i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10 oraz Planeta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zdziarska 21** z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert, w pozostałym zakresie żądania odwołania uznaje za niezasadne,

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIRBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18 i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Żelazna 3** z siedzibą w Warszawie, ul. Osmańska 12 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIRBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18 i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie**

Trybunalskim, ul. Żelazna 3 kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) 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:

Członkowie:

.....

2

Sygn. akt KIO 1251/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na na „Projekt i budowa obwodnicy Góry Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 długości około 3 9 km” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 listopada 2013r., numer ogłoszenia 2013/S 227-394425.

W dniu 3 czerwca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców drogą elektroniczną o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 12 czerwca 2015r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MIRBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18 i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piorkowie Trybunalskim, ul. Żelazna 3, zwani dalej odwołującym, wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa i członka zarządu firmy Mirbud ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Mirbud działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 10 stycznia 2014r. udzielonego przez Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 czerwca 2015r.

Odwołujący wniósł odwołanie od: zaniechania należytego badania i oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu oraz Planeta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Intercor”) w tym:

- zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Intercor z uwagi na brak zabezpieczenia oferty tego wykonawcy wadium, zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Intercor, choć nie zawierają one tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz: zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz), lub (alternatywa łączna): zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor z uwagi na rażąco niską cenę, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, choć jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z ostrożności również:

- zaniechania wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy):

3

1. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum Intercor, choć złożona w ofercie tego wykonawcy gwarancja wadialna nie zabezpiecza oferty Konsorcjum Intercor, lecz ofertę Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., która to oferta w ogóle nie została w postępowaniu złożona;

2. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr. 153 poz. 1503 z późn. zm.; dalej: „ustawa ZNK”) przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do ujawnienia treści wyjaśnień Konsorcjum Intercor, choć nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa; oraz:

3. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią siwz, pomimo że oferta Konsorcjum Intercor nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (zaniechanie zaoferowania części zamówienia), lub (alternatywa łączna):

4. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego 3. dokonania wyboru oferty odwołującego, w ramach powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty, choć Konsorcjum Intercor nie wykazał, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena ofertowa jest ceną realną,

5. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, choć kalkulacja ceny dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; z ostrożności również:

6. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, lecz uprawniony jest do poprzestania na zbadaniu ceny na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, choć jej realność budzi jego wątpliwości; oraz:

4

7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie uprawniony jest do dokonania wyboru oferty Konsorcjum Intercor, pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem:

2.1. wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania, z uwagi na zaniechanie zabezpieczenia przez tego wykonawcę oferty wadium,

2.2. odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Intercor złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy, oraz uznania przedmiotowych wyjaśnień za niewystarczające dla uznania, że cena ofertowa Konsorcjum Intercor jest ceną realną, lub że przedmiot oferty obejmuje cały zakres zamówienia,

2.3. odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor:

2.3.1. z uwagi na jej niezgodność z treścią siwz, lub

2.3.2. z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej oraz z uwagi fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, należycie zbadałby i ocenił ofertę Konsorcjum Intercor. W konsekwencji, zamawiający nie dokonałby wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, lecz wykluczyłby tego wykonawcę oraz odrzuciłby ofertę Konsorcjum Intercor z uwagi na wystąpienie dwóch niezależnych podstaw do jej odrzucenia. Wówczas, zamawiający dokonałby wyboru oferty odwołującego, która jest nie tylko zgodna z siwz, lecz również zawiera najwyższą ilość punktów w ocenianych kryteriach. Zamawiający wskazał bowiem w siwz, że oferty oceniane

będą w trzech kryteriach: cena ofertowa z wagą 90%, okres gwarancji jakości z wagą 5% oraz termin realizacji z wagą 5%. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, zobowiązali się do udzielenia dziesięcioletniego okresu gwarancji jakości oraz do realizacji zamówienia w okresie 35 miesięcy. Zatem, to najniższa cena faktycznie decydowała o wygranej. Odwołujący przedstawił tabelaryczną symulację dotyczącą ilości punktów, które zamawiający by przyznał, gdyby działał z poszanowaniem przepisów ustawy z pominięciem ofert wykonawców wykluczonych. Według tabeli to odwołujący uzyskały największą ilość punktów, a na drugim miejscu znalazłby się Budimex.

A. W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Intercor mimo braku zabezpieczenia przez tego wykonawcę oferty wadium.

5

Odwołujący wskazał treść art. 45 ust. 1 ustawy i wskazał, że żądanie wadium zamawiający zawarł w ust. 14 siwz. Odwołujący podniósł, że gwarancja przetargowa zapłaty wadium nr BOFH15006472GP/K z dnia 27 stycznia 2015r. wystawiona przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, na zlecenie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. dla zamawiającego, wskazuje i definiuje jako "Wykonawcę", tj. zobowiązanego z gwarancji, jedynie Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., tj. lidera Konsorcjum Intercor. Ponadto, treść gwarancji bankowej wskazuje, że to Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., a nie Konsorcjum Intercor, złoży ofertę w postępowaniu, według odwołując ego świadczy o tym następujący fragment gwarancji: "Zostaliśmy poinformowani, że w związku z zaproszeniem do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Projekt i budowa obwodnicy Góry Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 długości około 3 9 km” nr ref 120/2013, w którym wadium wynosi 3 500 000zł., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych "Intercor" sp. z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, zwany dalej Wykonawcą, złoży ofertę, zwaną dalej Ofertą."

Dalej, w treści gwarancji wadialnej zostało zaznaczone, że zamawiający uprawniony jest do wystąpienia do Banku Pekao S.A. z wnioskiem o zatrzymanie kwoty gwarantowanej, w przypadku dopuszczenia się wskazanych w dokumencie czynności przez "Wykonawcę", tj. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., który złożył "Ofertę":

"na Wasze pisemne żądanie załaty, właściwie podpisane, oraz Wasze pisemne oświadczenie, że Wykonawca:

nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r., zwanej dalej "ustawą" tj. będąc poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności i :

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

c) nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie

w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, oraz nie udowodnił, że ich niezłożenie wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie."

Również w kontekście zwrotu gwarancji wadialnej Bank PEKAO SA odnosił się do zdefiniowanych "Wykonawcy" oraz "Oferty" : "Niniejsza gwarancja powinna być nam zwrócona przez Was niezwłocznie:

6

a) jeżeli upłynął termin jej ważności,

b) po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem kiedy Oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza,

c) po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia zażądaliście w przypadku gdy oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza

d) na wniosek Wykonawcy, który wycofał Ofertę przed upływem terminu składania ofert."

W powyższego w ocenie odwołującego wynika, że złożona w ofercie Konsorcjum Intercor gwarancja przetargowa nr BOFH15006472GP/K jako "zobowiązanego z gwarancji" określa

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., i to ofertę złożoną przez tego wykonawcę samodzielnie (a nie w konsorcjum) przedmiotowa gwarancja wadialna zabezpiecza. Dokument ten w żaden sposób nie odnosi się natomiast do udziału tego podmiotu w postępowaniu w ramach Konsorcjum Intercor oraz nie wymienia w jego treści drugiego członka Konsorcjum Intercor, tj. wykonawcy Planeta sp. z o.o., w szczególności nie wymienia Planeta sp. z o.o. w definicji "Wykonawcy", za działania i zaniechania którego Bank Pekao S.A. zobowiązuje się zapłacić kwotę gwarancyjną. Tak udzielona gwarancja wadialna zdaniem odwołującego nie spełnia warunków określonych w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy .

Odwołujący wskazał, że konsorcjum pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej, a przez to niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji wadialnej. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego uprawnieni są do złożenia gwarancji wadialnej, która jako "oferenta" / "wykonawcę" (czyli podmiot zobowiązany z gwarancji) wskazuje podmiot lub grupę podmiotów odmiennych od składu wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu. W przedmiotowej gwarancji wadialnej, odmienne określenie "Wykonawcy" (pominięcie w definicji "Wykonawcy" partnera konsorcjum, Planeta sp. z o.o.) od faktycznego składu Konsorcjum Intercor pozbawia, zdaniem odwołującego, zamawiającego możliwości zatrzymania wadium, w przypadku wystąpienia po stronie Konsorcjum Intercor okoliczności wskazanych w art. 46 ustawy .

Odwołujący zwrócił również uwagę na art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.), który stanowi, że „[g]warancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta; że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku". Zatem, gwarancja bankowa jest zobowiązaniem w ramach którego gwarant (bank -

7

wystawca gwarancji) zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta gwarancji (w tym przypadku zamawiającego) w przypadku spełnienia przesłanek wskazanych w treści gwarancji. W żadnym razie "zobowiązany z gwarancji" nie jest automatycznie "podmiot zlecający wystawienie gwarancji". Przeciwnie, podmiot zlecający wystawienie gwarancji może jako zobowiązany z gwarancji wskazać podmiot trzeci, zupełnie nawet nie związany z podmiotem zlecającym. Kluczowe jest więc precyzyjne określenie zobowiązanego z gwarancji bankowej (w przedmiotowej gwarancji - należyte zdefiniowanie "Wykonawcy").

Odwołujący podniósł, że gwarancja ubezpieczeniowa jest dokumentem, którego treść w sposób zupełny i wyczerpujący określa kształt zobowiązania umownego, a tym samym zupełny zakres uprawnień i obowiązków stron: gwaranta, beneficjenta (zamawiającego) oraz zleceniodawcy (uczestnika przetargu, na którego zlecenie wystawiana jest gwarancja). Nie jest możliwa zatem, w ocenie odwołującego, rozszerzająca wykładnia podstaw uprawniających beneficjenta do zrealizowania zobowiązania gwarancyjnego. Podmiot zlecający wystawienie gwarancji łączy z bankiem, stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego bank-gwarant zobowiązał się wystawić gwarancję na rzecz beneficjenta gwarancji. Nie istnieje natomiast żaden węzeł zobowiązaniowy łączący w ramach gwarancji podmiot zlecający wystawienie gwarancji z beneficjentem gwarancji, chyba że z treści gwarancji wynika, że zlecający wystawienie gwarancji jest równocześnie zobowiązany z gwarancji. Wówczas gwarant uprawniony jest do żądania od zobowiązanego z gwarancji / zlecającego wystawienie gwarancji określonego zachowania (działania lub zaniechania). Analizując przedmiotową gwarancję bankową odwołujący stwierdził, że z uwagi na treść gwarancji wystawionej na zlecenie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. - tj. to jest z uwagi zdefiniowanie jako "Wykonawcę" zobowiązanego do działania zgodnego z przepisami ustawy wyłącznie Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., z pominięciem Planeta sp. z o.o. - podmiot zlecający wystawienie gwarancji występuje w podwójnej roli i jest również zobowiązany z gwarancji. Innymi słowy, Konsorcjum Intercor nie jest zobowiązany z gwarancji wystawionej na zlecenie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., a zatem w przypadku wystąpienia po stronie Konsorcjum Intercor okoliczności faktycznych opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy ,

warunkujących zapłatę wadium, Zzawiający, zdaniem odwołującego, nie byłby uprawniony do żądania od Banku Pekao S.A. zapłaty sumy gwarantowanej.

Definicja "Wykonawcy", zawarta w przedmiotowej gwarancji, jest w pełni spójna z definicją "Oferty". Gwarancja wadialna nr BOFH15006472GP/K zabezpiecza bowiem wyłącznie ofertę, którą Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. samodzielnie planowało złożyć w postępowaniu. Jednakże, spółka ta nie złożyła oferty indywidualnej, lecz wspólną, w ramach Konsorcjum Intercor. Oferty Konsorcjum Intercor przedmiotowa

8

gwarancja jednak nie zabezpiecza. Przedstawiona powyżej argumentacja oparta jest, w ocenie odwołującego, na wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, dokonanej przez doktrynę i orzecznictwo. W doktrynie wyrażono pogląd, że w dokumencie wadialnym (gwarancja, poręczenie) powinno być wyraźnie wskazane, w imieniu jakich podmiotów wadium jest wnoszone. Brak wskazania wykonawców wspólnie składających ofertę powoduje trudność w przypisaniu wadium do konkretnej oferty. Co więcej, wystawca dokumentu wadialnego, w którym nie wskazano wszystkich wykonawców, w imieniu których wadium jest wnoszone, może uniknąć konieczności zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji czy poręczenia. W takim przypadku wątpliwe jest zatem zabezpieczenie interesów zamawiającego (tak J. Pieróg: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, CH Beck, 2009, str. 201).

Doktryna wskazuje, że „wadliwa będzie gwarancja, z której będzie wynikać, że gwarant zapłaci określoną kwotę w przypadku, gdy zawarcie umowy w sprawie

się z przyczyn leżących po stronie zamówieniapublicznego stanie niemożliwe zobowiązanego; będącego jednym z konsorcjantów, a z gwarancji nie będzie wynikało, że skutek zapłaty wystąpi także wówczas, gdy niemożność zawarcia umowy zajdzie z przyczyn leżących po stronie innych konsorcjantów, w szczególności lidera konsorcjum Poza tym, gwarancji wadiainej nie można skutecznie poprawić po czynności wykluczenia z postępowania. Jeżeli chodzi o wadium uiszczane w formie gwarancji czy poręczenia, to zamawiający nie może sam interpretować ich postanowień w zakresie treści, a co więcej - nie może pozostawać w niepewności oc do możliwości zaspokojenia swoich uprawnień z tytułu wadium" (tak S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, LexisNexis, 2010, str. 195).

Podobne stanowisko zajmuje zdaniem odwołującego także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrok KIO/UZP 69/09, wyrok z 29 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 726/14, Odwołujący ponadto podniósł, że wprawdzie zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie, a art. 23 ust. 3 przewiduje, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, to jednak żaden z przepisów dotyczących uczestnictwa wykonawców wspólnie w postępowaniu nie przewiduje ich solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte w związku z uczestnictwem w postępowaniu przetargowym. Oznacza to, że w przypadku uchybień dokonanych przez jednego członka konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, inny członek konsorcjum za działania i zaniechania (w tym np. za zaniechanie uzupełnienia dokumentów odnoszących się do partnera konsorcjum) odpowiedzialności nie ponosi. W ocenie odwołującego, solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zachodzi jedynie wówczas, gdy tak wskazują przepisy ustawy. Zgodnie z art. 141 ustawy, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność wyłącznie za wykonanie umowy i

9

wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powyższe wskazuje, że odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego nie rozciąga się na inne czynności dokonywane w toku postępowania, w tym nie dotyczy obowiązku wniesienia wadium. Tym samym, gwarancja wadialna nie odnosząca się do okoliczności dotyczących każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie może być uznana za prawidłowe wniesienie wadium. Podobnie Izba w wyroku z 15 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1785/14, w wyroku KIO z dnia 7 stycznia 2015r., sygn. akt: 2694/14 (ten ostatni wyrok odwołujący uznaje za zapadły w analogicznych stanie faktycznym i prawnym).

Reasumując powyższe, odwołujący zauważył, że z uwagi na treść gwarancji wadialnej nr BOFH15006472GP/K, złożonej wraz z ofertą Konsorcjum Intercor, która jako zobowiązanego

z gwarancji wskazuje Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., oraz która w swej treści odnosi się do oferty złożonej samodzielnie przez tego wykonawcę, przedmiotowa gwarancja bankowa nie zabezpiecza oferty wspólnej Konsorcjum Intercor. W żaden sposób nie odnosi się ona bowiem do drugiego członka konsorcjum, Planeta sp. z o.o. Zatem, Konsorcjum Intercor winno zostać wykluczone z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy

B. W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Intercordotyczących zaoferowanego przedmiotu zamówienia oraz elementów cenotwórczych oferty

Odwołujący podał, że w dniu 08 czerwca 2015r. zwrócił się z wnioskiem do zamawiającego o umożliwienie wglądu w dokumentację postępowania. Zamawiający przychylił się do wniosku odwołującego i wyznaczył wgląd na dzień 08 czerwca 2015. Tego dnia zatem odwołujący powziął informację, że w dniu 15 maja 2015r. zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Intercor z wnioskiem o wyjaśnienia „czy złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia; w tym w programie funkcjonalno-Użytkowym, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu”. W ramach niniejszego wniosku zamawiający wyszczególnił 42 punkty, z których część składała się z 2 lub 3 pytań. Każdy ze wskazanych przez zamawiającego punktów w sposób bezpośredni lub pośredni odnosi się do elementów cenotwórczych oferty (zapytania dotyczą wprost danego kosztu lub czy oferta obejmuje dany element). W dniu 08 czerwca 2015 zamawiający przekazał również informację, że Konsorcjum Intercor udzieliło przedmiotowych wyjaśnień, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający, odmawiając odwołującemu wglądu do tego dokumentu, potwierdził więc, że po przeprowadzonym badaniu oferty Konsorcjum Intercor uznał zasadność tego zastrzeżenia.

10

Odwołujący podniósł, że zakłada, iż złożone wyjaśnienia nie zawierają szczegółowego uzasadnienia, które wskazywałoby na zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum Intercor w wyjaśnieniach przedstawiło szeroko orzecznictwo sądów i Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do zagadnień związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa. Co jednak istotne, pismo to nie zawierało zasadniczego wyjaśnienia, a mianowicie, dlaczego informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach elementów cenotwórczych oferty miałyby być w całości uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Intercor poprzestało wyłącznie na stwierdzeniu, że zastrzeżone informacje dotyczą wrażliwych i poufnych danych wykonawcy, w szczególności ceny oraz metod jej kalkulacji, czynników cenotwórczych, cen i upustów oferowanych przez podwykonawców, usługodawców, czy dostawców, źródła dostaw urządzeń i materiałów, czyli przewidywanego zysku wykonawcy, których ujawnienie godziłoby w interes wykonawcy. Nadto, Konsorcjum Intercor, poza ewentualnym zasygnalizowaniem kilku okoliczności faktycznych, które zdaniem Konsorcjum Intercor uzasadniały możliwość zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie załączyło do pisma żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzać przykładowo fakt, że zastrzegane przez wykonawcę informacje mają dla niego wartość gospodarczą. Pomimo to, przedmiotowe wyjaśnienia zostały ocenione przez zamawiającego jako zawierające wystarczające uzasadnienie dla uznania, iż Konsorcjum Intercor w sposób zgodny z prawem zastrzegło wyjaśnienia dotyczące zakresu oferty oraz jej elementów cenotwórczych, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z taką oceną zamawiającego, odwołujący się nie zgadza. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy ZNK, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki. Do takich wniosków doszedł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005r., sygn. akt III CZP 74/05. W niniejszej sprawie zdaniem odwołującego nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez zamawiającego przeprowadzone. Zamawiający ocenił wprawdzie w kontekście tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Konsorcjum Intercor wyjaśnienia, jednak ocena tych wyjaśnień była pobieżna i nie polegała na dogłębnej weryfikacji każdej z przedstawionych przez Konsorcjum Intercor informacji. Zamawiający wypełnił więc

obowiązek zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tylko w ujęciu formalnym. Merytoryczna ocena wyjaśnień, zdaniem odwołującego, winna była bowiem prowadzić zamawiającego do wniosku, że Konsorcjum Intercor - poza obszernymi cytatami z orzecznictwa - w zasadzie nie podało żadnych właściwych dla niego okoliczności, które pozwalałyby przyjąć, że dokonane przez Konsorcjum Intercor zastrzeżenie jest zasadne.

11

Przede wszystkim, Konsorcjum Intercor poprzestało na ogólnych twierdzeniach i nie wskazując dlaczego poszczególne elementy miałyby stanowić know-how lub posiadają wartość gospodarczą. Konsorcjum Intercor poprzestaje jedynie na enigmatycznym stwierdzeniu, że taki walor zastrzeżone dokumenty posiadają. Odwołujący podniósł, że nie można przyjąć automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia dotyczące elementów cenotwórczych - z racji wskazania na sposób budowania ceny przez wykonawcę - zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym bardziej takiego automatyzmu nie można przyjąć przy określaniu przedmiotu oferty, który nie polega na skonstruowaniu innowacyjnego rozwiązania, sformułowaniu indywidualnej koncepcji, oferty wariantowej czy w inny sposób dotyczy właściwemu danemu wykonawcy know-how. W niniejszym postępowaniu występuje typowa robota budowlana, gdzie informacja np. o ilości przyjętych przez Konsorcjum Intercor kamer monitoringu wizyjnego (pytanie nr 3 z pkt 19 Wezwania do wyjaśnień) nie ma charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa ani nie posiada wartości gospodarczej. Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokument nie musi bowiem - a czasami wręcz nie może - podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części, która faktycznie dotyczy informacji, o których mowa w art. 22 ust. 4 ustawy ZNK. Krajowa Izba Odwoławcza w swych orzeczeniach wskazuje też, że przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. Konsorcjum Intercor za pewną oczywistość uznaje okoliczność, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może godzić w interes Konsorcjum Intercor. Niemniej w przypadku informacji posiadających wartość gospodarczą wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić. Wobec braku dowodu, że informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną, technologiczną czy organizacyjną, w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można mówić, według odwołującego, o ziszczeniu się pierwszej z ww. przesłanek, których spełnienie jest niezbędne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, Konsorcjum Intercor poprzestało na stwierdzeniu, że informacje zastrzegane nie są powszechnie znane, a wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich w poufności, m. in. poprzez zobowiązanie pracowników i współpracowników do zachowania ich w poufności i wdrożenie "korporacyjnych" polityk poufności. Zdaniem odwołującego, podjęte środki mające na celu zachowanie poufności nie są wystarczające. Konsorcjum Intercor wskazało, że tajemnicą przedsiębiorstwa są dla niego dane o dostawcach, gdy jednocześnie nie udowadnia, że podjęło odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje te

12

zachować w poufności. Nadto, informacje te traktuje jako poufne w sytuacji, gdy współpraca z dostawcami nie jest informacją mającą wartość gospodarczą, skoro każdy z ośmiu podmiotów składających ofertę w niniejszym postępowaniu nie jest samodzielnym przedsiębiorstwem przemysłowo-handlowo-usługowym, zdolnym do kompleksowego wytworzenia niezbędnych kruszyw, pojazdów mechanicznych czy urządzeń technicznych, a zatem każdy z wykonawców współpracuje z dostawcami i to w takim samym lub bardzo zbliżonym zakresie. Konsorcjum Intercor nie jest w stanie samodzielnie wykonać całego przedmiotu zamówienia, gdyż w szerokim zakresie zamierza powierzyć wykonanie odnośnych części zamówienia podwykonawcom. Zatem, według odwołującego, sama informacja o współpracy z podwykonawcami jest jawna i nie posiada wartości gospodarczej. Odwołujący uznał, że informacja o współpracy z konkretnymi podwykonawcami może posiadać wartość gospodarczą, więc mogłaby mieć potencjalnie walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej w tym zakresie wprawdzie Konsorcjum Intercor powinno wykazać, że

strony faktycznie traktują tę informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet wówczas jednak, zdaniem odwołującego, zamawiający nie byłby uprawniony do zaniechania ujawnienia całego dokumentu np. z oferta danego podwykonawcy, lecz zobowiązany byłby do zaciemnienia logotypu, nazwy, pieczęci i innych fragmentów oferty, pozwalających na identyfikację danego podmiotu, i tak przygotowany dokument winien być zostać udostępniony odwołującemu. Odwołujący podkreślił, że elementy dotyczące cen, rabatów, upustów itp. nie mogą i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza brak jest jakiegokolwiek logicznego związku pomiędzy przyjętymi w wycenie zamówienia stawkami, a groźbą utraty przychodów, w związku z pokazaniem tych stawek. Zatem, nie można nadużywać tajemnicy przedsiębiorstwa, w celu uniemożliwienia konkurencji weryfikacji przedmiotu oferty czy dokonanej wyceny. Instytucja wyjaśnienia służy bowiem po to, aby wykonawcy wyjaśnili nie tylko zamawiającemu, ale również konkurentom, co składa się na zakres oferty (czy jest on tożsamy z przedmiotem zamówienia), jakie stawki i parametry tworzą zaoferowaną cenę, oraz czy są one realne. Odwołujący podniósł, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach ustawy. Możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasada nadrzędna. Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na Konsorcjum Intercor, które takiego zastrzeżenia dokonało, oraz na zamawiającym, gdyż nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, powołując się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie w ocenie odwołującego nie sposób przyjąć, by Konsorcjum Intercor w sposób odpowiedni wykazało, że całość zastrzeżonych przez

13

Konsorcjum Intercor informacji ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem, zamawiający bezpodstawnie uznał, że zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum Intercor jest zasadne. Odwołujący wskazał, że powyższe stanowisko dotyczące konieczności wnikliwego badania przez zamawiającego zastrzeżonych informacji oraz ścisłego wykładania zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oparte jest na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, wyrok z dnia 7 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2185/14, wyrok z dnia 14 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2277/14, wyrok z dnia 26 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2360/14 (ten wyrok odwołujący uznał za szczególnie adekwatny), wyrok z dnia 12 stycznia 2015r., sygn. akt: KIO 2731/14.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Konsorcjum Intercor, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie przez Konsorcjum Intercor czynników o charakterze obiektywnym. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, Konsorcjum Intercor mogło zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiegokolwiek kontroli. Zamawiający był bowiem zobowiązany, na podstawie art. 8 ust. 2 ustawy, zbadać zasadność zastrzeżonych przez Konsorcjum Intercor informacji. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie winien być jej charakter oraz przedsiębrane przez Konsorcjum Intercor czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru. Podobnej wykładni dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 września 2014 roku, sygn. akt: KIO 1877/14.

Odwołujący przypuszcza, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Intercor co najmniej w przeważającej części nie posiadają waloru tajemniczy przedsiębiorstwa, a Konsorcjum Intercor nie wykazało, że mają one jakąkolwiek wartość gospodarczą, budującą przewagę Konsorcjum Intercor na rynku robót budowlanych, ani nie wykazało należyście, jaki ani kto ma dostęp do tych informacji, jak jest monitorowany i kontrolowany, w jako sposób Konsorcjum Intercor zobowiązało te osoby do zachowania tych danych w poufności, jakie zostały wdrożone procedury w celu weryfikacji, czy zastrzeżone informacje faktycznie są zachowywane w poufności. Zatem, w ocenie odwołującego uznać należy, że zamawiający bezzasadnie pozbawił odwołującego możliwości weryfikacji złożonych wyjaśnień, pod kątem zgodności przedmiotu oferty z treścią siwz (tj. czy wszystkie niezbędne elementy zostały w ofercie ujęte), realności poczynionych założeń budżetowych, kompletności wykazanych elementów cenotwórczych, charakteru i kompletności złożonych dowodów na poparcie

wykazanych elementów cenotwórczych.

C. W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

14

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, zamawiający nie jest uprawniony do zastępowania wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnieniami z art. 87 ust. 1 ustawy. Jeżeli zamawiający powziął wątpliwość co do realności zaoferowanej ceny - a z treści niezwykle obszernego wezwania z dnia 13 maja 2015r. zdaniem odwołującego wynika, że takie wątpliwości u zamawiającego powstały - zamawiający zobowiązany był do wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści art. 90 ust. 1 ustawy wynika, że zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, wzywa wykonawców do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty, jeżeli wydaje się zamawiającemu, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi ona wątpliwości zamawiającego co do możliwości należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, a także w przypadku ziszczenia się obiektywnych przesłanek arytmetycznych, wskazanych w tym przepisie. Zatem, omawiany przepis obliuguje zamawiającego (nie jest to jedynie jego uprawnienie) do zwrócenia się do wykonawców z wnioskiem o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy m.in. wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość, czy dana cena ofertowa jest realna w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym, czy istnieje możliwość należytego wykonania zamówienia za tę cenę. Powzięcie przez zamawiającego wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę zachodzi wówczas, gdy zamawiający stwierdzi, że cena oferty jest bardzo niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i obawia się, że nie uwzględni ona wszelkich kosztów, ryzyk lub marży. Przy czym, wartość przedmiotu zamówienia stanowi kryterium obiektywne dla oceny, czy zamawiający miał podstawę do powzięcia rzeczonych wątpliwości. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 349.041.247,76 PLN brutto. Cena ofertowa Konsorcjum Intercor to 313.650.000,00 PLN. Oznacza to, że cena ofertowa za przedmiotowe roboty budowlane (wraz z niezbędnymi usługami i dostawą) zaoferowana przez Konsorcjum Intercor jest aż o 35.391.247,76 PLN niższa niż wartość, którą zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia. Kwota ta jest zaś niższa 10,14% budżetu zamawiającego. Porównując zaś cenę Konsorcjum Intercor do cen pozostałych ofert, odwołujący stwierdził, że jest ona niższa o 36.695.306,82 PLN od średniej wszystkich cen zaoferowanych w postępowaniu, co stanowi obniżenie względem średniej cen wszystkich ofert o 10,47%. Przy tak obszernym przedmiocie zamówienia, który polega na wykonaniu robót budowlanych (nie są to np. usługi szkolenia, gdzie cena jest określana bardzo indywidualnie), tak duża różnica bezwzględnie winna skutkować wezwaniem do wyjaśnienia ceny pod kątem badania, czy nie jest ona rażąco niska. To zestawienie cen wprost wskazuje, że zamawiający słusznie powziął wątpliwość, „czy złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w programie funkcjonalno-Użytkowym, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt

15

wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w takich sytuacjach Zamawiający obowiązany jest wezwać Wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy (tak wyrok z dnia 9 października 2014r., sygn. akt: KIO 1971/14, wyrok z dnia 27 sierpnia 2014r., sygn. akt: KIO 1644/14, wyrok KIO z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt KIO 2368/13, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 148/15.

Odwołujący podkreślił, że mimo powzięcia wskazanych we wniosku o wyjaśnienia wątpliwości co do ceny ofertowej Konsorcjum Intercor oraz pomimo obowiązku wezwania wykonawcy, którego oferta zawiera podejrzenie niską cenę, do wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamiast wystosować obowiązkowe wezwanie do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, zamawiający poprzestał na wezwaniu z art. 87 ust. 1 ustawy. Przy czym, nic nie stoi na przeszkodzie, by wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy zostały poprzedzone wyjaśnieniami dotyczącymi treści oferty, w tym ceny na

podstawie art. 87 ust.1 ustawy. Odwołujący podkreślił, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się na podstawie art. 90 ust.1 ustawy, nie zaś na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, zatem wyjaśnienia przekazane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie zastępują wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy. Podobnie wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1598/12. Mając na uwadze wskazane orzeczenie, odwołujący podkreślił, że wykonawca nie ma obowiązku składać wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, nie musi przedkładać jakichkolwiek dowodów na poparcie własnych twierdzeń, lub może odpowiedzieć na wezwanie bardzo lakonicznie. Zatem, odwołujący nie ma wiedzy co zostało stwierdzone w piśmie Konsorcjum Intercor, czy zostały złożone stosowne wyjaśnienia, czy są one realne, ani czy zostały one poparte jakimikolwiek dowodami. Cokolwiek jednak zostało oświadczone przez Konsorcjum Intercor, zdaniem odwołującego należy pamiętać, że wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 ustawy nie zastępują wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy. Tylko bowiem zwracając się do Konsorcjum Intercor z wnioskiem o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający ma pewność, że Konsorcjum Intercor - pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - przedłoży dowody, które pozwolą zamawiającemu ocenić, czy założenia budżetowe Konsorcjum Intercor są realne oraz stosownie udowodnione.

W sytuacji, gdy cena ofertowa Konsorcjum Intercor jest znacząco niższa niż budżet zamawiającego, co wzbudza u zamawiającego tak daleko idące wątpliwości, że formułuje siedmiostronicowe wezwanie do wyjaśnienia elementów, które wprost lub pośrednio odnoszą się do kosztów uwzględnionych przez Konsorcjum Intercor w ofercie, zamawiający nie był, w ocenie odwołującego, uprawniony do poprzestania na wezwaniu z art. 87 ust. 1 ustawy, lecz

16

zobowiązany był do zbadania ceny Konsorcjum Intercor w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zaniechanie to jest sprzeczne z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy, a zatem zachowanie zamawiającego nie zasługuje na ochronę.

D. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor z uwagi na zaofrowanie ceny rażąco niskiej lub z uwagi na jej niezgodność z z treścią siwz. Odwołujący podniósł, że znaczne zniżenie wartości oferty względem wartości zamówienia wskazuje, iż albo cena ofertowa Konsorcjum Intercor jest ceną dumpingową albo też przedmiot oferty został należycie wyceniony, lecz nie pokrywa on całego przedmiotu zamówienia. W pierwszym przypadku oferta Konsorcjum Intercor winna była zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zaś w drugim przypadku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący wskazał, że tak niska cena ofertowa Konsorcjum Intercor nie jest uzasadniona obiektywnymi względami, pozwalającymi temu wykonawcy na wykonanie zamówienia bez strat finansowych. Mianowicie, podpierając się wyceną odwołującego trzech największych pozycji cenowych z poz. II 1.2 Wykazu płatności, odwołujący stwierdził, że po ich zsumowaniu dają one kwotę wyższą od wyceny Konsorcjum Intercor. Tymczasem, ceny odwołującego są niższe od cen minimalnych publikowanych w Sekocenbud, gdyż uwzględniają okoliczność, że jeden z członków konsorcjum Odwołującego, tj. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” Sp. z o. o., jest producentem asfaltu, zatem ten koszt nie zawiera w sobie marży kontrahenta (asfalt nie jest sprzedawany odwołującemu, z marżą kontrahenta-producenta asfaltu). Również same zakupy materiałów na produkcję asfaltu są znacznie niższe niż rynkowe, gdyż w związku z realizacją wielu kontraktów Mirbud S.A. otrzymuje te materiały po preferencyjnych cenach: Cena ofertowa za ww. trzy pozycje w ofercie odwołującego wynosi 4,665,907,26 PLN, co wynosi więcej niż cała pozycja III.2 w ofercie Konsorcjum Intercor, wyceniona na 4.036.984,44 PLN.

Zdaniem Odwołującego, nie sposób byłoby obiektywnie przyjąć, aby w obecnej sytuacji rynkowej Konsorcjum Intercor mogło zaofrować zgodnie z prawem wykonanie trzech ww. pozycji pkt. III.2 Wykaz płatności za cenę jednostkową, stanowiącą 69,58% cen jednostkowych pozostałych wykonawców. Odwołujący jest pewny, że gdyby zamawiający wezwał Konsorcjum Intercor do wyjaśnień, czy cały zakres zamówienia został uwzględniony w przedmiocie oferty (w trybie art. 87 ust. 1 ustawy) oraz do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (w trybie art. 90 ust. 1 ustawy), Konsorcjum Intercor nie byłoby w stanie udowodnić, że uwzględniło całość przedmiotu zamówienia w cenie ofertowej. Tym samym, Konsorcjum Intercor musiałoby potwierdzić niezgodność treści własnej oferty z siwz, i/lub że cena ofertowa, ze szczególnym uwzględnieniem ceny jednostkowej w pkt III.2 Wykazu płatności, jest ceną rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy realność poczynionych przez Konsorcjum Intercor założeń winna być zweryfikowana równie pilnie przez zamawiającego jak okoliczność, czy założenia te są gołosłowne czy też poparte dowodami. W ramach tego badania zamawiający zobowiązany jest m.in. zbadać realność ofert poddostawców. Jak podkreśla się w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, „wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust 1 Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy; co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia” (wyrok z dnia 9 lutego 2015r., sygn. akt: KIO 189/15). Zaś w odniesieniu do konieczności przedstawiania dowodów, dalej w tym samym wyroku Izba orzekła, że „[w] przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił dość szczegółowe stwierdzenia i wyliczenia, ale były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy), nie poparte żadnymi dowodami (...) [J]eśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać; że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić zamawiającemu; że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. ze z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności takich w swoich wyjaśnieniach wykonawca Odwołujący nie przedstawił”. Odwołujący wskazał ponadto, że w odniesieniu do Konsorcjum Intercor nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić przedmiot zamówienia w pkt. III.2 Wykazu płatności tabeli na tak niskim poziomie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tego typu przedsięwzięcia. Jednakże, wyceny pozostałych wykonawców są w pozycji II.1.2 Wykazu płatności średnio o 1.764.821,58 PLN wyższe niż wycena dokonana przez Konsorcjum Intercor. Z powyższych względów, wyjaśnienia treści oferty przedstawione przez Konsorcjum Intercor nie pozwalają przyjąć, że wykonawca ten za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat, oraz że cena ta jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem koniecznym do wykonania, nakładem pracy, nakładem środków etc. Odwołujący zwrócił uwagę, że już samo zestawienie ceny ofertowej Konsorcjum Intercor z realną wartością rynkowej pełnego zakresu tej oferty wskazuje, że cena ofertowa Konsorcjum Intercor jest zaniżona i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podał, że w podobnych stanach faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż cena ofertowa wykonawcy jest ceną rażąco niską, tak wyrok z dnia 7 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2185/14

Reasumując, treść wyjaśnień oferty Konsorcjum Intercor zdaniem odwołującego potwierdza, że wykonawca ten nie uwzględnił w swojej ofercie całego przedmiotu zamówienia, zatem oferta ta jest niezgodna z treścią siwz, a więc podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Alternatywnie, w wyjaśnieniach tych Konsorcjum Intercor potwierdza, że choć został zaoferowany cały przedmiot zamówienia, to jednak nie został rzetelnie wyceniony, przez co cena ofertowa Konsorcjum Intercor, w szczególności w zakresie ceny jednostkowej wskazanej w pkt. III.2 Wykazu płatności jest ceną rażąco niską, a sama oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zamawiający miał wątpliwości względem zakresu oferty oraz wyceny Konsorcjum Intercor i słusznie wezwał Konsorcjum Intercor do wyjaśnień. Jednakże, wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na to wezwanie nie pozwalają na przyjęcie, że oferta Konsorcjum Intercor nie podlega odrzuceniu, a zatem zamawiający powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum Intercor, lub co najmniej wezwać Konsorcjum Intercor do kolejnych wyjaśnień, tj. czy cały przedmiot zamówienia został uwzględniony w przedmiocie oferty (w trybie art. 87 ust. 1 ustawy) oraz do wyjaśnienia

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (w trybie art. 90 ust. 1 ustawy).

E. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Jeżeli Konsorcjum Intercor wskazał w wyjaśnieniach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, że przedmiot oferty pokrywa całość przedmiotu zamówienia, to oznacza to, że cena ofertowa tego wykonawcy jest ceną rażąco niską. Cena ta nie zapewnia bowiem rzetelnej realizacji zamówienia, w szczególności w zakresie pkt. III.2 Wykazu płatności, po cenach rynkowych, z uwzględnieniem wszystkich kosztów, ryzyk oraz marży. W takim zaś przypadku oferta Konsorcjum Intercor stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż przez zaniżenie własnej ceny Konsorcjum Intercor utrudnia pozostałym wykonawcom dostęp do przedmiotowego zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegają odrzuceniu. W ocenie odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, złożenie przez Konsorcjum Intercor oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes Innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utрудnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez Konsorcjum Intercor towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy ZNK). Jednocześnie jest też dla

19

odwołującego oczywiste, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżonej ceny, w szczególności w pkt. II 1.2 Wykazu płatności ma na celu tylko i wyłącznie eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący zwrócił również uwagę na wyrok o sygn. akt KIO 791/13 z dnia 19 kwietnia 2013. Odwołujący podkreślił, że zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniżenie kosztów jednostkowych jest oparty o wykładnię Krajowej Izby Odwoławczej dokonaną w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Odwołujący powołał także na wyrok z dnia 24 lutego 2015r., sygn. akt: KIO 236/15, KIO 241/15, wyrok z dnia 14 stycznia 2014r., sygn. akt: KIO 2936/13. Wykonawca Konsorcjum Intercor, oferując wykonanie robót budowlanych w pkt. III.2 Wykazu płatności za cenę nierealną i niezapewniającą zysku, przez pominięcie w wycenie np. kosztu wytworzenia betonu asfaltowego i mieszanki metyksowo-grysowej, dopuścił się zdaniem odwołującego naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co w myśl art. 3 ust. 1 ustawy ZNK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Konsekwentnie, oferta Konsorcjum Intercor powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W dniu 15 czerwca 2015r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W dniu 17 czerwca 2015r. drogą elektroniczną do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10 oraz Planeta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zdziarska 21 wskazując, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż oferta zgłaszających została uznana za najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do wykluczenia zgłaszających z postępowania i odrzucenia ich oferty, przez co utraciliby szansę na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 czerwca 2015r. udzielonego przez Intercor jako lidera konsorcjum i podpisanego przez prokurenta ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2014r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego za partnera przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia, za lidera zaś przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji lidera. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 17 czerwca 2015r.

20

W dniu 18 czerwca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż w wyniku pozytywnego rozpatrzenia odwołania, zamawiający będzie musiał powtórzyć czynność badania i oceny ofert, co może do[prowadzić do zmiany decyzji zamawiającego, a tym samym do uzyskania przez zgłaszającego zamówienia do wykonania, jako jedyne spełniającego wymagania zamawiającego, a także gdyby zamawiający wybrał odwołującego, a ten odmówiłby podpisania umowy, to również wówczas ze zgłaszającym zostałyby podpisana umowa. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 grudnia 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 18 czerwca 2015r.

W dniu 25 czerwca 2015r. odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia po stronie wykonawcy Budimex SA z uwagi na brak interesu w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego.

Odwołujący wniósł o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym przystępującego BUDIMEX S.A. z uwagi na brak interesu. Odwołujący podniósł, że Budimex S.A. przystąpił do odwołania w dniu 18 czerwca b.r., snując dywagację o możliwości niepodpisania umowy przez Odwołującego i tu upatrując swojej szansy na wybór jako wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Jeżeli BUDIMEX chciał doprowadzić do wyboru swojej oferty jako najkorzystniejszej mógł sam wnieść i opłacić własne odwołanie. Odwołujący wskazał, że wynik tego postępowania odwoławczego nie wpływa na sytuację Budimex. Odwołujący uważa, że interesem przystępującego nie może być jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, po której zgłoszono przystąpienie, oraz w przypadku konieczności zrealizowania się jakiś dodatkowych nieziszczalnych okoliczności. W tym przypadku BUDIMEX nie osiągnie żadnej korzyści z tego, że odwołujący wygra odwołanie. Punktem wyjścia dla prawidłowego rozumienia interesu przystępującego powinno być pełne brzmienie art. 185 ust. 4 Pzp, który odwołujący zacytował. Odnosząc się do powyższego przepisu, odwołujący podkreślił, że po pierwsze nie można pomijać, że przystępujący zgłasza swoje przystąpienie do konkretnego postępowania odwoławczego, a nie do postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Co oznacza, że jego interes nie jest nieograniczony, czy oparty na jakiś spekulacjach, bowiem mieści się w ramach z jednej strony wyznaczonych przez treść odwołania, a z drugiej przez przedmiot danego (a nie innego) postępowania odwoławczego, z trzeciej przez jego sytuację w danym

postępowaniu. Z tych też względów odwołujący sprzeciwił się temu, aby uznawać nieograniczony interes przystępującego, tj. uznać go za szerszy niż interes odwołującego, czyli strony do której przystępujący chce przystąpić. Nie ma żadnego w ocenie odwołującego uzasadnienia dla stanowiska, że przystępujący może stać na straży wszystkich znanych mu norm prawnych, zaś odwołujący może poruszać się tylko w wąskim zakresie narzuconym treścią art. 179 ust. 1 ustawy. Ustawodawca, w ocenie odwołującego, w art. 179 ust. 1 ustawy wyraźnie ograniczył odwołującego w możliwości skorzystania z fundamentalnego przecież prawa jednostki, jakim jest prawo do sądu, w tym przypadku poprzedzone prawem do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Trudno jest przypuszczać, aby akurat racjonalnemu ustawodawcy chodziło o to, aby ograniczać prawa głównemu aktorowi (odwołującemu), a bez ograniczeń przyznać je aktorom drugoplanowym (przystępującym). Zatem choćby z tych prostych powodów przystępujący nie może mieć więcej praw niż odwołujący.

Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu, który to w wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r. o sygn. akt. X Ga 652/13. Interes przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego jest niejako pochodną czy refleksem interesu tej strony, do której przystępujący się przyłącza. Skoro tak, to interes przystępującego z samego założenia jest ograniczony interesem odwołującego się i nie może być z nim sprzeczny. Tymczasem w niniejszej sprawie, zdaniem odwołującego, zachodzi ewidentna sprzeczność pomiędzy interesem przystępującego a interesem odwołującego. Przystępujący nie zgłosił przecież

przystąpienia dlatego, że uważa, iż to odwołujący winien otrzymać przedmiotowe zamówienie, ale dlatego, że sam jest zainteresowany jego uzyskaniem, czego zresztą nie ukrywa w przystąpieniu. Tym samym interesy odwołującego i przystępującego w niniejszej sprawie są przeciwstawne, wręcz wykluczają się.

Odwołujący zauważył, że odwołujący musi tak działać, aby umożliwić sobie osiągnięcie konkretnego skutku prawnego w postaci podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak jest podstaw prawnych, aby rozważać interes (tu faktyczny)

go poprzez skoro interes przystępującego nie definiując interes odwołującego, przystępującego musi być interesem w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO w sprawie sygn. akt KIO 1262/13, sygn. akt KIO 1754/14, sygn. akt KIO 904/15.

W dniu 26 czerwca 2015r. odwołujący złożył dodatkowo pismo przygotowawcze wskazując, że zastąpienie wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnieniami z art. 87 ust. 1 ustawy, jest pozornym działaniem, które należy zakwalifikować zgodnie z treścią czynności. Za swoje odwołujący przyjmuje stanowisko Izby wyrażone w poniższych wyrokach: wyrok z dnia 23 grudnia 2013 r., KIO 2715/13; KIO 2718/13; KIO 2726/13; wyrok z dnia 19 grudnia 2013 r.,

22

KIO 2792/13. Odwołujący stwierdził, że według niepotwierdzonych informacji jakie dotarły do niego zamawiający po powzięciu informacji o wniesieniu odwołania kolejny raz w sposób zakamuflowany wszczął dodatkową procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Intercor. Niezależnie od tego odwołujący zasygnalizował, że zamawiający pomimo wielokrotnych próśb formułowanych na piśmie, elektronicznie, telefonicznie odmawiał nieograniczonego wglądu w dokumentację postępowania. Odwołujący nie oczekiwał pism, które Intercor zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa ale wszystkie inne dokumenty. Ostatecznie zamawiający udostępnił dokumenty, jednak odwołujący nie miał swobody w przeglądaniu dokumentacji, a zamawiający w pełni kontrolował materiał przeglądany. Z tych też względów odwołujący zasygnalizował, że z powodów leżących po stronie zamawiającego może pojawić się sytuacja w której odwołujący będzie prosił o udostępnienie dokumentów przez Izbę. Odwołujący wniósł o ustalenie wszystkich działań jakie zamawiający podjął w stosunku do Intercor wraz z dowodami doręczenia i otrzymania stosownej korespondencji. Wniósł o udostępnienie przez Izbę w toku rozprawy wszystkich pytań jakie zamawiający skierował do pozostałych wykonawców po terminie składania ofert, gdyż w tym zakresie zamawiający stosuje skuteczną obstrukcję. Okoliczność ta jest kluczowa dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania. Odwołujący domaga się zweryfikowania przez Izbę jaki dokument i kiedy trafił do zamawiającego od Intercor. Odwołujący wskazał na jego zdaniem reprezentatywny wyrok KIO, np. sygn. akt KIO 1028/14, sygn. akt KIO 1029/14, a także odwołał się do wyroku sygn. akt: KIO 1219/14; w wyroku sygn. akt KIO 139/14, sygn. akt KIO 148/14, sygn. akt KIO 150/14 oraz na wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 sygn. akt X Ga 652/13. Odwołujący wniósł o pominięcie wszelkich działań jakie zostały podjęte przez zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej, jak i wszelkich materiałów, dowodów, które pojawiły się po pierwszych wyjaśnieniach, bowiem one tylko dowodzą, że błędna była pierwsza ocena Konsorcjum Intercor.

Co do tajemnicy przedsiębiorstwa, to zdaniem odwołującego, Konsorcjum Intercor jedynie zasygnalizował kilka okoliczności faktycznych, które ich zdaniem, uzasadniały możliwość zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zwrócił uwagę, czy nie są to działania zupełnie standardowe, które stosują wszyscy inni przedsiębiorcy od dziesięcioleci, zatem nie o takich działaniach zapewne wypowiada się ustawodawca w art. 11 ust. 4 UZNK.

Odwołujący jest pewny, że oprócz ww. ogólnych twierdzeń, Intercor nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących tak jego firmy jak i członka konsorcjum, które mogły potwierdzić przykładowo fakt, że zastrzeżone przez obu wykonawców informacje, mają dla każdego z nich z osobna wartość gospodarczą, czy je wyróżniają na tle innych firm budowlanych. Zamawiający, według odwołującego w sposób nieprawidłowy, toleruje podobne zachowanie i uznaje uzasadnienie Intercor za wystarczające i chroni informacje tak jakby były one zastrzeżone zgodnie z prawem (zob. uchwała SN z 21 października 2005r., III CZP 74/05).

23

W niniejszej sprawie nie sposób, w ocenie odwołującego, przyjąć, że nastąpiło rzetelne

zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane w uchwale przesłanki. Nie sposób, zdaniem odwołującego, nie zauważyć pewnego automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 Pzp - z racji wskazania na sposób budowania ceny przez wykonawcę - zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Izby: wyrok sygn. akt 59/12, wyrok Izby sygn. akt 322/11, wyrok 1529/13. Kolejnym częstym wybiegiem wykonawców jest twierdzenie, że informacje zastrzegane nie są powszechnie znane, a wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich poufności, m.in. poprzez zobowiązanie pracowników i współpracowników do zachowania poufności. Tyle że takie podejście jest stosowane przez wszystkich od setek lat, i z pewnością nie na taką oczywistą sytuację jest przewidziana ustawa UZNK. W tym zakresie również odwołujący licznie przytacza orzecznictwo Izby sygn. akt 1535/14, sygn. akt KIO 1529/13, wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015r., sygn. akt: KIO 2784/14, wyrok z dnia 7 listopada 2014r., sygn. akt: KIO 2184/14, 2185/14. Odwołujący jest przekonany, że takie same okoliczności nie udowadniają, że podjęto odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje te zachować w poufności. Nadto informacja współpracy z podwykonawcami nie jest informacją mającą wartość gospodarczą, skoro w tej branży każdy podmiot korzysta z podwykonawców, więc jedynie pewne elementy ustaleń odnoszących się do zasad współpracy mogłyby mieć - potencjalnie - walor tajemnicy przedsiębiorstwa, niemniej i w tym zakresie należałoby wpierw wykazać, że strony faktycznie jako tajemnicę informacje te traktują. Odwołujący domaga się sprawdzenia przez Izbę jakie rozwiązania innowacyjne uwzględnił Intercor w swojej ofercie. Jeżeli takie argumenty się pojawiły, to odwołujący oświadczył, że w przypadku tego zakresu (remont) raczej nie można mówić ani o innowacyjności, ani też o oszczędnościach z tego powodu. Materiał z rozbiórki nawierzchni (destruk) jest własnością zamawiającego i wykonawca nie mógł go wykorzystywać jako darmowego wsadu do produkcji mas bitumicznych. Remont nawierzchni to prosta robota budowlana, po prostu należy ją odtworzyć zgodnie z normami, katalogiem nawierzchni i wymaganiami zamawiającego. Optymalizować można tylko to co się projektuje od nowa: konstrukcję obiektów mostowych, niweletę nowej trasy drogi. Jest to o tyle ważne, że wszystkie pozostałe założenia projektowe czy roboty, czy ich kolejność, będą miały charakter powszechnie stosowanych w branży i jako takie nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Zresztą Intercor wygrywa dzięki cenie, zatem nie stać jego na rozwiązania z najwyższej półki. Interwencja Izby jest więc konieczna, gdyż dążenie do utajnienia tych informacji wypływać może jedynie z chęci ukrycia, że zamierza się wykonać kontrakt niezgodnie z wymaganiami, bo tylko w taki sposób, w ocenie odwołującego, można w tak znacznym stopniu obniżyć cenę.

24

Izba wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego wygodnego dla zamawiających przyjmowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dalej zastrzeganie protokołów z oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co służy wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty (zob. m.in. wyrok sygn. akt: KIO 2710/12, czy sygn. akt: KIO 1384/14).

Wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Intercor zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący nie ma wiedzy odnośnie tego, w jaki sposób została przygotowana przez konsorcjum Intercor odpowiedź na wezwanie. Niemniej, odwołujący wskazał, że wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe. Tego typu wyjaśnień nie można uznać za wystarczające. Zdaniem odwołującego, dopiero połączenie rozbitcia analizowanej ceny z dowodami wskazującymi na „realność” przyjętych cen cząstkowych (np. pracochłonności ekspertów, przyjętych kosztów materiałów, robocizny, sprzętu), może wskazywać na to, że cena poddawana analizie została ustalona w sposób prawidłowy. Podobnie przedstawienie oferty podwykonawcy na wykonanie pewnych robót bez analizy, czy cena podana przez podwykonawcę jest realna, nie świadczy o tym, że wykonawca za podaną cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

W ocenie odwołującego w przypadku Intercor nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko jemu, które miałyby pozwolić wycenić przedmiot zamówienia na aż tak niskim poziomie. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tego przedsięwzięcia i jak i też korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp.

Zamawiający przecież wprost żądał w wezwaniu do wyjaśnień (in fine), aby wyjaśnienia były w wielu punktach szczegółowe albo żeby załączyć dowody, a więc także w zakresie opisanych powyżej zamkniętych pytań zamawiającego zdaniem odwołującego Intercor nie dźwignął ciężaru dowodu, jaki od profesjonalnego przedsiębiorcy trzeba wymagać (tak wyrok sygn. akt KIO 1642/14).

Za wycenę oferty odpowiada bowiem w pełni wykonawca i z tych też względów to on ma najlepszą wiedzę, które elementy ceny ofertowej (jej wyceny jednostkowe) wpłynęły na jej заниzenie. Zamawiający w treści wezwania może co najwyżej wskazywać na kierunek swoich wątpliwości (zob. wyrok sygn. akt KIO 1642/14).

Tym samym w celu należy zdaniem odwołującego ustalić :

- a) co Intercor wycenili (jaki zakres),
- b) w jakiej ilości,
- c) czy przyjęte ceny jednostkowe gwarantują wykonanie robót,
- d) czy zakres robót jest zgodny z oczekiwaniami zamawiającego,

25

e) co pozwoliło Intercor poczynić tak duże oszczędności i czy w wyjaśnieniach są dowody na takie twierdzenia?

Odwołujący podniósł że Konsorcjum Intercor nie posiada kluczowego elementu, z punktu widzenia kosztów, tj. wytwarzania mas bitumicznych, nigdy nie realizował samodzielnie podobnego zakresu robót - będzie korzystać z podwykonawców więc nie ma żadnej przewagi innowacyjnej, technologicznej. Planeta może jedynie obniżyć koszty odtworzenia organizacji ruchu, ale one w tym przypadku nie ważą dużo w cenie tego zakresu.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego wręcz konieczne jest zadanie wykonawcy poniższych pytań, z tego też względu wniósł o skonfrontowanie pytań zamawiającego, z koniecznymi do zadania:

1. Proszę o pokazanie rozbicia cen Wymagań Ogólnych (urządzenie, utrzymanie i likwidacja zaplecza Wykonawcy na cały okres realizacji, koszty ubezpieczeń i gwarancji, koszty związane z monitoringiem Skarpy Wiślanej, koszty zimowego utrzymania dróg w czasie planowanej inwestycji);
2. Jakie długości przyjął Wykonawca do wybudowania, utrzymania i likwidacji dróg technologicznych oraz serwisowych. Jak wygląda rozbicie cenowe?
3. Jak wysoki jest koszt dotyczący pełnienia nadzoru geodezyjnego oraz wszystkich pomiarów geodezyjnych w Ofercie?
4. Roboty ziemne: Jaką cenę przyjął Wykonawca za wykonanie nasypu oraz wykopu 1 m³ gruntu oraz jaka jest cena jednostkowa 1 tonu materiału z dokopu na nasyp?
5. Proszę o szczegółowe i dokładne opisanie technologii wzmocnienia/zabezpieczenia Skarpy Wiślanej oraz pokazanie przyjętej wartości robót za to wzmocnienie.
6. Proszę o pokazanie przyjętych ilości powierzchni oraz cen jednostkowych na warstwy konstrukcyjne drogi wykonane z mas bitumicznych.
7. Proszę o podanie technologii wzmocnienia gruntu pod projektowaną drogą z pokazaniem przyjętych ilości powierzchni oraz cenami jednostkowymi.
8. Proszę o pokazanie przyjętej ilości nawierzchni z betonu cementowego wraz z cenami jednostkowymi poszczególnych warstw.
9. Proszę o pokazanie przyjętej ilości ekranów akustycznych wraz z cenami jednostkowymi.
10. Proszę o pokazanie rozbicia kosztów estakady ED-29 oraz łącznicy ED-29a ze wszystkimi jej elementami.
11. Proszę o pokazanie przyjętych ilości zbiorników retencyjnych wraz z ich wartościami z oferty.
12. Proszę o pokazanie technologii i wartości Magazynu soli na ZUD oraz jego kompletnego wyposażenia (silosy, zbiorniki itp.)

26

13) Prosimy o informację jaki zakres robót Intercor uwzględnił w punkcie III.2. Wykazu Płatności dotyczącym Remontu istniejących dróg krajowych nr 79 i 50 na odcinkach zastępowanych przez obwodnicę Góry Kalwarii od granicy robót, przewidzianych do

przekazania Gminie Góra Kalwaria wraz z odtworzeniem organizacji ruchu ?

14) Czy firma Intercor przygotowała szczegółową kalkulację dotyczącą punktu III.2. Wykazu Płatności dotyczącym Remontu istniejących dróg krajowych nr 79 i 50 na odcinkach zastępowanych przez obwodnicę Góry Kalwarii od granicy robót, przewidzianych do przekazania Gminie Góra Kalwaria wraz z odtworzeniem organizacji ruchu ? Jeżeli tak to prosimy o jej przekazanie.

15) Z jakiej odległości Intercor będzie dowoził masę bitumiczną do wykonania Remontu istniejących dróg krajowych nr 79 i 50 na odcinkach zastępowanych przez obwodnicę Góry Kalwarii od granicy robót, przewidzianych do przekazania Gminie Góra Kalwaria wraz z odtworzeniem organizacji ruchu ?

16) Czy masa bitumiczna, która ma zostać wbudowana przez Intercor w ramach Remontu istniejących dróg krajowych nr 79 i 50 na odcinkach zastępowanych przez obwodnicę Góry Kalwarii od granicy robót, przewidzianych do przekazania Gminie Góra Kalwaria wraz z odtworzeniem organizacji ruchu będzie pochodziła z zastosowania destruktu uzyskanego z frezowania istniejącej nawierzchni DK 79 i DK 50?

17) Jakie doświadczenie firma Intercor posiada w samodzielnej realizacji budowy dróg o wartości porównywalnej z przetargiem na „Projekt i budowę obwodnicy Góry Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 długości około 3,9 km” Nr ref. post. 120/2013.

18) W związku z:

I Wyborem oferty Intercor jako najkorzystniej przez GDDKiA na Kontynuację projektowania i rozbudowa drogi krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku od węzła z drogą wojewódzką nr 579 w Radziejowicach do węzła „Paszków” z drogą wojewódzką nr 721 w Wolicy, w podziale na zadania:

Zadanie I - kontynuacja projektowania i rozbudowa drogi krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej, na odcinku Radziejowice-Przeszkoda o długości około 9,9 km (wybór oferty z dnia 27.03.2014)

II Wyborem oferty Intercor jako najkorzystniejszej przez GDDKiA na Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16:

Zadanie nr 1: od początku opracowania w km projektowym 0+000 (istn. 132+220) do km ok. 10+000 (za węzłem Olsztyn - Południe) (wybór oferty z dnia 20.05.2015)

III Wyborem oferty Intercor jako najkorzystniejszej przez GDDKiA na „Projekt i budowę obwodnicy Góry Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 długości około 3,9 km” Nr ref. post. 120/2013.

27

Czy firma Intercor posiada :

a) Podpisane umowy/porozumienia z Biurami Projektowymi na wykonanie projektów dla tych Inwestycji?

b) Wymagany personel do wykonania tych inwestycji?

c) Zabezpieczone środki na sfinansowanie tych inwestycji?

d) Niezbędny sprzęt do wykonania robót w ramach tych inwestycji?

e) Podpisane umowy/porozumienia z dostawcami materiałów masowych: kruszywa, beton, masy bitumiczne, stal zbrojeniowa i konstrukcyjna dla tych inwestycji?

Na poparcie udzielonych odpowiedzi, należy przedstawić stosowne dowody potwierdzające koszt ich wykonania.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia służą uzyskaniu dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność oferty i jej zgodność z siwz, a nie tylko zapewnienia zamawiającego że będzie zadowolony, dlatego powinny być szczegółowe i wyczerpujące, w ocenie odwołującego wyjaśnienia Konsorcjum Intercor takie nie są. Zdaniem odwołującego, w wyjaśnieniach nie podano konkretnych przykładowo istnienia pod ich stronie obiektywnie właściwych i wyjątkowych tylko dla Konsorcjum Intercor czynników wpływających na obniżenie ceny. Jeśli bowiem cecha właściwa danemu wykonawcy, jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających za zaoferowanie niskiej ceny. W orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku gdy wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne tylko temu wykonawcy, uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy w ogóle nie zostały złożone.

Odwołujący wniósł za pomocą Izby o zweryfikowanie, w jakim stopniu dzięki wskazanym w wyjaśnieniach czynnikom (o ile takie w ogóle wskazano) cena została obniżona. Zdaniem

odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, zamawiający zaniechał profesjonalnego badania wyjaśnień Intercor, poprzestając jedynie na formalnym i automatycznym ich przyjęciu. Tym samym to na zamawiającym spoczął nie tylko ciężar dowodu związany z akceptacją dla tak szerokiego wyłączenia jawności wyjaśnień Intercor ale także w zakresie wykazania przed Izbą, że wyjaśnienia te obaliły domniemanie złożenia oferty zgodnej z wszystkimi wymaganiami siwz oraz co do jej kalkulacji. Co do rozkładu ciężaru dowodu odwołujący stwierdził, że w wyniku zastrzeżenia wyjaśnień ceny przez Intercor jako tajemnicę przedsiębiorstwa odwołujący został w zasadzie pozbawiony możliwości dowodów (a nawet faktycznych), przedstawiania samego zgłoszenia okoliczności odnoszących się do poszczególnych elementów tychże wyjaśnień. W wyroku KIO z dnia 3 stycznia 2014r. (sygn. akt KIO 2875/13) podkreślano, iż „Nie można pominąć, że udzielając zamawiającemu żądanych wyjaśnień, wykonawcy zobowiązani są do wskazania okoliczności o obiektywnym charakterze, których katalog jest nieograniczony (vide: art. 90 ust. 2 PZP).

28

Jeśli wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, to odwołujący w celu udowodnienia, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska, powinien powołać dowody przeciwne do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, a te nie są mu znane. W tej sytuacji, obarczenie odwołującego wyłącznym ciężarem dowodu nakładałoby na wykonawcę obowiązek procesowy w zasadniczo niemożliwy do spełnienia. Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem -jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle - w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty. Formułując taki wniosek, Izba odwołała się do swojego wyroku z dnia 7 października 2013r. (sygn. akt KIO 2216/13, KIO 2221/13). Odwołujący wskazał też wyrok sygn. akt KIO 716/13 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 13 marca 2015r., sygn. akt IX Ca 39/15. Odwołujący podał, że budżet zamawiającego brutto wynosi 349 041 247,76, zaś wartość oferty Intercor to 313 649 999,99zł, co stanowi 89,86% budżetu, natomiast wartość oferty Mirbud S.A. to 329 031 100,12zł., czyli 94,27%. Różnica pomiędzy ofertami to 15 381 100,13zł., zaś w stosunku do budżetu zamawiającego różnica Mirbud – to 20 010 147,64zł., zaś różnica Intercor to 35 391 247,77zł. Odwołujący przedstawił też dwa wykazy płatności z oferty odwołującego i wniósł o przeprowadzenie z nich dowodu przez Izbę na okoliczność drastycznego zniżenia w tym obszarze oferty Intercor o wartość : 4 036 984,44 PLN netto. Odwołujący podkreślił, że są zasadnicze różnice w skutkach pomiędzy wezwaniem z art. 87 (można nie odpowiedzieć i brak wyjaśnień nie jest podstawą do odrzucenia oferty, wezwanie nie skutkuje powstaniem domniemania np. niezgodności treści oferty z treścią siwz) a wezwaniem z art. 90 (za brak odpowiedzi jest odrzucenie oferty, wezwanie skutkuje powstaniem domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej). Ponadto wezwanie z art. 87 jest uprawnieniem zamawiającego, nie obowiązkiem, i zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nawet bez wyjaśnień z art. 87, wystarczy, że ma solidne podstawy. Natomiast wezwanie z art. 90 jest obowiązkiem zamawiającego (gdy poweźmie podejrzenia co do zaoferowania ceny rażąco niskiej lub gdy są przekroczone progi różnicy z art. 90 ust. 1) i nie ma możliwości odrzucenia oferty za rażąco niską cenę bez wezwania do wyjaśnień ceny. Słowem, wykonawca musi zawsze dostać szansę na wytłumaczenie się z zaoferowanej ceny. Odwołujący podniósł, że dyrektywa 2004/18/WE w sposób stanowczy określa zasady udzielania zamówień publicznych, po to aby zamówienie publiczne trafiło do wykonawcy zweryfikowanego na poważnie w zakresie realnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu i możliwości zawodowych i technicznych. Tylko takie obowiązkowe przecieź działanie jest dowodem na poważne traktowanie własnych obowiązków i świadczyć będzie o dbałości o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych oraz minimalizuje ryzyko

29

niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, co sprzyja zachowaniu uczciwej konkurencji. Oczywiście więc jest, że zamówienia publiczne powinny być udzielane wyłącznie podmiotom, które nie tylko w przekonaniu zamawiającego ale także konkurentów, uzyskają zamówienie publiczne zgodnie z prawem. W orzeczeniu z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. Trybunał wskazał, że instytucja zamawiająca ma

obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje ona kandydatów.

W dniu 26 czerwca 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że zarzuty odwołującego są niezasadne i powinny zostać oddalone w całości. Odnosząc się do zarzutu zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor pomimo braku zabezpieczenia przez tego wykonawcę oferty wadium, to w ocenie zamawiającego zarzut sformułowany przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Konsorcjum Intercor w przedmiotowym postępowaniu złożyło ofertę i załączyło do niej wadium w formie Gwarancji przetargowej Nr BOFH15006472GP/K. Przedmiotowa Gwarancja została wystawiona na zlecenie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączone zostało pełnomocnictwo, zgodnie z którym Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu ustanowione zostało pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy, uprawnionym do reprezentowania całego Konsorcjum, jak również Partnera Konsorcjum, - Planeta sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Pełnomocnictwo upoważnia m.in. do podpisania i złożenia w imieniu wykonawców wniosku/oferty w postępowaniu oraz wszelkich dokumentów i załączników do wniosków/ofert, wniesienia całego wymaganego przez zamawiającego wadium, składania w toku postępowania wszelkich oświadczeń określonych przepisami ustawy oraz wszelkich innych oświadczeń i dokumentów związanych z procedurą, poświadczania kopii dokumentów za ich zgodność z oryginałem. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 ww. przepisu, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający powołał treść art. 45 ust. 1 oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy i podniósł, że przepisy art. 45 i 46 ustawy nie zawierają regulacji w zakresie sposobu wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Podkreślił, że wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia traktuje się jak jednego

30

wykonawcę (art. 23 ust. 1 ustawy). Podał, że w doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że członkowie konsorcjum odpowiadają także za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z uczestników konsorcjum. Tak KIO w wyroku z dnia 25 maja 2015r. sygn. akt KIO 969/15, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 roku sygn. akt XIX Ca 408/07, wyrok z dnia 5 marca 2015r, sygn. akt KIO 336/15, wyrok z dnia 6 sierpnia 2014r. sygn. akt KIO 1501/14, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 r. sygn. akt XIX Ga 408/07, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2008 r. sygn. akt V Ca 903/08 również w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: z dnia 05.02.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 99/09, z dnia 30 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 594/10, z dnia 8 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1320/11, z dnia 03.09.2013 r. sygn. akt KIO 2033/13, z dnia 12.06.2013 r. sygn. akt KIO 1289/13, z dnia 10.05.2013 r. sygn. akt KIO 961/13, a także w wyrokach Zespołów Arbitrów, m.in.: z dnia 13.03.2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-229/07, z dnia 28.11.2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2823/06, z dnia 12 maja 2006 r, sygn. akt UZP/ZO/0-1337/06. Uwzględniając wyżej zaprezentowane stanowisko zamawiający stwierdził, że dopuszczalne jest wniesienie wadium przez jednego z członków konsorcjum, Przepisy ustawy nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, wadium wniesione było wspólnie przez wykonawców, a w treści gwarancji bankowej czy też ubezpieczeniowej byli wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie składający ofertę. Konsorcjum bowiem pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej, a przez to niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji bankowej. Gwarancja taka może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum. W przypadku złożenia oferty przez konsorcjum brak podania w treści gwarancji bankowej nazwy partnera nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji. Zamawiający wskazał, że wniesione w niniejszym

postępowaniu wadium w formie gwarancji bankowej opisane wyżej wystawione przez Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna na zlecenie Lidera Konsorcjum, posiadającego pełnomocnictwo do m. in. wniesienia całego wymaganego przez zamawiającego wadium daje możliwość pełnego zaspokojenia interesu zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Dla zamawiającego nie jest istotne, który spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wniósł wadium w przedmiotowym zamówieniu, ale czy jest wniesione w dopuszczalnej prawem formie, czy jest wniesione w wymaganej przez zamawiającego kwocie, czy jest wniesione na czas związania ofertą, czy wystawca gwarancji nieodwołalnie i bezwarunkowo wypłaci sumę gwarancyjną w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. W spornej gwarancji wadialnej zdaniem zamawiającego wszystkie te wymagania wobec gwarancji

31

wadialnej zostały spełnione. Tym samym zamawiający uznał, iż nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie jest zabezpieczona wadium, co skutkowałoby wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2) ustawy ubiegającego się o zamówienie Konsorcjum. W ocenie zamawiającego przyjęcie stanowiska odwołującego prowadziłoby do nadmiernego formalizmu w postępowaniach o zamówienie publiczne, co do którego odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku nr 150/12 z dnia 9 lutego 2012 r.

W zakresie zarzutu bezzasadność utrzymania w tajemnicy wyjaśnień Konsorcjum Intercor dotyczącego zaoferowanego przedmiotu zamówienia oraz elementów cenotwórczych oferty i zarzutu bezzasadnego zaniechania wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny, zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne i zasługujące na oddalenie. Zamawiający zauważył, iż nie miał i nie ma wątpliwości w zakresie ewentualnego złożenia przez Konsorcjum Intercor oferty zawierającej rażąco niskiej ceny. Wobec tego nie wzywał Konsorcjum Intercor, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym zamawiający nie miał czego utrzymywać w tajemnicy, gdyż Konsorcjum Intercor w ogóle nie składało przedmiotowych wyjaśnień, co z kolei powoduje, że przedmiotowy zarzut odwołującego jest bezprzedmiotowy. Ponadto odnosząc się do zarzutu utrzymania w tajemnicy wyjaśnień Konsorcjum Intercor dot. zaoferowanego przedmiotu zamówienia zamawiający wyjaśni, że zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy w zw. z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy protokół postępowania o udzielenie zamówienia wraz z załącznikami jest jawny za wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie drugie ustawy w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy wykonawca nie może zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa nazwy (firmy) oraz adresu, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Analiza przepisu art. 8 ust. 3 ustawy, zdaniem zamawiającego prowadzi do wniosku, że pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, jeżeli zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto zgodnie z art. 11 ust. 4 uzkn przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wobec powyższego, zdaniem zamawiającego, nie ulega wątpliwości, iż to jedynie przedsiębiorca jest uprawniony do uznania i wskazania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jedynymi warunkami jakie przedsiębiorca musi spełnić, aby doszło do

32

skutecznego utajnienia informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub innych posiadających wartość gospodarczą jest określenie i wskazanie tych informacji jako poufnych, a ponadto informacje te powinny dotyczyć kwestii, których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy, z tymże wystarczy że informacje te mają choćby minimalną wartość a wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tak m.in. orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 13 lutego 2014 r. (sygn. akt V CSK 176/13) oraz Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt I

OSK 2112/13). Wprawdzie to na przedsiębiorcy ciąży ciężar udowodnienia, że dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa, ale zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania wyjaśnień przedsiębiorcy w tym zakresie. W przedmiotowym postępowaniu łącznie z zastrzeżeniem przez Konsorcjum Intercor informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust 1 ustawy, wykonawca ten wyjaśnił przyczyny, podstawy i zakres zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający, po analizie wyjaśnień Konsorcjum Intercor w zakresie podstaw i przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, uznał zastrzeżenia przez Konsorcjum Intercor informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa za zasadne i nie dające podstaw do kwestionowania przedmiotowych zastrzeżeń.

Tym samym w ocenie zamawiającego w świetle art. 8 ust. 3 ustawy oraz art. 11 ust. 4 uznano brak jest podstaw do uznania, iż zamawiający uznając ustawowe prawo Konsorcjum Intercor do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa naruszył przepisy ustawy. Na poparcie swego stanowiska zamawiający powołał wyrok Sądu Najwyższego z 13 lutego 2014 sygn. Akt V CSK 176/13, wyrok Izby z dnia 23 października 2012 sygn. akt KIO 216/12, Sąd Antymonopolowy - w postanowieniach z dnia 15 maja 1996 r. oraz 30 października 1996 r., wyrok Izby z dnia 22 lipca 2013 sygn. akt KIO 1680/13, KIO 1695/13 orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59, wyrok ETS z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji Rec. str. 1965, pkt 28, wyrok z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C-36/92 P SEP przeciwko Komisji, Rec. Str. 1-1911, pkt 37.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny zamawiający wyjaśnił, że niezwłocznie po otwarciu ofert dokonał ich wstępnej oceny w kontekście możliwości złożenia przez wykonawców ofert z rażąco niską ceną w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający dokonując tej oceny wziął pod uwagę: (i) kryterium arytmetyczne w stosunku do kalkulacji uwzględniającej dynamikę cen (ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością, powiększoną o podatek VAT); (ii) kryterium cen ofert, w którym punktem odniesienia jest średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert oraz (iii) kryterium podobieństwa, w wyniku przeprowadzonej oceny zamawiający wytypował wykonawców, co do których zachodzić

33

może prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Na tej podstawie zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie oferty w zakresie wysokości zaproponowanej ceny jak również zgodności oferty z postanowieniami siwz tylko do jednego wykonawcy - Bilfinger. Szczegółowo opisane jest to w notatce z wstępnego badania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu z dnia 10 lutego 2015r. Oferta Konsorcjum Intercor w świetle tej oceny nie powodowała u zamawiającego wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający uważa, że zatem nie miał podstawy prawnej oraz faktycznej do przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego, gdyż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jedynie uzasadnione podejrzenia w stosunku do zaoferowanej ceny oferty wykonawcy (jej możliwego rażąco niskiego zniżenia) mogą być powodem wezwania do wyjaśnień.

Zamawiający zaznaczył, że cena oferowana przez odwołującego jest niższa o 5,7 % od kalkulacji uwzględniającej dynamikę zmiany cen będącej podstawą szacowania ew, wystąpienia rażąco niskiej ceny, a oferta Konsorcjum Intercor o 10,1 %. Dodatkowo zamawiający wskazał, że oferta odwołującego jest niższa o 6,08% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert, a oferta Konsorcjum Intercor o 10,47%, Jeśli chodzi zaś o trzecie kryterium oceny ofert pod kątem ew. wystąpienia rażąco niskiej ceny, to należy wskazać, że cena za 1 km oferty Odwołującego jest niższa o 2% od średniej ceny za 1 km zadań o podobnym charakterze i złożoności, a cena za 1 km oferty Konsorcjum Intercor o 6,6%. Zamawiający przyjął trzy przesłanki ewentualnego powzięcia wątpliwości, co do realności zaproponowanej ceny przez wykonawców - (i) 20% poniżej kalkulacji uwzględniającej dynamikę cen; (ii) 15% poniżej średniej ceny wszystkich ofert oraz (iii) 10% poniżej średniej ceny za 1 km zadań o podobnym charakterze i złożoności. Powyższe wyraźnie wskazuje, a w szczególności różnica między ceną oferty odwołującego a ceną oferty Konsorcjum Intercor wynosząca zaledwie 4,4%, iż Zamawiający w żaden sposób nie mógł powziąć wątpliwości w zakresie realności ceny oferty zaproponowanej przez Konsorcjum Intercor.

Co więcej, w ocenie zamawiającego niewielka różnica pomiędzy zaproponowanymi cenami w ofertach odwołującego i Konsorcjum Intercor dowodzi, iż nie można mówić o rażąco niskiej cenie. Dodatkowo zamawiający wskazał, iż w żadnym przypadku nie można uznać, iż brak

wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do części ofert z jednej strony, a badanie pod tym kątem innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu z drugiej strony stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. Takie rozumowanie, przedstawione przez odwołującego w odwołaniu, jest zdaniem zamawiającego sprzeczne z treścią i celem przepisu art. 90 ust. 1 ustawy.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor z uwagi na zaferowanie ceny rażąco niskiej lub z uwagi na jej niezgodność z treścią siwz, to zamawiający uważa zarzut za bezzasadny. Zamawiający w całości podtrzymał wskazaną powyżej argumentację dotyczącą bezzasadności zarzutu odwołującego co do rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum

34

Intercor. Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Intercor z uwagi na jej niezgodność z siwz zamawiający wyjaśnił, iż wezwał w dniu 13 maja 2015r. Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia w zakresie zgodności treści oferty z siwz w trybie art. 87 ust. 1 ustawy oraz ponownie w dniu 27 maja 2015r. Całość prac Komisji przetargowej w zakresie procedury wyjaśniającej oraz płynące z tego wnioski określone zostały m. in. w protokole z oceny wyjaśnień wykonawcy Konsorcjum Intercor dnia 3 czerwca 2015 r. Zamawiający podkreślił, że zarówno ilość jak i jakość zadawanych pytań, a także obszerność zgromadzonych w tej sprawie materiałów obrazuje dokładność oraz rzetelność, z jaką zamawiający badał ofertę Konsorcjum Intercor pod kątem jej zgodności z siwz. Zamawiający podał, że w toku badania oferty Konsorcjum Intercor dwukrotnie wezwał Konsorcjum do wyjaśnień, a zakończenie procedury wyjaśniającej było skutkiem uzyskania przez zamawiającego wszystkich niezbędnych do oceny tej oferty informacji, Przedmiotowe postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy rozwiało wszystkie wątpliwości zamawiającego w zakresie zgodności treści oferty Konsorcjum Intercor z siwz. Przedstawione przez Konsorcjum Intercor informacje przekonały zamawiającego, iż jego oferta jest zgodna z siwz. Odwołujący nie wskazał żadnego dowodu na poparcie swojej tezy, iż oferta Konsorcjum Intercor jest niezgodna z siwz. Tym samym, w ocenie zamawiającego twierdzenia odwołującego w tym zakresie należy uznać za gołosłowne i stanowiące jedynie polemikę z rzetelnym działaniem zamawiającego w zakresie wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum Intercor.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor jako złożonej w czynnie nieuczciwej konkurencji, to również ten zarzut zamawiający ocenił, jako bezpodstawny. Stosownie do treści art. 15 ust. 4 unzk przedmiotem regulacji i ochrony ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co wynika z jej nazwy oraz z treści art. 1, jest zachowanie prawa do prowadzenia działalności gospodarczej w warunkach swobodnej i uczciwej konkurencji. Ideą bowiem ustawy jest ochrona swobody działalności gospodarczej. Samo utrudnianie dostępu do rynku należy rozumieć, jako stawianie przeszkód, barier, przeszkadzanie czy też zakłócanie równowagi rynkowej. Przeszkody te muszą być nakierowane na działalność gospodarczą innych podmiotów na danym rynku, Działania te mogą polegać na stwarzaniu ograniczeń bądź natury faktycznej, bądź prawnej, Mają na celu zwiększenie własnej pozycji rynkowej naruszcyciela, prowadzącej w efekcie do osiągnięcia większych zysków kosztem konkurencji. Jako założenie ustawodawca przyjął, że wymienione w art. 15 unzk zachowania mają negatywny wpływ na swobodę działalności przedsiębiorców na danym rynku. Wyliczenie to jest wprawdzie przykładowe, ale wskazuje, jaki rodzaj zachowań mieści się w zakresie analizowanego czynu. Tak orzekł m.in. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 3 marca 2014 r., sygn. akt V ACa 486/13.

35

Wobec powyższego w żadnym przypadku nie można uznać, iż złożenie oferty przez Konsorcjum Intercor w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W żaden sposób bowiem sam fakt złożenia oferty z ceną niższą niż zaferowana przez odwołującego nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. Taki czyn bowiem może stanowić m.in, sprzedaż usług lub robót poniżej kosztów własnych poniesionych przez wykonawcę, tj. ze stratą. Ponadto brak, zdaniem zamawiającego, jest podstaw do uznania, że Konsorcjum Intercor poprzez zaferowanie ceny oferty na określonym poziomie, działało w celu eliminacji innego Wykonawcy „czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku a w konsekwencji stworzenia sobie w

przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen i/lub innych warunków umów" (ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz pod red. Prof. Dr hab. Janusz Szwaja Warszawa 2006), Aby bowiem można było zarzucić Konsorcjum Intercor dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji, poza stwierdzeniem wykonania przedmiotu zamówienia poniżej kosztów świadczenia (a taka sytuacja jak wynika z przedstawionej w niniejszej odpowiedzi nie ma miejsca) należałoby udowodnić im, że wykonanie przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę byłoby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działających w określonej branży, co w niniejszym przypadku, w ocenie zamawiającego nie zachodzi.

Na rozprawie przystępujący złożył pisemne stanowisko w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia go z postępowania. Powołał się na wyrok Izby z dnia 5 marca 2015 r., sygn. akt KIO 336/15, wyrok KIO z dnia 4 maja 2011r., sygn. akt: KIO 810/11, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 r. sygn. Akt XIX Ga 408/07, wyrok z dnia 29 lipca 2009 r. sygn. akt KIO 903/11. Odnosząc się do aspektu solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum przystępujący wskazał, że ponoszą oni solidarną odpowiedzialność nie tylko za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o czym stanowi literalna treść art. 141 ustawy, ale także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru złożonej przez nich oferty. Zgodnie bowiem z art. 14 ustawy, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2014r. poz. 121, ze zm. - dalej jako: „Kc”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie wspólnie przez członków konsorcjum prowadzi do powstania zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia, a w konsekwencji do zrodzenia się po ich stronie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne, co wynika z art. 370 Kc. Na tej zasadzie, skutki postępowania któregośkolwiek członka konsorcjum, prowadzące do zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, rozciągają się na wszystkich

36

współkonsorcjantów (tak wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006r., sygn. akt: Ca 489/06).

Tym samym zdaniem przystępującego należy uznać, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia w ramach konsorcjum mogą przedłożyć zamawiającemu gwarancję wadialną wystawioną jedynie na lidera konsorcjum. Wyłącznie od takiego wykonawcy zależy, czy gwarancja wadialną będzie wymieniała nazwę wszystkich członków konsorcjum, lidera konsorcjum, czy partnera konsorcjum. Skutki postępowania któregośkolwiek członka konsorcjum, prowadzące do zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, rozciągają się bowiem na wszystkich członków konsorcjum. Dlatego całkowicie bezzasadne jest twierdzenie odwołującego, iż „w przypadku wystąpienia po stronie Konsorcjum Intercor okoliczności faktycznych opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, warunkujących zapłatę wadium, Zamawiający nie byłby uprawniony do żądania od Banku Pekao S.A. zapłaty sumy gwarancyjnej”. Po pierwsze, okoliczności opisane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy mogą wystąpić po stronie wykonawcy, czyli w przypadku Konsorcjum - podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie -a więc: Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. lub Planeta Sp. z o.o. Konsorcjum, na co wskazywał sam odwołujący „pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej”. Okoliczności opisane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy - wbrew zatem twierdzeniu odwołującego - nie występują po stronie Konsorcjum, ale po stronie podmiotów to konsorcjum tworzących -wykonawców. Odrębną kwestią pozostaje natomiast fakt, iż nie tylko na podstawie art. 370 k.c, ale zasadniczo w oparciu o art. 23 ust. 3 Pzp odpowiedzialność za działania i zaniechania wykonawcy wchodzącego w skład Konsorcjum ponosi każdy z wykonawców wchodzących w jego skład, o czym dalej (przykładowo: jeżeli chociażby jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie podlegał wykluczeniu, będzie dotyczyć to wszystkich tych wykonawców - tak (tak Aneta Bazan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 23, LEX 2014).

Po drugie, w przypadku wystąpienia okoliczności opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy zamawiający będzie uprawniony do żądania od Banku Pekao S.A. zapłaty sumy gwarancyjnej. W każdym przypadku współkonsorcjanci odpowiadają za wykonanie obowiązków w tym przepisie określonych. Przykładowo odpowiadają za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem ponoszą konsekwencje powstania sytuacji,

gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z nich, w tym partnera konsorcjum. Jeżeli niemożność podpisania umowy nastąpi z przyczyn leżących po stronie partnera konsorcjum, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum.

Stanowiska odwołującego, wbrew jego twierdzeniu, nie potwierdza argumentacja przedstawiona wyroku KIO z dnia 29 kwietnia 2014r., sygn. akt KIO 726/14. Rozstrzygana

37

tam kwestia dotyczyła możliwości wystawienia gwarancji na podmiot nieistniejący. Wynika to wprost z dalszej -nieprzytoczonej przez Odwołującego - części uzasadnienia tego wyroku: Przystępujący nie zgodził się także z z odwołującym, że w niniejszej sprawie znaleźć może zastosowanie stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 15 września 2014r., sygn. akt KIO 1785/14. W rozstrzyganym tam stanie faktycznym zamawiający wprost zażądał w siwz, aby „W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 uPzp) z treści gwarancji musi wynikać, że odnosi się ona zarówno do zleceniodawcy gwarancji, jak również do wszystkich pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Postanowienie zdania pierwszego znajduje zastosowanie również do wadium w formie poręczeń” W niniejszym postępowaniu takie żądania zamawiający nie postawił. Nie można obecnie, zdaniem przystępującego, wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia, aby przedstawili gwarancję, której zamawiający w istocie nie wymagał. Zwłaszcza, że -jak wskazywała Izba w wyroku z dnia 5 marca 2015r., sygn. akt KIO 336/15 „przepisy ustawy nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym - aby było wnoszone wspólnie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia albo by w treści gwarancji ubezpieczeniowych byli wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie składający ofertę.” W wyroku tym Izba wprost zasugerowała, że dla uznania zasadności tego wymagania powinno zostać ono sformułowane w siwz. W orzecznictwie można spotkać się poglądami, które zakładają, że w przypadku objęcia gwarancją bankowej tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców. Powołany na tą okoliczność przez odwołującego fragment komentarza autorstwa Jerzego Pieróg z 2009 mający potwierdzić tezę, że w dokumencie gwarancji „powinno być wyraźnie wskazane, w imieniu jakich podmiotów wadium jest wnoszone”, trudno uznać za przekonywujące do tego stanowiska, skoro sam autor w wydaniu z 2015r. Jerzy Pieróg swojego komentarza wyraźnie już za tym stanowiskiem nie opowiada. Przystępujący zacytował fragment komentarza tegoż autora z 2015r. Przystępującego nie przekonuje również pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 7 stycznia 2015r., sygn. akt KIO 2694/14. Nieuzasadniony jest w szczególności zawarta tam teza, że w przypadku uchybień dokonanych przez jednego członka konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, inny członek konsorcjum za działania i zaniechania (w tym np. za zaniechanie uzupełnienia dokumentów odnoszących się do partnera konsorcjum) odpowiedzialności nie ponosi.

38

Przy czym pogląd ten jest uzasadniony tak przy założeniu solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na podstawie art. 370 k.c. (zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006r., sygn. akt: Ca 489/06, wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r., sygn. akt KIO 336/15), jak i bez takiego założenia. Na taki tok argumentacji wskazał wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2182/14. Z istoty Konsorcjum wynika, że skutki działań wykonawców wchodzących w ich skład rozciągają się pozostałych wykonawców wchodzących w jego skład Konsorcjum. Tak art. 23 ust. 3 w zw, z art. 7 ust. 3 Pzp. Przepisy te nie dopuszczają możliwości wprowadzenia zmian składu wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. art. 7 ust. 3 Pzp „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Nie jest zatem w ocenie przystępującego dopuszczalne, aby w przypadku istnienia podstaw

do wykluczenia po stronie jednego wykonawcy wchodzącego w skład Konsorcjum, wykluczeniu podlegał tylko ten wykonawca, a nie wszyscy członkowie Konsorcjum. Jak wskazuje się bowiem w doktrynie: „Zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 22 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 (tzw. warunki negatywne) ” To natomiast prowadzi do następującego wniosku „Jeżeli chociażby jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie podlegał wykluczeniu, będzie dotyczyło to wszystkich tych wykonawców. ” (tak Aneta Bazan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 23, LEX 2014).

Konstrukcja prawna Konsorcjum jest zdaniem przystępującego zbliżona do tej, jaka występuje w przypadku odpowiedzialności za działania i zaniechania osób trzecich (art. 474 k.c.). Konsorcjant przyjmuje na siebie ryzyko związane z działaniami innych osób - konsorcjantów, składających ofertę. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku konstrukcji opartej na wyżej powołanej instytucji prawa cywilnego, wykonawca wchodzący w skład konsorcjum przyjmuje na siebie ryzyko związane z działaniami i zaniechaniami działania innych konsorcjantów. Tym samym wyłączona jest możliwość powoływania się przez niego na brak własnej winy, czy dochowanie należytej staranności, (za Jacek Gudowski, Kodeks cywilny, Komentarz do art. 474 k.c., Księga trzecia. Zobowiązania, Kodeks cywilny. LexisNexis 2013). Dodatkowego podkreślenia zdaniem przystępującego wymaga okoliczność, że wystawianie gwarancji bankowych wyłącznie na lidera konsorcjum jest powszechną, niekwestionowaną praktyką, mającą swoje źródło w zasadach reprezentacji konsorcjum, wynikających z art. 23 ust. 2 Pzp. W znakomitej większości przypadków umowa konsorcjum i pełnomocnictwa udzielane liderowi konsorcjum przez partnerów konsorcjum kształtują obowiązki członków konsorcjum w ten sposób, że wszelkie czynności związane z przygotowaniem i złożeniem oferty, w tym wniesienie wymaganego wadium, spoczywają na

39

liderze konsorcjum. Z taką sytuacją mamy też do czynienia w przedmiotowej sprawie. Mocą postanowień umowy konsorcjum Członkowie Konsorcjum ustanowili Liderem Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu. Zgodnie z przedmiotową umową czynności związane ze złożeniem wniosku o udział w postępowaniu oraz z przygotowaniem i złożeniem oferty zostaną wykonane przez Lidera. Z pełnomocnictwa udzielonego Liderowi Konsorcjum przez PLANETA Sp. z o.o. w dniu 10 stycznia 2014r. wynika natomiast, że pełnomocnictwo to obejmuje swym zakresem umocowanie do dokonywania w imieniu i na rzecz Partnera Konsorcjum wszelkich czynności faktycznych i prawnych, jako wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jego realizacji, a w szczególności „do wniesienia całego wymaganego przez zamawiającego wadium”. Okoliczności ta w ocenie przystępującego dowodzi, że pomimo braku wymienienia w treści gwarancji firmy partnera Konsorcjum, objęty jest on zakresem gwarancji. Lider Konsorcjum działa w imieniu wszystkich członków konsorcjum, przez co wskazanie w treści gwarancji tylko jego firmy jest wystarczające, aby stwierdzić, że jej zakresem objęci są wszyscy członkowie konsorcjum.

Zdaniem przystępującego także pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, a co za tym idzie wniosł oddalenie odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. pełnomocnictwa konsorcjalnego załączonego do wniosku przystępującego, gwarancji wadialnej przystępującego załączonej do oferty, protokołu Komisji przetargowej z dnia 10 lutego 2015r. – wstępne badanie ofert, wezwania zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy skierowanego do Bilfinger, wezwania zamawiającego skierowanego do przystępującego w dniu 13 maja 2015r., wyjaśnień złożonych przez przystępującego z dnia 21 maja 2015r., wezwania zamawiającego skierowanego do przystępującego z dnia 27 maja 2015r., wyjaśnień złożonych przez przystępującego z dnia 1 czerwca 2015r., oceny złożonych wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2015r., umowy konsorcjum zawartej pomiędzy wykonawcami wchodzącymi w skład konsorcjum przystępującego, oświadczenia banku Pekao SA z dnia 22 czerwca 2015r., oferty przystępującego złożonej w postępowaniu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego - Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi

krajowej nr 16 wraz z wezwaniem tegoż zamawiającego do przystępującego, oświadczeniem banku Pekao SA oraz zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej.
Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

40

Pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania niesporne jest, że w gwarancji wadialnej załączonej do oferty przystępującego nie wymieniono jako wykonawcy firmy Planeta sp. z o.o., ani nie oznaczono Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. jako podmiotu działającego jako lider w imieniu własnym i partnera Planety sp. z o.o. Odwołujący nie kwestionował, że w pełnomocnictwie konsorcjalnym załączonym do wniosku przystępującego znajduje się oświadczenie firmy Planeta sp. z o.o., że ustanawia pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r, poz. 907 z późniejszymi zmianami), Lidera Konsorcjum -Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o. o., do reprezentowania Planety sp. z o.o. jako partnera Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo obejmowało umocowanie do dokonywania wszelkich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności do

- 1). podpisania i złożenia wniosku/oferty do zamawiającego w imieniu partnerów konsorcjum, jak również do podpisania wszelkich dokumentów i załączników składających się na wniosek/ofertę oraz poświadczenia „za zgodność z oryginałem” kopii wszelkich dokumentów załączonych do wniosku i oferty;
- 2) wniesienia całego wymaganego przez Zamawiającego wadium,
- 3) zawarcia w imieniu partnera konsorcjum i konsorcjum umowy z zamawiającym w sprawie zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania,
- 4) składania w imieniu Planeta sp. z o.o. i na jego rzecz, jako partnera konsorcjum, oświadczeń określonych przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i innymi obowiązującymi przepisami prawa oraz wszelkich innych dokumentów i oświadczeń związanych z procedurą przetargową, parafowania dokumentacji, składania wniosków, zawiadomień i informacji,
- 5) wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późniejszymi zmianami),
- 6) reprezentowania konsorcjum przed Krajową Izbą Odwoławczą sądem polubownym, powszechnym oraz innymi jednostkami organizacyjnymi w zależności od wymagań kontraktu.
- 7) otrzymywania instrukcji i zleceń od zamawiającego na rzecz oraz w imieniu wszystkich partnerów i każdego z partnerów z osobna,
- 8) reprezentowania partnerów wobec zamawiającego, inżyniera kontraktu, inspektorów nadzoru w ramach realizacji ww. zamówienia, w tym m.in. do: przekazywania zamawiającemu wniosków i dokumentów pochodzących od partnera, dostarczania

41

partnerowi dokumentacji pochodzącej od zamawiającego dotyczącej zakresu robót partnera, prowadzenia wszelkiej korespondencji z zamawiającym i inżynierem kontraktu,

- 9) przyjmowania wszelkich płatności dokonywanych przez zamawiającego na rzecz konsorcjum, na podstawie faktur wystawianych przez lidera za roboty wykonane przez konsorcjum,
- 10) uzyskania w imieniu i na rzecz konsorcjum ubezpieczeń, zgodnie z wymaganiami kontraktu.

Udzielone pełnomocnictwo obejmowało prawo do udzielania przez Lidera Konsorcjum - Spółkę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., dalszych pełnomocnictw, pracownikom Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., oraz pełnomocnikom procesowym, z tym, że tak ustanowieni pełnomocnicy nie będą uprawnieni do udzielania dalszych pełnomocnictw.
Pełnomocnictwo jest ważne na czas trwania postępowania przetargowego i jest nieodwołalne od momentu jego udzielenia do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lub w przypadku podpisania umowy z zamawiającym do ostatecznego zakończenia realizacji zadania.

Bezsporne jest, że umowa konsorcjum przedłożona przez przystępującego na rozprawie nie była znana zamawiającemu w dacie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej. Z § 4 ust. 5 tej umowy wynika, że wadium w imieniu konsorcjum zostanie wniesione przez pełnomocnika (lidera), a koszty pozyskania wadium zostaną pokryte przez partnerów konsorcjum. Z § 5 ust. 2 te same umowy wynika, że przez cały okres trwania umowy wszyscy partnerzy konsorcjum są zobowiązani pozostać w konsorcjum, związani są postanowieniami umowy oraz ponoszą wobec zamawiającego solidarną odpowiedzialność za zaciągnięte na jej podstawie zobowiązania związane z realizacją kontraktu. Umowa ta jest zawarta w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia i realizacji kontraktu - § 1 ust. 1 umowy. W umowie brak postanowień dotyczących wnoszenia przez partnerów konsorcjum wkładów czy udziałów, które powodowałyby powstanie wspólnego majątku konsorcjum.

Fakt, że w innym postępowaniu Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor będąc w konsorcjum z innym niż Planeta sp. z o.o. podmiotem złożyło gwarancję bankową wadialną, która była przedmiotem wyjaśnień ze strony zamawiającego Skarbu Państwa GDDKiA Oddział w Olsztynie i że ten zamawiający zaakceptował oświadczenie banku o zakresie jego odpowiedzialności wadialnej nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż sam ten fakt nie przesądza o zgodności z ustawą czynności tamtego zamawiającego.

Izba stwierdziła, że pomiędzy stronami w istocie toczy się spór nie co do faktów, ale co do prawa tj. czy dokument gwarancji wadialnej wystawiony przez bank wyłącznie na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w sytuacji, gdy ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne pozwala zamawiającemu na

42

skuteczne zatrzymanie wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy.

Z protokołu Komisji Przetargowej z dnia 10 lutego 2015r. wynika, że zamawiający analizował ceny złożonych ofert pod kątem tego czy budzą one jego wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia. Zamawiający zastosował trzy kryteria oceny cen ofertowych.

Zamawiający zastosował Badania wstępnego dokonano w oparciu o trzy kryteria:

Kryterium arytmetyczne tj. odniesienie do ubrutnowionej wartości szacunkowej zamówienia, przy czym jednocześnie zamawiający dokonał korekty wartości szacunkowej zamówienia z uwagi na czas jaki upłynął od momentu oszacowania wartości zamówienia do czasu otwarcia ofert (18.10.2013 -28.01.2015) oraz w związku ze zmianami które w tym czasie zaszły w odniesieniu do cen czynników cenotwórczych ofert Zamawiający opracował kalkulację uwzględniającą dynamikę tych zmian. Zamawiający przyjął kalkulację uwzględniającą dynamikę zmian cen opracowaną w styczniu 2015 tj. kwotę 349 041 247,76 zł brutto. Zamawiający przyjął jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania dla wszystkich złożonych ofert granicę 20% wartości stanowiącej punkt odniesienia. W jego ocenie oferty, w których cena ofertowa odbiega od tej wartości o więcej niż 20% mogą budzić wątpliwości co do sposobu ich kalkulacji przez wykonawców. Po dokonanej analizie w tym kryterium taką rozbieżność wykazała wyłącznie oferta Konsorcjum Bilfinger. Oferta przystępującego była niższa o 10,1%

Drugim kryterium było kryterium średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w odniesieniu do danej oferty. Wartość ta wynosi: 350 345 306,82 zł brutto. Zamawiający przyjął jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania dla wszystkich złożonych ofert granicę 15% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zamawiający stwierdził, że poziom ten przekracza oferta Konsorcjum Bilfinger jej cena jest niższa od średniej ofert o 23,55%. Oferta przystępującego była niższa o 10,47%.

Ostatnim kryterium zastosowanym przez zamawiającego było kryterium podobieństwa - w którym punktem odniesienia jest średnia cena na 1 km budowy odcinka drogi o podobnych parametrach (charakterze 1 złożoności) na podstawie cen ofert wygrywających.

Zamawiający ustalił ceny za 1km. Budowy odcinka drogi na podstawie postępowań zaprojektuj i buduj z 2014r. Zamawiający wskazał na 5 postępowań, które uznał za zbliżone charakterem i złożonością i obliczył na ich podstawie średnią cenę zadań w przeliczeniu na 1 km, która wyniosła 37 473 027,81 zł brutto. Zamawiający przyjął jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania dla wszystkich złożonych ofert granicę 10% od średniej ceny za 1 km zadań o podobnym charakterze i złożoności realizowanych przez GDDKiA. Zamawiający stwierdził, że poziom ten przekracza oferta Konsorcjum Bilfinger, której cena za 1 km jest niższa o 20,2% od średniej ceny za 1 km zadań o podobnym charakterze i złożoności. Oferta przystępującego była niższa o 6,6, %.

Izba ustaliła, że Konsorcjum Bilfinger było jednokrotnie w dniu 23 lutego 2015r wzywane przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy, w wezwaniach tych zamawiający wskazywał nie tylko na potrzebę ustalenia, czy treść oferty spełnia wszystkie wymagania dokumentacji projektowej oraz siwz, ale także czy wykonawca Bilfinger ujął wszystkie niezbędne koszty w prawidłowej wysokości. Zamawiający żądał przedstawienia szczegółowego wyjaśnienia w odniesieniu do wszystkich elementów wykazu płatności, jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona kalkulacji, złożenia wyjaśnień w tym szczegółowych kalkulacji cenowych lub wycień oraz przedstawienia dowodów., przy czym pytania do Konsorcjum Bilfinger w dużej mierze wprost wskazują na konieczność wyjaśnienia cen z Wykazu Płatności tak np. do części A wykazu pytania nr 1,2,5, części B pytania nr 1,2, 3, 4, 8, 11, 12, 13, 14, części C pytania nr 1, 22, 3, 7, 13, 15, 22, 24, 40, 41, 45, 46, 48, 50, 51, 52,57, 59, 61, 62, 63, 64, 65. Pytania w części z tego wezwania są zbieżne z pytaniami zadanymi przystępującemu w dniach 13 maja 2015r. i 27 maja 2015r., natomiast w zapytaniach do przystępującego zamawiający wskazał wyraźnie tylko jedną podstawę prawną tj. art. 87 ust. 1 ustawy (okoliczność bezsporna), nie żądał szczegółowej kalkulacji, ani załączania dowodów, a jedynie szczegółowej i wyczerpującej informacji w celu ustalenia stopnia gotowości przystępującego do realizacji kontraktu. Jedynie pytania 1 i 36 z dnia 13 maja 2015r. skierowane do przystępującego wprost odnoszą się do wykazu płatności czy skalkulowanych kosztów, pozostałe pytania dotyczą zakresu projektowania, przewidywanych optymalizacji, pozyskiwania decyzji niezbędnych do sporządzenia dokumentacji projektowej oraz przewidywanych zmian w tej dokumentacji i związanej z nimi konieczności uzyskiwania dokumentacji zamiennnej oraz przyjętych rozwiązań technicznych i technologicznych, ilości obiektów, materiałów. W ocenie Izby fakt, że częściowo pytania do Konsorcjum Bilfinger i Konsorcjum Intercor są podobne, czy dotyczą podobnych obszarów zagadnień nie powoduje automatyzmu przy uznaniu, że skoro zamawiający wzywał Konsorcjum Bilfinger do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, to również pytania skierowane do Konsorcjum Intercor były w rzeczywistości pytaniami dotyczącymi elementów oferty, które mają wpływ na cenę w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy. Przeczą takiemu przyjęciu konsekwentne czynności zamawiającego oraz fakt, że w przypadku Konsorcjum Bilfinger zamawiający nie tylko wyjaśniał cenę rażąco niską, ale także tak jak i u przystępującego kompletność oferty, stąd pytania mogły się pokrywać. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy pozwala ustalić, że wezwania do przystępującego z dnia 13 maja 2015r. i 27 maja 2015r. nie były wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż świadczy o tym notatka Komisji przetargowej z dnia 10 lutego 2015r., brak wskazania podstawy prawnej z art. 90 ust. 1 ustawy w treści wezwań, brak żądania przedstawienia szczegółowej kalkulacji, brak żądania przedstawienia dowodów, brak pouczenia o skutkach niezłożenia wyjaśnień oraz fakt, że tylko dwa pytania wprost odnosił się do kalkulacji przez przystępującego kosztów oferty, a nie wiele jak w przypadku Konsorcjum Bilfinger

zapytań co do ceny i kosztów przyjętych w Wykazie Płatności. Tym samym Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że zamawiający nie powziął wątpliwości co do rażącego charakteru ceny przystępującego, ani co do możliwości realizacji przez tego wykonawcę przedmiotowego zamówienia. Izba wzięła także pod uwagę fakt, że zamawiający za ceny wątpliwe na potrzeby przedmiotowego postępowania uważał ceny znacznie mniej odbiegające od przyjętych kryteriów badania, niż wynika to wprost z dwóch obligatoryjnych podstaw zawartych art. 90 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, że w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 21 maja 2015r. przystępujący zawarł oświadczenie o tym, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy znk oraz przedstawił uzasadnienie przesłanek pozwalających na ich objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa. Analizując treść wyjaśnień w części dotyczącej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba stwierdziła, że przystępujący wskazał, że informacje mają charakter organizacyjny i posiadają wartość gospodarczą. Wskazał jakie informacje, które ujawnił w wyjaśnieniach mają charakter organizacyjny, a które wartość gospodarczą, a także wskazał jakie czynności podjął w celu zachowania ich poufności tak w ramach organizacji pracy u obu konsorcjantów jak i w kontaktach z dostawcami i podwykonawcami. Izba oceniając ten dowód uznała, że rzeczywiście informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter głównie organizacyjny i dotyczą

wpracowanego przez przystępującego sposobu organizacji pracy swojego przedsiębiorstwa przy realizacji zamówienia typu zaprojektuj i wybuduj, przyjętych rozwiązaniach technicznych i technologicznych, optymalizacjach. Izba analizując treść zapytań zamawiającego jak i złożonych wyjaśnień stwierdziła, że już z samych zapytań wynika, że poszczególni wykonawcy mogli założyć i zaferować inne rozwiązania techniczne i technologiczne, inny zakres czynności niezbędnych przy projektowaniu, czy inną kolejność podejmowanych czynności, mogli założyć także czynności nie wynikające z treści siwz, ale z nią niesprzeczne sprzyjające optymalizacji kosztów, czy sprawności przebiegu prac. Takie właśnie okoliczności wskazywał przystępujący przykładowo w wyjaśnieniach z dnia 21 maja 2015r. udzielonych na pytania: 2, 5,8, 9, 10, 14, 15, 17, 20, 22, 24, 26, 28, 29, 33, 37 i 40, przy czym w odpowiedziach na pytania 15 i 36 podano konkretne firmy, z których zamierza korzystać przystępujący oraz w wyjaśnieniach z dnia 1 czerwca 2015r. udzielonych na pytania 1,3,4,5,6. W ocenie Izby rację ma zatem zamawiający i przystępujący, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter organizacyjny i wartość gospodarczą i dotyczą know-how przystępującego. Zachowano także dbałość o poufność informacji tak wobec innych wykonawców przez oświadczenie złożone zamawiającemu jak i przez organizację obiegu informacji w przedsiębiorstwach przystępującego jak i w stosunkach z dostawcami i podwykonawcami. Izba wprawdzie w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień znalazła cytaty z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego, które z racji ich jawności nie mogły podlegać skutecznemu

45

zastrzeżeniu tajemnicy, ale fakt ich ujawnienia nie miałby wpływu na sytuację faktyczną odwołującego, w tym na realizację jego prawa do skorzystania środków ochrony prawnej, a także nie miałby żadnego wpływu na wynik niniejszego postępowania i z tego względu ewentualne stwierdzenie uchybienia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy nie dawałoby odwołującemu korzyści w postaci uwzględnienia zarzutu z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy. Izba ustaliła, że po dniu 3 czerwca 2015r. do przystępującego nie były kierowane dalsze wezwania w jakimkolwiek trybie, ani nie składał on samodzielnie dokumentów czy wyjaśnień. Izba ustaliła, że odwołujący nie przedstawił dowodów, na okoliczność wykazania faktu, że zamawiający powinien podjąć wątpliwość co do realności ceny oferty, w sytuacji, gdy odbiega ona o więcej niż 10% od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia lub o więcej niż 10% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność ustalenia faktu, że konkretne elementy przedmiotu zamówienia wynikające z siwz lub PFU nie zostały przez przystępującego wycenione.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie ma zastosowanie stan prawny obowiązujący na dzień 22 listopada 2013r.

Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody, a tym samym wypełnił przesłanki dopuszczalności odwołania wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba postanowiła stwierdzić, iż zgłoszenie przystąpienia Budimex spełnia wymagania formalne wynikające z art. 185 ust 2 ustawy, natomiast zgłaszający nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego przeciwko zgłoszeniu przystąpienia wykonawcy Budimex S.A. po stronie odwołującego. Izba podziela w całej rozciągłości argumentację przedstawioną przez odwołującego w uzasadnieniu zgłoszonej opozycji. Przede wszystkim Izba wskazuje na związek pomiędzy interesem we wnoszeniu wszelkich środków ochrony prawnej wynikających z art. 179 ust. 1 PZP, a rozumieniem interesu na gruncie art. 185 ust. 2 PZP, przy czym należy zwrócić uwagę na to, iż w art. 179 ust. 1 PZP mowa jest o interesie przeszłym lub bieżącym, natomiast art. 185 ust. 2 PZP zawężony jest wyłącznie do aktualnego interesu – „ma interes w rozstrzygnięciu”. W ocenie Izby w obu przypadkach interes ten należy rozpatrywać przez możliwość uzyskania zamówienia. Skoro wykonawca Budimex wskazuje na potencjalny i niepewny interes wynikający z możliwości niepodpisania przez odwołującego umowy o zamówienie publiczne to Izba podziela

46

stanowisko odwołującego, że działania obu wykonawców w postępowaniu odwoławczym są ze sobą sprzeczne, co jest niezgodne z treścią art. 185 ust. 5 PZP.

Izba postanowiła stwierdzić, iż zgłoszenie przystąpienie Konsorcjum Intercor spełnia wymagania formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy i zgłaszający staje się uczestnikiem postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum Intercor, choć złożona w ofercie tego wykonawcy gwarancja wadialna nie zabezpiecza oferty Konsorcjum Intercor, lecz ofertę Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., która to oferta w ogóle nie została w postępowaniu złożona

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, natomiast zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Przedmiotowa sprawa jest zawiła i występuje w niej istotne zagadnienie prawne, tj. czy zamawiający może skutecznie zrealizować czynność zatrzymania wadium i skorzystać z jego kompensacyjnego charakteru w sytuacji, gdy wadium wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne w formie gwarancji bankowej, w której jako wykonawcę, który składa ofertę u zamawiającego wskazano tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Przy analizie tego stanu faktycznego istotne jest to, że w treści gwarancji bankowej nie wskazano także przy podanym wykonawcy, że działa on jako lider, pełnomocnik czy w imieniu własnym i na rzecz innego podmiotu. Wykonawca wskazany w gwarancji, zgodnie z pełnomocnictwem konsorcjalnym był zobowiązany do wniesienia całości wadium zamawiającemu. Analiza odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego przystępującego wskazuje na istniejącą rozbieżność tak w orzecznictwie jak i doktrynie, co do oceny takiego stanu prawnego na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy. Część orzecznictwa i doktryny uważa, że opisany stan faktyczny kwalifikuje się jako wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, gdyż z

47

art. 23 ust. 3 ustawy wynika, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a zatem nadmiernym formalizmem jest oczekiwanie, że każdorazowo w dokumencie gwarancyjnym będą wskazani wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie, ponadto na podstawie art. 14 ustawy wskazywany jest art. 370 kc w związku z art. 366 kc dotyczący solidarnej odpowiedzialności podmiotów zaciągających zobowiązanie dotyczące wspólnego mienia, a także art. 860 i nast. Kc dotyczący odpowiedzialności wspólników spółki cywilnej (art. 864 kc solidarna odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki). Dodatkowo jako argument podawany jest przepis art. 141 ustawy dotyczący solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia przy realizacji zamówienia. Drugi pogląd wskazuje na abstrakcyjny charakter gwarancji i jego oderwanie od stosunku podstawowego jakim jest wniosek zleceńodawcy gwarancji, a także na to, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie nie tworzą bytu mającego odrębną osobowość prawną, działają w celu realizacji określonego przedsięwzięcia i najczęściej nie wnoszą wkładów czy udziałów tak aby powstało wspólne ich mienie rodzące solidarną odpowiedzialność, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych normują stosunki pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, a nie pomiędzy zamawiającym, a podmiotami trzecimi, a takim podmiotem trzecim jest bank gwarant, stąd przepis art. 23 ust. 3 ustawy nie ma skutku dla banku jako wystawcy gwarancji. Przepis art. 141 ustawy także nie reguluje kwestii solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na etapie przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, stąd nie może kreować solidarnej

odpowiedzialności tych wykonawców za wniesienie wadium.

Izba w tym składzie wyraża przekonanie, że prawidłowa jest interpretacja prawa przyjęta w drugim z prezentowanych poglądów. Podane powyżej argumenty Izba przyjmuje za własne i dodatkowo podnosi dalsze argumenty przemawiające za akceptacją drugiego z przedstawionych poglądów. Art. 45 ust. 6 ustawy określa dopuszczalne formy wadium. W ocenie Izby wszystkie te formy powinny w jednakowy sposób zaspokajać roszczenia zamawiającego wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, a więc kompensować zamawiającemu potencjalną szkodę wynikłą ze zwłoki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń, a także szkody związanej z niezawarciem umowy z najkorzystniejszym wykonawcą. Tym samym każda forma wniesienia wadium musi być tak samo łatwo egzekwowalna jak gotówka. W ocenie Izby, aby tak się stało nie może być jakichkolwiek wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Odpowiedzi na te pytania nie można odnaleźć na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zgodnie z art. 1 ustawy reguluje ona zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, czyli postępowania wszczynanego w celu dokonania

48

wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje stosunki pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, natomiast nie reguluje stosunków wykonawca – bank czy zamawiający – bank. Z tego względu błędne jest w ocenie Izby wskazywanie jako uzasadnienia dla dopuszczalności składania gwarancji wadialnej wystawionej wyłącznie na jednego członka konsorcjum przepisów art. 23 ust. 3 czy art. 141 ustawy. Tym samym dla oceny możliwości dochodzenia przez zamawiającego roszczeń z gwarancji bankowej należy brać pod uwagę przepisy innych ustaw. Zgodnie z art. 81 ustawy prawo bankowe – gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio lub za pośrednictwem innego banku. Przepis ten wskazuje na podobieństwa z instytucją przekazu uregulowaną na gruncie art. 921 ¹ i nast. Kc, zgodnie z którym kto przekazuje drugiemu (odbiorcy przekazu) świadczenie osoby trzeciej (przekazanego) upoważnia tym samym odbiorcę przekazu do przyjęcia, a przekazanego do spełnienia świadczenia na rachunek przekazującego. Zgodnie z § 2 art. 921 ² kc przekazany w przypadku przyjęcia przekazu przez odbiorcę przekazu może powoływać się tylko na zarzuty wynikające z treści przekazu oraz na zarzuty, które przysługują mu osobiście względem odbiorcy.

Beneficjent gwarancji jest zatem odbiorcą przekazu, zaś bank gwarant przekazany. Oznacza to, że bank gwarant może podnosić wobec zamawiającego zarzuty z treści przekazu, a w tym związane z warunkami zapłaty. W ocenie Izby na warunki zapłaty składa się także odwołanie za czyje zachowania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy bank gwarant odpowiada. Niejednoznaczne określenie zatem podmiotu za który bank odpowiada może być podstawą zarzutów banku wobec beneficjenta gwarancji wynikających z treści gwarancji. Izba uważa, że bank gwarant może skutecznie uchylać się od zapłaty sumy wadium podnosząc, że odpowiadał tylko za zachowania Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor, a nie odpowiadał za zachowania Konsorcjum Intercor i Planeta. W tej sytuacji wybrana forma wadium, nie zapewniałaby tak samo skutecznej funkcji gwarancyjnej jak pieniądź. Stąd przyjęcie, że została wniesiona gwarancja przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy dokument gwarancji jest wystawiony tylko na jednego wykonawcę nie zapewnia realizacji celu wadium. Tym samym można tylko uznać, że taki dokument nie jest wniesieniem wadium, zaś wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie wniesli wadium przed upływem terminu składania ofert. Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie ma znaczenia stan świadomości banku gwaranta, co do tego jacy wykonawcy wspólnie składają ofertę, o ile nie

49

został on odzwierciedlony w treści gwarancji w warunkach zapłaty, albo co najmniej był wiadomy zamawiającemu w dacie składania ofert. Zamawiający bowiem nie mając wiedzy o

tym na jakich warunkach bank zobowiązał się świadczyć na jego rzecz, nie może podejmować ryzyka odmowy zapłaty wadium. Tym samym nie ma znaczenia oświadczenie banku z dnia 22 czerwca 2015r. Izba uważa także, że z treści pełnomocnictwa konsorcjalnego jak i umowy nie wynika, że lider miał uzyskać wadium. Z tych dokumentów wynika jedynie, że miał je wnieść zamawiającemu, tym samym dokumenty te nie mogły stanowić uzasadnienia dla odstąpienia przez zamawiającego od zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Izba uznała zatem, że odwołujący słusznie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż konkurowanie przez wykonawców niewykluczonych z wykonawcami, którzy powinni zostać wykluczeni trudno uznać za realizację zasady równego traktowania wykonawców. Izba dopatrzyła się zatem w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i w konsekwencji nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10 oraz Planeta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zdziarska 21 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr. 153 poz. 1503 z późn. zm.; dalej: „ustawa ZNK”) przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do ujawnienia treści wyjaśnień Konsorcjum Intercor, choć nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, jednak w ust. 3 tegoż przepisu zawarty jest wyjątek od tej zasady stanowiący, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.

50

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm. ost z 2009r. Dz. U. nr 201 poz. 1540) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Izbę na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego informacje zastrzeżone przez przystępującego są informacjami o charakterze organizacyjnym oraz przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, stąd należało uznać, że stanowią one jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, a tym samym nie podlegały ujawnieniu zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy. W konsekwencji zamawiający nie popełnił błędu w ocenie złożonych wyjaśnień w zakresie odmowy ujawnienia ich zastrzeżonej części, który naruszałby treść art. 8 ust. 1 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią siwz, pomimo że oferta Konsorcjum Intercor nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (zaniechanie zaferowania części zamówienia)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeśli jej

treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (tj. przepisem dotyczącym dozwolonego zakresu poprawy omyłek). Z uwagi na to, że odwołujący nie podnosi zaniechania poprawy kwestionowanej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dla rozstrzygnięcia ma znaczenie jedynie ta część normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, która odnosi się bezpośrednio do skutku odrzucenia oferty. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje ustalić treść siwz oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertę. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że treść oferty przystępującego jest sprzeczna z treścią siwz. Odwołujący zarzut oparł na swoim przekonaniu, że cena zaoferowana przez przystępującego nie pozwala na realizację całości przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji powoduje, że przystępujący musiał czegoś wymaganego siwz nie zaoferować, aby uzyskać oszczędność. Przekonanie to w ocenie Izby nie jest uprawnione. W szczególności zamawiający wykazał, że prowadził wnikliwe badanie treści oferty przystępującego zadając w dniach 13 i 27 maja 2015r. szczegółowe pytania związane z planowaną przez

51

odwołującego realizacją zamówienia. Przystępujący udzielił zamawiającemu obszernych wyjaśnień, przy czym z żadnego z udzielonych wyjaśnień w ocenie Izby nie wynika niezgodność treści oferty z treścią siwz. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, lecz uprawniony jest do poprzestania na zbadaniu ceny na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, choć jej realność budzi jego wątpliwości

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wykazał, że ocenił możliwość realności wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o trzy kryteria i ustalił pewne progi poniżej, których w jego ocenie może zachodzić wątpliwość co do rażącego zniżenia ceny. Zamawiający zbadał każdą z ofert w każdym z trzech kryteriów i ocenił pod kątem przyjętych progów uznając, że jedynie oferta Konsorcjum Bilfinger budzi jego wątpliwości, co do charakteru zaoferowanej ceny. Oferta przystępującego takich wątpliwości zamawiającego nie budziła. Dla Izby w szczególności przekonująca była analiza zamawiającego dokonana według kryterium ceny za 1 km budowy drogi. Zamawiający dobrał postępowania zaprojektuj i wybuduj i zanalizował zaoferowane tam ceny uśrednił je i dodatkowo jeszcze ustalił średnią cenę z pięciu postępowań, a zatem odwołał się do rzeczywiście składanych mu ofert w ramach konkurencji cenowej. Odwołujący nie wykazał, że przyjęte przez zamawiającego kryteria, czy progi były ustalone niewłaściwie. Odwołujący wskazał na ewentualne zniżenie oferty przystępującego na ok. 1 700 000zł. natomiast nie wykazał dlaczego nie jest realne wykonanie przedmiotowego zamówienia za około 15 000 000zł. mniej niż zaoferował odwołujący. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do realności ceny przystępującego. Twierdzenia odwołującego są oparte wyłącznie o przekonanie o realności własnej ceny, natomiast nie podważają skutecznie ustaleń zamawiającego przy ocenie zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy. Izba podziela stanowisko odwołującego, że instytucji wyjaśnienia elementów oferty, które mają wpływ na cenę (art. 90 ust. 1) nie można zastępować wyjaśnienie treści oferty z art. 87 ust. 1 ustawy, natomiast w pierwszej kolejności

52

to na odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia, że zamawiający nieprawidłowo dokonał ustaleń w protokole Komisji przetargowej z dnia 10 lutego 2015r. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy i art. 90 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty, choć Konsorcjum Intercor nie wykazał, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena ofertowa jest ceną realną,

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgromadzony materiał dowodowy w ocenie Izby nie daje podstaw do uznania, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę, a przede wszystkim, że zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, które byłoby obligatoryjne przed zastosowaniem sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się u zamawiającego zaniechania skutkującego naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, choć kalkulacja ceny dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w złożeniu oferty przez przystępującego dopatruje się popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 3 ust. 1 tej ustawy. Odwołujący nie udowodnił jednak, że przystępujący zaoferował cenę nie pokrywającą kosztów wytworzenia i świadczenia usługi. Ciężar dowodowy z mocy art. 190 ust. 1 ustawy obciążał w tym zakresie odwołującego. W tym stanie rzeczy zarzut należało oddalić.

53

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie uprawniony jest do dokonania wyboru oferty Konsorcjum Intercor, pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Zarzut potwierdził się. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś ust. 3 tegoż przepisu nakazuje zamawiającemu udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Norma ta koresponduje z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z ogłoszeniem i siwz zamawiający miał wybrać ofertę spośród ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu. Izba rozważając zarzuty poprzedzające stwierdziła, że zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania przystępującego, zatem ocenił oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania oraz kosztów uzasadnionej obrony odwołującego i

nakazując zamawiającemu zwrot odwołującemu poniesionych przez niego kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i kosztów zastępstwa prawnego wykazanych przedłożoną w postępowaniu odwoławczym fakturą, z ograniczeniem do wysokości maksymalnej dopuszczanej przez cyt. rozporządzenie tj. do kwoty 3 600zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....