Sygn. akt: KIO 1185/15
Sygn. akt: KIO 1189/15
Sygn. akt: KIO 1191/15
Sygn. akt: KIO 1199/15
Sygn. akt: KIO 1208/15
Sygn. akt: KIO 1209/15
Sygn. akt: KIO 1211/15

WYROK
z dnia 10 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Członkowie: Aneta Mlącka
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **24 – 26 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

1. 3 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **IDS-BUD S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Korporacja „ALTIS-HOLDING", z siedzibą w Kijowie (sygn. akt: KIO 1185/15);**

2. 3 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO 1189/15);**

---

3. 3 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Budimex S.A, z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1191/15);**

4. 5 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **SALINI POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Salini Impregilo S.p.A., z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A., z siedzibą w Rzymie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., z siedzibą w Brzozach (sygn. akt: 1199/15);**

5. 5 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO1208/15);**

6. 5 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych S.A., z w oraz „Mosty-Łódź" siedzibą Łodzi TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, z siedzibą w Wiedniu (sygn. akt: KIO 1209/15);**

7. 5 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Porr (Polska) S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH, z siedzibą w Wiedniu (sygn. akt: KIO 1211/15)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad** przy udziale:

(i) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **SALINI POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Salini Impregilo S.p.A., z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A., z siedzibą w Rzymie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., z siedzibą w Brzozach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w spawie o sygn. akt: KIO 1185/15 oraz KIO 1211/15 po stronie odwołującego;

(ii) wykonawcy **ASTALDI S.p.A., z siedzibą w Rzymie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1185/15, KIO 1199/15 oraz KIO 1211/15 po stronie zamawiającego;

(iii) wykonawcy **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A, z siedzibą w Parmie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1185/15 po stronie zamawiającego;

(iv) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Porr (Polska) S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH, z siedzibą w Wiedniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1185/15 oraz KIO 1199/15 po stronie zamawiającego;

(v) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Gülermak Ağir Sanayi** İnşaat **ve Taahhüt, A.Ş, z siedzibą w Ankarze oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1189/15 oraz KIO 1209/15 po stronie zamawiającego;

(vi) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A, z siedzibą w Łodzi oraz TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, z siedzibą w Wiedniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1189/15 po stronie odwołującego;

(vii) wykonawcy **Bilfinger Infrastructure S.A., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1191/15 oraz KIO 1208/15 po stronie zamawiającego;

(viii) wykonawcy **Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1191/15 po stronie zamawiającego;

(ix) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **IDS-BUD S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Korporacja „ALTIS-HOLDING", z**

siedzibą w Kijowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1199/15 po stronie zamawiającego oraz KIO 1211/15 po stronie odwołującego;

(x) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1208/15 po stronie zamawiającego;

(xi) wykonawcy **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1209/15 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołania;

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 1185/15 obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: IDS-BUD S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Korporacja „ALTIS-HOLDING", z siedzibą w Kijowie** 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 Konsorcjum: IDS-BUD S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Korporacja „ALTIS-HOLDING", z siedzibą w Kijowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: IDS-BUD S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Korporacja „ALTIS-HOLDING", z siedzibą w Kijowie** na rzecz **Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** kwotę **2 820 zł 54 gr** (słownie: dwa tysiące osiemset dwadzieścia złotych pięćdziesiąt cztery grosze),

stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1189/15 obciąża wykonawcę **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., z siedzibą w Krakowie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawcy **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** kwotę **2 820 zł 54 gr** (słownie: dwa tysiące osiemset dwadzieścia złotych pięćdziesiąt cztery grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1191/15 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:

4.1. 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 Konsorcjum:

Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** kwotę **514 zł 29 gr** (słownie: pięćset czternaście złotych dwadzieścia dziewięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1199/15 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **SALINI POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Salini Impregilo S.p.A., z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A., z siedzibą w Rzymie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., z siedzibą w Brzozach** i:

5.1. 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 Konsorcjum: **SALINI POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Salini Impregilo S.p.A., z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A., z siedzibą w Rzymie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., z siedzibą w Brzozach** tytułem wpisu od odwołania;

5.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **SALINI POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Salini Impregilo S.p.A., z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A., z siedzibą w Rzymie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., z siedzibą w Brzozach** na rzecz **Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** kwotę **514 zł 29 gr** (słownie: pięćset czternaście złotych dwadzieścia dziewięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

6. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1208/15 obciąża wykonawcę **Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie** i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

6.2. zasądza od wykonawcy **Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** kwotę **2 820 zł 54 gr** (słownie: dwa tysiące osiemset dwadzieścia złotych pięćdziesiąt cztery grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

---

7. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1209/15 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A, z siedzibą w Łodzi oraz TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, z siedzibą w Wiedniu i:**

7.1. 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 Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A, z siedzibą w Łodzi oraz TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, z siedzibą w Wiedniu** tytułem wpisu od odwołania;

7.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A, z siedzibą w Łodzi oraz TEERAG-ASDAG z w** na rzecz **Zamawiającego Aktiengesellschaft, siedzibą Wiedniu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** kwotę **514 zł 29 gr** (słownie: stanowiącą pięćset czternaście złotych dwadzieścia dziewięć groszy), uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

8. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1211/15 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Porr (Polska) S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH, z siedzibą w Wiedniu i:**

8.1. 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 Konsorcjum: **Porr (Polska) S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH, z siedzibą w Wiedniu** tytułem wpisu od odwołania;

8.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Porr (Polska) S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH, z siedzibą w Wiedniu** na rzecz **Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** kwotę **2 820 zł 54 gr** (słownie: dwa tysiące osiemset dwadzieścia złotych pięćdziesiąt cztery grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

……

Sygn. akt: KIO 1185/15
Sygn. akt: KIO 1189/15
Sygn. akt: KIO 1191/15
Sygn. akt: KIO 1199/15
Sygn. akt: KIO 1208/15
Sygn. akt: KIO 1209/15
Sygn. akt: KIO 1211/15

Uzasadnienie

Sygn. akt: KIO 1185/15

W dniu 3 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum firm: IDS-BUD S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Korporacja „ALTIS-HOLDING" ul. Kaczałowa, z siedzibą w Kijowie (dalej „Odwołujący **I")** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad (dalej „Zamawiający") pn. "Projekt i budowa drogi ekspresowej S2 - Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska" do węzła „Lubelska" z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A" od węzła Puławska (bez węzła) do węzła Przyczółkowa (bez węzła) o długości ok 4,6 km; Zadanie „B" od węzła Pyszczółkowska (z węzłem) od węzła Wal Miedzeszyński (z węzłem) o długości ok. 6,5 km; Zadanie „C" od węzła Wał Miedzeszyński (bez węzła) do węzła Lubelska (bez węzła) o długości ok. 7,5 km" nr ref. 130/2013.

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Via Giulio Vicenzo Bona 65, 00156 Rzym, Włochy (zwanego dalej: „Astaldi") i wyborze jako najkorzystniejszej złożonej przez niego oferty oraz zaniechaniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: PORR (Polska) S.A. z siedzibą Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa i PORR BAU GMBH z siedzibą w Wie (zwane dalej: „Konsorcjum **Porr")** i naruszeniu tym samym przez Zamawiającego w zakresie zadania A:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 4 w zw. z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp w odniesieniu do: (i) Astaldi poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania

---

wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, ewentualnie, z ostrożności - w przypadku uznania że wykonawca jednak zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą - poprzez zaniechanie wykluczenia z

postępowania wykonawcy, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą; (ii) Konsorcjum Porr poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, ewentualnie, z ostrożności - w przypadku uznania że wykonawca jednak zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą;

2. Art. 91 ust. 1 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty złożonej przez Astaldi - wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, która to oferta winna być uznana za odrzuconą;

3. Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez uprzywilejowane traktowanie wykonawców: Astaldi i Konsorcjum Porr, naruszające zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzące do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

4. innych przepisów wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Astaldi; (ii) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert; (iii) wykluczenie z postępowania Astaldi i Konsorcjum Porr; (iv) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący I wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w pkt 11.1 SIWZ - Tom I Rozdział I Instrukcji dla Wykonawców (IDW) określił, iż termin związania ofertą wynosi 90 dni. Terminem składania ofert w zakresie zadania A był dzień 26 stycznia 2015 r. Zgodnie zatem z art. 85 ust. 5 Pzp bieg terminu związania ofertą rozpoczął się w tej dacie. Odwołujący I wskazał, że w dniu 16 lutego 2015 r. Zamawiający pismem znak O.WA.D-3.241.130.2013.sch. 103.2015 zawiadomił wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, że w dniu 13.02.2015 r. zostało wniesione odwołanie przez Konsorcjum firm: SALINI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - Lider, SALINI IMPREGILO S.p.A. z siedzibą w Mediolanie, TODINI CONSTRUZION GENERALI S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. z

siedzibą w Kobylarni (zwane dalej: „Konsorcjum **Salini"),** informując jednocześnie o możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odwołaniu nadano numer porządkowy (sygnaturę akt) KIO 281/15. W dniu 3 marca 2015r. skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej rozpoznał na posiedzeniu niejawnym odwołanie wniesione przez Konsorcjum Salini i wydał orzeczenie w tej sprawie. Zgodnie z przepisami § 31 i § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań w dniu 3 marca 2015 r. ogłoszono postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego poprzez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej. W dniu 9 kwietnia 2015 r. Zamawiający, pismem znak O.WA.D-3.241.130.2013.sch.220.2015 zwrócił się do wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu „o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu 2nuiązania ofertą o 60 dni w w/w postępowaniu wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą."

Odwołujący I wskazał, że w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego, Astaldi pismem ref. N. 0988- 15/AK/PS/AR-PL złożyła oświadczenie, iż przedłuża termin związania ofertą o kolejne 60 dni i w załączeniu do tegoż pisma przedłożyła aneks nr 1 do Gwarancji Przetargowej Nr CRD/02/9790 przedłużający termin obowiązywania tej gwarancji do dnia 30 czerwca 2015 r. Konsorcjum Porr pismem datowanym na dzień 21 kwietnia 2014 r. złożyło oświadczenie, iż wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i w załączeniu do tegoż pisma przekazało aneks do gwarancji wadialnej przedłużający termin jej obowiązywania do dnia 26 czerwca 2015 r. W dniu 25 maja 2015r. Zamawiający pismem znak O. WA. D-3.241.130.2013. sch.395.2015, zawiadomił o wyborze oferty Astaldi jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Z pisma tego wynikało również, że Zamawiający nie wykluczył z postępowania Konsorcjum Porr.

W ocenie Odwołującego I, wykonawcy: Astaldi i Konsorcjum Porr winni być wykluczeni z postępowania z uwagi na okoliczność, iż nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania swoimi ofertami, a nawet jeśli uznać - z czym Odwołujący I się nie zgadza - że taką zgodę w sposób prawidłowy i skuteczny wyrazili, to wykonawcy: Astaldi i Konsorcjum Porr winni być wykluczeni z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą. Powyższe wynika z okoliczności, iż termin związania ofertą powinien być przedłużony do dnia 13 lipca 2015 r., a tym samym na przedłużenie na taki okres powinni wyrazić zgodę Astaldi oraz Konsorcjum Porr i co najmniej na taki okres powinni przedłużyć okres ważności złożonych wadiów. Odwołujący I zwrócił uwagę, iż bieg 90-dniowego terminu związania ofertą, który pierwotnie miałby upłynąć w dniu 25 kwietnia

2015r., w związku z wniesieniem w dnia w dniu 13 lutego 2015 r. (tj. po upływie terminu składania ofert) odwołania przez Konsorcjum Salini uległ na podstawie art. 182 ust. 6 Pzp zawieszeniu do dnia 3 marca 2015 r. (data ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 281/15). Bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu w dniu 13 lutego 2015r., a następnie wznowił swój bieg w dniu 4 marca 2015 r., co oznacza, że okres tego zawieszenia wyniósł 19 dni (od 13 lutego 2015 r. do 3 marca 2015 r.). W dniu 9 kwietnia 2015r., czyli w dniu zwrócenia się przez Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, „podstawowy" termin związania ofertą - w związku z zawieszeniem jego biegu - upływał w dniu 14 maja 2015r. Tym samym, w ocenie Odwołującego I, wykonawcy, którzy chcieli skutecznie wyrazić zgodę na oczekiwane przez Zamawiającego przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni winni złożyć stosowne oświadczenie i wnieść (lub wydłużyć ważność) wadium na przedłużony okres związania ofertą, tj. co najmniej do dnia 13 lipca 2015 r.

Odwołujący I wskazał, że oświadczenia wraz z załącznikami, złożone w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego przez Astaldi i Konsorcjum Porr są zbliżone w swej formie i treści, bowiem każdy z tych wykonawców oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni (nie wskazując w tym zakresie konkretnej daty) i przedłożył dokument potwierdzający wydłużenie ważności gwarancji wadialnej, odpowiednio na okres do dnia 30 czerwca 2015 r. (Astaldi) i 26 czerwca 2015 r. (Konsorcjum Porr), jednak w obu przypadkach na okres krótszy niż wymagany, tj. co najmniej do dnia 13 lipca 2015 r. Takie oświadczenie woli tych wykonawców można wedle Odwołującego I zinterpretować na dwa sposoby. Można przyjąć, że z całokształtu oświadczeń woli (tj. treści pism i załączników, w szczególności okresu obowiązywania przedłużonych gwarancji wadialnych) wynika, iż zarówno Astaldi jak i Konsorcjum Porr w istocie nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 13 lipca 2015 r. Wykonawca Astaldi wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą jedynie o 47 dni (od 15 maja 2015 r. do 30 czerwca 2015 r.) a Konsorcjum Porr jedynie o 43 dni (od 15 maja 2015 r. do 26 czerwca 2015 r.). Tym samym należałoby uznać, że wykonawcy nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą o wskazane prze Zamawiającego 60 dni, co spełnia przesłankę określoną w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp skutkującą wykluczeniem obu wykonawców z postępowania. Według drugiej metody wykładni, można uznać, że z uwagi na wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni bez wskazania konkretnej daty, wykonawcy: Astaldi i Konsorcjum Porr zgodzili się przedłużyć termin związania oferta na wymagany okres kolejnych 60 dni, tj. do dnia 13 lipca 2015 r. Jednak w takim przypadku, przedłużone okresy ważności wadiów nie obejmują całego przedłużonego okresu związania ofertą, bowiem aneks do gwarancji wadialnej złożony przez Astaldi przedłuża termin obowiązywania tej

gwarancji tylko do dnia 30 czerwca 2015 r., a aneks do gwarancji wadialnej złożony przez Konsorcjum Porr przedłuża termin obowiązywania tej gwarancji tylko do dnia 26 czerwca 2015r. Nie wniesienie wadium na cały przedłużony okres związania ofertą stanowi określoną w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przesłankę skutkującą wykluczeniem obu wykonawców z postępowania.

Odwołujący I wskazał, że niezależnie od przyjęcia za prawidłową pierwszej lub drugiej z dwóch wyłącznie dopuszczalnych interpretacji odpowiedzi udzielonych przez Astaldi i

Konsorcjum Porr na wniosek Zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, wykonawcy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący I podkreślił również, że przepis art. 182 ust. 6 Ustawy ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, a zawieszenie biegu terminu związania ofertą następuje automatycznie w przypadku wniesienia odwołania po terminie składania ofert. Co więcej, przepis art. 182 ust. 6 Pzp wyraźnie wskazuje, iż bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia. Zagadnienie orzeczeń wydawanych przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej normuje art. 192 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z treścią tego przepisu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dzielą się na wyroki (rozstrzygające odwołanie co do istoty sprawy) i postanowienia (orzeczenia formalne). Taki też podział orzeczeń potwierdza brzmienie przepisów § 34 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. W ocenie Odwołującego I w świetle powyższego, bez znaczenia pozostaje sposób dalszego procedowania nad odwołaniem jak i rodzaj orzeczenia wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyniku rozpoznania tego odwołania (wyrok czy postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego). W każdym bowiem przypadku bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu z mocy prawa.

Sygn. akt KIO 1189/15

W dniu 3 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Mota-Engil Central Europę S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący **II")** zarzucając Zamawiającemu w zakresie Zadania B:

1. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt, A.Ş oraz Przedsiębiorstwo

Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum **Gülermak")** pomimo tego iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ");
2. Art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Gülermak pomimo braku wniesienia wadium na cały okres związania ofertą;
3. Art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie oferty Konsorcjum Gülermak pomimo spowodowania istotnej zmiany w treści oferty;
4. Art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gülermak mimo że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
5. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący II wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Gülermak; (ii) unieważnienie czynności oceny oferty Konsorcjum Gülermak; (iii) unieważnienie czynności poprawienia oferty Konsorcjum Gülermak w zakresie pkt 5 oferty; (iv) powtórzenie czynności oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Gülermak; (v) odrzucenie oferty Konsorcjum Gülermak z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ; ewentualnie w zakresie pkt 4: (vi) wykluczenie Konsorcjum Gülermak z postępowania i odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego; (vii) wyboru oferty Odwołującego II jako najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 86 ust.2 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący II wskazał, że oferta złożona przez Konsorcjum Gülermak nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymaganych okresów gwarancji jakości i jako taka winna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp. Zgodnie z treścią Tomu I SIWZ - IDW, Rozdział II Formularz Oferty dla Zadania B pkt.5.1. pkt.2.1 Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek udzielenia pisemnej gwarancji jakości zgodnie z Tomem II

Rozdział II SIWZ m.in.:

5.1. Na elementy Przedmiotu Umowy określone w Gwarancji jakości w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do Gwarancji jakości - część szczegółowa w:
(i) pkt 2.1. - Warstwa Ścieralna z mieszanek mineralno-bitumicznych - okres gwarancji jakości wynosi 5 lat;

(ii) pkt 2.2. - Pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych - okres gwarancji jakości wynosi 10 lat;
(iii) pkt 2.3. - Nawierzchnia z betonu cementowego - okres gwarancji jakości wynosi 10 lat;

liczony od daty wskazanej w Świadectwie Przejęcia, a w przypadku wystawienia Świadectwa Przejęcia z zastrzeżeniem, że istnieją roboty zaległe do wykonania w zakresie objętym Gwarancją Jakości od daty wskazanej w protokole z przeglądu sporządzonym w Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu potwierdzającym wykonanie roboty zaległej.

Odwołujący II wskazał, że Konsorcjum Gülermak w złożonej ofercie zobowiązało się, do udzielenia pisemnej gwarancji jakości zgodnie z Tomem II Rozdział II SIWZ:

5.1. Na elementy Przedmiotu Umowy określone w Gwarancji jakości w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do Gwarancji jakości - część szczegółowa w:
- pkt 2.1.1. - Warstwa ścieralna - wynosi 5 lat
- pkt 2.1.2. - Pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni - wynosi 10 lat
- pkt 2.2.1. - Konstrukcja nawierzchni - wynosi 10 lat (...)

W ocenie Odwołującego II z cytowanego wyżej fragmentu oferty Konsorcjum Gülermak wywieść należy, że wykonawca zobowiązał się do udzielenia 5-letniej gwarancji jakości na warstwy ścieralne niezależnie od rodzaju stosowanej nawierzchni tj. zarówno w przypadku nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych, jak i betonu cementowego. Zauważyć przy tym należy, że 10-letni okres gwarancji, w odniesieniu do nawierzchni, został w kwestionowanej ofercie wskazany jako właściwy wyłącznie w zakresie konstrukcji nawierzchni (pkt 5.1 pkt 2.2.1 oferty) oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni (pkt 5.1 pkt 2.1.2 oferty).

Oznacza to, w ocenie Odwołującego II, że Konsorcjum Gülermak zamiast żądanej przez Zamawiającego gwarancji jakości na nawierzchnię z betonu cementowego wynoszącej 10 lat, zaoferowało w odniesieniu do nawierzchni z betonu cementowego w zakresie warstwy ścieralnej gwarancję jakości obejmującą okres jedynie 5 lat. Różnica w okresie gwarancji jakości pomiędzy wymaganiami zawartymi w SIWZ a złożoną ofertą wynosi zatem 5 lat.

Odwołujący II podkreślił, że Zamawiający pismem z dnia 7 maja 2015 r. zawiadomił Konsorcjum Gülermak, iż na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, za późniejszą zgodą wyrażoną przez tego wykonawcę, poprawił omyłkę w formularzu oferty zmieniając m.in.

zobowiązanie oferenta w zakresie terminu udzielonej gwarancji jakości na nawierzchnię z betonu cementowego, która w poprawionej wersji wynosi lat 10.

W ocenie Odwołującego II opisane działanie Zamawiającego należy uznać za naruszające przepis art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, oczywiście nieuzasadnione i niezasługujące na ochronę prawną.

Odwołujący II wskazał, że nawierzchnia to warstwa zewnętrzna konstrukcji drogi, chodnika lub innej płaszczyzny. Przy budowie przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidział dwojakie nawierzchnie dróg: nawierzchnię z mieszanek mineralno - bitumicznych oraz nawierzchnię z betonu cementowego. Jednocześnie Odwołujący II wskazał, że warstwa ścieralna to wierzchnia warstwa nawierzchni drogowej, poddana bezpośredniemu oddziaływaniu ruchu i warstwy czynników atmosferycznych, mająca zabezpieczyć

konstrukcyjne przed bezpośrednim oddziaływaniem ruchu i przedostawaniem się wody. Odwołujący II podkreślił, że zgodnie z pkt. 2.1.2.1. Programu Funkcjonalno - Użytkowego (dalej jako PFU) Tomem III SIWZ nawierzchnią na jezdni głównej, czyli w ciągu drogi ekspresowej S2, jest nawierzchnia z betonu cementowego. Technologia nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych (czyli nawierzchnie bitumiczne) została przewidziana przez Zamawiającego jedynie na obiektach inżynierskich oraz pozostałych drogach określonych do wykonania w ramach przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego sformułowanymi w SIWZ 10-letni okres gwarancji jakości dla nawierzchni z betonu cementowego obejmował zarówno warstwę ścieralną tej nawierzchni, jak i wszystkie pozostałe warstwy nawierzchni z betonu cementowego. Zamawiający w odniesieniu do okresu gwarancji obejmującego nawierzchnię z betonu cementowego nie wprowadził rozróżnienia na jego warstwę ścieralną i kolejne warstwy konstrukcji. Odwołujący II podkreślił, że Zamawiający ustalił odmienne okresy gwarancji na warstwę ścieralną i pozostałe warstwy konstrukcji jedynie w stosunku do nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych (pkt. 5.1, pkt. 2.1 i 2.2. IDW).

W ocenie Odwołującego II mają na uwadze powyższe uznać należy, że oferta złożona przez Konsorcjum Gülermak nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego sprecyzowanym w pkt 5.1. pkt 2.3 IDW ponieważ w zakresie warstwy ścieralnej nawierzchni z betonu cementowego wykonawca zaoferował gwarancję jakości wynoszącą jedynie 5 lat, zamiast 10-letniej gwarancji przewidzianej w SIWZ - pkt 5.1, 2.1.1 oferty.

W ocenie Odwołującego II opisana powyżej niezgodność oferty z SIWZ nie mogła zostać potraktowana przez Zamawiającego jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z

SIWZ niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Ustawodawca pozwolił zamawiającym jedynie na taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę PZP pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek ("niepowodujące istotnych zmian") sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. W ocenie Odwołującego II istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniłaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta - można rozważyć nieistotność omyłki. Jeśli jednak treść oferty wskutek omyłki staje się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami zamawiającego, trudno mówić o nieistotności. Warto też zwrócić uwagę, że za nieistotne łatwiej będzie uznawać omyłki, które nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczenia, lecz świadczeń obocznych lub wręcz akcesoryjnych. W ocenie Odwołującego II ocena istotności omyłek, a tym samym ocena zakresu stosowania normy z art. 87 ust. 2 pkt 3, musi być także dokonywana z uwzględnieniem skali popełnionych omyłek. Suma wielu pojedynczo nieistotnych omyłek może powodować takie zmiany w treści oferty, że łącznie te nieistotne omyłki wprowadzą w treści oferty zmiany istotne. Tym samym nie będą mogły być poprawione.

W ocenie Odwołującego II w przypadku Konsorcjum Gülermak różnica w udzielonym okresie gwarancji jakości dla warstwy ścieralnej nawierzchni z betonu cementowego wynosi aż 5 lat i stanowi wykonanie nałożonego na wykonawcę obowiązku jedynie w 50 %. W tej sytuacji niemożliwością jest uznanie, że rozbieżność pomiędzy oczekiwaniami Zamawiającego a kwestionowaną ofertą ma charakter nieistotny.

Odwołujący II wskazał również, że poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji. Oświadczenie woli Konsorcjum Gülermak w zakresie okresu udzielanej gwarancji jakości zostało w wyniku poprawienia oferty wyraźnie zmienione poprzez wprowadzenie dłuższego aniżeli oferowany pierwotnie okresu gwarancji.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego II, waga zobowiązania w zakresie ustalenia okresu gwarancji jakości powinna być oceniana w kontekście znaczenia nawierzchni z betonu

cementowego dla całego przedmiotu Zamówienia. Ten rodzaj nawierzchni został przewidziany dla całej jezdni głównej, czyli w ciągu drogi ekspresowej S2. Technologia

nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych (czyli nawierzchnie bitumiczne) została przewidziana przez Zamawiającego jedynie na obiektach inżynierskich oraz pozostałych drogach określonych do wykonania w ramach przedmiotu Zamówienia. W związku z tym nie można uznać, że ewentualna omyłka dotyczy jakiegoś pobocznego czy akcesoryjnego świadczenia oferenta. W niniejszej sprawie przedmiot zamówienia objęty kwestionowaną gwarancją jakości jest podstawowym świadczeniem Konsorcjum Gülermak.

Odwołujący II podkreślił również, że okres gwarancji na warstwę ścieralną nawierzchni betonowej ma olbrzymie znacznie praktyczne dla realizacji całego przedmiotu zamówienia. Główną różnicą pomiędzy technologią nawierzchni betonowych i bitumicznych jest przewidywana trwałość konstrukcji, która w odniesieniu do nawierzchni z betonu cementowego jest ok. 2,5 - 3 razy większa aniżeli w technologii bitumicznej. Z doświadczenia Odwołującego II wynika, że ewentualne wady nawierzchni z betonu cementowego ujawniają się najczęściej w okresie od 5 do 10 lat po jej wykonaniu. Stąd należy uznać, że właśnie przewidywany okres trwałości i czas ujawnienia się wad nawierzchni przesądził o wymaganiach Zamawiającego sformułowanych w SIWZ w zakresie zobowiązania wykonawcy do udzielenia 5-letniego okresu gwarancji na warstwy ścieralne nawierzchni bitumicznych oraz 10-letniego okresu dla nawierzchni z betonu cementowego.

W konsekwencji zatem wykonawca oferujący 5-letni termin opisanej gwarancji mógł przyjąć minimalne koszty udzielanej gwarancji ponieważ przewidywane koszty usuwania usterek byłyby znikome. Ponadto jeżeli wykonawca przyjął założenie udzielenia tylko 5-letniej gwarancji w opisywanym zakresie, to mógł również przyjąć lżejszą konstrukcję nawierzchni i niższe koszty wykonania.

Zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący II wskazał, że Konsorcjum Gülermak nie zabezpieczyło oferty ważną gwarancją wadialną, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Stosownie do treści SIWZ, Tom I Instrukcja dla wykonawców wraz z formularzem (dalej jako „IDW"), Zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium dla Zadania B - w wysokości 17.000.000PLN. Zgodnie z pkt 9.4 IDW wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji powinno być złożone w oryginale i musi obejmować cały okres związania ofertą. Konsorcjum Gülermak w celu potwierdzenia wniesienia wadium załączyło do oferty dwie gwarancje przetargowe: wystawioną przez HSBC Bank Polska S.A. na kwotę 15.300.000 PLN z dnia 12 stycznia 2015 r. oraz wystawioną przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. na kwotę 1.700.000

PLN z dnia 13 stycznia 2015 r. Istotne jest, że druga z wymienionych gwarancji zawiera postanowienie, zgodnie z którym: Niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej Oferty.

W ocenie Odwołującego II z powyższego zapisu wywieść należy, że w przypadku zmiany treści oferty na skutek poprawienia przez Zamawiającego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ gwarancja przestaje obowiązywać. Stanowisko to wywieźć należy wprost z wykładni językowej oświadczenia woli gwaranta. Skoro bowiem, zgodnie ze znaczeniem słowa „pierwotny" podawanym przez Słownik języka Polskiego wydawnictwa PWN, zwrot ten oznacza „taki, jaki był przed zmianami" (http://sjp.pwn.pl/szukaj/pierwotna.html), to oferty zmienionej nie można uznać za pierwotną ofertę.
Jednocześnie Odwołujący II wskazał, że w treści przedmiotowej gwarancji Banku Polska Kasa Opieki S.A. wskazano, iż była ona ważna od dnia 15 stycznia 2015 roku do dnia 15 kwietnia 2015 roku. Konsorcjum Gülermak pismem z dnia 14 kwietnia 2015 roku przedłożyło Zamawiającemu aneks do przedmiotowej gwarancji bankowej przedłużający jej termin ważności do dnia 15 czerwca 2015 r. jednakże nie zmieniając postanowienia dotyczącego

ważności gwarancji tylko w stosunku do oferty pierwotnej. Opisana gwarancja przetargowa została przyjęta przez Zamawiającego jako prawidłowa.

W ocenie Odwołującego II przedmiotowa gwarancja Banku Polska Kasa Opieki S.A. z dnia 13 stycznia 2015 r. przestała wiązać gwaranta wraz z dokonaną przez Zamawiającego, za zgodą Konsorcjum Gülermak, zmianą oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Zmiana oferty w zakresie okresów gwarancji jakości została niesłusznie całkowicie pominięta przez Zamawiającego przy ocenie wniesienia wadium przez wykonawcę. Zamawiający winien był uznać, iż zastrzeżenie, o którym mowa w treści gwarancji, odniosło skutek w postaci nieważności gwarancji wadialnej w stosunku do innej wersji oferty aniżeli pierwotna oferta, czyli w stosunku do ostatecznej oferty Konsorcjum Gülermak (czyli tej po dokonaniu zmiany przez Zamawiającego). Powyższe stanowi realizację przepisu art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia Konsorcjum Gülermak z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący II wskazał, że w przedmiotowym stanie faktycznym uległ zmianie zarówno zakres, jak i terminy obowiązywania gwarancji jakości. Tym samym zmianie uległa merytoryczna treść oferty Konsorcjum Gülermak, a w związku z powyższym gwarancja Banku Polska Kasa Opieki S.A. z dnia 13 stycznia 2015 r. przestała wiązać gwaranta, który

nie jest zobowiązany do wypłaty świadczenia w razie spełnienia się przesłanek ustawowych zatrzymania wadium.

Również z samego brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wynika, iż w razie dokonania przez zamawiającego poprawy omyłek, innych niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, dochodzi do zmiany oferty. O Ile w przypadku omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp można twierdzić, iż poprawa ta nie dotyczy treści oferty „sensu stricto" ze względu na oczywisty charakter omyłek, o tyle w przypadku omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp o doniosłości dokonywanych zmian świadczy fakt, iż do skutecznej poprawy tych omyłek nie jest wystarczające jednostronne działanie Zamawiającego, jak w przypadku omyłek oczywistych, lecz na przedmiotowe zmiany wykonawca musi wyrazić zgodę.

Odwołujący II wskazał, że wadium pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doniosłą rolę - stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Z uwagi na powyższe kwestia oceny skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywania rygorystycznie, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań. Nie wolno także pomijać okoliczności, że z uwagi na fakt, iż wadium nie stanowi ani treści oferty wykonawcy, ani dokumentu, o którym mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), zamawiający jest pozbawiony zarówno możliwości wyjaśniania treści tego dokumentu, czy to w oparciu o przepis art. 26 ust. 4, czy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak i wzywania o jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, i wreszcie poprawiania w nim jakichkolwiek omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Należy zatem przychylić się do stanowiska, że w praktyce z samego dokumentu składanego w charakterze wadium musi jasno wynikać możliwość zrealizowania celu, jakiemu służy złożenie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a który zdefiniowany został powyżej (wyrok KIO z dnia 11 marca 2005 r., KIO 368/15, Legalis nr 1214026). Ponadto Odwołujący II wskazał, że brak jest możliwości zastosowania instytucji wyjaśnienia wadium na zasadzie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wniesione wadium nie stanowi treści złożonej oferty, lecz jest zabezpieczeniem oferty. Nierespektowanie przez odwołującego warunków SIWZ w zakresie składanego wadium, postawionych w stosunku do wszystkich wykonawców, jest równoznaczne z brakiem złożenia wadium w wyznaczonym terminie, którego następstwem jest obowiązek zastosowania przez Zamawiającego przepisu

art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy wykluczenie Konsorcjum Gülermak i w konsekwencji odrzucenie jego oferty uznać należy za konieczne i uzasadnione.

Sygn. akt: KIO 1191/15

W dniu 3 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum firm: BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (Lider) oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., Hryniewicze 75/1, 16-061 Juchnowiec Kościelny (dalej „Odwołujący **III")** zarzucając Zamawiającemu w zakresie zadania C naruszenie:

1. Art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK") oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Warbud S.A. (dalej „Warbud") i Bilfinger Infrastructure S.A. (dalej „Bilfinger") jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wyjaśnień dodatkowych, i niezasadne utajnienie tych dokumentów w całości, a w konsekwencji niezasadne utajnienie w całości wezwań Zamawiającego do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz protokołów z oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny i treści ofert;
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Warbud i Bilfinger z uwagi na niepodlegającą poprawie niezgodność treści oferty z SIWZ i rażąco niski charakter ceny zaoferowanej przez tych wykonawców;
3. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Warbud i Bilfinger wobec tego, że z samej treści wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wynika, że cena ofertowa jest rażąco niska; Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez tych Wykonawców, mimo że Warbud i Bilfinger nie obalili domniemania, że cena ofert tych Wykonawców jest rażąco niska;
4. ewentualnie, na wypadek przyjęcia, iż wyjaśnienia Warbud i Bilfinger odpowiadają na pytania Zamawiającego zawarte w skierowanych do Wykonawców wezwaniach do złożenia wyjaśnień - naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez wadliwe wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny;
5. Art. 7 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący III wniósł o: (i) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warbud; (ii) odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Warbud i Bilfinger w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, w tym wyjaśnień dodatkowych, i tym samym poprzedzających je wezwań Zamawiającego do dodatkowych wyjaśnień oraz protokołów z oceny wyjaśnień ceny i treści ofert, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Warbud i Bilfinger oraz w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego; ewentualnie; (iii) ponowne wezwanie Warbud i Bilfinger do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień, w tym wyjaśnień dodatkowych złożonych przez Warbud i Biifinger w trybie art. 90 ust 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp oraz wezwań Zamawiającego do dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący III wskazał, że pismami z dnia 29 stycznia 2015 r. Zamawiający wezwał Warbud i Bilfinger do złożenia, w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnień odnośnie treści złożonych ofert oraz elementów ofert mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w celu ustalenia, czy ofert te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferty te uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Warbud i Bilfinger wyjaśnienia ceny złożyli pismami z dnia 29 lutego 2015 r., zastrzegając w całości treść tych pism jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający dalszymi pismami z dnia 7 kwietnia 2015 r. i później (kierowano dwukrotnie wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień) zażądał od tych wykonawców wyjaśnień dodatkowych, otrzymał je kolejno w dniu

17 kwietnia 2015 r. oraz następnie 5 maja 2015r. Zarówno dodatkowe wezwania Zamawiającego jak i odpowiedzi Wykonawców na nie w całości zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na pismo Odwołującego III w dniu 28 maja 2015 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu III jedynie oświadczenie wykonawców o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w piśmie tym wprost wskazał, że „wprawdzie to na przedsiębiorcy ciężar dana jest tajemnicą ciąży udowodnienia, że informacja przedsiębiorstwa, ale Zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania wyjaśnień przedsiębiorcy w tym zakresie".

W ocenie Odwołującego III powyższe oświadczenie Zamawiającego dowodzi, że dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych na wstępie, w szczególności Zamawiający zaniechał zbadania, jakie informacje winny zostać zgodnie z prawem objęte tajemnicą

przedsiębiorstwa, a jakie podlegają ujawnieniu. W szczególności ani Warbud ani Bilfinger nie wykazali w pismach z dnia 9 lutego 2015 r. (udostępnionych Odwołującemu III w dniu 28 maja 2015 r.), dlaczego informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i treści oferty miałyby być w całości uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy, poza zasygnalizowaniem kilku okoliczności faktycznych, które, ich zdaniem, uzasadniały możliwość zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie załączyli do pism z dnia 9 lutego 2015r. żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzać przykładowo fakt, że zastrzegane przez Wykonawców informacje mają dla nich wartość gospodarczą. Pisma te zostały ocenione przez Zamawiającego jako zawierające wystarczające uzasadnienie dla uznania, iż Warbud i Bilfinger w sposób zgodny z prawem zastrzegli wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i treści oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Świadczy o tym fakt, iż w odpowiedzi na prośbę Odwołującego III o udostępnienie wyjaśnień wykonawców, Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2015 r. odmówił ich przekazania Odwołującemu, uznając, że zastrzeżenie dokonane przez Warbud i Bilfinger jest zasadne.

Odwołujący III wskazał, że stosownie do art. 11 ust. 4 UZNK 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. Tym samym określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: (i) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą; (ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., sygn. akt: I CKN 1159/00).

Skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę w toku ubiegania się o zamówienie publiczne danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania - jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Stąd też oczywiste jest, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (zob. uchwała SN z 21 października 2005 r.. III CZP 74/05). W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone, w szczególności w świetle oświadczenia Zamawiającego, „iż nie jest uprawniony do kwestionowania wyjaśnień przedsiębiorcy w tym zakresie".

W ocenie Odwołującego III nie sposób przyjąć 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 III wskazał, że obaj wykonawcy poprzestali w tym zakresie 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.

Odwołujący III wskazał również, że podjęte przez obu wykonawców środki mające na celu zachowanie poufności nie są wystarczające. Warto w tym miejscu odwołać się do wyroku KIO z dnia 11 sierpnia 2014r., sygn. akt: KIO 1535/14, w którym Izba, oceniając możliwość objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nazw podmiotów, z którymi wykonawca nawiązał współpracę, a które na etapie realizacji umowy miały wystąpić w charakterze podwykonawcy, wskazała: „W ocenie Izby Przystępujący nie udowodnił, że obawa przed „podkupieniem" podmiotów, z którymi nawiązał współpracę, jest uzasadniona. Nie wykazał przede wszystkim, że zabezpieczył się przed możliwością wystąpienia takiej sytuacji. Skoro bowiem współpraca z określonymi podmiotami i wyłączność tej współpracy ma dla Przystępującego wartość gospodarczą, to ta wartość powinna być chroniona, np. odpowiednimi postanowieniami umów, zawartych przez Przystępującego z podmiotami, z którymi nawiązał współpracę. Tymczasem, z twierdzeń Przystępującego oraz przedstawionych przez niego dokumentów wynika, ze z podmiotami, z którymi współpracuje Przystępujący, zawarł wyłącznie umowy o zachowaniu poufności. Jeżeli Przystępujący zawarł tylko umowy o poufności, to nawet jeżeli fakt współpracy nie zostanie ujawniony, to fakt współpracy, mający dla Przystępującego wartość gospodarczą, pozostaje bez ochrony (...) ustawa Pzp przewiduje jako formę współpracy z wykonawcą podwykonawstwo oraz korzystanie przy realizacji zamówienia z potencjału podmiotu trzeciego. Okolicznością naturalną jest współpraca podmiotów przy realizacji zamówienia. To, te wykonawca będzie realizował zamówienie przy udziale podwykonawców czy podmiotów trzecich, jest naturalnym, przewidzianym przez ustawę zjawiskiem. Nie to jest to okoliczność nadzwyczajna. Sam fakt udziału podmiotów trzecich przy wykonywaniu zamówienia sam w sobie nie oznacza, ze wykonawca korzystający z takich podmiotów ma szczególną pozycję konkurencyjną wobec pozostałych wykonawców. Nie jest więc niczym nadzwyczajnym i nie świadczy o przewadze konkurencyjnej współpracy Przystępującego z określonymi podmiotami na rynku, które posiadają doświadczenie".

W ocenie Odwołującego III nieuprawnionym jest przy tym automatyczne zakładanie, że informacje składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp mają w każdym przypadku wartość

gospodarczą, a ich ujawnienie może godzić w interes wykonawcy. Na marginesie trzeba zresztą wskazać, że względem informacji, które posiadałyby wartość gospodarczą, wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić (zob. wyrok KIO z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1529/13). Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. W przekonaniu Izby, doniosłym jest również to, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarcza należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (zob. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015r., sygn. akt: KIO 2784/14).

Odwołujący III wskazał, że obaj wykonawcy wskazują, że tajemnicą przedsiębiorstwa są dla nich dane o podwykonawcach i dostawcach, gdy jednocześnie nie udowadniają, że podjęto odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje te zachować w poufności. Nadto informacje te obaj wykonawcy traktują jako poufne w sytuacji, gdy współpraca z podwykonawcami nie jest informacją mającą wartość gospodarczą, skoro w zasadzie każdy podmiot składający ofertę w niniejszym postępowaniu zakładał udział podwykonawców na

etapie realizacji zamówienia. Jedynie pewne elementy ustaleń odnoszących się do zasad współpracy między wykonawcami a podwykonawcami mogłyby mieć - potencjalnie - walor tajemnicy przedsiębiorstwa, niemniej i w tym zakresie należałoby wpierw wykazać, że strony faktycznie jako tajemnicę informacje te traktują.

Kolejno wskazać należy, iż w cytowanym powyżej wyroku Izba trafnie spostrzegła, iż możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach Pzp. Izba zwróciła przy tym uwagę, że możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco albowiem zasada jawności postępowania jest zasada nadrzędna i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby

prowadziło to do jej ograniczenia. Jak słusznie podniosła Izba, ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach Pzp spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał, oraz na Zamawiającym - w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których jawność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego III powyższe nabiera szczególnego znaczenia w świetle niektórych stawianych przez Zamawiającego pytań do Warbud i Bilfinger (żądania wyjaśnień skierowane do obu wykonawców w dniu 29 stycznia 2015r. są w swej treści identyczne, dodatkowe żądania wyjaśnień zostało przez Zamawiającego utajnione). Zamawiający bowiem pytał, czy wykonawca uwzględnił w ofercie „to i to" (np. pytanie nr 13, 14, 15, 34, 51). Odpowiedź na tak zadanie pytanie uznać za objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Podobnie nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiedzi na pytania, które muszą wprost odwoływać się do konkretnych oczekiwań Zamawiającego opisanych w SIWZ (np. pytanie nr 22, 25, 26, 44, 58). Wreszcie, SIWZ nie pozwala wykonawcom na zastosowanie wielu rozwiązań innowacyjnych, a Zamawiający wprost pytał wykonawców (vide: pytanie nr 56 do pkt C Wykaz płatności), jakie rozwiązania innowacyjne uwzględnili w swojej ofercie. Oznacza to, że poza rozwiązaniami wskazywanymi w odpowiedzi na to pytanie, pozostałe założenia projektowe czy roboty będą miały charakter powszechnie stosowanych w branży i jako takie nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Dążenie do utajnienia tych informacji wypływać może jedynie z chęci ukrycia, że zamierza się wykonać kontrakt niezgodnie z wymaganiami, bo tylko w taki sposób można w tak znacznym stopniu obniżyć cenę (o czym będzie mowa dalej poniżej).

W ocenie Odwołującego III w niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, by zarówno Warbud jak Bilfinger w sposób odpowiedni wykazali, że całość zastrzeganych przez nich informacji ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Konkludując, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że zastrzeżenie dokonane przez Warbud i Bilfinger jest zasadne, tym samym winien je odtajnić w całości.

Zarzut złożenia przez Warbud i Bilfinger ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zarzut złożenia przez Warbud i Bilfinger wyjaśnień wskazujących, że *cena zaoferowana przez Warbud i Bilfinger ma charakter rażąco niskiej i* że *oferty Warbud i Bilfinger są niezgodne z treścią SIWZ.*

W ocenie Odwołującego III cena zaoferowana przez Warbud i Bilfinger ma charakter rażąco niski, a co za tym idzie oferty tych wykonawców winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Tak niska cena, jak zaoferowana przez obu wykonawców, nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi tym wykonawcom na wykonanie zamówienia, bez strat finansowych.

Odwołujący III wskazał, że Zamawiający słusznie powziął wątpliwość co do realności ceny Warbud i Bilfinger, żądając od obu wykonawców wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający w pismach z dnia 29 stycznia 2015 r., skierowanych do

Wykonawców (identycznych w swej treści) podkreślił, że „procentowy poziom odniesienia ofert do wartości szacunkowej zamówienia daje Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, iż oferta mogła zostać przez Państwo nienależycie skalkulowana lub zaniżona poniżej kosztów wytworzenia tego zamówienia. Przyjmując także, jako dodatkowy punkt odniesienia do oceny cen złożonych ofert, kalkulację Zamawiającego uwzględniającą dynamiczną zmianę cen istotnych czynników cenotwórczych ofert oraz możliwości zaoferowania różnych rozwiązań technicznych, zgodnie z którą cena oferty budzi wątpliwości co jej realności. W ocenie Odwołującego III nie sposób obiektywnie przyjąć, aby w tej sytuacji rynkowej zarówno Warbud jak i Bilfinger mogli zaoferować zgodnie z prawem cenę ofertową na poziomie niższym o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego i ceny ofertowej Odwołującego III nie budzącej wątpliwości co do jej realności.

Wezwanie, jakie zostało skierowane do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp w dniu 29 stycznia 2015r., było bardzo szczegółowe. Zamawiający nie tylko uzasadnił, dlaczego po jego stronie zaistniało podejrzenie, że cena zaoferowana przez tych wykonawców może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale i wskazał elementy wymagające w szczególności wyjaśnienia. Nadto, zadał wykonawcy kilkadziesiąt dodatkowych pytań w zakresie sposobu ujęcia pewnych kosztów i ryzyka na etapie wyceny oferty. W wezwaniu Zamawiający podkreślił, że wykonawcy miał wykazać, jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla Wykonawcy przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty? Zamawiający prosił także o:

- „podanie konkretnych założeń i kalkulacji wraz z uzasadnieniem oraz dowodami na poparcie wyliczeń kosztów, jakie wykonawca wycenił w ofercie;
- przedstawienie sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych wedle oceny Wykonawcy, mając na uwadze zaangażowanie osobowe, rzeczowe i sprzętowe,

finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku;
- podanie, czy Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie zastosowanie rozwiązań innowacyjnych; jeżeli tak, to jakich?

Wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Warbud i Bilfinger zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący III nie ma wiedzy odnośnie tego, w jaki sposób została przygotowana przez wykonawców odpowiedź na wezwanie z dnia 29 stycznia 2015r. i wezwanie dodatkowe z dnia 7 kwietnia 2015r. Niemniej, mając na uwadze praktykę, z jaką Odwołujący III spotyka się w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący III wskazuje, że wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe. Odpowiadając na tego typu wezwania, wykonawcy poprzestają niekiedy na przedstawieniu kilku ogólnych zapewnień, że w ofercie wycenili wszelkie podane przez Zamawiającego roboty i ryzyko, uzupełniając tego typu deklaracje, czy to własną kalkulacją pozycji kosztorysu, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, czy to ofertami podwykonawców. Tego typu wyjaśnień nie można uznać za wystarczające. Odnośnie przedstawienia przez wykonawców kalkulacji szczegółowych wskazać należy, że w zasadzie każdą wartość podaną w ofercie, w tym Wykazie płatności - Tabeli wartości elementów zryczałtowanych w tym postępowaniu, można rozbić na pozycje cząstkowe, co nie jest równoznaczne z tym, że wykazało się rynkowy charakter ceny poddawanej takiemu rozbiciu. Dopiero połączenie rozbicia analizowanej ceny z dowodami wskazującymi na „realność" przyjętych cen cząstkowych (np. 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.

Ponadto Odwołujący III wskazał, że w przypadku Warbudu i Bilfinger nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko tym wykonawcom, które miałby pozwolić im 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 tak skomplikowanego przedsięwzięcia. Nadto, w zasadzie wszyscy ci wykonawcy należą do międzynarodowych koncernów, które wykonują roboty budowlane na całym świecie, a co za tym idzie korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp.

Z powyższych względów, w ocenie Odwołującego III, wyjaśnienia Warbud i Bilfinger nie zawierają elementów, które pozwoliłby przyjąć, że wykonawcy ci rzeczywiście za zaoferowaną cenę są w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat po swojej stronie, że ta cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem, rozmiarami, koniecznym do jego wykonania nakładem pracy i materiałów etc.

Odwołujący III wskazał, że co prawda wiele pytań Zamawiającego skierowanych do Warbud i Bilfinger w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp było typu „czy wykonawca uwzględnił w ofercie następujące wymagania PFU", gdzie odpowiedź wydaje się być oczywista. Nawet gdyby przyjąć zasadę, jakie pytania, taka odpowiedź" nie sposób zwalniać wykonawców od obowiązku szczegółowego wyjaśnienia ceny, tym bardziej gdy Zamawiający wprost - w uzupełnieniu tak postawionych pytań - żądał w wezwaniu do wyjaśnień (in fine), aby do wyjaśnień załączyć kalkulacje wraz z uzasadnieniem i dowodami, a więc także w zakresie opisanych powyżej zamkniętych pytań Zamawiającego. Jak słusznie stwierdza Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy w wyroku z dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt IX Ca 39/15 „ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy składającym ofertę. a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać " wykonawcy, dlaczego uważa cenę za rażąco niską.

W ocenie Odwołującego III w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego wykonawcy winni w celu wykazania realności ceny przedstawić:

- w pierwszej kolejności - wykaz robót z ich ilością i cenami jednostkowymi, w tym wielkość obiektów mostowych wraz z dowodami;
- przyjęte w ofercie rozwiązania innowacyjne i związane z tym oszczędności wraz z dowodami. Oferta Budimex także zawiera tego rodzaju rozwiązania, mimo to oferta Budimex jest droższa. Cena oferty bez optymalizacji, innowacyjnych (= oszczędnych) rozwiązań winna kształtować się na poziomie brutto 916 min. zł, w szczególności:
- w jakiej technologii Wykonawca planuje wykonać konstrukcję wanny szczelnej WS-05-09?
- czy Wykonawca przyjmował do wyceny konieczność obniżenia źwierciadła wody gruntowej przy budowie wanny szczelnej, obiekt WS-05-09?
- czy Wykonawca przewiduje, że w wyniku odwodnienia wykopu w rejonie obiektu WS-05- 09 powstanie lej depresji sięgający poza linie rozgraniczające?
- czy przyjęta przez Wykonawcę technologia wykonania wanny szczelnej, obiekt WS-05-09 wymaga czasowego bądź trwałego obniżenia zwierciadła wód gruntowych i w jakim obszarze?

- jaki koszt odprowadzenia wody z odwodnienia dołów budowlanych przy budowie WS-05- 09 przyjął Wykonawca do złożonej oferty? Czy koszt ten zawiera koszt uzgodnień z gestorami sieci kanalizacyjnych ? Czy Wykonawca ujął w wycenie potrzebę uzgodnienia zrzutu wody z odwodnienia dołów budowlanych z odpowiednimi gestorami sieci?
- czy Wykonawca uwzględnił ryzyko negatywnego wpływu odwodnienia dołów budowlanych na sąsiadujące tereny zabudowane oraz tereny cenne przyrodniczo?
- czy Wykonawca uwzględnił maksymalną ochronę powierzchni ziemi, stosunków wodnych w rejonie Mazowieckiego Parku Krajobrazowego, w szczególności w rejonie budowy estakad? Jakie działania Wykonawca w tym zakresie przewidział?
- jakie ustroje nośne, przekroje ruchowe, ile pasów ruchu, pasy awaryjne, pasy włączeń/wyłączeń, opaski, jezdnie rozprowadzające i jakie ich szerokości, przyjął Wykonawca na każdym z obiektów: WG-06-01, WG-06-02, WG-06-03, WG-06-04, WS-05- 09?

- czy długości obiektów WG-06-01, WG-06-02, WG-06-03 oraz położenie podpór skrajnych uwzględniają potrzebę przeprowadzenia ciągów drogowych nad projektowanym rezerwatem Biały Ług?
  w jaki sposób Wykonawca zapewnił maksymalną ochronę powierzchni ziemi, • rezerwatu Biały Ług znajdującego się pod Estakadami WG-06-01, WG-06-02, WG-06-03 w trakcie prowadzenia robót?
  w jakim kilometrażu i o jakich parametrach Wykonawca przewidział przejście dla • zwierząt pod estakadami WG-06-01, WG-06-02, WG-06-03?
  czy Wykonawca lokalizuje podpory tymczasowe obiektów WG-06-01, WG-06-02, • WG-06- 03, WG-06-04 na terenie Mazowieckiego Parku Krajobrazowego, projektowanego rezerwatu Biały Ług?
  czy Wykonawca wprowadził optymalizacje (np. skrócenie estakad WG-06-01, WG- • 06-02, WG-06-03, wprowadzenie nasypów na tereny projektowanego rezerwatu Biały Ług), które mogą powodować zmianę argumentacji organu, przedstawionych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach inwestycji, w stosunku do wniosków złożonych w związku z udziałem społeczeństwa (art. 56 ust. 8 Poś)? Czy Wykonawca uwzględnił ryzyko, że założone optymalizacje czynią zasadnymi postulaty składane na etapie konsultacji społecznych zgodnie ze stanowiskiem organu RDOŚ lp.2.7. i bierze pod uwagę budowę estakady w rejonie projektowanego rezerwatu „Biały Ług”?
- czy Wykonawca uwzględnił wymóg, że wszystkie elementy z betonu monolitycznego mają być wykonane w standardzie betonu architektonicznego?

  Jak Wykonawca uwzględnił w ofercie brak możliwości naprawy elementów z betonu • architektonicznego tradycyjnymi metodami np. przez szpachlowanie?
- czy Wykonawca założył do oferty wykorzystanie na węźle Patriotów pasów ruchu zlokalizowanych na drogach zbiorczo-rozprowadzających jako jednego z pasów kierunku głównego drogi ekspresowej?
  jakie wykończenie elewacji ścian obudowy wanny szczelnej WS-05-09 przyjął • Wykonawca?
  w jaki sposób (jakiej technologii) Wykonawca przewiduje wykonanie przepony • odcinającej napływ wody z dna wykopu w rejonie wanny szczelnej WS-05-09.
- koszt pozyskania cudzego potencjału wraz z dowodami - w szczególności kwestia ta dotyczy Warbudu, który oparł się na potencjale kadrowym Mota - Engil Central Europę S.A., wykonawcy ubiegającym o Zadanie B.

Odwołujący III podkreślił, że to wykonawcy mają wykazać, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwia należytą realizację zamówienia. Wyjaśnienia służą uzyskaniu dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność zaoferowanej ceny.
Wykonawcy mają więc obowiązek udzielić wyjaśnień w wyższym stopniu szczegółowości niż informacje objęte ofertą. Wykonawcy mogą to uczynić odpowiadając w wyczerpujący sposób na pytania Zamawiającego bądź w inny wybrany przez siebie sposób. Pytanie więc, czy Warbud i Bilfinger to uczynili? W ocenie Odwołującego III, bez wątpienia nie.

W ocenie Odwołującego III nie istnieją bowiem po stronie tych wykonawców nadzwyczajne okoliczności, które nie są dostępne Odwołującemu III, a które pozwoliłyby im tak drastycznie obniżyć cenę w stosunku do ceny Odwołującego III i wartości szacunkowej zamówienia. Zdaniem Odwołującego III, w wyjaśnieniach Warbud i Bilfinger nie podano konkretnych przykładów istnienia pod ich stronie obiektywnie właściwych i wyjątkowych tylko dla tych wykonawców 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 PZP W ogóle nie zostały złożone. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie poprawności dokonanej przez wykonawców kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę, zgodnie z SIWZ, że uwzględnił wszystkie wymagania SIWZ w cenie ofertowej. Tym

samym wykonawcy nie mogą oprzeć swojego twierdzenie, iż wyjaśnienia wykazały realność

zaoferowanych cen, na tym, iż Wykonawcy odpowiedzieli twierdząco na wszystkie pytania zamknięte Zamawiającego zawarte w pismach z dnia 29 stycznia 2015r. typu „czy wykonawca uwzględnił w ofercie.

W ocenie Odwołującego III, wyjaśnienia Warbud i Bilfinger sprowadzają się do ogólników, brak jest w tych w wyjaśnieniach informacji o możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Wbrew przepisom Pzp Warbud i Bilfinger, składając wyjaśnienia ceny, nie wskazali, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, w jakim stopniu dzięki wskazanym w wyjaśnieniach czynnikom (o ile takie w ogóle wskazano) cena została obniżona. Tym samym wyjaśnienia Warbud i Bilfinger poczytać można jedynie za zapewnienie co do zgodności oferty z treścią SIWZ, nie zaś za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący III podkreślił, że Bilfinger złożył w tym postępowaniu w dniu 6 listopada 2014r, odwołanie na SIWZ, uznając, iż SIWZ zawiera zbyt duże wątpliwości, które uniemożliwiają skalkulowanie ceny ofertowej, że Zamawiający uchyla się od odpowiedzi na pytania do SIWZ dot, zakresu robót. Wyrokiem KIO sygn. akt KIO 2323/14 odwołanie Bilfinger oddaliło. Powstaje więc w tym miejscu pytanie, jak owe wątpliwości Bilfinger ujął w ofercie, jak się to przełożyło na cenę ofertową, jak i czy w ogóle Bilfinger wycenił ryzyka, na które wskazywał, kwestionując niejasne, zbyt ogólnikowe, jego zdaniem, zapisy SIWZ?

W ocenie Odwołującego III z wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wiążą się określone konsekwencje prawne - powstanie domniemania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Domniemanie to ma charakter wzruszalny - może zostać obalone przez wyjaśnienia Wykonawców. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. Warbud i Bilfinger treścią swych wyjaśnień bez wątpienia domniemania tego nie obalili.

Co do ciężaru dowodu, Odwołujący III wskazał, że w wyniku zastrzeżenia wyjaśnień ceny przez Warbud i Bilfinger jako tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący III zostaje w zasadzie pozbawiony możliwości przedstawiania dowodów (a nawet samego zgłoszenia okoliczności faktycznych), odnoszących się do poszczególnych elementów tychże wyjaśnień. W wyroku KIO z dnia 3 stycznia 2014r. (sygn. akt KIO 2875/13) podkreślano, iż stosownie do reguły dotyczącej rozkładu ciężaru dowodu wyrażonej w art. 190 ust. 1 PZP, w ślad za art. 6 k.c., jeżeli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy i nie odrzuca oferty z powodu rażąco niskiej ceny, ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia. Jak słusznie w wyroku tym zauważyła Izba, powyższy pogląd nie może znaleźć pełnego zastosowania w sytuacji, gdy elementy oferty istotne z punktu

widzenia obliczenia ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby: „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). 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 nakładałaby 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), w którym słusznie zwróciła uwagę, iż nie można pominąć, że - jeśli wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę zostaną zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa - odwołujący byłby obarczony

ciężarem dowodu w odniesieniu do okoliczności, które nie są mu znane. Odwołujący powołał się również na orzeczenie KIO sygn. akt KIO 716/13, publ. Lexis.pl nr 6678186 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie IX Wydz. Cyw. Odwoławczy (wyrok z dnia 13 marca 2015r., sygn. akt IX Ca 39/15).

Sygn. akt: KIO 1199/15

W dniu 5 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum w składzie: Salini Polska sp. z o.o. – Lider, z siedzibą w Warszawie, Salini Impregilo S.p.A. – Partner Via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan, Włochy, Todini Costruzioni Generali S.p.A. – Partner Via della Dataria 22, 00187 Rzym, Włochy oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylamia SA – Partner, Kobylarnia 8, 86-061 Brzoza (dalej „Odwołujący **IV'')** zarzucając Zamawiającemu dokonanie:

- nieprawidłowej ocenie ofert złożonych przez Astaldi, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum IDS – BUD S.A. oraz Korporacja „Altis – Holding" z siedzibą w Kijowie (dalej „Konsorcjum **IDS"** lub „Odwołujący **I''),** które jako niezgodne ze SIWZ powinny podlegać odrzuceniu;

- zastrzeżeniu wyjaśnień złożonych przez Astaldi oraz Konsorcjum IDS w całości, pomimo że nie zachodziły przesłanki do utajnienia tych dokumentów;
- wyborze oferty Astaldi jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego IV jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący IV zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Astaldi, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum IDS, pomimo iż każda z nich zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. Art. 90 ust. 1 oraz 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Astaldi, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum IDS, prowadzącą do uznania, że oferty złożone przez tych wykonawców nie zawierają rażąco niskiej ceny;
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Astaldi, Konsorcjum PORR oraz oferty Konsorcjum IDS, pomimo iż ich treść nie odpowiada treści SIWZ;
4. Art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. UZNK oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust.1 Pzp i niezasadne utajnienie tego dokumentu w całości przez Astaldi oraz Konsorcjum IDS oraz zaniechanie ich odtajnienia, pomimo iż informacje te lub ich część nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK;
5. Art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Astaldi, gdy tymczasem, przy poprawnej ocenie ofert oraz wyjaśnień złożonych przez Astaldi, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum IDS, powinny one zostać odrzucone oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego IV;
6. Art. 7 ust. 1 oraz 2 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W związku z powyższym zarzutami Odwołujący IV wniósł o: (i) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Astaldi; (ii) odtajnienie zastrzeżonych wyjaśnień złożonych przez Astaldi oraz Konsorcjum IDS w zakresie rażąco niskiej ceny; (iii) dokonanie czynności ponownego badania i oceny oferty oraz wyboru ofert, w tym nakazanie odrzucenia ofert złożonych przez Astaldi, Konsorcjum PORR, Konsorcjum IDS oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego IV jako

najkorzystniejszej w postępowaniu; (iv) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z

dokumentów dołączonych do odwołania (na okoliczności wskazane w odwołaniu); (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego IV kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Bezpodstawne zastrzeżenie wyjaśnień Astaldi oraz Konsorcjum IDS jako tajemnicę przedsiębiorstwa

Odwołujący IV wskazał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z fundamentalnych reguł wynikających z przepisów Pzp, które wywodzą ją z kolei z treści art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (przepis ten wskazuje na obowiązek przestrzegania zasady przejrzystości). Emanacją zasady przejrzystości jest udostępnienie wykonawcom w maksymalnym stopniu wiedzy i informacji o toczącym się postępowaniu, co stanowi mechanizm umożliwiający im weryfikację prawidłowości działań zamawiającego. Odpowiedzialność za sprostanie tym wymogom spoczywa na zamawiającym. Wszelkie wyjątki od tej reguły winny być interpretowane ściśle i nie jest dopuszczalna ich interpretacja rozszerzająca.

W ocenie Odwołującego IV z orzecznictwa Izby wynika, że z uwagi na fakt, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, zamawiający nie może bezkrytycznie tego akceptować, lecz powinien nie tylko żądać od wykonawcy wykazania, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki, o których mowa w treści art. 11 ust. 4 UZNK, ale i poddać wyjaśnienia wykonawcy wnikliwej analizie. Nie powinno więc budzić wątpliwości, że ograniczenie nadrzędnej zasady jawności poprzez zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy i w żadnym wypadku nie może być interpretowane rozszerzająco. Dlatego więc zamawiający mają obowiązek przeprowadzenia szczegółowej weryfikacji dopuszczalności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji. Obowiązek ten potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 października 2005 r. Tymczasem, w ocenie Odwołującego IV, analiza pism wykonawców Alstaldi, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum IDS pozwala stwierdzić, iż Zamawiający nie zweryfikował przedłożonej przez wykonawców argumentacji w zakresie zastrzeżenia przekazanych wiadomości jako tajemnicy przedsiębiorstwa, względnie przeprowadził jedynie pobieżną weryfikację. Jak zostanie bowiem udowodnione poniżej wykonawcy ci nie wykazali zaistnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w treści art. 11 ust. 4 UZNK, a

merytoryczna analiza prowadzi do wniosku, iż brak jest w wyjaśnieniach wykonawców okoliczności przemawiających za tak dalekim ograniczenie zasady jawności. Tym samym słuszny jest wniosek o niewywiązaniu się przez Zamawiającego z ciążących na nim obowiązków i, poprzez pozorną jedynie analizę wyjaśnień przekazanych przez wykonawców, naruszeniu przepisów art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK.

Odwołujący IV wskazał, że zgodnie z zawartą w art. 11 ust. 4 UZNK definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, aby dana informacja mogła zostać uznana za takową łącznie spełnione muszą zostać następujące warunki: (i) ma ona charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą; (ii) informacja nie została ujawniona do publicznej wiadomości; (iii) podjęto względem niej działania zmierzające do zachowania jej poufności.

Wykonawcy, których oferty kwestionuje Odwołujący IV zastrzegli odpowiedzi na wszystkie szczegółowe pytania zadane przez Zamawiającego (z wyjątkiem Konsorcjum PORR). Taką praktykę uznać należy za niedopuszczalną i wypaczającą ideę tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątku od nadrzędnej reguły jawności postępowania. Odwołujący IV wskazał, że wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny skierowane do wykonawców zawierały bardzo szczegółowe pytania odnoszące się w głównej mierze do etapu wykonywania zamówienia, w tym realizacji umowy i kwestii związanych przebiegiem planowanych prac. Tym samym automatyczne przyjęcie, iż wszystkie zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uznać należy za nadużycie.

W ocenie Odwołującego IV zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Astaldi oraz Konsorcjum IDS to chęć nieujawniania informacji na temat łączących tych wykonawców relacji z podwykonawcami i innymi kontrahentami (nazwy, szczegóły umów, upusty). Odwołujący IV podkreślił, iż tego typu informacje w żadnym wypadku nie są niezbędne do zweryfikowania nadrzędnego celu, jaki przyświeca uruchomionej przez Zamawiającego procedurze, tj. ustaleniu czy zaoferowana przez nich cena jest realna i gwarantuje wykonanie zamówienia. Tym samym nic nie stoi na przeszkodzie, aby tego typu wrażliwe informacje zostały zanonimizowane, a wyjaśnienia w pozostałym zakresie odtajnione. Jak wynika bowiem z ugruntowanego orzecznictwa Izby informacje takie (tj. niezawierające szczegółów na temat innych ofert czy kontrahentów) nie posiadają wartości gospodarczej. Dążenie natomiast do utajniania wszelkiego rodzaju informacji i następcze przypisywanie im wartości gospodarczej czy innej nie może spotkać się z akceptacją.

W ocenie Odwołującego IV nie ulega wątpliwości, iż zastrzeżenie całości wyjaśnień złożonych przez wykonawców Astaldi oraz Konsorcjum IDS jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi naruszenie mającej prymat reguły jawności. Analiza pytań zadanych przez Zamawiającego oraz wyjaśnień dot. tajemnicy przedsiębiorstwa udzielonych przez wykonawców pozwalają bowiem stwierdzić, iż wykonawcy ci niezasadnie potraktowali swoje odpowiedzi jako całościowo posiadające wartość, o której mowa w art. 11 ust. 4 UZNK, odstąpili natomiast od szczegółowej analizy w zakresie rzeczywistego znaczenia zawartych tam informacji. Z kolei Zamawiający nie przeprowadził merytorycznego badania odpowiedzi udzielonych przez wykonawców i ograniczył się do ich automatycznej akceptacji. To doprowadziło do pozbawienia Odwołującego IV możliwości kontroli ofert złożonych przez ww. konkurentów w kontekście ich zgodności z Pzp, w szczególności pod kątem wyjaśnień składanych przez tych wykonawców w trybie art. 90 ust.1 i 87 ust.1 w zakresie ceny rażąco niskiej i zgodności ich treści z treścią SIWZ. Z tych względów wniosek o odtajnienia wyjaśnień jest w pełni uzasadniony.

Rażąco niska cena ofert Astaldi, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum IDS jak również niezgodność tych ofert z SIWZ

Odwołujący IV wskazał, że zagadnienie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w przepisach Pzp ani innych aktach prawnych (w tym również w dyrektywach wspólnotowych regulujących problematykę zamówień publicznych), to zarówno orzecznictwo Izby, jak i dorobek doktryny dostarczają szereg wytycznych i wskazówek pozwalających prawidłowo zweryfikować poziom cen zaproponowanych przez wykonawców ofert (na marginesie należy zauważyć, że do postępowania nie znajdzie zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp w aktualnym brzmieniu, nakazujący uruchamianie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy wartość oferty jest o co najmniej 30% niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert).

Odwołujący IV wskazał, że ceny ofert złożonych przez Astaldi, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum IDS znacząco odbiegają od szacunkowej wartości zamówienia; oferta Astaldi jest bowiem niższa o 44,62%, oferta Konsorcjum PORR o 40,85%, a oferta Konsorcjum IDS o 37,75% od szacunkowej wartości zamówienia. Znacznie odbiegają one również od średniej wartości wszystkich złożonych w postępowaniu ofert (oferta Astaldi o 31,06%, oferta Konsorcjum PORR o 26,38%, a oferta Konsorcjum IDS o 22,51%). Wreszcie wszystkie przywołane oferty w sposób istotny odbiegają od zaktualizowanego przez Zamawiającego budżetu. Nie ulega natomiast wątpliwości, że to właśnie średnia wartość ofert (szczególnie w przypadku postępowań, w których wpływa znaczna liczba ofert) powinna stanowić dla

Zamawiającego szczególnie istotny punkt odniesienia przy podejmowaniu decyzji w zakresie rażąco niskiej ceny. Dowód: tabela stanowiąca załącznik nr 4 do odwołania

Odwołujący IV wskazał, że Zamawiający przygotowując postępowanie (ostatni kwartał 2013

r.) zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę znacznie wyższą (2.206.910.634,66 zł brutto) od tej, którą ostatecznie zdecydował się przeznaczyć tuż przed złożeniem ofert (1.614.597.097,28 zł brutto). Uwzględniając wiedzę i znajomość rynku posiadane przez Zamawiającego, uznać należy, że zaktualizowany przez niego budżet postępowania w najpełniejszy sposób oddawał rzeczywistą j rzetelną wartość zamówienia w momencie poprzedzającym złożenie ofert. Już sam fakt, że wykonawcy Astaldi, Konsorcjum PORR i Konsorcjum IDS, przygotowując oferty niemal w tym samym momencie, w którym Zamawiający ponownie oszacował kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, zaproponowali wyceny na poziomie znacznie odbiegającym od szacunków Zamawiającego (niższe odpowiednio o 24,30%, 19,16% oraz 14,91%) budzi uzasadnione wątpliwości w zakresie możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowane przez tych wykonawców kwoty.

W ocenie Odwołującego IV Zamawiający słuszne powziął wątpliwości co do zaoferowanych cen, kierując do wykonawców wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tym samym, co zauważa w swoich wyrokach Izba, obalone zostało domniemanie poprawności kalkulacji cenowej w przywołanych ofertach: „domniemanie to upada z chwilą wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Z momentem wezwania - co wynika z istoty instytucji wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. - na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią Zamawiającemu prawidłową weryfikację biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p”. Wszczęcie procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp tworzy natomiast domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący IV wskazał, że wobec zastrzeżenia przez wykonawców Astaldi oraz Konsorcjum IDS kluczowych elementów wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny został pozbawiony prawa do rzetelnej analizy kwestii mających kluczowe znaczenie w kontekście zgodności omawianych ofert z przepisami Pzp. Tym samym podjęcie merytorycznej polemiki mającej za przedmiot realność i rynkowy charakter ofert złożonych przez wykonawców Astaldi i Konsorcjum IDS jest właściwie niewykonalne. Nie może bowiem budzić jakichkolwiek wątpliwości, że to właśnie wyjaśnienia złożone przez wykonawców, stanowiące odpowiedź na ponad 100 szczegółowych i mających kluczowe znaczenia pytań, stanowią decydujące źródło wiedzy w zakresie zgodności ofert z przepisami Pzp.

Wobec powyższego obciążenie Odwołującego IV pełnym ciężarem dowodu w zakresie udowodnienia, iż przywołane oferty zawierają rażąco niską cenę jest nieracjonalne i niemożliwe do spełnienia. Niezależnie od powyższego, bazując na treści ofert złożonych przez Astaldi oraz Konsorcjum PORR, a także Konsorcjum IDS, nie sposób nie zauważyć, że różnica pomiędzy ceną za roboty budowlane w ofertach ww. wykonawców, a średnią arytmetyczną cen za roboty budowlane wszystkich złożonych w postępowaniu ofert wynosi odpowiednio 49%, 43% oraz 26%, podczas gdy w odniesieniu do oferty Odwołującego IV różnica ta wynosi 14%. Zatem w złożonych wyjaśnieniach odnoszących się do ceny rażąco niskiej wykonawcy ci powinni byli w sposób wyczerpujący wykazać, jakie oszczędności zostały poczynione w szczególności w zakresie metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, oryginalności projektu wykonawcy, czy wyjątkowo sprzyjających warunków dostępnych wyłącznie dla wykonawcy, które wpłynęły na tak znaczne obniżenie wartości ceny za roboty budowlane. Odpowiedzi wykonawców na konkretne pytania Zamawiającego składane w trybie art. 90 ust 1 oraz art. 87 ust.1 Pzp dotyczące sposobu i zakresu wykonania robót budowlanych w stylu: „zgodnie z PFU” nie udowadniają w żaden sposób, że wykonawca taki zaoferował cenę, która nie jest ceną rażąco niska, a przyjęte przez niego rozwiązania techniczne i zastosowane technologie są zgodne z SIWZ. Wręcz przeciwnie, nasuwają podejrzenia, co do niezgodności treści oferty z SIWZ lub, że cena jest rażąco niska. Dowód: tabela ze szczegółowym porównaniem cen wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu stanowiąca załącznik nr 5 do odwołania

Ponadto, Odwołujący IV wskazał, że poddając analizie nieutajnione przez Konsorcjum PORR odpowiedzi na pytania Zamawiającego (wykonawca ten nie zataił wszystkich odpowiedzi), możliwe jest wykazanie, iż złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę. Szczegółowo zagadnienie to zostanie przedstawione na rozprawie.

Sygn. akt: KIO 1208/15

W dniu 5 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Warbud S.A. (dalej „Odwołujący **V"** lub „Konsorcjum **Terrag – Asdag")** zarzucając Zamawiającemu w zakresie zadania „C" naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24b ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. UZNK poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót

Drogowych sp. z o.o. z siedzibą w Juchnowcu Kościelnym (dalej: „Konsorcjum **Budimex"** lub „Odwołujący **III")** i nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień, o których mowa w art. 24b ust. 1 Pzp, polegającą na uznaniu, że istniejące powiązania, których dotyczą wyjaśnienia, nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Budimex do wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz treści oferty, mimo skierowania takich wezwań do dwóch pozostałych wykonawców w Zadaniu C, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców;
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez dokonanie niedopuszczalnego poprawienia oferty i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Bilfinger"), mimo iż jest ona niezgodna z SIWZ w zakresie zakresu i okresu oferowanej gwarancji.

Odwołujący V wniósł o: (i) unieważnienie czynności badania i oceny ofert dotyczących ofert Konsorcjum Budimex oraz Bilfinger, dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych przez Konsorcjum Budimex oraz Bilfinger; (ii) wykluczenie Konsorcjum Budimex z postępowania; (iii) odrzucenie ofert złożonych przez Konsorcjum Budimex oraz wykonawcę Bilfinger; ewentualnie, (iv) wezwanie Konsorcjum Budimex do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp; (v) utrzymanie wyboru oferty Odwołującego V jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając swoją legitymację do wniesienia odwołania Odwołujący V wskazał, że jest wykonawcą który złożył ofertę w Zadaniu C. Odwołujący V posiada interes w uwzględnieniu odwołania, gdyż dąży do utrzymania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, wobec wniesienia przez pozostałych wykonawców odwołań kwestionujących ten wybór. W sytuacji, w której Konsorcjum Budimex i Bilfinger wniosą własne odwołania wobec czynności wyboru oferty Odwołującego V w Zadaniu C, naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy polegające na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Budimex oraz odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Budimex i Bilfinger, naraża Odwołującego V na szkodę polegającą na możliwości uwzględnienia odwołań kwestionujących jego wybór i pozbawienia go szansy na uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z Zamawiającym. Jednocześnie, nie jest dopuszczalna taka sytuacja, w której wykonawca, który złożył droższą (i wadliwą) ofertę ma możliwość podnoszenia zarzutów wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą a wybrany

wykonawca będzie tej możliwości pozbawiony. Mogłoby to prowadzić do wyboru oferty droższej, a nie spełniającej wymogów SIWZ lub złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, który wskutek niepodlegających weryfikacji nieprawidłowych działań Zamawiającego nie został wykluczony lub jego oferta nie została odrzucona.

Ponadto, zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny i treści złożonej oferty, rażąco narusza zasady równego traktowania Wykonawców i stawia Konsorcjum Budimex w uprzywilejowanej pozycji, wobec faktu, iż Konsorcjum Budimex nie zostało wezwane do udzielenia odpowiedzi i

przedstawienia informacji dotyczących przewidywanej realizacji zamówienia w takim zakresie, jak pozostali Wykonawcy w Zadaniu C, natomiast dysponuje możliwością wniesienia odwołania i kwestionowania wyboru oferty Odwołującego V. Interes Odwołującego V w utrzymaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i ostatecznym uzyskaniu zamówienia poprzez umożliwienie zawarcia umowy z Zamawiającym jest zagrożony.

Za zasadnością wniesienia odwołania na obecnym etapie przemawia zasada koncentracji środków ochrony prawnej, jak również fakt, iż w przypadku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zarzuty wobec naruszających Ustawę czynności i zaniechań Zamawiającego, objęte niniejszym odwołaniem, byłyby uznane za spóźnione i nie podlegałyby rozpoznaniu. Dlatego też, interes Odwołującego V, jak również zapewnienie mu możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej i weryfikacji zgodności działań Zamawiającego z przepisami Pzp, wymagają podniesienia objętych odwołaniem zarzutów już na obecnym etapie postępowania, nawet, pomimo iż dotyczą one dalej sklasyfikowanych ofert Konsorcjum Budimex oraz Bilfinger.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący V wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 20 grudnia 2013 r., Zamawiający określił, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dowolną liczbę Zadań (Części), natomiast ofertę można złożyć tylko na jedno Zadanie (pkt VI.3. Ogłoszenia o zamówieniu).

Ograniczenie to zostało podtrzymane w przesłanej wykonawcom dopuszczonym do udziału w postępowaniu SIWZ (pkt 7.2: Wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedno Zadanie (Część). Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

W ocenie Odwołującego V złożenie oferty przez Konsorcjum Budimex wypełnia przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniach zmierzających do ominięcia powyższego nakazu ze szkodą dla Zamawiającego i pozostałych wykonawców. Co prawda, Konsorcjum Budimex złożyło tylko jedną ofertę, natomiast podmioty ściśle powiązane w ramach grupy kapitałowej, złożyły oferty na inne Zadania w ramach tego samego postępowania:
a. Strabag sp. z o.o. złożył ofertę na Zadanie A (w konsorcjum z Budimex Budownictwo sp. z o.o. - Strabag sp. z o.o. posiada 100% udziałów w spółce Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o.
b. HEILIT+WOERNER sp. z o.o. (obecnie Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o.) złożył ofertę na Zadanie B (w konsorcjum z Mostostal Kraków S.A.) - Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. jest powiązany kapitałowo z Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. (właściciel 100% udziałów w spółce jest jednocześnie większościowym udziałowcem Strabag sp. z o.o., która jest jedynym udziałowcem Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych sp. z o.o.);
c. Mostostal Kraków S.A. złożył ofertę na Zadanie B (w konsorcjum ze Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o.) -100% akcji w spółce posiada Budimex S.A.;
d. Budimex Budownictwo sp. z o.o. złożył ofertę na Zadanie A (w konsorcjum ze Strabag sp. z o.o.) - 100% udziałów w spółce posiada Budimex S.A., ponadto wszyscy członkowie zarządu spółki są jednocześnie członkami zarządu Budimex SA, tworząc większość (w tym również, w obu zarządach Prezesem Zarządu jest ta sama osoba).

W ocenie Odwołującego V wyżej przedstawione powiązania kapitałowe i osobowe między wskazanymi wykonawcami nie budzą wątpliwości i są zgodne z informacjami podanymi przez te spółki udzielające wyjaśnień na podstawie art. 24b ust. 1 Pzp. Są to powiązania bardzo ścisłe, prowadzące do istnienia oczywistych relacji majątkowych, a także decyzyjnych między wykonawcami, których działania na rynku prowadzone są we wzajemnym porozumieniu i nie można wskazać, iż w ramach każdej z grup kapitałowych nie mają one wiedzy, co do wzajemnych planów i zamierzeń, zwłaszcza o takiej skali, jak udział w tym postępowaniu. Niewątpliwie, podmioty te są ekonomicznie zależne i podporządkowane tym samym grupom interesu.

Odwołujący V wskazał, że zgodnie z wyraźnym brzemieniem art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, złożenie w jednym postępowaniu odrębnych ofert przez podmioty z jednej grupy kapitałowej skutkuje wykluczeniem takich wykonawców, o ile nie wykażą oni że powiązania istniejące miedzy nimi nie prowadza do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu. Konstrukcja przepisu jednoznacznie wskazuje, że to na wykonawcach

powiązanych kapitałowo spoczywa ciężar dowodu w wykazaniu braku zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu - Ustawodawca domniemywa zatem, że sam fakt złożenia odrębnych ofert w jednym postępowaniu przez wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami i stanowi podstawę do wykluczenia takich wykonawców.

W ocenie Odwołującego V w złożonych wyjaśnieniach, Konsorcjum Budimex jedynie informuje, bardzo pobieżnie, o powiązaniach istniejących między spółkami tworzącymi poszczególne konsorcja w każdym z Zadań. Wyjaśnienia w zakresie braku naruszeń uczciwej konkurencji nie są wbrew nakazowi art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, związane z charakterem wzajemnych powiązań, ale opierają się na kwestionowaniu zasadności wezwania i popieraniu przyjętej przez Konsorcjum Budimex interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. Również, wbrew sugestiom Konsorcjum Budimex - przesłanką wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp nie jest wpływ zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu na jego wynik. Interpretacja powyższego przepisu i przytoczona na tę okoliczność argumentacja, prowadzona jest w oderwaniu od stanu faktycznego przedmiotowego postępowania j prowadzi do wykładni contra legem. Nadinterpretacją normy zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, jest wywodzenie, iż nie obowiązuje ona w przypadku podziału zamówienia na części. Przepis jednoznacznie wskazuje, iż przesłanką zastosowania zawartej w nim sankcji jest złożenie ofert w jednym postępowaniu - przy uwzględnieniu charakterystyki postępowania podzielonego na części, mamy w takim przypadku niewątpliwie nadal do czynienia z jednym postępowaniem i brak przesłanek, które z punktu widzenia zachowania uczciwej konkurencji znosiłyby obowiązek jej badania w ramach całego postępowania i ograniczały jedynie do poszczególnych części. Wręcz przeciwnie, decyzja Zamawiającego o przeprowadzeniu jednego postępowania podzielonego na części, a nie - wydzielenia zamówienia do odrębnych postępowań, jest działaniem zamierzonym, które znajduje zwykle swoje uzasadnienie w chęci dywersyfikacji ryzyka lub też właśnie w celu zachowania większej konkurencyjności i stworzenia warunków dla jej utrzymania w przyszłości. Wskazując na niezależność poszczególnych części postępowania. Konsorcjum Budimex pomija istotna okoliczność, iż w tym postępowaniu Zamawiający wyłączył możliwość złożenia oferty na więcej niż jedno Zadanie - wymóg ten, który nie byłby możliwy do wprowadzenia w przypadku, gdyby Zamawiający prowadził nie jedno, a trzy odrębne postępowania, jednoznacznie wskazuje na nietrafność argumentacji przedstawionej w tym zakresie w wyjaśnieniach Konsorcjum Budimex,

W ocenie Odwołującego V Konsorcjum Budimex nadinterpretowuje również ustalenia wynikające z zapadłego na tle przedmiotowego postępowania wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO 2742/14 - wbrew twierdzeniom wykonawcy, Izba nie orzekła o braku możliwości zachwiania konkurencji w tym postępowaniu przez członków jednej grupy kapitałowej składających odrębne oferty. Podstawą dla orzeczenia KIO były zarzuty dotyczące terminu składania i otwarcia ofert dla poszczególnych Zadań i badanie naruszenia uczciwej konkurencji prowadzone było wyłącznie w tym zakresie. Izba nie rozstrzygała o naruszeniu konkurencji przez Konsorcjum Budimex i nie mogła tego zrobić, choćby z tej przyczyny, iż orzekając jest związana zakresem postawionych zarzutów, jak również, iż orzeczenie to zapadło na etapie przed składaniem ofert, gdy nie było jeszcze wiadomo, ile ofert w postępowaniu złożą powiązane kapitałowo spółki. Wręcz przeciwnie, na konieczność zastosowania, jeśli zaistnieje taka sytuacja, instytucji wezwania wykonawców do wyjaśnienia powiązań kapitałowych w przedmiotowym postępowaniu ze względu na możliwość zachwiania uczciwej konkurencji, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. KIO 2338/14.

Odwołujący V wskazał, że w związku z powyższym, nie jest prawidłowa ocena Zamawiającego, iż złożone przez Konsorcjum Budimex wyjaśnienia w trybie art. 24 ust. 2b Pzp, wykazują skutecznie, że powiązania, jakie występują między członkami Konsorcjum Budimex a pozostałymi powiązanymi kapitałowo spółkami, które złożyły oferty w Postępowaniu, nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji. W wyjaśnieniach brak jest odniesienia do powiązań istniejących pomiędzy tymi podmiotami, co oznacza, iż wyjaśnienia w tym zakresie de facto nie zostały złożone, skutkiem czego winno być wykluczenie Konsorcjum Budimex również na podstawie art. 24b ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego V fakt, iż przedsiębiorcy pozostający w tak ścisłej zależności działają na jednym rynku wyklucza możliwość uznania ich za podmioty działające w pełni niezależnie. Złożenie oferty na więcej niż jedną część i szansa na uzyskanie możliwości realizacji więcej niż jednej części zamówienia, stanowi istotną korzyść dla wszystkich wykonawców z grupy i tworzy przewagę konkurencyjną której pozbawieni zostali pozostali wykonawcy. Złożenie więcej niż jednej oferty przez podmioty powiązane kapitałowo, prowadzi do ominięcia zakazu Zamawiającego, który ograniczał możliwość ubiegania się o zamówienie tylko do jednej części. Działanie takie narusza interesy innych przedsiębiorców, gdyż ogranicza im możliwość uzyskania zamówienia oraz interes klienta - Zamawiającego, który wprowadzając ograniczenie liczby części zamówienia, na jakie ofertę może złożyć jeden wykonawca, świadomie zamierzał zdywersyfikować wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach poszczególnych Zadań. Dopuszczenie ominięcia w ten sposób ustalonych zasad Postępowania, prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, którzy zastosowali się do wprowadzonego już na etapie Ogłoszenia o zamówieniu ograniczenia.

Stanowisko to zostało potwierdzone m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2014 r., KIO 2640/14, KIO 2651/14, KIO 2652/14.

W ocenie Odwołującego V zachwianie uczciwej konkurencji polegało również na tym, że przedsiębiorcy pozostający w ścisłej zależności, składając oferty na trzy odcinki - zgodnie z rachunkiem prawdopodobieństwa - zwiększali matematyczne szanse na to, że przynajmniej jedna oferta będzie ofertą najniższą. Okoliczność, iż szansy tej nie wykorzystali, nie zmienia faktu, że z niej skorzystali, a więc mieli przewagę konkurencyjną o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, nad pozostałymi wykonawcami. Zastosowanie sankcji przewidzianej w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp nie jest uzależnione od wpływu na wynik postępowania lecz od zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący V wskazał, że złożenie oferty przez Konsorcjum Budimex, chociaż literalnie nie pozostaje w sprzeczności ze wskazanym wyżej postanowieniem SIWZ, to w istocie, zmierza do uzyskania takiego samego efektu, z punktu widzenia korzyści ekonomicznych, co złożenie więcej niż jednej oferty przez tę samą spółkę. Powyższe przesądza nie tylko o zachwianiu uczciwej konkurencji i zaistnieniu podstawy do wykluczenia Konsorcjum Budimex na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, ale jest to również naruszenie dobrych obyczajów oraz uczciwej konkurencji między wykonawcami, które zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i podlega sankcjonowaniu na gruncie przepisów Pzp, stwarzając odrębną podstawę dla odrzucenia oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W przedmiotowym Postępowaniu zaistniała również taka okoliczność.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Budimex do wyjaśnień

Odwołujący V wskazał, że w Zadaniu C oferty złożyło trzech wykonawców. Oferta najtańsza, złożona przez Odwołującego V, jest niższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia o 39,2%, kolejna oferta złożona przez Bilfinger - o 35,6%, natomiast oferta Konsorcjum Budimex o 22,6%. Zarówno Odwołujący V, jak i Bilfinger zostali wezwani przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp. Wezwanie do wyjaśnień składało się z wielu (łącznie ponad 100) szczegółowych pytań, dotyczących ceny oferty oraz planowanego sposobu realizacji zamówienia. Pytania wymagały podania w odpowiedzi szczegółowego rozbicia cen i koncepcji projektowej - również na dużym poziomie szczegółowości. Należy przy tym podkreślić, że Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty jakiejkolwiek wstępnej koncepcji, jak również sam określił w formularzu cenowym, szczegółowość podania elementów ceny, jakiej oczekiwał.

Zamawiający nałożył zatem na dwóch, spośród trzech, wykonawców obowiązek

wykraczający daleko poza wymagania SIWZ, żądając informacji, które nie były wymagane od wykonawców, ani też na etapie przed składaniem ofert, Zamawiający nie określił, że będzie żądał ich przedstawienia.

Odwołujący V wskazał, ze z protokołu postępowania wynika, iż Konsorcjum Budimex nie było wzywane do udzielenia wyjaśnień, jako jedyny wykonawca w Zadaniu C, podczas gdy różnica między ofertą Konsorcjum Budimex a ofertą Odwołującego V wynosiła jedynie 16,56 punktów procentowych. Dla porównania wskazać można, iż Zamawiający dokonywał wezwań do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 87 ust. 1 Pzp w sytuacji mniejszych różnic punktowych w pozostałych zadaniach. W Zadaniu A do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny wezwani zostali wszyscy wykonawcy, którzy zaoferowali ceny niższe niż budżet Zamawiającego, nawet przy różnicy rzędu 5% pomiędzy ceną złożonej oferty a kwotą którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Odwołujący V podkreślił, że wezwanie Zamawiającego obejmowało nie tylko wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, ale było to również wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wykonawca zobowiązany był do udzielenia szerokich i szczegółowych informacji na temat sposobu realizacji zamówienia, zarówno na etapie projektowania, jak i realizacji robót. Zamawiający w SIWZ nie żądał wskazania w ofercie jakichkolwiek informacji w tym zakresie, jednakże działając z ostrożności i nie chcąc narazić się na odrzucenie złożonej oferty (zważywszy na połączenie podstaw wezwania i rygor związany z art. 90 ust. 3 Pzp), Odwołujący V był w istocie zmuszony do udzielenia wyczerpujących odpowiedzi na zadane pytania. W ten sposób, de facto zaprezentował informacje w zakresie daleko wykraczającym poza wymagania SIWZ, a także w zakresie, w jakim do ich przedstawienia nie było zobowiązane Konsorcjum Budimex. Zamawiający dokonywał zatem badania złożonych w postępowaniu ofert stosując podwójne standardy oceny - w przypadku oferty Odwołującego V (i oferty Bilfinger) szczegółowość zadanych pytań, wykracza poza zakres objęty przepisem art. 90 ust. 1 Pzp i wymaganiami SIWZ, natomiast w przypadku Konsorcjum Budimex - badanie ograniczało się do dokumentów pierwotnie załączonych do oferty, która w praktyce nie zawierała żadnych informacji dotyczących zaoferowanego przedmiotu zamówienia, poza ogólnym rozbiciem ceny i oświadczeniami zawartymi w Formularzu ofertowym.

W ocenie Odwołującego V zaniechanie wezwania Konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień w porównywalnym zakresie, co Odwołującego i Bilfinger, prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie są traktowani równo. Podczas gdy, Konsorcjum Budimex korzysta z przywileju swoistego domniemania prawidłowości złożonej oferty (brak jakichkolwiek dokumentów podlegających weryfikacji), to pozostali dwaj

wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia, w bardzo krótkim czasie i bez wcześniejszego uprzedzenia, licznych dokumentów i wyjaśnień. Zgodnie z przepisami ustawy, żądanie informacji w zakresie objętym wezwaniami Zamawiającego, powinno było stanowić wymaganie zawarte w SIWZ i dotyczyć tak samo wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący V wskazał, że Zamawiający ostatecznie pozytywnie ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołującego (w toku postępowania, Odwołujący V nie miał jeszcze wiedzy, czy Konsorcjum Budimex było wzywane do jakichkolwiek wyjaśnień), natomiast obecnie Konsorcjum Budimex ma możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, unikając jednocześnie jakiejkolwiek weryfikacji własnej oferty w tymże zakresie. Działania Zamawiającego doprowadziły zatem do nierównego traktowania wykonawców, jak również - naruszenia zasad uczciwej konkurencji, dając Konsorcjum Budimex faktyczną przewagę na pozostałymi wykonawcami.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ

Odwołujący V wskazał, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania dotyczące treści

SIWZ dokonał zmiany treści Formularza ofertowego zawierającego oświadczenie Wykonawcy w zakresie Gwarancji jakości: Zestaw zmian SIWZ nr 3, poz. 201:

„Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzem; Rozdział 2 Formularz Oferty dla Zadania C; punkt 5.2

Istniejący Zapis: 5.2. Na element Przedmiotu Umowy określony w Gwarancji jakości w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do Gwarancji jakości - część szczegółowa w Pkt 7.1.
Estakady przez Mazowiecki Park Krajobrazowy Zastępuje się następującymi. 2. Na element Przedmiotu Umowy określony w Gwarancji jakości w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do Gwarancji jakości - część szczegółowa w:
(i) Pkt 7.1. - Estakady przez Mazowiecki Park Krajobrazowy, z wyłączeniem dylatacii i łożysk"

Wykonawca Bilfinger złożył Formularz ofertowy, w którym zawarte było oświadczenie o zobowiązaniu do udzielenia Gwarancji jakości w zakresie opisanym jako: Przeprawa mostowa przez rzekę Wisłę wraz z estakada z wyłączeniem dylatacii i łożysk. Bilfinger zadeklarował zatem udzielenie gwarancji na zakres zupełnie inny niż wymagany przez Zamawiającego, nieobjęty przedmiotem zamówienia w Zadaniu C.

W ocenie Odwołującego V powyższe, po pierwsze, świadczy o niezgodności treści oferty - rozumianej jako oświadczenie Wykonawcy, co do świadczenia, do którego się zobowiązuje – z wymaganiami Zamawiającego jednoznacznie określonymi w SIWZ. Po drugie zaś, rodzi wątpliwości, co do faktycznego okresu, na który Bilfinger udziela gwarancji jakości, gdyż wyżej wskazane oświadczenie, co do zakresu Gwarancji, poprzedza oświadczenie Wykonawcy, co do okresu jej trwania, który stanowił zarazem kryterium oceny ofert:

„5.2. Na element Przedmiotu Umowy określony w Gwarancji jakości w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do Gwarancji jakości - część szczegółowa w: (...) zobowiązujemy się do udzielenia pisemnej gwarancji jakości na okres 20 lat liczone od daty wskazanej w Świadectwie Przejęcia a w przypadku wystawienia Świadectwa Przejęcia z zastrzeżeniem, ze istnieją roboty zaległe do wykonania w zakresie objętym Gwarancją Jakości, od daty wskazanej w protokole z przeglądu sporządzonym w Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu potwierdzającym wykonanie roboty zaległej."

W ocenie Odwołującego V niezgodność treści oferty Bilfinger z treścią SIWZ ma charakter istotny, gdyż dotyczy, po pierwsze, istotnej części świadczenia Wykonawcy, tj. zakresu udzielanej Gwarancji jakości, po drugie - oświadczenia powiązanego z kryterium oceny ofert, które również mogło zostać wypełnione przez Wykonawcę błędnie. Zamawiający nie mógł mieć bowiem pewności, iż w ofercie Bilfinger znajdowało się zobowiązanie do udzielenia 20-letniej Gwarancji jakości na zakres Przedmiotu Umowy po zmianie treści Formularza ofertowego. Ponieważ poprawienie Formularza ofertowego Bilfinger prowadzi do istotnych zmian treści oferty oraz nie jest jednoznaczny sposób, w jaki należałoby go dokonać - niezgodność ta nie może zostać zakwalifikowana jako nadająca się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym, oferta Bilfinger podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Sygn. akt: KIO 1209/15

W dniu 5 czerwca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ" S.A. - Lider Konsorcjum, z siedzibą w Łodzi oraz TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft z siedzibą w Wiedniu - Partner Konsorcjum (dalej „Odwołujący **VI")** zarzucając Zamawiającego w zakresie zadania B: (i) nieprawidłową ocenę ofert; (ii) zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcy Mota - Engil Central Europę S.A. (dalej „Wykonawca **Mota"** lub „Odwołujący **II");** (iii) wyboru oferty Konsorcjum Gülermak jako najkorzystniejszej; (iv) zaniechania

odtajnienia informacji dotyczących ofert Wykonawcy Mota oraz Konsorcjum Gülermak, które w rzeczywistości nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący VI zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 UZNK poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu VI informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach do oferty złożonych przez Wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak, w stosunku, do których nie wystąpiły przesłanki określone w art. 11 ust 4 UZNK;
2. Art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Gülermak oraz Wykonawcę Mota, pomimo, iż ich treść nie odpowiada SIWZ;
3. Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ze względu na zaniechanie wezwania Konsorcjum Gülermak oraz Wykonawcy Mota do dalszych wyjaśnień, pomimo, iż wyjaśnienia przedstawione w odpowiedzi na dotychczasowe wezwania budzą dalsze wątpliwości;
4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechane odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Gülermak oraz Wykonawcę Mota, pomimo że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcę Mota, pomimo że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez wycenę robót budowlanych poniżej kosztów ich wykonania;
6. ewentualne naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dalszego wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, pomimo faktu, iż na skutek wyjaśnień Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcy Mota pojawiły się dalsze wątpliwości w zakresie oceny, iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący VI wniósł o: (i) zweryfikowanie zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę Mota w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2015 r., a w konsekwencji odtajnienie informacji, które nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie dowodu na rozprawie z

odtajnionej części wyjaśnień. Z ostrożności Odwołujący VI - na podstawie art. 189 ust 6 ustawy Pzp - wnosi o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu; (ii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia i powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, a w konsekwencji; (iii) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak; (iv) dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego VI; (v) ewentualnie, gdyby Izba uznała, iż oferty wykonawcy Mota oraz Konsorcjum Gülermak nie podlegają odrzuceniu o nakazanie: wezwanie do dalszych wyjaśnień w zakresie zgodności treści ofert wykonawców Mota oraz Konsorcjum Gülermak z treścią SIWZ, wezwania Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcy Mota do dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący VI wskazał w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust 4 UZNK, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych. Zasada ta została wyrażona wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie, z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się jedynie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust 3 ustawy Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei przepis § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458)

stanowi, iż Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku.

Odwołujący VI podkreślił, iż zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp powinno być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania o zamówienie publiczne. W ocenie Odwołującego VI utajnieniu, zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp podlegają jedynie konkretne informacje, które mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. A contrario utajnieniu nie podlegają całe dokumenty, a jedynie te ich fragmenty, które zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący VI wskazał, że w okolicznościach niniejszej sprawy samo wezwanie skierowane do wykonawcy Mota zawiera 21 stron pytań. Znaczna część pytań

dotyczy wyjaśnienia, czy oferta wykonawcy przewiduje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego w Postępowaniu. Nie można odmówić innym wykonawcom dostępu do tego typu informacji. Skoro sposób wykonania zamówienia ma odpowiadać wymaganiom Zamawiającego, to nie stanowi on tajemnicy handlowej wykonawcy Mota, a informację jawną - wiedza na temat sposobu wykonania zamówienia jest powszechna pośród wykonawców konkurujących ze sobą w celu uzyskania zamówienia w postępowaniu. Zastrzeżenie całości wyjaśnień będących odpowiedzią na wezwanie z dnia 29 stycznia 2015 r. skierowane do wykonawcy Mota, jest w istocie próbą ograniczenia możliwości zweryfikowania przez innych Wykonawców w postępowaniu poprawności złożenia oferty wykonawcy Mota i tym samym ogranicza uczciwą konkurencję między wykonawcami i nie pozwala Odwołującemu VI wskazać wszystkich wad oferty wykonawcy Mota w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący VI wskazała, że również był wezwany do wyjaśnień w podobnym zakresie. Tym samym, dokument przedstawiony przez Odwołującego VI jest zdaniem Odwołującego VI, punktem odniesienia, co do zakresu jawności informacji przekazywanych w wyjaśnieniach i w tym samym zakresie, co wyjaśnienia Odwołującego VI, jawne powinny być wyjaśnienia wykonawcy Mota.

Odwołujący VI wskazał, że powyższe uwagi odnoszą się, chociaż w mniejszym stopniu, również do informacji przekazanych w wyjaśnieniach Konsorcjum Gülermak. Zamawiający również wobec informacji przekazanych przez tego wykonawcę, zbyt szeroko zastosował klauzulę poufności, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcę Mota, Odwołujący VI wskazał,

że

zgodnie z informacji udzielonych w wyjaśnieniach Konsorcjum Gülermak z dniu 9 lutego 2015 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2015 r. wprost wynika, iż treść oferty Konsorcjum Gülermak jest niezgodna z treścią SIWZ. I tak, z odpowiedzi na pytanie C.50 wynika, iż w ofercie Konsorcjum Gülermak nie zostało przewidziane wykonanie węzła czerniakowska BIS. Odwołujący VI wskazał, że pytanie C.50 dotyczy węzła Czerniakowska BIS. Oferta w tym zakresie powinna uwzględniać budowę łącznic z pasami włączania i wyłączania pod przyszły węzeł z możliwością zjazdu i wjazdu w obu kierunkach. Jest to rozwiązanie bezpieczne niepowodujące zagrożenia ruchu drogowego. W ocenie Odwołującego VI odpowiedź Konsorcjum Gülermak nie stanowi odpowiedzi na całość zapytania Zamawiającego oraz sugeruje obsługę poprzez wjazd/zjazd awaryjny z S2 co jest niedopuszczalne dla tego typu rozwiązań. Włączenia bezpośrednie bez pasów

włączenia/wyłączenia powodują zagrożenie bezpieczeństwa ruchu. Wjazd awaryjny nie służy do tego typu obsługi ruchu. Odwołujący VI podkreślił, iż Konsorcjum Gülermak nie udzielił odpowiedzi na pytanie, dotyczące wskazania typu łącznic, jaki uwzględnił w ofercie w zakresie powiązania OUD z drogą ekspresową S2.

Odwołujący VI wskazał, że w zakresie oferty Wykonawcy Mota, należy zauważyć, iż Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Mota, więc będzie mógł sprecyzować swoje zarzuty dopiero po otrzymaniu dostępu do tych wyjaśnień. Do tego czasu, wykonawca zakłada, iż wszystkie wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie okazały się prawdziwe.

W zakresie naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ze względu na zaniechanie wezwania Konsorcjum Gülermak oraz Mota do dalszych wyjaśnień, pomimo, iż wyjaśnienia przedstawione w odpowiedzi na dotychczasowe wezwania budzą dalsze wątpliwości, Odwołujący VI wskazał, że poza oczywistą niezgodnością oferty Konsorcjum Gülermak ze SIWZ, o której mowa w pkt 2 uzasadnienia niniejszego odwołania, powyżej, wyjaśnienia tego Wykonawcy z dnia 29 stycznia 2015 r. nasuwają jeszcze wątpliwość dotyczącą pytania C.9, która powinna być wyjaśniona przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp. Z odpowiedz na wskazane pytanie nie wynika czy popioły użyte do stabilizacji oraz wbudowania w nasypy drogowe zostały przebadane laboratoryjnie w zakresie możliwości ich wykorzystania do robót budowlanych.

Jednocześnie, Odwołujący VI zastrzegł, iż prawdopodobnie nie są to wszystkie niezgodności oferty Konsorcjum Gülermak ze SIWZ, jednak postawienie dalszych zarzutów w tym zakresie będzie możliwe dopiero po odtajnieniu dalszej części wyjaśnień Konsorcjum Gülermak.

Odwołujący VI podniósł, iż gdyby Izba uznała, iż zarzuty postawione w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez Zamawiającego nie znajdują potwierdzenia, Zamawiający powinien zastosować w tym zakresie dyspozycję art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący VI wskazał, że niniejszy zarzut został postawiony wobec oferty Mota z ostrożności, gdyż Odwołujący VI nie ma dostępu do wyjaśnień przedstawionych przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 stycznia 2015 r. Zarzut będzie mógł zostać skonkretyzowany, dopiero po odtajnieniu tych dokumentów.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechane odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcę Mota, pomimo że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ewentualne naruszenie art. 90 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dalszego wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, pomimo faktu, iż na skutek wyjaśnień Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcy Mota pojawiły się dalsze wątpliwości w zakresie oceny, iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący VI wskazał, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Rażąco niską ceną jest to cena oderwana od realiów rynkowych. Należy przy tym podkreślić, że obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny.

Odwołujący VI wskazał, że przepisy nakazujące zamawiającemu odrzucenie oferty obarczonej wadą rażąco niskiej ceny z jednej strony mają zapewnić bezpieczeństwo wykonawcom, którzy wykonując zamówienie publiczne powinni mieć gwarancję, iż przyczyni się to do rozwoju ich przedsiębiorstwa, a z drugiej zmusić Zamawiającego do wyboru oferty wykonawcy, który w wystarczającym stopniu gwarantuje, iż wykona zamówienie w całości, bez potrzeby prowadzenia negocjacji cenowych. Oba te czynniki są często w polskim systemie zamówień publicznych pomijane, a zamawiający wybierają, jako najkorzystniejsze, oferty po prostu najtańsze, które jednak nie gwarantują wykonania zamówienia publicznego na odpowiednim poziomie. Tak też stało się w okolicznościach niniejszej sprawy.

W ocenie Odwołującego VI podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego,

powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu - jak wynika z protokołu postępowania -.szacunkowa wartość zamówienia brutto została ustalona w wysokości 1 764 775 418,94 zł. Tymczasem Konsorcjum Gülermak złożył ofertę na kwotę 757 643100,00 zł, a Wykonawca Mota na kwotę 775 608 140, 52 zł. Na tej podstawie, należy stwierdzić, iż Zamawiający słusznie wezwał każdego z tych wykonawców do złożenia wyjaśnień, co zaoferowanej ceny, tym samym kreując domniemanie, iż oferty te są obarczone wadą rażąco niskiej ceny.

53

Względem oferty Konsorcjum Gülermak Odwołujący VI wskazał, że cena oferty tego wykonawcy jest niższa o prawie 60 % od wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o podatek VAT. Zatem propozycja cenowa Konsorcjum Gülermak w sposób drastyczny odbiega od wyceny, jaką przeprowadził Zamawiający, co potwierdza fakt, iż formalnie poprawnie Zamawiający skierował do Konsorcjum Gülermak wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny. W rzeczywistości, wartość oferty Konsorcjum Gülermak odbiega od wartości zamówienia o około 200.000.000 zł.

Odwołujący VI wskazał, że oszacowanie wartości zamówienia dokonane przez Zamawiającego jest mocno zawyżone, ze względu na długość postępowania. Wartość zamówienia w rzeczywistości wynosi około 950.000.000 zł. Obecnie możliwe jest obniżenie kosztów w oparciu o różnicę w cenach kluczowych elementów cenotwórczych względem terminu dokonywania pierwotnego szacowania wartości zamówienia, w tym w szczególności spadek cen ropy, który przekłada się na spadek cen paliw wykorzystywanych w transporcie, dostawie, montażu materiałów i elementów budowlanych. Cena paliwa spadła o około 30% co przy założeniu, że koszt pośredni pracy sprzętu i transportu technologicznego stanowią w robotach ogólnobudowlanych ok. 10-12% całości kosztów, a w przypadku robót ziemnych i montażowych może być większy, pozwala na określenie oszczędności w tym zakresie na poziomie 4%, dodatkowo uwzględniając spadki oraz różnice pomiędzy ceną minimalną i średnią cen materiałów cenotwórczych takich jak stal, beton, materiały sypkie oraz robocizna. W przypadku stali zbrojeniowej różnica pomiędzy rynkową ceną minimalną, a średnią wynosi około 11%. Dla kruszyw różnica pomiędzy rynkową ceną minimalną, a średnią może wynosić aż 56% (np. dla piasku). Również znaczenie mają rozbieżności pomiędzy średnią, a minimalną ceną za roboczogodzinę wynoszące około 27%. Dlatego równie istotne znaczenie ma odniesienie badanej ceny do aktualnie obowiązujących na rynku cen za wykonanie robót budowlanych podobnego rodzaju.

Odwołujący VI wskazał, że jego szacowanie opiera się na dokładnym rozeznaniu rynku, rzetelnej analizie i realnych wskaźnikach, a także na odniesieniu do innych szacunków dokonywanych przez Zamawiającego. I tak, np. Zamawiający w postępowaniu prowadzonym pn. „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach trasy ekspresowej" oznaczenie sprawy 89/2013, dokonując ponownego szacowania wartości zamówienia otrzymał kwotę o około dwadzieścia kilka procent niższą od pierwotnej.

54

W ocenie Odwołującego VI analizując powyższe korekty oraz realia rynku lokalnego szacowana kwota zamówienia powinna wynosić więc ok. 1.764.775.418,94 zł - 23% = 1.358.877.072,58 zł.

Odwołujący VI wskazał również, że względem pierwotnego szacowania wartości zamówienia zmieniła się koncepcja wykonania przedmiotu zamówienia (w tym Zamawiający dopuścił w ramach optymalizacji istotną zmianę kosztową tj. zmianę konstrukcji stalowej mostu głównego na inną tańszą), co pozwala na dalsze, znaczne obniżenie kosztów i przez to wartości zamówienia - nawet o około 400.000.000 zł. Dokonując kolejnej prostej kalkulacji 1.358.877.072,58 - 400.000.000 zł = 958.877.072,58, co potwierdza rząd wielkości kwoty wynikający z wyliczenia Wykonawcy, który prawidłowo uwzględnił w cenie dopuszczalne optymalizację oraz korekty cen.

W ocenie Odwołującego VI jego oferta jest zbliżona do realnej wartości przedmiotu

zamówienia. Niewątpliwie cena oferty Odwołującego VI, jako złożona w tym samym postępowaniu, stanowi istotny punkt odniesienia w kwalifikacji ceny oferty złożonej przez Konsorcjum Gülermak jako rażąco niskiej. Cena oferty Odwołującego VI wskazuje na rzetelność szacunku dokonanego przez Zamawiającego, po dostosowaniu go do aktualnych realiów, oraz rzeczywisty poziom cen rynkowych dla tego zamówienia. Odwołujący VI podkreślił, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu są kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez obu wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku.

Odwołujący VI wskazał, że na przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu składają się wysoce specjalistyczne roboty budowlane, które jest w stanie wykonać jedynie pewna, ograniczona grupa Wykonawców. Wykonawcy zainteresowani wykonaniem przedmiotowego zamówienia mają w gruncie rzeczy podobny potencjał, rozumiany w tym sensie, iż każdy z nich zawiera podobne pod względem cenowym kontrakty z dostawcami i podwykonawcami, a także działa w tym samym systemie gospodarczym.

Odwołujący VI podkreślił, iż Zamawiający słusznie powziął wątpliwości co do ceny oferty złożonej przez Konsorcjum Gülermak i w związku z tym wezwał tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Co więcej Zamawiający postawił konkretne pytania, by składane wyjaśnienia uwzględniały wszystkie niezbędne. Powyższa uwaga ewidentnie wskazuje na to, że Zamawiający, podczas badania ofert powziął wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę z zachowaniem właściwej jakości.

Odwołujący VI wskazał, że co prawda, podobne wezwanie zostało wystosowane do niego, ale w przypadku oferty Odwołującego VI, czynność ta była błędna. Jak wynika z przedstawionego wywodu, wątpliwości Zamawiającego względem oferty Odwołującego VI wynikają z nieaktualnego już szacowania wartości zamówienia.

Odwołujący VI wskazał, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać, jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem z wyjaśnień przedstawionych przez Konsorcjum Gülermak nie wynikają żadne przesłanki, które mogłyby uzasadniać obniżenie ceny oferty, względem realnej, rynkowej wartości zamówienia o ok. 200.000.000 zł. Odwołujący VI wskazał, że jest w stanie postawić taką tezę, nie znając całości Konsorcjum Gülermak, gdyż, jak zostało to już stwierdzone, po prostu nie istnieją okoliczności, które pozwalałyby Konsorcjum Gülermak na takie obniżenie ceny.

W ocenie Odwołującego VI mając na uwadze powyższe należy z całą pewnością stwierdzić, że oferta Konsorcjum Gülermak zawiera rażąco niską cenę, za którą wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe. Jedynie alternatywnie, gdyby Izba uznała, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie znalazł potwierdzenia, Odwołujący VI wniósł o wezwanie Konsorcjum Gülermak do dalszych wyjaśnień w tym zakresie. Jednocześnie, Odwołujący VI wskazuje, iż nie ma dostępu do całości wyjaśnień przedstawionych Konsorcjum Gülermak tak więc pełne postawienie tego zarzutu będzie możliwe dopiero po odtajnieniu odpowiednich informacji.

Względem oferty wykonawcy Mota Odwołujący VI wskazał, że wykonawca ten utajnił swoje wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w całości, tym niemniej nie jest obiektywnie możliwe, aby wyjaśnienia wykonawcy Mota można było uznać, za wystarczające w zakresie wykazania, iż oferta tego wykonawcy nie jest obarczona ceną rażąco niską. Ich solidne wykonanie może być jedynie pozorne, gdyż cena zaproponowana przez wykonawcę Mota za wykonanie niniejszego zamówienia, jest poniżej kosztów jego wykonania. Tym samym, nie może zawierać wkalkulowanego zysku. W związku z tym, w ocenie Odwołującego VI również oferta wykonawcy Mota powinna zostać odrzucona bez wzywania do dodatkowych wyjaśnień. Podane powyżej kalkulacje oraz argumentacja, w pełni znajdą zastosowanie także do oferty wykonawcy Mota.

Odwołujący VI wskazał jedynie alternatywnie, gdyby Izba uznała, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie znalazł potwierdzenia, Odwołujący VI wniósł o wezwanie wykonawcy Mota do dalszych wyjaśnień w tym zakresie. Jednocześnie, Odwołujący VI wskazuje, iż nie ma dostępu do wyjaśnień wykonawcy Mota, tak więc pełne postawienie tego zarzutu będzie możliwe dopiero po odtajnieniu odpowiednich informacji.

W zakresie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcę Mota, pomimo że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez wycenę robót budowlanych poniżej kosztów ich wykonania, Odwołujący VI wskazał, że złożenie ofert przez wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Zgodnie z przedmiotowym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Artykuł 15 ust. 1 pkt 1 ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy straty (sprzedaż ze stratą). Nie chodzi tu oczywiście (zwłaszcza w przypadku działalności handlowej) o stratę na każdej sztuce towaru czy każdej usłudze, lecz o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym jej segmencie. W przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowanie ceny poniżej kosztów wykonania robót budowlanych z pewnością miało na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym wypadku Odwołującego VI i uzyskanie zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Jest to bowiem jedynie racjonalny motyw tak zaniżonej wyceny skomplikowanych i prowadzonych w szerokim zakresie robót budowlanych.

Odwołujący VI wskazał, że projekty infrastrukturalne tej wielkości stanowią doskonałą ekspozycję dla danego wykonawcy, co także może mieć wpływ na zaniżenie ceny. Ponadto, projekty tej wielkości, ze względu na swoją wagę i zainteresowanie mediów, stawiają zamawiających w trudnej sytuacji, gdy okazuje się, iż dany wykonawca nie wykona jednak rzetelnie zamówienia za podaną cenę i pozostawi projekt w trakcie lub nie zapłaci zobowiązań wobec wykonawców. Takie sytuacje nie zawsze kończą się po myśli zamawiających i właśnie do takiej sytuacji doprowadzi wybór oferty wykonawcy, którego cena jest zaniżona o około 185.000.000 zł względem stawek rynkowych.

Odwołujący VI wskazał, iż kwota 185.000.000 zł jest kwotą olbrzymią i jest to ogromną różnica pomiędzy wartością zamówienia a ceną Konsorcjum Gülermak oraz Mota. Ta okoliczność wskazuje jednoznacznie, iż Konsorcjum Gülermak oraz Mota działają z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. W rzeczywistości żaden podmiot nie zrealizuje przedmiotu zamówienia określonego w postępowaniu w cenie zaoferowanej przez tych wykonawców, bez straty własnej. Cena ta bowiem nie pokrywa nawet kosztów ponoszonych przez wykonawców, tym samym nie gwarantuje żadnego zysku.

Sygn. akt. KIO 1211/15

W dniu 5 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum spółek w składzie: PORR (POLSKA) S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) (zwanych dalej łącznie „Odwołujący **VII"** lub „Konsorcjum **Porr")** zarzucając Zamawiającemu w zakresie zadania A: (i) zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Astaldi; (ii) zaniechanie odrzucenia oferty Astaldi pomimo, że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert; (iii) zaniechanie odrzucenia oferty Astaldi pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ; (iv) zaniechanie odrzucenia oferty Astaldi pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący VII zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, że Astaldi wniosło wadium do upływu terminu składania ofert pomimo, że treść przedstawionej przez tego wykonawcę gwarancji bankowej zawęża przesłanki uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium, a zatem wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą;
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, że oferta Astaldi odpowiada SIWZ pomimo, że cena zaproponowana przez tego wykonawcę dla realizacji robót budowlanych polegających na budowie rurociągu tłocznego oraz na budowie tunelu drogowego nie obejmuje całego niezbędnego nakładu pracy a tym samym świadczenie zaoferowane przez Astaldi ma mniejszy zakres niż wymagał tego Zamawiający w SIWZ;
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Astaldi zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. Art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a tym samym brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty Astaldi oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Astaldi, pomimo, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
5. Art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK poprzez bezpodstawne utrzymanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Astaldi oraz zaniechanie udostępnienia tych wyjaśnień Odwołującemu VII.

Odwołujący VII wniósł o: (i) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") niniejszego odwołania i jego uwzględnienie; (ii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem; (iii) unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i wyboru oferty Astaldi jako najkorzystniejszej; (iv) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert a w rezultacie odrzucenia oferty Astaldi, ewentualnie nakazanie odtajnienia wyjaśnień tego wykonawcy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego VII kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący VII wskazał, że wykonawca Astaldi przedkładając swoją ofertę zobowiązał się, że będzie nią związany przez czas wskazany w SIWZ. Na potwierdzenie powyższego wniósł wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej w dniu 22 stycznia 2015 r. przez Credit Agricole Bank Polska S.A. z siedzibą we Wrocławiu („Bank"). W ocenie Odwołującego VII gwarancja bankowa przedłożona przez Astaldi jest wadliwa i nie odpowiada wymogom ustawy Pzp. Odwołujący VII wskazał, że dokument ten z jednej strony odsyła do przepisów Pzp wskazujących na przesłanki zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp), natomiast z drugiej, jednocześnie opisuje jedną z tych przesłanek odmiennie niż wynika to wprost z przepisu PZP. Omawiany przypadek dotyczy przesłanki wskazanej w art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp. Odwołujący VII wskazał, że przywołany przepis wskazuje, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Z kolei gwarancja bankowa przedłożona przez Astaldi posługuje się innym określeniem wskazując, że sankcja zatrzymania wadium będzie miała miejsce, jeżeli „wykonawca nie zawarł umowy

w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie".

W ocenie Odwołującego VII kreślenie posługujące się formą rzeczownikową czasownika zawrzeć, czyli „zawarcie umowy stało się niemożliwe" oznacza, że obiektywnie nie mogło dojść do zawarcia umowy. Dla wykazania spełnienia tej przesłanki nie jest koniecznie dociekanie, która strona umowy nie zawarła. Z kolei określenie posługujące się formą czasownika wskazującego na konkretną osobę - „wykonawca nie zawarł" oznacza, że nie tyle samo zawarcie umowy było obiektywnie niemożliwe, co po prostu wykonawca zdecydował się jej nie zawierać, mówiąc inaczej, odmówił jej zawarcia. W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego VII, można wyróżnić aż trzy, różne przypadki do rozważenia, tj.: (i) kiedy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe (literalna treść art. 46 ust. 5 pkt 3) PZP); (ii) kiedy wykonawca nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe (treść gwarancji wadialnej wystawionej przez Bank i przedłożonej przez Astaldi); (iii) kiedy zamawiający nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe.

W ocenie Odwołującego VII oczywistym jest, że przypadek opisany w punkcie (i) zawiera w sobie zarówno wszystkie możliwe sytuacje mogące mieć miejsce z punktu (ii) jak i (iii) Innymi słowy, dopiero suma przypadków opisanych w punktach (ii) oraz (iii) daje nam ustawową przesłankę opisaną w punkcie (i), a sam przypadek opisany w punkcie (ii) (treść gwarancji wadialnej przedłożonej przez Astaldi) jej nie wyczerpuje.

W ocenie Odwołującego VII różnicę pomiędzy przypadkiem z punktu (i) (a więc sytuacji opisanej w PZP) a (ii) (a więc okoliczności uzasadniającej zatrzymanie wadium na podstawie gwarancji wadialnej wykonawcy Astaldi) najlepiej można by zilustrować konkretnym przykładem. Przyjmijmy hipotetycznie, że pomiędzy dniem uznania oferty wykonawcy Astaldi za najkorzystniejszą w postępowaniu a dniem zawarcia umowy z Zamawiającym w stosunku do tego wykonawcy zostałby orzeczony przez sąd zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r., Nr 1417, ze zm.). Jako że okoliczność ta wprost przesądza o obowiązku wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 9) PZP), to Zamawiający powinien na tej podstawie odmówić zawarcia umowy. Mimo to, wykonawca Astaldi byłby gotowy do jej zawarcia stojąc np. na stanowisku, że orzeczony zakaz jest nieprawomocny a zawarta umowa będzie, co najwyżej, obarczona sankcję względnej nieważności (legitymację do wystąpienia do sądu o jej unieważnienie posiadałby jedynie Prezes Urzędu Zamówień

Publicznych). W przypadku zatem gdyby Zamawiający nie zawarł w tej hipotetycznej sytuacji z wykonawcą Astaldi umowy i dążyłby do zatrzymania wadium, Bank mógłby odmówić wypłaty obiecanej kwoty twierdząc, że nie zaistniała przesłanka do zatrzymania wadium. Uzasadnieniem dla powyższego byłoby twierdzenie, że to nie wykonawca Astaldi nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego (bo ten był gotowy ją zawrzeć), tylko to Zamawiający jej nie zawarł. Opisana sytuacja jest jedynie przykładem ilustrującym, że w konkretnych okolicznościach możliwość egzekwowania wadium przez Zamawiającego może być utrudniona, gdyż ze względu na treść przedłożonej gwarancji mogą pojawić się uzasadnione wątpliwości co do zaistnienia przesłanki uprawniającej Zamawiającego do zatrzymania wadium.

Odwołujący VII wskazał również, że kwestionowany przez niego zapis gwarancji wadialnej de facto w żaden sposób nie różni się od przesłanki wskazanej w art. 46 ust. 5 pkt 1) PZP (wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie). Przy tym, każda z tych przesłanek, zgodnie z zamysłem ustawodawcy, miała obejmować inne okoliczności faktyczne, których wystąpienie powodowałoby zatrzymanie wadium. Odwołujący VII wskazał, że w tym kontekście warto zauważyć, że art. 46 ust. 5 pkt 1) PZP ma swoje źródło jeszcze w ustawie z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jednolity: Dz, U. z 2002 r., nr 72, poz. 664, ze zm.) („UZP"), a dokładniej w jej art. 42 ust. 5 pkt 3) UZP. Przepis ten na chwilę przed uchyleniem całej ustawy UZP był w treści bardzo zbliżony do obecnie obowiązującego art. 46 ust. 5 pkt 1) PZP i przewidywał, że „dostawca lub wykonawca, którego oferta została wybrana, traci wadium wraz z odsetkami na rzecz zamawiającego, w przypadku gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie dostawcy lub wykonawcy". Przepis ten nie

obowiązywał jednak od samego wejścia w życie UZP. Został on wprowadzony dopiero 9 listopada 1997 r. na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. z dnia 9 października 1997 r.). Wersja UZP sprzed tej nowelizacji przewidywała jedynie, że zatrzymanie wadium będzie możliwe w sytuacji (i) odmówienia podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub (ii) odmówienia wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W związku z tym, że wymienione przesłanki nie obejmowały sytuacji, w których obiektywnie nie jest możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówień publicznych, wprowadzona została trzecia przesłanka mająca na celu objęcie wszystkich innych przypadków niezawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący VII wskazał, ze w przypadku kwestionowanej gwarancji warunki wypłaty różnią się od brzmienia przepisu z chwili wystawienia gwarancji - art. 42 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy, w

konsekwencji należy uznać, że zakres gwarancji wadialnej wykonawcy Astaldi nie pokrywa się w całości z zakresem określonym w SIWZ oraz PZP. Nie obejmuje ona bowiem wszystkich przypadków, przed którymi zabezpiecza Zamawiającego art. 46 ust. 5 pkt 3) PZP, co oznacza, iż interes Zamawiającego w prowadzonym Postępowaniu nie jest zabezpieczony zgodnie z istotą wadium na gruncie PZP. W ocenie Odwołującego VII opisany powyżej błąd dyskwalifikuje wniesioną przez wykonawcę Astaldi gwarancję wadialną. Dokument wadium nie podlega bowiem ani uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu, co wynika z literalnej treści art. 26 ust. 3 PZP. Co do braku możliwości zastosowania do dokumentu gwarancji instytucji wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 PZP), to wadium stanowi zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, rozumianym ogólnie jako podmiot, który pochopnie złożył ofertę (np. bez zamiaru zawarcia umowy w sprawie zamówienia) lub w związku ze złożoną ofertą działał niestarannie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (np. nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów). W konsekwencji wadium należy uznać niejako za zabezpieczenie oferty, a nie za ofertę sensu stricto. Brak jest także możliwości poprawiania omyłek w dokumencie, który treści oferty nie stanowi.”.

W ocenie Odwołującego VII związku z nieprawidłową treścią gwarancji wadialnej wykonawcy Astaldi powinien on zostać wykluczony z postępowania.

Co do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Astaldi, Odwołujący VII wskazał, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ i PFU w pkt. 2.3 oraz 2.4 PFU (str. 357-382 PFU) dotyczących budowy rurociągu tłocznego - Zadanie A oraz stosownie do treści formularza oferty - Wykaz płatności - tabela wartości elementów zryczałtowanych („Wykaz **płatności”)** pozycja III.B. Rurociąg tłoczny - obowiązkiem wykonawcy była wycena elementu robót polegających na wykonaniu rurociągu tłocznego w ramach realizowanej inwestycji. Zgodnie z zapisami SIWZ oraz Wykazu płatności wartość prac dotyczących wykonania rurociągu tłocznego ma charakter ryczałtowy i nie może przekraczać 0,5% wartości całej oferty.

Odwołujący VII wskazał, że wykonawca Astaldi wycenił wykonanie robót dotyczących realizacji rurociągu tłocznego na kwotę 4.869.071,81 zł netto. W ocenie Odwołującego VII zaoferowana przez Astaldi cena nie pozwala na wykonanie całości zakresu robót dotyczących realizacji rurociągu tłocznego, w tym pokrycie kosztów materiałów, sprzętu i robocizny, a tym samym Astaldi nie wyceniło wszystkich prac dotyczących tego elementu robót. Powyższe, w ocenie Odwołującego VII, świadczy o niezgodności oferty Astaldi z SIWZ

i PFU, a tym samym oferta Astaldi winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP

Odwołujący VII dalej wskazał, że zgodnie z SIWZ i PFU, jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest wykonanie tunelu drogowego zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 2.1.13 PFU (str. 179-238 PFU) dotyczącym budowy drogi ekspresowej S2 - Zadanie A oraz

rozdziałem II pk. 2.1 PFU PFU (str. 321 PFU) w zakresie zgodności z wymaganiami określonymi w przepisach prawa. W ocenie Odwołującego VII oferta konsorcjum Astaldi nie spełnia wymagań SIWZ zakresie rozwiązań projektowych, dotyczących wykonania tego elementu robót m.in. w zakresie systemu wentylacji, hydrantów przeciwpożarowych, systemu odwodnienia. Dowód: wyciąg z PFU w zakresie dotyczącym tunelu - system odwodnienia i system hydrantów (Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania). W szczególności, w ocenie Odwołującego VII, rozwiązania przyjęte przez Astaldi są niezgodne z przepisami rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz. 735, ze zm.). Zgodnie z § 303. 1 w/w rozporządzenia na całej długości obiektu inżynieryjnego lub na odcinkach wynikających z potrzeb należy stosować pomosty oraz galerie i spoczynki zapewniające dostęp do elementów wyposażenia oraz umożliwiające wykonywanie napraw lub czynności eksploatacyjnych. Powyższe elementy wyposażenia winny z kolei spełniać wymagania opisane w § 303, 304 i 305 w/w rozporządzenia. Zgodnie zaś z § 307 ust. 1 i 2 rozporządzenia urządzenia, o których mowa w § 303-305 i § 306 ust. 1 pkt 2 (pomosty, galerie, spoczynki), powinny zapewnić wysokość w świetle do poruszania się obsługi nie mniejszą niż 1,9 m. W ocenie Odwołującego VII założenia projektowe przyjęte w ofercie Astaldi nie potwierdzają spełnienia powyższego wymogu, co świadczy o niezgodności oferty z SIWZ.

Dalej Odwołujący VII wskazał, że zgodnie z wymaganiami dotyczącymi hydrantów przeciwpożarowych oraz systemu odwodnienia, określonymi w pkt. 2.1.13.2.2. System odwodnienia, kanalizacji deszczowej, przeciwpożarowej i drenażowej PFU oraz 2.1.13.2.10 System hydrantów przeciwpożarowych w tunelu PFU (str. 207-210 PFU), w tunelu mają być zastosowane typowe hydranty zewnętrzne z automatycznym odwodnieniem. Dodatkowo, system odwodnienia nawierzchni drogowej jak i odwodnienie płyty dennej muszą być wykonane jako osobne systemy. Powyższe wynika za zapisów PFU, pkt. 2.1.13.2.2 (str. 183-186 PFU): „Całość podłączona powinna być do projektowanej kanalizacji deszczowej rozdzielającej system odbioru wód na: system I: odbiór wód z systemu drenażowego - poprzez przepompownię bądź grawitacyjnie i zrzut do odbiornika - kanalizacji deszczowej na zewnątrz tunelu; system II: odbiór wód z systemu kanału deszczowego - system

uwzględniający przejęcie wód z utrzymania tunelu, akcji gaśniczej, zdarzenia losowego związanego z rozszczelnieniem zbiornika w pojeździe. Wody z systemu przed pompowaniem i zrzutem rozdzielone są od substancji niebezpiecznych w systemie separatorów."

Wymagania Zamawiającego oznaczają, iż odpływ wody z odwodnienia hydrantu musi być poniżej strefy przemarzania gruntu zaś w przypadku odwodnienia konieczne jest umieszczenia rur zbiorczych poniżej strefy przemarzania i zapewnienie dodatkowej tolerancji pomiędzy rurami zbiorczymi odwodnienia nawierzchni drogowej i płyty dennej tunelu drogowego. W ocenie Odwołującego VII założenia projektowe przyjęte przez wykonawcę Astaldi nie spełniają powyższych wymagań, a potwierdzenie powyższej niezgodności będzie wynikać z wyjaśnień złożonych przez Astaldi, w tym m.in. z odpowiedzi na pytania dotyczące części C. Wykazu Płatności: poz. III Roboty, w tym m.in. pytanie nr 13 i 44 wezwania z dnia 3 lutego 2015 roku.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w zakresie wodociągu tłocznego, Odwołujący VII wskazał, że zgodnie z PFU opis wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, choć objęty jednym postępowaniem i ofertą, podzielony został na dwa zakresy: 1) droga ekspresowa S2 - Zadanie „A" oraz 2) Budowa rurociągu tłocznego - Zadanie „A". Powyższe wynika z faktu, iż rurociąg tłoczny nie jest inwestycją Zamawiającego, ale realizowany jest na rzecz i na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy Zamawiającym oraz m.st. Warszawa. Na powyższe wskazuje m.in. opis zawarty w PFU (str. 336): „Nazwa nadana zamówieniu przez zamawiającego: Budowa rurociągu tłocznego będącego przedmiotem porozumienia zawartego pomiędzy m.st. Warszawy a GDDKiA". Również w ramach części oferty - Wykazu płatności prace związane z budową rurociągu tłocznego zostały ujęte w oddzielnej pozycji wykazu część III.B. Rurociąg tłoczny. Ze sposobu sformułowania PFU oraz Wykazu płatności wynika zatem, iż roboty dotyczące budowy rurociągu tłocznego należy traktować jako oddzielne zamówienie.

Odwołujący VII wskazał, że zgodnie z ofertą Astaldi wykonawca zaoferował za wykonanie prac dotyczących rurociągu tłocznego cenę 4.869.071,81 zł netto. W ocenie Odwołującego VII zaoferowana przez Astaldi cena nie pozwala na wykonanie całości zakresu robót dotyczących realizacji rurociągu tłocznego, w tym pokrycie kosztów materiałów, sprzętu i robocizny, a tym samym ofertę Astaldi w zakresie wyceny rurociągu tłocznego należy traktować jako rażąco niską, a w związku z powyższym oferta taka winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP.

64

Co do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oraz uznania wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny za prawidłowe i wyczerpujące, Odwołujący VII wskazał, że wartość oferty Astaldi (1.222.236.392,51 zł brutto) w sposób znaczący, bo o 44,62% odbiega od wartości szacunkowej zamówienia (2.206.910.634,66 zł brutto). Odwołujący VII wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 PZP to na wykonawcy spoczywa obowiązek należytego uzasadnienia i udowodnienia Zamawiającemu, że przedstawiona cena nie jest ceną rażąco niską. W momencie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, tj. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, powstaje bowiem domniemanie, iż zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska. W konsekwencji powyższego domniemania wykonawca jest zmuszony do jego obalenia poprzez i przedstawienie obiektywnych weryfikowalnych dowodów, potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołującego VII wskazał, że złożone przez Astaldi wyjaśnienia zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym Odwołujący VII nie ma faktycznej możliwości dokonani ich weryfikacji. Istnieje jednak uzasadnione podejrzenie, iż złożone przez Astaldi wyjaśnienia nie dają podstawy do uznania, że oferta Astaldi ma charakter rynkowy, a co za tym idzie nie powinny zostać zaakceptowane przez Zamawiającego i nie obalają domniemania iż oferta Astaldi zawiera rażąco niską cenę, które powstało w momencie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący VII wskazał, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień wystosowane przez Zamawiającego w dniu 3 lutego 2015 roku zawiera 84 szczegółowe pytania dotyczące nie tylko całkowitej ceny oferty Astaldi, ale również poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, które wykonawca winien był uwzględnić w swojej ofercie. Odwołującemu VII została udostępniona wyłącznie treść wezwania z dnia 3 lutego 2015 roku, niemniej jednak zgodnie z informacjami posiadanymi przez Odwołującego VII, wykonawca Astaldi przedłożył również dodatkowe wyjaśnienia w dniu 20 kwietnia 2015 r. oraz w dniu 7 maja 2015 r., a tym samym był wzywany przez Zamawiającego jeszcze co najmniej dwukrotnie do złożenia wyjaśnień. Treść wezwań ani też treść odpowiedzi Astaldi nie została jednak udostępniona Odwołującemu VII.

W związku z tym, iż Odwołujący VII nie ma faktycznej możliwości zapoznania się i zweryfikowania treści wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 lutego 2015 roku jak również innych wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę, z uwagi na objęcie ich klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zważywszy że Zamawiający nie odniósł się szczegółowo w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania do treści

65

---

złożonych przez Astaldi wyjaśnień, w ocenie Odwołującego VII konieczne jest dokonanie przez Izbę weryfikacji takich wyjaśnień Astaldi, z uwzględnieniem poniższej argumentacji oraz czynników mających wpływ na ocenę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Odwołujący VII wskazał, że art. 90 ust. 3 PZP wyraźnie stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego VII prawidłowa wykładnia wskazanego powyżej przepisu pozwala na twierdzenie, że Zamawiający, który dokonuje oceny wyjaśnień składanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 2 i 3 PZP, jest zobowiązany dokonać ich z uwzględnieniem przedstawionych dowodów, które winny być obiektywne i weryfikowalne. W

sytuacji, w której złożone są wyjaśnienia, z których wykonawca wywodzi tezy o tym, że cena nie jest rażąco niska, niemniej jednak tezy te nie udowodnione, to taką sytuacją należy traktować identycznie z sytuacją, w której nie złożono wyjaśnień zgodnie z przepisem art. 90 Odwołujący VII wskazał, iż obowiązek badania ofert, w stosunku do których istnieje wątpliwość co do ceny wynika również wprost z przepisów Dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z art. 55 ust. 1 Dyrektywy Jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne". Jak wynika z ust. 2 tego artykułu: „przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody." Jak bezpośrednio wskazuje Trybunał: ,,[z] powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne." (zob. Wyrok Trybunału z dnia 29 marca 2012 r. SAG ELV Slovensko a.s. i inni przeciwko Urad pre verejne obstaravanie).

Trybunał jednoznacznie wskazuje przy tym, że wykonawca jest zobowiązany przedstawić na wezwanie zamawiającego obiektywne wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, które mogą w szczególności odnosić się do oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy. Wyjaśnienia te muszą być użyteczne i kompletne. W ocenie Odwołującego VII nie powinno zatem ulegać wątpliwości, że w przypadku wezwania wykonawcy przez zamawiającego do wyjaśnień w związku z uzasadnionymi podejrzeniami dotyczącymi oferty z rażąco niską ceną to na wykonawcy

ciąży obowiązek przedstawienia możliwie kompletnych i obiektywnych, tj. weryfikowalnych informacji tak, aby na ich podstawie zamawiający mógł racjonalnie podjąć ostateczną decyzje dotyczącą odrzucenia bądź nie danej oferty.

Odwołujący VII wskazał również, że składane przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące ceny oferty musza być precyzyjne, kompleksowe i wyczerpujące. Odwołujący VII podkreślił, iż celem regulacji dotyczącej instytucji rażąco niskiej ceny jest ochrona zamawiającego oraz wydatkowanych przez niego środków publicznych. Tym bardziej Zamawiający winien oczekiwać jak najbardziej wyczerpujących wyjaśnień wykonawcy. Dodatkowo, wyjaśnienia dotyczące ceny oferty powinny wyraźnie wskazywać na argumenty potwierdzające realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. W swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawca musi wykazać, iż różnica pomiędzy ceną ofertową oraz cenami konkurencji bądź też ceną oszacowaną przez zamawiającego jest uzasadniona względami obiektywnymi. Konieczne jest również wykazanie, że podane czynniki cenotwórcze faktycznie mają wpływ na cenę ofertową oraz że uwzględnienie takich czynników ma realne uzasadnienie. Brak możliwości uzupełniania wyjaśnień w toku postępowania odwoławczego

Z ostrożności Odwołujący VII wskazał, iż niezależnie od informacji przedstawionych przez Astaldi na etapie postępowania odwoławczego czy też w przypadku powtórzenia czynności Zamawiającego na skutek wydanego orzeczenia nie mogą one być przedmiotem dodatkowej oceny, co do okoliczności czy oferta Astaldi nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca miał bowiem możliwość przedstawić wyjaśnienia oraz dowody na ich poparcie na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego.

Przedmiotem rozstrzygnięcia nie może być również wezwanie Astaldi do złożenia ponownych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, co do elementów mających wpływ na cenę oferty. Takie ponowne wezwanie stanowiłoby jawne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 2 stycznia 2013 r. (KIO 2722/12, KIO 273/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12) „Zadaniem Izby jest ocena czynności Zamawiającego. W niniejszej sprawie oznacza to, iż Izba bada poprawność wykluczenia czynności Zamawiającego na podstawie treści oferty i dokumentów do niej załączonych oraz treści dokumentów uzupełnionych, a w istocie udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, w

świetle art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy P.z.p. Co oznacza, iż ocenie podlegają dokumenty przedstawione przez wykonawcę i to tylko te, które w terminie określonym przez Zamawiającego zostały przez Wykonawcę przedstawione." Analogicznie: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. (X Ga 127/08).

67

Co do zarzutu jest zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez wykonawcę Astaldi (art. 87 ust. 1 PZP) oraz wyjaśnień tego wykonawcy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny (art. 90 ust. 1 PZP), Odwołujący VII wskazał, że w skutek powyższego, naruszony został interes Odwołującego VII, gdyż Zamawiający uniemożliwił mu zapoznanie się ze złożonymi wyjaśnieniami i ewentualne odniesienie się do nich w złożonym odwołaniu. W stosunku do wszystkich tych wyjaśnień wykonawca Astaldi zastrzegł, że zawierają one w całości informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK. 6.3. W dniu 20 maja 2015 r. Zamawiający ponowił wezwanie w zakresie uzasadnienia zasadności przedłożonych wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie, w jakim zakresie ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Astaldi zagraża lub narusza interes tego wykonawcy oraz na jakiej podstawie zostały one zakwalifikowane jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na to wezwanie, wykonawca Astaldi w dniu 25 maja 2015 r. przedstawił ogólne, lakoniczne wyjaśnienia, które w żaden sposób nie potwierdzały spełnienia przesłanek do objęcia zastrzeganych informacji klauzulą poufności. Pierwsza część tych wyjaśnień (akapit pierwszy oraz drugi) stanowiła w zasadzie opis Postępowania. Dalsza część przedłożonych wyjaśnień zawierała z kolei wyłącznie argumentację prawną (bez odniesienia się do poszczególnych okoliczności faktycznych) zawierającą wypowiedzi doktryny oraz przywołującą orzecznictwo KIO w zakresie spraw związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa. Z treści tego pisma w żaden sposób nie wynika jednak odpowiedź na postawione w wezwaniu z 20 maja 2015 r. pytanie co do groźby naruszenia interesu wykonawcy Astaldi wskutek ujawnienia przedłożonych wyjaśnień ani też spełnienie przesłanek zastrzeżenia informacji, określonych w art. 11 ust. 4 UZNK.

Odwołujący VII wskazał, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na wykonawcy Astaldi. W związku z powyższym uznać należy, że wykonawca Astaldi w żaden sposób nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK a zatem Zamawiający powinien ujawnić treść wyjaśnień udzielonych przez tego wykonawcę. Odwołujący VII podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest sytuacją wyjątkową, a obowiązującą zasadą pozostaje jawność, co wynika wprost z art. 8 ust. 1 PZP. Zasada ta stanowi, przede wszystkim, gwarancję urzeczywistnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym, każde jej naruszenie przyczynia się do wadliwości prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do unieważnienia całego postępowania. Nieakceptowaną jest praktyka czynienia zastrzeżenia

68

informacji tylko po to, by uniemożliwić czy ograniczyć konkurencyjnym wykonawcom zweryfikowanie zawartości merytorycznej oferty, jej uzupełnienia, wyjaśnień czy składających się na nią dokumentów.

W świetle powyższego, Zamawiający powinien badać wszelkie przypadki zastrzegania przez wykonawców określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z najwyższą starannością, natomiast wszelkie wątpliwości co do niewystarczającego jej uzasadnienia, powinien rozstrzygać na niekorzyść wykonawcy (tak: wyrok KIO z 14 października 2014 r., sygn. KIO 1833/14). Fakt wezwania wykonawcy Astaldi w dniu 20 maja 2015 r. do przedstawienia tego dodatkowego uzasadnienia niezbicie potwierdza, że Zamawiający nabrał uzasadnionych podejrzeń co do skuteczności zastrzeżenia dokonanego w wyjaśnieniach składanych przez Astaldi w dniu 16 lutego 2015 roku, 20 kwietnia 2015 roku oraz maja 2015 roku. Świadczy o tym chociażby fragment wezwania z 20 maja 2015 r., w którym Zamawiający wskazał, że „w myśl przepisów ustawy PZP, bezpodstawne

zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może utrudniać innym wykonawcom dokonywanie oceny, czy podane przez Państwa informacje mające wpływ na ocenę oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, a co za tym idzie może przyczynić się do ograniczenia zasady jawności postępowania". Otwartym w związku z powyższym pozostaje pytanie, dlaczego w takiej sytuacji, zamiast występować o kolejne uzasadnienie, nie zdecydował się na ujawnienie zastrzeżonych informacji. Potwierdzeniem tego, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych Zamawiający powinien był już w dniu 20 maja 2015 r. odtajnić złożone przez wykonawcę Astaldi wyjaśnienia, mogą być tezy wynikające z uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. III CZP 74/05.

W ocenie Odwołującego VII Zamawiający był zobowiązany do zbadania czy zastrzeżenie poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Astaldi zostało uczynione w sposób prawidłowy i czy rzeczywiście wykonawca ten podjął środki w celu zachowania ich w poufności a także, że informacje te nie były nigdzie ujawniane. Jeżeli zaś wykonawca Astaldi zastrzegł jako poufne informacje, co od których nie zostały spełnione przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 UNZK, wówczas Zamawiający winien odtajnić te informacje, nie bacząc na zastrzeżenie dokonane przez tego wykonawcę, a nie występować ponownie o ich uzupełnienie. 6.14. W ocenie Odwołującego VII z dużym prawdopodobieństwem nie cała treść wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Astaldi stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący VII wskazał, że nawet jeżeli w treści udzielanych wyjaśnień przez wykonawcę Astaldi rzeczywiście znalazły się pewne informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (z czym Odwołujący VII się nie zgadza) to nic nie stało na przeszkodzie aby Zamawiający ujawnił część udzielonych wyjaśnień. Na możliwość

częściowego odtajniania informacji zawartych w ofertach wskazuje orzecznictwo KIO. Warto w tym miejscu dla przykładu wskazać na wyrok z dnia 8 sierpnia 2014 r., sygn. KIO 1542/14, czy też wyrok z dnia 6 grudnia 2010 r., sygn. KIO 2493/10, KIO 2494/10, KIO 2496/10. W szczególności w drugim z przywołanych rozstrzygnięć KIO wskazała, że „zamawiający powinien odtajnić informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Można uczynić to fragmentarycznie, zakreślając (w taki sposób, by nie ujawniać danych wrażliwych) zakres i wartość kontraktów, jednak zakres nie może być utajniony w części odpowiadającej postawionemu przez Zamawiającego warunkowi. Zamawiający może ograniczyć się do odtajnienia informacji zawartych w referencjach, które uznał za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu".

W ocenie Odwołującego VII w rzeczywistości, jedyną wartością gospodarczą jaką osiąga wykonawca Astaldi zastrzegając w całości przedkładane Zamawiającemu wyjaśnienia jest „korzyść procesowa" jaką ten wykonawca osiąga uniemożliwiając innym konkurentom poznanie swojej oferty i innych dokumentów na nią się składających, a przez to jej ewentualne kwestionowanie. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być jednak nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 UZNK (zob. wyrok KIO z 24 kwietnia 2012 r,. sygn. KIO 762/12.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ wraz ze zmianami oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2013/S 247 – 429953 z dnia 20 grudnia 2013 r. wraz ze zmianami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia wymaganych przez Zmawiającego; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) protokoły badania i oceny ofert wykonawcy Astaldi, Konsorcjum PORR Konsorcjum IDS, wykonawcy Bilfinger, wykonawcy Warbud, Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcy Mota na okoliczność ustalenia przebiegu i wyników badania ofert powyższych wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny oraz uwzględnienia w wycenie zamówienia wszystkich wymagań Zamawiającego; (iv) ofertę wykonawcy Astaldi, Konsorcjum Porr, Konsorcjum IDS, Konsorcjum Gülermak, wykonawcy Mota, wykonawcy Bilfinger oraz Warbud na okoliczność ustalenia ich treści; (v) wezwanie Zamawiającego z dnia 3 lutego, 9

kwietnia oraz 30 kwietnia 2015 r. do złożenia wyjaśnień skierowane do wykonawcy Astaldi, wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Konsorcjum Porr z dnia 3 lutego, 9 kwietnia,

30 kwietnia, 11 maja oraz do Konsorcjum IDS z dnia 3 luty, 9 czerwca, 30 kwietnia oraz wyjaśnienia wykonawcy Astaldi z dnia 16 lutego, 20 kwietnia oraz 8 maja 2015 r., Konsorcjum Porr z dnia 16 lutego, 21 kwietnia, 8 maja, i 11 maja 2015 r. oraz Konsorcjum IDS z dnia 16 lutego, 20 kwietnia oraz 8 maja 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (vi) wezwanie Zamawiającego z dnia 29 stycznia, 3 kwietnia oraz 27 kwietnia 2015 r. skierowane do Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcy Mota oraz odpowiedź Konsorcjum Gülermak z dnia 9 lutego, 16 kwietnia oraz 5 maja 2015 r. oraz wykonawcy Mota z dnia 9 lutego, 15 kwietnia oraz 30 kwietnia 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (vii) wezwanie Zamawiającego z dnia 29 stycznia, 7 kwietnia oraz 27 kwietnia skierowane do wykonawcy Warbud oraz Bilfinger oraz odpowiedź wykonawcy Warbud z dnia 9 lutego, 17 kwietnia oraz 5 maja 2015 r. oraz odpowiedź wykonawcy Bilfinger z dnia 9 lutego, 17 kwietnia i 5 maja 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (viii) pismo Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2015 r. dot. wezwania do przedłużenia okresu związania ofertą oraz odpowiedź wykonawcy Astaldi z dnia 20 kwietnia oraz Konsorcjum Porr z dnia 21 kwietnia na okoliczność ustalenia ich treści; (xi) pismo Zamawiającego z dnia 20 maja 2015 r. skierowane do wykonawców Astaldi, Konsorcjum IDS, Konsorcjum Gülermak i Mota w zakresie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odpowiedzi wykonawcy Astaldi, Konsorcjum IDS oraz Konsorcjum Gülermak z dnia 25 maja 2015 r i odpowiedź wykonawcy Mota z dnia 22 maja 2015 r. na okoliczność ustalenia treści złożonych wyjaśnień; (xii) pismo Zamawiającego z dnia 28 maja 2015 r. na okoliczność ustalenia zakresu odtajnionych dokumentów; (xiii) ofertę handlową firmy Amitech z dnia 4 listopada 2014 r. na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny jaką wykonawca Astaldi zaoferował za wykonanie rurociągu tłocznego; (xiv) Analizę i prognozę minimalnych kosztów realizacji inwestycji przygotowaną przez Arcadis sp. z o.o. na okoliczność wykazania, iż nie ma możliwości wykonania zamówienia za ceny zaproponowane przez wykonawców Mota oraz Gülermak; (xv) analizę cenową przedłożoną przez wykonawcę Warbud na okoliczność wykazania rynkowej i realnej wartości zamówienia na Zadanie C; (xvi) odpowiedzi Zamawiającego na pytania dotyczące SIWZ z dnia 30.10.2014 r.; warunki wykonania i odbioru robót D.05.03.04 oraz wydruki internetowe z innych postępowań na okoliczność wykazania, że nawierzchnia z betonu cementowego posiada warstwę ścieralną; (xvii) ekspertyzę przygotowaną przez inż. I. K. z dnia 9 czerwca 2015 r. na okoliczność wykazania kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia – zadanie C, najszerszego możliwego zakresu optymalizacji rozwiązań zaproponowanych przez Zamawiającego, przy uwzględnieniu minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym zakupu materiałów; (xviii) kopię gwarancji bankowej udzielonej przez Bank Credit Agricole na rzecz Strabag sp. z o.o. z dnia 22 stycznia 2015 r.

na okoliczność wykazania wadliwości gwarancji przedłożonej przez wykonawcę Astaldi; (xix) pismo Zamawiającego z dnia 7 maja 2015 r. skierowane do Konsorcjum Gülermak dot. poprawienia treści oferty oraz odpowiedź konsorcjum z dnia 7 maja 2015 r. na okoliczność ustalenia zmian dokonanych w treści oferty Konsorcjum Gülermak; (xx) pismo Zamawiającego z dnia 25 maja 2015 r. na okoliczność ustalenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie powyższych dokument, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Projekt i budowa drogi ekspresowej S2 - Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła “Puławska" do węzła "Lubelska" z podziałem na trzy zadania: Zadanie "A" od węzła Puławska (bez węzła) do węzła Przyczółkowa (bez węzła) o długości ok. 4,6 km; Zadanie „B" od węzła Przyczółkowa (z węzłem) do węzła Wał Miedzeszyński (z węzłem) o długości ok. 6,5 km; Zadanie „C” od węzła Wał Miedzeszyński (bez węzła) do węzła Lubelska (bez węzła) o długości ok 7,5 km", nr ref. 130/2013. Ogłoszeniem o zamówieniu zostało przekazane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich dnia 18 grudnia 2013 r. (ogłoszenie opublikowane zostało dnia 20 grudnia 2013 r., pod nr 2013/S 247- 429953).

Zamówienie zostało podzielone na trzy zadania: A, B i C. W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 20 grudnia 2013 r., Zamawiający określił, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dowolną liczbę Zadań (Części), natomiast ofertę można złożyć tylko na jedno Zadanie (pkt VI.3. Ogłoszenia o zamówieniu).

Ograniczenie to zostało podtrzymane w przesłanej wykonawcom dopuszczonym do udziału w postępowaniu SIWZ (pkt 7.2: Wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedno Zadanie
(Część). Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 12.1), kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: cena (90%) oraz okres gwarancji jakości (10%).

Izba ustaliła, że zgodnie z SIWZ wykonawcy nie byli zobowiązani do załączenia wraz z ofertą żadnych koncepcji wykonania zamówienia, analiz czy kosztorysów. Wykonawcy byli wyłącznie zobowiązani przedłożyć wraz z ofertą wypełniony Wykaz płatności – tabela wartości elementów zryczałtowanych, zawierający wycenę elementów wymaganych przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w SIWZ i PFU w pkt 2.3 oraz 2.4 PFU (str. 357-382 PFU) dotyczących budowy rurociągu tłocznego - Zadanie A oraz stosownie do treści formularza oferty - Wykaz płatności - tabela wartości elementów zryczałtowanych, pozycja III.B. Rurociąg tłoczny - obowiązkiem wykonawcy była wycena elementu robót polegających na wykonaniu rurociągu tłocznego w ramach realizowanej inwestycji. Zgodnie z zapisami SIWZ oraz Wykazu płatności wartość prac dotyczących wykonania rurociągu tłocznego ma charakter ryczałtowy i nie może przekraczać 0,5% wartości całej oferty.

W zakresie zadania A, Izba ustaliła, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1.794.236.288,35 zł (kwota ta nie uwzględnia zamówień uzupełniających), zaś z uwzględnieniem zamówień uzupełniających 2.691.354.432,53 zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia została ostatecznie (po jej modyfikacji w związku ze spadkiem cen na rynku budowlanym) ustalona na poziomie 1.614.597.097,29 zł brutto.

Do upływającego w dniu 26 stycznia 2015 r. terminu składania ofert na zadanie „A", w postępowaniu złożonych zostało dziesięć ofert:

Miejsce w Nazwa Cena brutto PLN Liczba Liczba Łączna rankingu wykonawcy punktów w punktów w liczba
kryterium kryterium punktów ceny okresu
gwarancji 10 100 1 Astaldi 1.222.236.392,51 90
10 94,27 2 Konsorcjum 1.305.293.422,21 64,27 PORR
10 90,06 3 Konsorcjum 1.373.910.000 80,06 IDS
10 81,97 4 Konsorcjum 1.528.342.111,59 71,97 Salini
10 78,02 5 Impresa 1.617.298.710 68,02 Pizzarotii &
C. S.p.A. Wykonawca Konsorcjum 1.731.787.116,15
wykluczony Energopol – Szczecin
S.A. 6 Metrostav 1.885.492.221,13 59,28 0 59,28
as Wykonawca Konsorcjum 2.260.037.190,30
wykluczony OHL SA Wykonawca Dragados 2.260.037.935,30
wykluczony SA 7 Konsorcjum 2.431.710.000 45,24 10 55,24
Strabag i

BudEmex

W pkt 11.1 SIWZ – Tom 1, Rozdział I IDW Zamawiający określił, iż termin związania ofertą wynosi 90 dni.

Pismem z dn. 9 kwietnia 2015 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców biorących udział w

postępowaniu o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz wezwał do jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, do wniesienia nowego wadium. Zamawiający w powyższym piśmie wskazał, że pierwotny termin związania ofertą upływa w dniu 25 kwietnia.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2015 r. wykonawca Astaldi poinformował Zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, przedkładając aneks do gwarancji przetargowej ważnej do dnia 30 czerwca 2015 r. Pismem z dnia 21 kwietnia 2015 r. Konsorcjum Porr poinformowało Zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą o wskazane przez Zamawiającego 60 dni oraz przedłużyło okres ważności wadium do dnia 26 czerwca 2015 r.

Zamawiający w dniu 3 lutego 2015 r. zwrócił się m. in. do Astaldi, Konsorcjum Porr, Konsorcjum IDS, działając na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Pzp, z żądaniem złożenia wyjaśnień, czy oferty tych wykonawców zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Wykonawcy złożyli wyjaśnienia dnia 16 lutego. Kolejne wezwanie zostało skierowane w dniu 9 kwietnia 2015 r. Wyjaśnienia zostały złożone w dniu 21 kwietnia przez wykonawcę Astaldi oraz Konsorcjum Porr oraz w dniu 20 kwietnia przez Konsorcjum IDS. Ponowne wezwanie odnoszące się do tego zagadnienia przesłane zostało do tych wykonawców tych dnia 30 kwietnia 2015 r., a do Konsorcjum Porr dodatkowo skierowano wezwanie w tym zakresie w dniu 11 maja 2015 roku. Wykonawcy udzielali odpowiedzi w dniu 8 maja Konsorcjum IDS, 7 maja Astaldi oraz 8 i 11 maja Konsorcjum Porr.

Pismem z dnia 20 maja 2015 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców Astaldi oraz Konsorcjum IDS o uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień. Pismami z dnia 25 maja 2015 r. wykonawcy złożyli wyjaśnienia. Zamawiający utrzymał zasadność dokonanych zastrzeżeń przez wykonawcę Astaldi oraz Konsorcjum Porr.

Pismem z dnia 25 maja 2015 r. Zamawiający skierował do wykonawców biorących udział w postępowaniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wybrana została oferta Astaldi (łączna liczba przyznanych pkt - 100), na drugim miejscu uplasowała się oferta Konsorcjum Porr (łączna liczba przyznanych pkt - 94,27), na trzecim oferta Konsorcjum IDS (łączna liczba przyznanych pkt - 90,06), a na czwartym oferta złożona przez Konsorcjum Salini (łączna liczba przyznanych pkt - 81,97).

W zakresie zadania B Izba ustaliła, że bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający poinformował wykonawców, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.764.775.418,94 zł brutto. Zgodnie z protokołem postępowania szacunkowa wartość zamówienia, bez zamówień uzupełniających, została ustalona na poziomie 1.434.776.763,37. Na tę część zamówienia zostało złożonych pięć ofert: wykonawca Mota – cena 775.608.140,52 zł brutto; Konsorcjum Gülermak – cena 757.643.100,00 brutto; konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Most – Łódź S.A. oraz TERRAG – ASDAG z ceną 942.632.818,82 brutto; wykonawca Pol - Aqua sp. z o.o. – cena 961.093.614,98 oraz Konsorcjum Strabag Infrastructure Południe sp. z o.o. oraz Mostostal Kraków S.A. – cena 1.241.685.000,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że Konsorcjum Gülermak załączyło do oferty gwarancję bankową wystawioną w dniu 13 stycznia 2015 r. przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. W gwarancji tej bank oświadczył m.in. „Niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty”.

Izba ustaliła również, że w pkt 1.4.1.1 w) PFU Zamawiający określił wymagania w zakresie Obwodu Utrzymania Drogi, wskazują: „Zaprojektować i wykonać Obwód Utrzymania Drogi (silos wraz z pomieszczeniami gospodarczymi) w pasie drogi ekspresowej w miejscu planowanego węzła „Czernikowska Bis” z możliwością zjazdu i wjazdu w obu kierunkach”.

Izba ustaliła, że w pkt 1.5.2.1 PFU dla zadania B Zamawiający wskazał Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, wskazując m.in. iż przygotowanie i realizacja inwestycji należy przeprowadzić zgodnie z wymaganiami m.in. Zarządzeń Generalnego

Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Dalej w pkt 2.1.2 „Konstrukcje nawierzchni" oraz pkt 2.2. Zamawiający wskazał, że przy realizacji zamówienia zastosowanie mają zarządzenie nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16.06.2014 r. „Katalog Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych" oraz zarządzenie nr 30 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16.06.2014 r. „Katalog Typowych Konstrukcji Nawierzchni Sztywnych". W pkt 2.1.2.3 PFU Zamawiający opisał konstrukcję nawierzchni sztywnych.

Izba ustaliła, że w dniu 12.12.2014 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ nr 3 pozycja nr 195 – Tom I Instrukcji dla wykonawców wraz z formularzem; Rozdział 1 Instrukcji dla wykonawców (IDW); 12.1.2. opis kryterium „Okres gwarancji jakości", poprzez dokonanie m.in. następujących zmian:

- pkt 2.1.1. – Warstwa ścieralna – wynosi 5 lat;
  pkt 2.1.2 – Pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni – wynosi 10 lat; •
  pkt 2.2.1 – Konstrukcja nawierzchni, w tym konstrukcja nawierzchni tunelu – wynosi • 10 lat;

W następujący sposób:

- pkt 2.1. – Warstwa ścieralna z mieszanek mineralno – bitumicznych – okres gwarancji wynosi 5 lat;
  pkt 2.2. – Pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni z mieszanek mineralno – • bitumicznych – okres gwarancji wynosi 10 lat;
  pkt 2.3 – Nawierzchnia z betonu cementowego – okres gwarancji jakości wynosi 10 • lat.

Izba ustaliła, że pismami z dnia 29 stycznia, 3 kwietnia oraz 27 kwietnia 2015 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Gülermak do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Konsorcjum Gülermak złożyło wyjaśnienia w pismach z dnia 9 lutego, 16 kwietnia oraz 5 maja 2015 r.

Izba ustaliła, że pismami z dnia 29 stycznia, 3 kwietnia oraz 27 kwietnia 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Mota do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca Mota złożył wyjaśnienia w pismach z dnia 9 lutego, 15 kwietnia oraz 30 kwietnia 2015 r.

Pismem z dnia 7 maja 2015 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum Gülermak o poprawieniu w ofercie tego wykonawcy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Pismem z dnia 7 maja 2015 r. Konsorcjum Gülermak poinformowało Zamawiającego o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki.

Na zadanie C zostały złożone 3 oferty: Konsorcjum Budimex z ceną brutto 714.814.500 zł. brutto; (ii) wykonawca Warbud z cena 561.660.312, 21 zł brutto; (iii) wykonawca Bilfinger

ceną 594.762.311 zł. brutto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający poinformował wykonawców, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 923.854.494,71 zł brutto. Zgodnie z protokołem postępowania, szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego, bez uwzględnienia zamówień uzupełniających, została ustalona na poziomie 751.101.215,21 zł.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismami z dnia 29 stycznia 2015 r., 7 kwietnia 2015 r. oraz 27 kwietnia 2015 r. wezwał wykonawcę Warbud do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca Warbud złożył wyjaśnienia w pismach z dnia 9 lutego 2015 r., 17 kwietnia 2015 r. oraz 5 maja 2015 r. Wykonawca ten zastrzegł wyjaśnienia jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismami z dnia 29 stycznia 2015 r., 7 kwietnia 2015 r. oraz 27 kwietnia 2015 r. wezwał wykonawcę Bilfinger do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1

oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca Bilfinger złożył wyjaśnienia w pismach z dnia 9 lutego 2015 r. 17 kwietnia 2015 r. oraz 5 maja 2015 r. Treść wyjaśnień została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pisma z dnia 25 maja 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. W zakresie zadania C została wybrana oferta wykonawcy Warbud.

Pismem z dnia 28 maja 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odtajnieniu części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Warbud oraz Bilfinger (tj. stronę 1 -2 wyjaśnień złożonych przez powyższych wykonawców w dniu 9 lutego 2015 r.)

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 5 czerwca 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez następujących wykonawców:

1. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: SALINI POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Salini Impregilo S.p.A., z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A., z siedzibą w Rzymie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., z siedzibą w Brzozach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w spawie o sygn. akt: KIO 1185/15 oraz KIO 1211/15 po stronie odwołującego;

2. Wykonawcy ASTALDI S.p.A., z siedzibą w Rzymie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1185/15, KIO 1199/15 oraz KIO 1211/15 po stronie zamawiającego;
3. Wwykonawcy Impresa Pizzarotti & C. S.p.A, z siedzibą w Parmie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1185/15 po stronie zamawiającego;
4. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Porr (Polska) S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH, z siedzibą w Wiedniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1185/15 oraz KIO 1199/15 po stronie zamawiającego;
5. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt, A.Ş, z siedzibą w Ankarze oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., z siedzibą w Mińsku Mazowieckim zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1189/15 oraz KIO 1209/15 po stronie zamawiającego;
6. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A., z siedzibą w Łodzi oraz TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, z siedzibą w Wiedniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1189/15 po stronie odwołującego;
7. Wykonawcy Bilfinger Infrastructure S.A., z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1191/15 oraz KIO 1208/15 po stronie zamawiającego;
8. Wykonawcy Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1191/15 po stronie zamawiającego;
9. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: IDS-BUD S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Korporacja „ALTIS-HOLDING", z siedzibą w Kijowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1199/15 po stronie zamawiającego oraz KIO 1211/15 po stronie odwołującego;
10. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1208/15 po stronie zamawiającego;

11. Wykonawcy MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1209/15 po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszeń przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2015 r. złożył odpowiedzi na odwołania wnosząc o oddalenie odwołań w całości.

Izba pominęła pismo procesowe Konsorcjum Porr, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2015 r. Przedmiotowe pismo zostało przekazane Izbie po zamknięciu rozprawy. Ponadto, w przedłożonym piśmie brak jest jakiekolwiek informacji, że wykonawca ten przekazał odpis pisma wszystkim uczestnikom postępowania. W złożonym piśmie Konsorcjum Porr załączyło dowody na wykazanie zasadności swojego stanowisko, po zakończeniu postępowania dowodowego. Działanie takie Izba uznała za nieuprawnione. Wykonawca ten w trakcie rozprawy, przed zamknięciem postępowania dowodowego, oświadczył, iż nie zgłasza żadnych wniosków dowodowych, zaś przesyłanie dowodów w piśmie końcowym, w sytuacji, gdy pozostali uczestnicy postępowania nie mają możliwości się z nimi zapoznać i się do nich ustosunkować uznać należy za niedopuszczalne.

Ponieważ odwołania nie zawierały braków formalnych i wpisy od niech zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.
Izba zważył co następuje:

Ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przed 19 października 2014 r., a zatem zgodnie z art. 3 przepisów przejściowych do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp sprzed nowelizacji.

Uzasadnienie do odwołań opatrzonych sygnaturami: KIO 1185/15, KIO 1199/15 oraz KIO 1211/15 – zadanie A

Izba ustaliła, że wykonawca Astaldi, Konsorcjum Porr oraz Konsorcjum IDS spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj.

mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Sygn. akt: KIO 1185/15

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 w zw. z art. 85 ust. 4 w zw. z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania 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. Ustawodawca przewidział więc trzy podstawy obligujące Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania tj. (1) wykonawca do upływu terminu składania ofert nie wniósł wadium; (2) wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp; (3) wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okres związania ofertą. W ocenie Izby żadna z powyższych okoliczności nie wystąpiła w stosunku do wykonawców Astaldi oraz Konsorcjum Porr.

Po pierwsze, obaj wykonawcy składając oferty oświadczyli, zgodnie z pkt 11.1 SIWZ – Tom I Rozdział I IDW, iż termin związania ofertą wynosi 90 dni. Obaj wykonawcy przedłożyli

również gwarancje wadialne, ważne do dnia 26 maja 2015 r. w przypadku wykonawcy Astaldi oraz 27 kwietnia 2015 r. w przypadku Konsorcjum Porr. W konsekwencji pierwsza z wymienionych powyższej przesłanek zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie ma zastosowania.

W ocenie Izby brak jest również podstaw do uznania, że w okolicznościach niniejszej sprawy ziściły się przesłanki obligujące Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy Astaldi oraz Konsorcjum Porr z powodu nie wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, że art. 46 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego. W przedmiotowej sprawy przepis ten nie ma zastosowania.

Dalszej Izba uznała, że obaj wykonawcy wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przedłużony okres związania ofertą został określony przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 kwietnia 2015 r. i obaj wykonawcy uczynili zadość wezwaniu Zamawiającego zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Podkreślenia wymaga, że kierując do wykonawców pismo z dnia 9 kwietnia 2015 r. Zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawienia do jednokrotnego wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o oznaczony okres nie dłuży niż 60 dni wynikającego z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający w treści pisma określił wymagany okres przedłużenia (tj. „o 60 dni") oraz wskazał termin upływy pierwotnego okresu związania ofertą tj. 25 kwietnia 2015 r. Treść oświadczenia woli Zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 9 kwietnia winna być interpretowana z uwzględnieniem art. 65 kodeksu cywilnego. Sens oświadczenia woli wyrażonego w postaci pisemnej ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W przedmiotowym postępowaniu jest to pismo Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2015 r., w którym Zamawiający jednoznacznie określił upływ pierwotnego terminu związania ofertą, wskazując go datą dzienną 25 kwietnia 2015 r. i wymagając jednocześnie, aby wykonawcy przedłużyli termin związania ofertą o 60 dni. Literalna wykładania powyższego pisma pozwala na przyjęcie, iż celem i zamiarem Zamawiającego było przedłużenie przez wykonawców terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium o 60 dni liczonych od dnia upływu pierwotnego terminu związania ofertą tj. 25 kwietnia 2015 r. Odwołujący I w treści odwołania przemilcza okoliczność wskazania przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 9 kwietnia daty upływu pierwotnego terminu związania ofertą, wyjaśniając na rozprawie, iż należy traktować oświadczenie Zamawiającego w tym zakresie wyłącznie jako błędne przypomnienie/pouczenie, nie zaś jako datę od której należy liczyć kolejne 60 dni. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego I. W przedmiotowym piśmie Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości wskazał pierwotny termin upływu związania ofertą. Zarówno wykonawca Astaldi jak i Konsorcjum Porr kierując się treścią wezwania Zamawiającego
przedłużyli termin związania ofertą oraz wadium o kolejne 60 dni liczone od daty 25 kwietnia 2015 r. Wykonawcy ci wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą, czyniąc zadość wymaganiom Zamawiającego określonym w piśmie z dnia 9 kwietnia 2015 r.

Zgodzić się należy z Odwołującym I, że art. 182 ust. 6 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze ius cogens i Zamawiający był zobowiązany uwzględnić okres zawieszenia terminu związania ofertą. Jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy to Zamawiający korzystał z przysługującego mu prawa jednokrotnego żądania przedłużenia terminu związania ofertą wynikającego z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp i to Zamawiający błędnie poinformował wykonawców o dacie upływu pierwotnego terminu związania ofertą. Wykonawcy, działając zgodnie z treścią wezwania oraz w zaufaniu do Zamawiającego,

uczynili zadość wezwaniu Zamawiającego kierując się literalną wykładnią oświadczenia zawartego w piśmie z dnia 9 kwietnia 2015 r. Niezasadnym w takiej sytuacji byłoby obarczenie wykonawców błędami popełnionymi przez Zamawiającego i przerzucanie na wykonawców negatywach skutków zaniedbań Zamawiającego.

W ocenie Izby nie ziściła się żadna z przesłanek obligujących Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca Astaldi oraz Konsorcjum Porr skutecznie złożyli swoje oświadczenie woli o przedłużeniu pierwotnego terminu związania ofertą, zachowując przy tym ciągłości ważności wadium.

Podkreślenia również wymaga, że zarówno w dniu otwarcia ofert jak i w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej ciągłość terminu związania ofertą wykonawcy Astaldi oraz Konsorcjum Porr jak i ciągłość ważności wadium tych wykonawców były zachowane. Nie doszło na żadnym etapie postępowania do przerwania terminu związania ofertą lub ważności wadium. Interes Zamawiającego nie był w żaden sposób zagrożony. Zamawiający kierując się dyspozycją art. 184 zdanie drugie jest uprawniony do wezwania wykonawcy Astaldi nie później niż 7 dni przed upływem terminu ważności wadium (tj. najpóźniej w dniu 23 czerwca 2015 r.) pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby naruszenie przez Zamawiającego art. 182 ust. 6 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykonawcy działali zgodnie z treścią wezwania z dnia 9 czerwca 2015 r. i brak jest podstaw do przerzucania na wykonawców negatywnych skutków błędów popełnionych przez Zamawiającego.

Wobec braku potwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 w zw. z art. 85 ust. 4 w zw. z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp , niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała jak w sentencji wyroku.

Sygn. akt: KIO 1199/15

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 oraz 3 Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zmawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 3). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, że zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności przeciwnych, m. in. przez wykazanie okoliczności przykładowo wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp.

W kontekście omawianego zarzutu konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia". Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej Zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m. in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i

funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Wskazać również należy, że pojęcie rażąco niskiej ceny nabiera szczególnego charakteru w analizowanym stanie faktyczny. W przyjętej formule realizacji zamówienia nie można mówić

o generalnym pojęciu „rażąco niskiej ceny", mającym jednakowe zastosowanie do wszystkich wykonawców. Pojęcie to winno być odniesione do określonego rozwiązania koncepcyjnego, indywidualnie zaproponowanego przez każdego z wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia i tak zaproponowane rozwiązane winno podlegać weryfikacji pod względem przewidywanych i zakładanych kosztów niezbędnych do jego realizacji oraz wyceny takich kosztów. Właściwe ustalenie ilości robót, jak również przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowią ryzyko wykonawcy. Ryzyko wynikające z braku możliwości dokonania szacunku ofertowego przez wykonawcę jest uwzględniane w cenie ryczałtowej. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj" nie odnosi się bowiem do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Dlatego też doświadczenie wykonawcy odgrywa w tym zakresie ogromną rolę. Umiejętność wyceny ryzyka związanego z realizacją inwestycji w tak przyjętej formule jest indywidualnym przymiotem każdego z wykonawców, wynikającym z doświadczenia i przyjętej strategii biznesowej.

Podkreślenia również wymaga, że w kontekście badania zaoferowania rażąco niskiej ceny i wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp brak jest jednolitego stanowiska co do konsekwencji prawnych związanych ze zwróceniem się zamawiającego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Pierwsza grupa orzeczeń wskazuje, iż konsekwencją takiego wezwania jest powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską cena (ta m. in. wyrok sądu okręgowego w Olsztynie z dnia 13 marca 2015 r. sygn. akt IX Ca 39/15; wyrok KIO 1287/14 czy wyrok KIO 918/14). Druga grupa orzeczeń nie podziela powyższego podglądu, wskazując, iż sam fakt wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie skutkuje powstaniem domniemania faktycznego istnienia rażąco niskiej ceny (tak np. wyrok KIO 1166/14 oraz KIO 1680/14).

Izba nie podziela poglądu, iż wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkuje zawsze powstaniem domniemania faktycznego, że w danej sprawie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, w wyniku czego ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Podkreślić należy, że domniemanie faktyczne do dyrektywa nakazująca przyjęcie, że jest prawdziwym określone twierdzenie (wniosek domniemania), o ile prawdziwym jest inne twierdzenie (przesłanka domniemania, themam probandi). Przy czym również fakty stanowiące podstawę samego domniemania powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi

okolicznościami, np. takimi jak ustalenie rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie uznał, iż nie wystąpiły okoliczność uzasadniające przyjęcie zaoferowania ceny rażąco niskiej przez wykonawcę Astaldi, Konsorcjum Porr oraz Konsorcjum IDS. Po pierwsze analiza cen ofert złożonych w postępowaniu na zadania A odzwierciedla dużą rozbieżność cenową złożonych ofert. Zamawiający w styczniu 2015 r. zaktualizował wycenę przedmiotu zamówienia, ze względu na upływ czas i określił ją ostatecznie na poziomie 1.614.597.097,28 zł brutto. Oferta złożona przez wykonawcę Astaldi wynosiła 1.222.236.392,51 zł., zaś oferta zawierająca najwyższą cenę wynosiła 2.431.710.000 zł, a więc była o 50% droższa od oferty wykonawcy Astaldi oraz 34% droższa od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Ceny ofert

złożonych przez Astaldi, Konsorcjum Porr oraz Konsorcjum IDS były niższe od zaktualizowanej szacunkowej wartości zamówienia, odpowiednio o 24,30%, 19,16% oraz 14,91%. Od średniej wartości wszystkich złożonych w postępowaniu ofert (tj. kwota 1.773.009.809,90) ceną zaoferowana przez Astaldi była niższa o 31,06%, cena oferty Konsorcjum Porr o 26,38%, a cena oferty Konsorcjum IDS o 22,51%. Za niezasadne Izba uznała porównywanie cen za realizacje zamówienia do szacunkowej wartości zamówienia uwzględniającej zamówienia uzupełniające. Na obecnym etapie postępowania wykonawcy nie uwzględniali w kosztach realizacji zamówienia ewentualnych zamówień uzupełniających, tym samym porównywanie zaoferowanych cen przez poszczególnych wykonawców do wartości zamówienia uwzględniającej zamówienia uzupełniające jest, w ocenie Izby, nieuprawnione, gdyż nie są to wartości porównywalne.

Mając na uwadze powyższe rozbieżności cenowe, rozważenia wymagało czy wykonawca Astaldi, Konsorcjum Porr oraz Konsorcjum IDS w złożonych wyjaśnieniach wskazali okoliczności uzasadniające wskazaną powyżej różnicę w wycenie kosztów związanych z realizacją zamówienia. Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Ocena Zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w

powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Zadanie to częstokroć nastręcza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a może przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Zauważyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię językową tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. Analiza więc wyjaśnień złożonych przez poszczególnych wykonawców winna zmierzać do weryfikacji czy cena danej oferty jest ceną rynkową tj. czy uwzględniając wymagania Zamawiającego oraz zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania koncepcyjne co do sposobu realizacji zamówienia zasadne jest uznanie, iż zakres nakładów materiałowych i robocizny oraz ich wycena odpowiadają wartości rynkowej, rzeczywistej.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznała, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Astaldi, Konsorcjum Porr oraz Konsorcjum IDS nie potwierdziły, iż zaoferowali oni cenę rażąco niską za realizację zamówienia, a tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty złożonych przez powyższych wykonawców.

Wykonawca Astaldi

Wykonawca ten przedstawił w wyjaśnieniach przyjęte założenia projektowe i koncepcyjne dotyczące sposobu realizacji zamówienia, udzielając odpowiedzi m.in. na pytania C.III nr 2, 7, 13, 43, 44, 58 wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015 r. oraz odpowiedź na pytania nr 12 wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2015 r. Wykonawca przedstawił koncepcję budowy tunelu oraz wynikające z niej korzyści i oszczędności, odzwierciedlone w przedłożonym kosztorysie wykonania tej części zamówienia oraz rysunku technicznym. Wykonawca określił zakres prac jakie planuje powierzyć podwykonawcom, przedkładając wstępne oferty handlowe na uprawdopodobnienie przyjętych założeń kalkulacyjnych. Wykonawca przedstawił rysunki koncepcyjne wykonania obiektów wskazanych w SIWZ, obrazujące planowane założenia projektowe. Ponadto wykonawca uprawdopodobnił przyjęte w wycenie koszty związanie z nabyciem materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, przedstawiając odpowiednie wstępne oferty dostawców.

Konsorcjum Porr
Wykonawca ten przedstawił w wyjaśnieniach przyjęte założenia projektowe i koncepcyjne dotyczące sposobu realizacji zamówienia, udzielając odpowiedzi m.in. na pytania nr C.III 13, 43, 44 wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015 r. Wykonawca przedstawił koncepcję budowy tunelu, przedstawił koszty jego realizacji w szczegółowym kosztorysie realizacji zamówienia oraz przedłożył szczegółowe rysunki techniczne, obrazujące przyjęte założenia projektowe i koncepcyjne. Wykonawca określił zakres prac jakie planuje powierzyć podwykonawcom, przedkładając wstępne oferty handlowe na uprawdopodobnienie przyjętych założeń kalkulacyjnych. Ponadto wykonawca uprawdopodobnił przyjęte w wycenie koszty związanie z nabyciem materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, przedstawiając odpowiednie wstępne oferty dostawców.
Konsorcjum IDS
Wykonawca ten przedstawił w wyjaśnieniach przyjęte założenia projektowe i koncepcyjne dotyczące sposobu realizacji zamówienia, udzielając odpowiedzi m.in. na pytania nr C.III 13, 44 wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015 r., odpowiedź na pytania 4.12, 5.13 wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2015 r. Wykonawca przedstawił analizę korzyści wynikających z przyjętych rozwiązań projektowych i koncepcyjnych, w tym m.in. związanych ze znacznym zmniejszeniem zapotrzebowania na materiały konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca przedstawił koncepcję budowy tunelu oraz wynikające z niej korzyści i oszczędności, odzwierciedlone w przedłożonym kosztorysie wykonania tej części zamówienia. Wykonawca określił zakres prac jakie planuje powierzyć podwykonawcom, przedkładając wstępne oferty handlowe na uprawdopodobnienie przyjętych założeń kalkulacyjnych. Wykonawca przedstawił rysunki koncepcyjne wykonania obiektów wskazanych w SIWZ, obrazujących planowane założenia projektowe. Ponadto wykonawca uprawdopodobnił przyjęte w wycenie koszty związanie z nabyciem materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, przedstawiając odpowiednie wstępne oferty dostawców.
W ocenie Izby Zamawiający zasadnie przyjął, że złożone wyjaśnienia nie dawały podstawy do przyjęcia, iż wykonawcy ci zaoferowali ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga, że przedmiot zamówienia jest realizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj". Nie oznacza to zupełnej dowolności wykonawców w kalkulowaniu kosztów realizacji zamówienia, w oderwaniu od realiów rynkowych, ale uprawnia ich do przyjęcia mniej lub bardziej oszczędnych rozwiązań koncepcyjnych, obarczonych mniejszym lub większym ryzykiem, którego wycena jest w dużej mierze zależna od doświadczenia wykonawcy. Podkreślić również należy, że żaden wykonawca nie jest związany z zaprezentowanymi koncepcjami wykonania przedmiotu zamówienia na etapie właściwego

projektowania sposobu jego wykonania. Wyjaśnienie te nie stanowią treści oferty, gdyż Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedłożenia ani rozwiązań koncepcyjnych, ani kosztorysów wykonania zamówienia. Zamawiający przerzucił ryzyko związane z inwestycją na wykonawców, proponując formułę „zaprojektuj i wybuduj" oraz wynagrodzenie ryczałtowe. W tak ukształtowanym procesie niezasadnym byłoby żądanie od wykonawców szczegółowego projektu budowlanego bo brak ku temu odpowiednich zapisów w SIWZ. Wykonawcy składając wyjaśnienia uprawdopodobnili realność zaproponowanych cen poprzez wskazanie przyjętych rozwiązań projektowych i koncepcyjnych, wskazanie planowanego zakresu wykonania zamówienia przez podwykonawców i przełożenie wstępnych ofert, przedstawienie ofert handlowych na dostawę niezbędnych materiałów. W tych okolicznościach Izba uznała, że Zamawiający otrzymał od wykonawców w ramach wyjaśnień informacje wystarczające do uznania, że cena zaoferowana przez nich nie jest, z uwzględnieniem indywidualnego podejścia do realizacji zamówienia, ceną rażąco niską. Izba zawraca uwagę również, że Zamawiający mając możliwość wymagania od wykonawców w SIWZ przedłożenia wraz z ofertą koncepcji wykonania zamówienia czy też kosztorysu realizacji zamówienia, wymogu takiego nie zawarł. Nie zwalnia to oczywiście Zamawiającego z obowiązku badania ceny zaoferowanej przez wykonawców, jednakże żądanie od wykonawców szczegółowych informacji co do sposobu wykonania zamówienia czy też szczegółowych kosztorysów jest pośrednim uzupełnieniem SIWZ, niedopuszczalnym na etapie badania i oceny ofert.
W kontekście podniesionego zarzutu wskazać również należy, że Odwołujący IV nie przeprowadził żadnego postępowanie dowodowe zmierzającego do wykazania zasadności

postawionego zarzutu, powołując się na ograniczone możliwości dowodowe wynikające z utajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Astaldi, Konsorcjum Porr oraz Konsorcjum IDS. Okoliczność ta jednak nie pozbawiała Odwołującego IV możliwości podjęcia inicjatywy dowodowej. Odwołujący IV jako profesjonalista działający w branży budowlanej nie podjął żadnej polemiki ani nie przedstawił żadnej analizy możliwych do zastosowania przez wykonawców odstępstw od przyjętej przez Zamawiającego w SIWZ koncepcji programowej i możliwych, realnych do osiągnięcia oszczędności wynikających z takich odstępstw, dostępnych w branży budowlanej technologii wykonania przedmiotu zamówienia i potencjalnych oszczędności z nich wynikających. Jak wyjaśnił Zamawiający koncepcja programowa dopuszczała zastosowanie przez wykonawców własnych optymalizacji w zakresie wykonania tunelu. Bierność Odwołującego IV podczas postępowania odwoławczego jest próbą przerzucenia na Izbę ciężaru wykazania zasadności decyzji Zamawiającego. Postępowanie przez Izbą ma charakter kontradyktoryjny i toczy się pomiędzy stronami postępowania, nie zaś pomiędzy Izbą a Zamawiającym. Oczywistym jest,

że przerzucenie na wykonawcę bezwzględnego ciężaru dowodu wykazania nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień w sytuacji objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby nieuzasadnione. W tym zakresie to do zadań Izby należała ocena złożonych wyjaśnień. Jednakże utajnienia wyjaśnień nie rodzi automatycznego skutku w postaci bierności Odwołującego IV w przedstawianiu dowodów na poparcie stawianych zarzutów. Przeprowadzenie dowodów w takiej sytuacji jest utrudnione, ale Odwołujący IV dysponował SIWZ i PFU, jest profesjonalistą, który złożył ofertę w postępowaniu, winien posiadać wiedzę jakie obiektywnie były możliwe do zastosowania odstępstwa od koncepcji programowej w zakresie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia i związane z nimi potencjalne oszczędności. Winien przedstawić analizy w tym zakresie czy powołać świadków mających odpowiednią wiedzę w tym zakresie. Opieranie się wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach i przerzucenie ciężaru dowodu na Izbę uznać należy za niedopuszczalne. Podkreślenia również wymaga, że część wyjaśnień Konsorcjum Porr została odtajniona przez Zamawiającego. Odwołujący IV nie sformułował żadnej argumentacji ani analizy dotyczącej odtajnionej części wyjaśnień Konsorcjum Porr. Podczas rozprawy tłumaczył, iż ze względu na krótki termin na wniesienie odwołania nie dysponował wystarczającym czasem na przygotowanie takich analiz, próbując w sposób niedopuszczalny rozszerzać podstawę faktyczną zarzutu podczas rozprawy. Działanie takie Izba uznała za niedopuszczalne. Każdy z wykonawców dysponował takim samym okresem czasu na sformułowanie podstawy prawnej i faktycznej zarzut. Umożliwienie Odwołującemu IV podczas rozprawy na wyjaśnienia i doprecyzowanie podstawy faktycznej zarzut byłoby niczym innym niż przedłużeniem okresu na wniesienie odwołania i nierównym traktowaniem wykonawców. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający swoim działaniem nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy ani art. 90 ust. 1 oraz 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi ma jego wadliwą konstrukcję. Wskazać bowiem należy, że w treści odwołania Odwołujący IV poza wskazaniem podstawy prawnej nie sprecyzował okoliczności faktycznych, które miałby uzasadniać słuszność podniesionego zarzutu. Poprawnie sformułowany zarzut winien wskazać konkretne okoliczności faktyczne wskazujące na niezgodność ofert wykonawcy Astaldi, Konsorcjum Porr oraz Konsorcjum IDS z SIWZ. Skoro Odwołujący IV nie wskazał na żadne konkretne postanowienia oferty ani SIWZ, to Izba uznała, że zarzut nie został w sposób poprawny sformułowany i jako taki podlega oddaleniu. Tym samym brak podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się, jednakże jego potwierdzenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK 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. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający pismem z dnia 20 maja wystąpił do wykonawcy Astaldi oraz Konsorcjum IDS o wskazanie podstaw zastrzeżenia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w dniu 16 lutego, 20 kwietnia oraz 7 maja 2015 r. Wykonawca Astaldi oraz Konsorcjum IDS zasadność zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa zawarli w pismach skierowanym do Zamawiającego z dnia 25 maja 2015 r. Zamawiający uznał, że wykonawca Astaldi oraz Konsorcjum IDS zasadnie zastrzegli złożone wyjaśnienia.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy po pierwsze, że Zamawiający prawidłowo wystąpił do wykonawców o podanie podstaw uzasadniających zastrzeżenie złożonych wyjaśnień. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy, aby skutecznie zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający winien uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z tych oczywistych względów wymaga to więc podjęcia przez zamawiającego określonych badań w tym przedmiocie. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.), którego interpretację zawiera ustabilizowana już linia orzecznictwa (wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002 r., Nr 5, poz.

67; wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001 r., Nr 4, poz. 59 z aprobującą glosą). Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że przesądzenie o skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, uznanych przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska wykonawcy odnośnie charakteru (statusu) tych informacji.

Mając na uwadze powyższy wyrok Sądu Najwyższego wskazać należy, że Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.

W analizowanym stanie faktycznym wykonawca Astaldi w piśmie z dnia 25 maja 2015 r. wskazał, że informacje zawarte w treści wyjaśnień mają dla niego wartość gospodarczą zawierają bowiem informacje stanowiące know – how przedsiębiorcy w zakresie przygotowania ofert i ich ujawnienie zagraża interesowi gospodarczemu bowiem może być wykorzystanie przez konkurentów przy budowaniu ich ofert. Wskazał, że wyjaśnienia jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne. Wykonawca Astaldi wskazał, że wraz z wyjaśnieniami załączył oferty podwykonawców i oferty handlowe pochodzące z posiadanej baz danych podwykonawców i dostawców, która podlegają ochronie zdefiniowanej w obowiązujących regulaminach dotyczących korzystania i ujawniania informacji poufnych. Wykonawca ten wskazał, że wyraził wolę nieujawniania treści wyjaśnień opatrując je odpowiednią klauzulą oraz,

że

wewnątrz jego organizacji wyrywkowy dostęp do poszczególnych części utajnionych

informacji ma wąski krąg osób związanych z ich wytworzeniem, zaś całość udzielonych wyjaśnień jest wyłącznie znana ścisłemu kierownictwu i nielicznym osobom zaufanym, a osoby te otrzymały instrukcję sprawie postępowania na wypadek gdyby osoby nieuprawione próbowały uzyskać dostęp do informacji.

Konsorcjum IDS wskazało zaś, że informacje zawarte w wyjaśnieniach pochodzą w dużej części od osób trzecich, które zastrzegły ich poufność, zaś wykonawca zobowiązał się do zachowania przekazanych informacji w poufności. Wskazał, że w wyjaśnieniach przedstawił techniczno – organizacyjne plany realizacji inwestycji, którym należy przysypiać wartość gospodarczą. Wskazał, że w przypadku ujawnienia treści wyjaśnień i późniejszego

unieważnienia postępowania i ogłoszenia nowego przetargu, inny wykonawcy mogliby skorzystać z gotowych rozwiązań zaproponowanych przez Konsorcjum IDS w wyjaśnieniach.

W ocenie Izby przedłożone przez powyższych wykonawców wyjaśnienia nie były wystarczające do uznania przez Zamawiającego, iż zostały spełnione wszystkie konieczne przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co do pierwszej z przesłanek koniecznych do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, to wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14).

W świetle powyższego, rozstrzygnięcia wymagało czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Astaldi oraz Konsorcjum IDS mogą być wykorzystane przez innego przedsiębiorcę w celu zaoszczędzenia wydatków lub zwiększenia zysków tj. czy można im przypisać obiektywną wartość gospodarczą. Powyższe pytanie winno być rozważone w dwóch aspektach: pojedynczych odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego jak i w kontekście całego dokumentu wyjaśnień.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że realizacja zamówienia następuje w formule zaprojektuj i wybuduj. Oznacza to, że każdy z wykonawców, w graniach określonych w SIWZ, miał możliwość przyjęcia przed złożeniem oferty określonych założeń koncepcyjnych co do sposobu realizacji zamówienia w celu zoptymalizowania kosztów jego realizacji. Przyjęte założenia są odzwierciedleniem dokonanych analiz oraz wynikają z dotychczasowego doświadczenia wykonawcy. Izba dokonując analizy złożonych przez wykonawcę Astaldi oraz Konsorcjum IDS wyjaśnień przyjęła, iż wyjaśnienia te będące zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia mogą mieć wartość gospodarczą. O ile odpowiedzi na niektóre pytania, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne poprzez odwołania się do informacji zamieszczonych w treści SIWZ, o tyle

cały zbiór informacji zawartych w wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny. Ma to istotne znaczenie w formule realizacji zamówienia przyjętej przez Zamawiającego „zaprojektuj i wybuduj” i potencjalną możliwością ich wykorzystania przez innych przedsiębiorców. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł wymogu złożenia przez wykonawców wraz z ofertą rozwiązań koncepcyjnych co do sposobu realizacji zamówienia, nie wymagał przedłożenia kosztorysów lub jakichkolwiek innych dokumentów potwierdzających przyjętą wycenę realizacji zamówienia. Żądanie takie było wyłącznie kierowane do wybranych wykonawców na etapie badania i oceny ofert. Słusznie więc podnosił wykonawca Astaldi oraz Konsorcjum IDS, że w przypadku ujawnienia przez

Zamawiającego treści wyjaśnień wykonawcy, którzy nie byli zobowiązani do przedkładania jakichkolwiek analiz i koncepcji realizacji zamówienia mogliby skorzystać z dokumentów sporządzonych przez wykonawców wezwanych do takich wyjaśnień. W momencie podejmowania decyzji przez Zamawiającego o zasadności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Astaldi oraz Konsorcjum IDS nie było żadnych gwarancji, iż wybór dokonany przez Zamawiającego jest ostateczny i nie ulegnie zmianie, chociażby w wyniku wniesienia odwołania czy unieważnienia postępowania. W przypadku takiej zmiany decyzji Zamawiającego, inni wykonawcy, szczególnie wykonawcy nie wezwani do składania wyjaśnień, mogliby skorzystać z rozwiązań ujawnionych przez Zamawiającego. Wskazać należy, że w stosunku do wykonawców niewzywanych do złożenia wyjaśnień nie ma żadnej pewności, iż przygotowali szczegółowe rozwiązania dotyczące wykonania zamówienia, a więc potencjalnie mogliby skorzystać w ujawnionych rozwiązań wypracowanych przez innych przedsiębiorców. Ponadto, przyjęty sposób realizacji zamówienia wynikający z treści wyjaśnień mógłby być potencjalnie wykorzystany przez innych wykonawców w inwestycjach o podobnym charakterze. Dlatego też w ocenie Izby wyjaśnieniom złożonych przez wykonawcę Astaldi oraz Konsorcjum IDS jako zbiorowi informacji o sposobie realizacji zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj” można przypisać wartość gospodarczą.

Analizie należy również poddać pozostałe przesłanki uzasadniające zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. (i) poufny charakter informacji zawartych w wyjaśnieniach; (ii) oraz podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Izby zakres informacji przekazanych przez wykonawcę Astaldi oraz Konsorcjum IDS w piśmie z dnia 25 maja 2015 r. nie był wystarczający do uznania, iż spełniona jest przesłanka poufności oraz przesłanka podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Wykonawca Astaldi poza gołosłownymi

stwierdzeniami o przekazaniu instrukcji co do sposobu postępowania z wyjaśnieniami, nie przedłożył Zamawiającemu treści instrukcji czy też potwierdzenia, że osoby zapoznały się z instrukcją i przyjmują na siebie zobowiązanie do zachowania informacji w poufności. Wykonawca Astaldi nie przedstawił listy osób mających dostęp do informacji. Bez przedstawienia jakiegokolwiek wiarygodnego zestawienia trudno przyjąć, iż Zamawiający miał jakiekolwiek materiały do zweryfikowania zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach. Ponadto, wyjaśnienia w dużej części opierały się na informacjach pochodzących od podmiotów trzecich. Z wyłączeniem pojedynczych umów (tj. wyjaśnienia z dnia 9 lutego 2015 r. – oferta handlowa z dnia 21 listopada 2014 r. dot. przebudowy sieci telekomunikacyjnych; oferta handlowa z dnia 24 września 2014 r. dot. stali zbrojeniowej; oferta handlowa z dnia 21 listopada 2014 r. dot. przebudowy sieci energetycznej; wyjaśnienia z dnia 20 kwietnia 2015 r. – oferta handlowa z dnia 18 września 2014 r. dot. ekranów akustycznych oraz oferta handlowa z dnia 4 grudnia 2014 r. na materiały kamienne), pozostałe oferty handlowe czy umowy nie zawierały żadnych informacji co do ich poufnego charakteru. Podmioty trzecie składające oferty nie zastrzegły w żaden sposób przekazanych wykonawcy informacji co do oferowanych cen za wykonanie określonych elementów zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w ofertach handlowych potencjalnych dostawców lub podwykonawców są właśnie te podmioty trzecie, nie zaś wykonawca Astaldi. Skoro zaś podmioty te nie wyraziły w treści składanych ofert żadnych zastrzeżeń co do poufnego charakteru informacji, to tym samym uznać należy, że nie noszą one przymiotu informacji poufnych, a podmiot taki nie wyraził woli zachowania przekazanych informacji w poufności. Wykonawca Astaldi wskazał, że ma podpisanie umowy ramowe z dostawcami wskazanymi w wyjaśnieniach, jednakże, nie był w stanie przedłożyć żadnej umowy w poczet materiału dowodowego. Nie przedłożył też żadnej takiej umowy Zamawiającemu. Wskazał również, że podmioty trzecie ustanie informowały wykonawcę Astalid o poufnym charakterze składanych ofert. Izba uznała jednak twierdzenia wykonawcy Astaldi za niewiarygodne. Skoro podmiot trzeci składa ofertę handlową i ma wolę nieujawnienia informacji w niej zawartych do wiadomości publicznej, to winien to odzwierciedlić w treści dokumentu tak, aby inne podmioty z wolą tą mogły się zapoznać.

Podobnie w przypadku Konsorcjum IDS Izba uznała, że wykonawca ten nie wykazał

spełnienia przesłanki poufności oraz przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności. Wykonawca ten nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, że wyjaśnienia były przygotowywane wyłącznie przez pracowników, nie złożył listy pracowników mających dostęp do wyjaśnień, nie przedłożył kopii umów o pracę czy umów o zachowanie poufności. Nie przedstawił kopii żadnych procedur wewnętrznych potwierdzających istnienie wewnętrznych regulacji w zakresie ochrony informacji wrażliwych.

W zakresie złożonych wraz z wyjaśnieniami umów podwykonawczych oraz ofert handlowych podkreślić należy, że wraz z wyjaśnieniami z dnia 9 lutego Konsorcjum IDS złożyło 46 ofert handlowych. Izba ustaliła, że wbrew twierdzeniom Konsorcjum IDS, wyłącznie 5 ofert handlowych opatrzonych było klauzulami poufności (oferta z załącznika nr 13, 15, 17, 19, 27). W ofertach załączonych do wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2015 r. żadna oferta handlowa nie zawierała klauzuli poufności. Pozostałe oferty nie zawierały żadnych zastrzeżeń co poufnego charakteru przekazywanych informacji czy istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Powoływanie się przez Konsorcjum IDS na ogólne ustne ustalenia czy tez umowy ramowe, które nie zostały złożone Zamawiającemu ani Izbie uznać należy, że twierdzenie gołosłowne i niewiarygodne. Konsorcjum IDS winno mieć świadomość, że postępowanie przetargowe ma charakter pisemny, w związku z tym ustane ustalenia nieznane Zamawiającemu ani innym uczestnikom postępowania nie są wiarygodnym źródłem informacji.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający nie miał wystarczających podstaw do przyjęcia, iż zostały spełnione przesłanki konieczne do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa winien, chcąc wyłączyć jawność postępowania w stosunku do dokumentów składnych Zamawiającemu, uprawdopodobnić przesłanki konieczne do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gołosłowne i niczym nie poparte twierdzenia wykonawcy nie są, w ocenie Izby, wiarygodnym narzędziem do wykazania spełnienia warunków koniecznych do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła jednakże, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 i ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący IV, pomimo iż nie znał wyjaśnień wykonawców Astaldi oraz Konsorcjum IDS co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i to oparty na nad wyraz szeroko ujętych okolicznościach faktycznych, który Izba – w granicach odwołania - rozpoznała i uznała za niezasadny. Zatem nawet nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty Odwołującego IV jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy bowiem stwierdzeniu, czy oferta

wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku.

Sygn. akt: KIO 1211/15

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania 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. Odwołujący VII argumentował, że treść przedłożonej przez wykonawcę Astaldi gwarancji

bankowej zawęża przesłanki uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium, a zatem wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego VII.

Na wstępie podkreślić należy, że stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy z 29.8.1997 r. - Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), (dalej „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 albo za pośrednictwem innego banku. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądowym, zobowiązanie z gwarancji bankowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna. Wyłącznie bowiem gwarancja jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta. W tym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 7.1.1997 r., I CKN 37/96, OSP 1997, Nr 5, poz. 97, podnosząc, iż *"istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza,* że *wyłączenie rozstrzygającymi o*

odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji".

Wykonawca Astaldi złożył wraz z ofertą gwarancję bankową wystawioną przez Bank Credit Agricole w dniu 22 stycznia 2015 r. W dokumencie tym bank zobowiązał się do zapłaty Zamawiającemu kwoty wskazanej w treści gwarancji niezwłocznie po otrzymaniu pisemnego wezwania Zamawiającego zawierającego oświadczenie, że: „Wykonawca nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2015 r. tj. będąc poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności: (a) odmówił podpisana umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; (b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; (c) nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie.

Spór pomiędzy stronami dotyczył brzmienia pkt c) gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Astaldi (odpowiednio 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp). W gwarancji bankowej złożonej wraz z ofertą przez wykonawcę Astaldi bank posłużył się określeniem „nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie, zaś w przywołanym art. 46 ust. 5 pkt 3) mowa jest o „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy". Ustawodawca użył więc formy bezosobowej, zaś w treści gwarancji bank określił podmiot czyli wykonawcę.

Izba nie podziela interpretacji spornych zapisów gwarancji bankowej przedstawionej przez Odwołującego VII. Po pierwsze wskazać należy, że w treści gwarancji bank oświadczył w sposób jednoznaczny, iż Zamawiającemu przysługuje prawo żądania wypłaty sumy gwarancyjnej w przypadku gdy: „Wykonawca *nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp (…)".* Odmienność sformowania dotyczy wyłącznie opisu przesłanki wynikających z art. 46 ust. 5 pkt 3 i następuje po użyciu określenia „tj." W ocenie Izby nie pozbawia to jednak Zamawiającego uprawnienia do wypłaty kwoty wadium z powołaniem się na treść art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Z literalnej wykładni treści gwarancji wynika bowiem, że gwarant zobowiązał się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacić Zamawiającemu określoną kwotę po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania zawierającego oświadczenie, że wykonawca nie wywiązał się ze swoim zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby użycie przez gwaranta

określenia „to jest” świadczy o tym, że bank uznał ewentualne roszczenie Zamawiającego w każdym wypadku wskazanym w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

97

Dalej wskazać należy, że ustawodawca w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp wprost określił zakres podmiotowy przepisu, wskazując w zadaniu pierwszym iż „Zamawiający *zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca (…)”.* Interpretacja art. 46 ust. 5 pkt 3 nie może być oderwana od powyższego zapisu. Ustawodawca nie wyłączył jej bowiem do odrębnego artykułu, wskazując tym samym, iż punkt ten winien być czytany łącznie ze zdaniem pierwszym art. 46 ust. 5. Co prawda mogą rodzić się pewne wątpliwości interpretacyjne w powyższym zakresie z uwagi na odmienność form osobowych użytych przez ustawodawcę, jednakże w takiej sytuacji należy odwołać się do wykładni funkcjonalnej przepisu czyli tego, co chciał osiągnąć prawodawca wydając daną regulacją prawną. Niewątpliwie celem art. 46 ust. 5 ustawy Pzp jest zabezpieczenie interesów zamawiającego w przypadku określonych działań lub zachowań wykonawcy. W kontekście art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp przyjąć należy, że celem ustawodawcy było umożliwienie zatrzymania wadium przez zamawiającego w sytuacji, w której podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przywołany punkt dotyczy więc określonych działań wykonawcy. W ocenie Izby treść przedłożonej przez wykonawcę Astaldi gwarancji, wbrew twierdzeniom Odwołującego VII, zabezpiecza Zamawiającego w sposób zgodny z intencją i zamiarem ustawodawcy.

Wskazać bowiem należy, że w treści gwarancji bank posłużył się stwierdzaniem *„nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego (…)* „. Bank posłużył się czasownikiem w formie dokonanej „nie zawarł”. W kontekście umowy o zamówienia publiczne wskazać należy, że mamy do czynienia z dwustronną czynnością prawną. Skoro Zamawiający będzie miał zasadne przesłanki uniemożliwiające mu podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności leżących po stronie wykonawcy, to umowy takiej nie podpisze, a w konsekwencji wykonawca „nie zawrze” umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś Zamawiający będzie miał prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami. Stąd też przestawiony przez Odwołującego VII w treści odwołania hipotetyczny scenariusz braku zabezpieczenia interesów Zamawiającego z powodu posłużenia się odmienna formą osobową w treści gwarancji uznać należy za niezasadny i nie mający potwierdzenia w literalnej wykładni kwestionowanego dokumentu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że swoim działaniem Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym Izba nie znalazła podstaw do uznania naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

98

Zarzut art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Niezgodność oferty wykonawcy Astaldi dot. rurociągu tłocznego

Z treści zarzut wynika, że Odwołujący VII upatrywał niezgodności oferty wykonawcy Astaldi z SIWZ (pkt 2.3 oraz 2.4 PFU) opierając się na wartości ceny zaoferowanej przez Astaldi. Odwołujący VII nie wyjaśnił w żaden sposób, z którym wymaganiem technicznym wskazanym w pkt 2.3 lub 2.4 upatruje niezgodności. W ocenie Izby na podstawie ceny zaoferowanej za wykonanie rurociągu tłocznego nie można wnioskować o niezgodności oferty z SIWZ. Wykonawca Astaldi zawarł w ofercie wycenę rurociągu tłocznego i tym samym spełniał wymaganie wynikające z SIWZ. Fakt, iż cena ta jest, w ocenie Odwołującego VII, zbyt niska, aby pokryć wszystkie niezbędne wymagania określone w pkt 2.3 oraz 2.4 PFU może być wyłącznie analizowany w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny i analizy czy w kosztach wykonania tej części zamówienia wykonawca Astalid ujął wszystkie niezbędne elementy wynikające z PFU, nie zaś w kontekście zgodności z SIWZ. Z tych względów Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp za niezasadny.

Niezgodność rozwiązań projektowych w zakresie tunelu drogowego, w zakresie systemu

wentylacji, hydrantów przeciwpożarowych, systemu odwodnienia

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący VII wnioskował o niezgodności treści oferty wykonawcy Astaldi w powyższych zakresie na podstawie udzielnej przez wykonawcę odpowiedzi na pytanie C.III nr 13 oraz 44. Wskazał również, że rozwiązania zaproponowane przez wykonawcę Astaldi są niezgodne z wymogami Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakie powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynieryjne i ich usytuowanie (Dz.U. nr 63, poz. 735, ze zm.). Izba wskazuje, że wykonawca Astaldi w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach z dnia 16 lutego 2015 r., w odpowiedzi na pytanie C.III nr 13 oraz 44 potwierdził przyjęcie rozwiązań w zakresie wentylacji, hydrantów przeciwpożarowych i systemu odwodniania zgodnych z koncepcja programową i wymaganymi SIWZ. Ponadto, wykonawca m. in. w odpowiedzi na pytanie nr 21 ppkt t) str. 27 pisma z dnia 16 lutego wskazał jakie elementy zostały wycenione, zaś w odpowiedzi na pytanie nr 11 na str. 4 wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2015 r. wykonawca wyjaśnił jakie rozwiązanie zostało wycenione w zakresie systemu wentylacji. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, iż założenia koncepcyjne wykonawcy Astaldi są niezgodne z przywołanym Rozporządzeniem czy też SIWZ. Podkreślić należy, że

postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj", a więc wykonawcy przedstawiali określone koncepcje rozwiązania poszczególnych elementów objętych przedmiotem zamówienia, mając na uwadze wymaganie zawarte w SIWZ. Wykonawca Astaldi przedstawił koncepcje realizacji kwestionowanych elementów zamówienia, potwierdził w złożonej ofercie, iż zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie SIWZ, w tym PFU i wskazanym w PFU Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakie powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynieryjne i ich usytuowanie i brak jest podstaw do uznania, iż oferta wykonawcy Astaldi jest niezgodna z SIWZ. Izba wskazuje również, że poszukiwanie niezgodności oferty wykonawcy Astaldi w treści złożonych wyjaśnień nie jest zasadne. Wyjaśnienia wykonawcy nie stanowią części oferty, zaś zaproponowane rozwiązane w zakresie sposobu realizacji zamówienia nie są dla wykonawcy wiążące. Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą żadnych koncepcji wykonania zamówienia. Wykonawca Astaldi składając ofertę złożył oświadczenie, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ i na etapie realizacji zamówienia jest związany złożonym oświadczeniem.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Podstawa prawna zarzut i jego analiza zawarta w uzasadnieniu do wyroku KIO 1199/15 (strona 83 – 85 uzasadnienia) pozostaje aktualna w stosunku do zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp postawianego przez Odwołującego VII.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał, iż nie wystąpiły okoliczność uzasadniające przyjęcie zaoferowania ceny rażąco niskiej przez wykonawcę Astaldi. Po pierwsze analiza cen ofert złożonych w postępowaniu na zadania A odzwierciedla dużą rozbieżność cenową złożonych ofert. Zamawiający w styczniu 2015 r. zaktualizował wycenę przedmiotu zamówienia, ze względu na upływ czas i określił ją ostatecznie na poziomie zł brutto. Oferta przez wykonawcę Astaldi wynosiła 1.614.597.097,28 złożona 1.222.236.392,51 zł., zaś oferta zawierająca najwyższą cenę wynosiła 2.431.710.000 zł, a więc była o 50% droższa od oferty wykonawcy Astaldi oraz 34% droższa od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Cena oferty złożonej przez wykonawcę Astaldi była niższa od zaktualizowanej szacunkowej wartości zamówienia o 24,30%. Od średniej wartości wszystkich złożonych w postępowaniu ofert (tj. kwota 1.773.009.809,90) ceną zaoferowana przez Astaldi była niższa o 31,06%. Za niezasadne Izba uznała porównywanie cen za realizacje zamówienia do szacunkowej wartości

zamówienia uwzględniającej zamówienia uzupełniające. Na obecnym etapie postępowania wykonawcy nie uwzględniali w kosztach realizacji zamówienia ewentualnych zamówień

uzupełniających, tym samym porównywanie zaoferowanych cen przez poszczególnych wykonawców do wartości zamówienia uwzględniającej zamówienia uzupełniające jest, w ocenie Izby, nieuprawnione, gdyż nie są to wartości porównywalne.

Mając na uwadze powyższe rozbieżności cenowe, rozważenia wymagało czy wykonawca Astaldi w złożonych wyjaśnieniach wskazał okoliczności uzasadniające wskazaną powyżej różnicę w wycenie kosztów związanych z realizacją zamówienia. Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Ocena Zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Zadanie to częstokroć nastręcza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a może przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Zauważyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię językową tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. Analiza więc wyjaśnień złożonych przez poszczególnych wykonawców winna zmierzać do weryfikacji czy cena danej oferty jest ceną rynkową tj. czy uwzględniając wymagania Zamawiającego oraz zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania koncepcyjne co do sposobu realizacji zamówienia zasadne jest uznanie, iż zakres nakładów materiałowych i robocizny oraz ich wycena odpowiadają wartości rynkowej, rzeczywistej.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Astaldi nie potwierdziły, iż zaoferował on cenę rażąco niską za realizację zamówienia, a tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty złożonego przez powyższego wykonawcę. Wykonawca Astaldi przedstawił w wyjaśnieniach przyjęte założenia projektowe i koncepcyjne

dotyczące sposobu realizacji zamówienia, udzielając odpowiedzi m. in. na pytania C.III nr 2, 7, 13, 43, 44, 58 wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015 r. oraz odpowiedź na pytania nr 12 wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2015 r. Wykonawca przedstawił koncepcję budowy tunelu oraz wynikające z niej korzyści i oszczędności, odzwierciedlone w przedłożonym kosztorysie wykonania tej części zamówienia oraz rysunku technicznym. Wykonawca określił zakres prac jakie planuje powierzyć podwykonawcom, przedkładając wstępne oferty handlowe na uprawdopodobnienie przyjętych założeń kalkulacyjnych. Wykonawca przedstawił rysunki koncepcyjne wykonania obiektów wskazanych w SIWZ, obrazujące planowane założenia projektowe. Ponadto wykonawca uprawdopodobnił przyjęte w wycenie koszty związanie z nabyciem materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, przedstawiając odpowiednie wstępne oferty dostawców.
Podkreślenia wymaga, że przedmiot zamówienia jest realizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj". Nie oznacza to zupełnej dowolności wykonawców w kalkulowaniu kosztów realizacji zamówienia, w oderwaniu od realiów rynkowych, ale uprawnia ich do przyjęcia mniej lub bardziej oszczędnych rozwiązań koncepcyjnych, obarczonych mniejszym lub większym ryzykiem, którego wycena jest w dużej mierze zależna od doświadczenia wykonawcy. Podkreślić również należy, że żaden wykonawca nie jest związany z zaprezentowanymi koncepcjami wykonania przedmiotu zamówienia na etapie właściwego projektowania sposobu jego wykonania. Wyjaśnienie te nie stanowią treści oferty, gdyż Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedłożenia ani rozwiązań koncepcyjnych, ani kosztorysów wykonania zamówienia. Zamawiający przerzucił ryzyko związane z inwestycją na wykonawców, proponując formułę „zaprojektuj i wybuduj" oraz wynagrodzenie ryczałtowe. W tak ukształtowanym procesie niezasadnym byłoby żądanie od wykonawców

szczegółowego projektu budowlanego bo brak ku temu odpowiednich zapisów w SIWZ.
Wykonawca Astaldi składając wyjaśnienia uprawdopodobnił realność zaproponowanej ceny poprzez wskazanie przyjętych rozwiązań projektowych i koncepcyjnych, wskazanie planowanego zakresu wykonania zamówienia przez podwykonawców i przełożenie wstępnych ofert, przedstawienie ofert handlowych na dostawę niezbędnych materiałów. W tych okolicznościach Izba uznała, że Zamawiający otrzymał od wykonawcy Astaldi w ramach wyjaśnień informacje wystarczające do uznania, że cena zaoferowana przez niego nie jest, z uwzględnieniem indywidualnego podejścia do realizacji zamówienia, ceną rażąco niską.
Izba zawraca uwagę również, że Zamawiający mając możliwość wymagania od wykonawców w SIWZ przedłożenia wraz z ofertą koncepcji wykonania zamówienia czy też kosztorysu realizacji zamówienia, wymogu takiego nie zawarł. Nie zwalnia to oczywiście Zamawiającego z obowiązku badania ceny zaoferowanej przez wykonawców, jednakże żądanie od wykonawców szczegółowych informacji co do sposobu wykonania zamówienia

czy też szczegółowych kosztorysów jest pośrednim uzupełnieniem SIWZ, niedopuszczalnym na etapie badania i oceny ofert. W konsekwencji wszelkie niejasności wynikające z tak ukształtowanych zapisów SIWZ winny być interpretowane na korzyść wykonawców.
W kontekście podniesionego zarzutu wskazać również należy, że Odwołujący VII nie przeprowadził żadnego postępowanie dowodowego zmierzającego do wykazania zasadności postawionego zarzutu, powołując się na ograniczone możliwości dowodowe wynikające z utajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Astaldi. Okoliczność ta jednak nie pozbawiała Odwołującego VII możliwości podjęcia inicjatywy dowodowej.
Odwołujący VII jako profesjonalista działający w branży budowlanej nie podjął żadnej polemiki ani nie przedstawił żadnej analizy możliwych do zastosowania przez wykonawców odstępstw od przyjętej przez Zamawiającego w SIWZ koncepcji programowej i możliwych, realnych do osiągnięcia oszczędności wynikających z takich odstępstw, dostępnych w branży budowlanej technologii wykonania przedmiotu zamówienia i potencjalnych oszczędności z nich wynikających. Jak wyjaśnił Zamawiający koncepcja programowa dopuszczała zastosowanie przez wykonawców własnych optymalizacji w zakresie wykonania tunelu. Bierność Odwołującego VII podczas postępowania odwoławczego jest próbą przerzucenia na Izbę ciężaru wykazania zasadności decyzji Zamawiającego. Postępowanie przez Izbą ma charakter kontradyktoryjny i toczy się pomiędzy stronami postępowania, nie zaś pomiędzy Izbą a Zamawiającym. Oczywistym jest, że przerzucenie na wykonawcę bezwzględnego ciężaru dowodu wykazania nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień, w sytuacji objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, byłoby nieuzasadnione. W tym zakresie to do zadań Izby należało ocenić złożone wyjaśnienia. Jednakże utajnienia wyjaśnień nie rodzi automatycznego skutku w postaci bierności Odwołującego VII w przedstawianiu dowodów na poparcie stawianych zarzutu rażąco niskiej ceny.
Przeprowadzenie dowodów w takiej sytuacji jest utrudnione, ale Odwołujący VII dysponował SIWZ i PFU, jest profesjonalistą, który złożył ofertę w postępowaniu, winien posiadać wiedzę jakie obiektywnie były możliwe do zastosowania odstępstwa od koncepcji programowej w zakresie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia i związane z nimi potencjalne oszczędności. Winien przedstawić analizy w tym zakresie czy powołać świadków mających odpowiednią wiedzę w tym zakresie. Opieranie się wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach i przerzucenia ciężaru dowodu na Izbę uznać należy za niedopuszczalne.
Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający swoim działaniem nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy ani art. 90 ust. 2 oraz 3 Pzp.

Zarzut rażąco niskiej ceny w zakresie rurociągu tłocznego

W ocenie Izby zarzut jest bezpodstawny. Po pierwsze Izba uznała, że cena zaoferowana za realizację całego zamówienia przez wykonawcę Astaldi nie jest ceną rażąco niską, tym samym w żadnym wypadku nie można uznać, że sama tylko wartość robót dotyczących rurociągu tłocznego nie odpowiada wartości rynkowej. Po drugie wskazać należy, że wykonawca Astaldi w wyjaśnieniach z dnia 20 kwietnia (strona 8 – 9) przedstawił sposób kalkulacji pozycji III.B.1 „Roboty – realizacja rurociągu tłocznego” oraz na dowód przedstawił

ofertę firmy podwykonawczej obejmującej całkowity koszt realizacji rurociągu tłocznego. Rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę Astaldi w zakresie wyceny prac związanych z realizacją tej części zamówienia, w tym przyjęty podział kosztów był dopuszczalny i zgodny z SIWZ. Tym samym zarzut podniesiony przez Odwołującego VII uznać należy za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK

Izba dokonała oceny czynności utrzymania przez Zamawiającego poufnego charakteru wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Astaldi w uzasadnieniu do wyroku o sygn. akt 1199/15 (strona 90 – 95) i ocena ta pozostaje aktualna w stosunku do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i ustawy zw. z art. 11 ust. 4 UZNK podniesionego przez Odwołującego VII. Izba uznała, że Zamawiający nie miał wystarczających podstaw do przyjęcia, iż zostały spełnione przesłanki konieczne do zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Astaldi jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba stwierdziła jednakże, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 i ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący VII, pomimo iż nie znał wyjaśnień wykonawców Astaldi co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i to oparty na nad wyraz szeroko ujętych okolicznościach faktycznych, który Izba – w granicach odwołania - rozpoznała i uznała za niezasadny. Zatem nawet nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty Odwołującego VII jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy bowiem stwierdzeniu, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku.

Rozstrzygnięcie odwołań wniesionych na zadanie B

Izba ustaliła, że wykonawca Mota oraz Konsorcjum Terrag - Asdag spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Sygn. akt: KIO 1189/15

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut niezgodności oferty Konsorcjum Gülermak z SIWZ. Odwołujący II argumentował, iż wykonawca ten zaoferował 5-letnie okres gwarancji na warstwę ścieralną nawierzchni z betonu cementowego, zaś Zamawiający wymagał 10 - letniego okresu gwarancji. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego II, który nie wykazał, iż w przedmiotowym postępowaniu przetargowym Zamawiający wyróżnił warstwę ścieralną nawierzchni z betonu cementowego.

Podkreślenia bowiem wymaga, że Zamawiający w SIWZ wskazał, że zastosowanie w zakresie konstrukcji nawierzchni ma m. in. zarządzenie nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16.06.2014 r. „Katalog Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych” oraz zarządzenie nr 30 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16.06.2014 r. „Katalog Typowych Konstrukcji Nawierzchni Sztywnych”. Zgodnie z przywołanymi dokumentami nawierzchnia z betonu cementowego zaliczana jest do kategorii nawierzchni sztywnych (vide str. 17 Załącznika do zarządzenia nr 30). Dla nawierzchni sztywnych górna warstwa nawierzchni nazywana jest „Warstwą nawierzchniową”. Warstwa ścieralna występuje natomiast w konstrukcji nawierzchni

podatnych i półsztywnych oraz warstw ulepszonego podłoża na podstawie Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych (vide str. 17 załącznika do zarządzenia nr 31). Ponadto, w PFU Zamawiający opisał konstrukcje nawierzchni sztywnych

(pkt 2.1.2.3 PFU) i w przywołanych zapisach brak jest odniesienia do warstwy ścieralnej nawierzchni z betonu cementowego.

Dalej wskazać należy, że w treści formularza ofertowego Konsorcjum Gülermak, przed dokonaniem zmian przez Zamawiającego, zobowiązało się do udzielenia 10 – letniej gwarancji jakości na wszystkie konstrukcje nawierzchni, a więc również na konstrukcję nawierzchni z betonu cementowego. Skoro zaś przywołane powyższej zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad stanowiły część SIWZ i określały, że warstwa ścieralna występuje wyłącznie konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych oraz warstw ulepszonego podłoża na podstawie Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych, to w konsekwencji uznać należy, że 5 – letni okres gwarancji na warstwę ścieralną nie dotyczył konstrukcji nawierzchni z betonu cementowego. Ta konstrukcja nawierzchni objęta została oświadczeniem wykonawcy o udzieleniu 10 – letniego okresu gwarancji na wszystkie konstrukcje nawierzchni.

W ocenie Izby zarzut postawiony przez Odwołującego II został oparty na błędnym założeniu, iż w konstrukcji nawierzchni z betonu cementowego występuje warstwa ścieralna. Przyjęte założenie nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji przetargowej przekazanej przez Zamawiającego wykonawcom.

Dowody złożone przez Odwołującego II podczas rozprawy również, w ocenie Izby, nie potwierdzają zasadności postawionego zarzutu. Wydruki ze stron internetowych dotyczącą okresu przed wydaniem przedmiotowych zarządzeń Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad i tym samym nie sposób odnieść ich do przedmiotowego postępowania. Dalej dowód w postaci odpowiedzi na pytania do SIWZ dnia 30 października 2014 r. również w ocenie Izby nie stanowi potwierdzenia, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przetargowym wyróżnił warstwę ścieralną nawierzchni z betonu cementowego. Pytanie i odpowiedź Zamawiającego dotyczyły specyficznego opracowania z listopada 2005 r., a więc sprzed wydania wspomnianych zarządzeń Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, tym samym nie stanowią potwierdzenia okoliczności na które powoływał się Odwołujący II. Dokument w postaci Przedmiaru Robót nr 1 nie został potwierdzony przez Odwołującego II za zgodność z oryginałem, nie jest opatrzony datą i Izba nie ma możliwości weryfikacji kiedy został on przygotowany. Nie może stanowić tym samym wiarygodnego źródła informacji. Podobnie przedłożone Izbie Warunki wykonania i odbioru robót budowlanych D.05.03.04 nie stanowią wystarczającego dowodu na przyjęcia, iż Zamawiający rozróżniał warstwę ścieralną nawierzchni z betonu cementowego. Złożony dokument dotyczy wymagań sprzętowych, nie zaś rodzaju i konstrukcji nawierzchni.

Doszukiwanie się przez Odwołującego II w tysiącach stron dokumentacji przetargowej pojedynczych zwrotów odwołujących się do warstwy ścieralnej nawierzchni z betonu cementowego jest w ocenie Izby nieuprawnione. W pkt 2.1.2.3 PFU opisującym konstrukcję nawierzchni sztywnych Zamawiający nie wyróżnił warstwy ścieralnej nawierzchni z betonu cementowego. W konsekwencji Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby Odwołujący II nie wykazał, że działanie Zamawiającego skutkowało naruszeniem powyższych przepisów prawnych. Odwołujący II zarzucił, iż Zamawiający nie miał podstaw do dokonania zmian w treści oferty Konsorcjum Gülermak w pkt 5.2 formularza oferty.

Wskazać należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o

tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobligowany jest odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Okolicznością bezsporną jest, że Konsorcjum Gülermak złożyło ofertę na formularzu, w którym postanowienia dotyczące gwarancji jakości zostały opracowane na podstawie pierwotnej wersji formularza oferty. Jak Izba bowiem ustaliła, Zamawiający w dniu 12.12.2014 r. (zmiana nr 3) dokonał zmiany zapisów SIWZ, w tym formularza ofertowego w zakresie udzielanych gwarancji na poszczególne konstrukcje nawierzchni.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 7 maja 2015 r. Zamawiający dokonał zmiany w treści oferty złożonej przez Konsorcjum Gülermak: w formularzu oferty dla zadania B w pkt 5.1 zmieniał zapis:

pkt 2.1.1. – Warstwa ścieralna – wynosi 5 lat; •
pkt 2.1.2 – Pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni – wynosi 10 lat; •
• pkt 2.2.1 – Konstrukcja nawierzchni – wynosi 10 lat;

W następujący sposób:

pkt 2.1. – Warstwa ścieralna z mieszanek mineralno – bitumicznych – okres • gwarancji wynosi 5 lat;

pkt 2.2. – Pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni z mieszanek mineralno – • bitumicznych – okres gwarancji wynosi 10 lat;
• pkt 2.3 – Nawierzchnia z betonu cementowego – okres gwarancji jakości wynosi 10 lat.

Bezsporny jest więc, że w ofercie Konsorcjum Gülermak wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ w zakresie oferowanych okresów gwarancji. Rozstrzygnięcia wymagało, czy niezgodność ta była wynikiem omyłki i czy jest istotna dla treści oferty.

Zdaniem Izby zaistniała niezgodność ma charakter omyłki, wynikającej z faktu modyfikacji treści SIWZ, której wykonawca nie uwzględnił przy sporządzaniu oferty, pomijając sformułowanie z „mieszanek mineralno – bitumicznych". Założenie przeciwne – że wykonawca celowo złożył ofertę nieuwzględniających dokonanych przez Zamawiającego zmian - byłoby nieracjonalne. Zamawiający miał wszelkie podstawy twierdzić, że intencją wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z SIWZ, a pominięcie sformułowania z „mieszanek mineralno – bitumicznych" było wynikiem przeoczenia.

Wskazać należy, że wykładania oświadczenia woli wykonawcy winna być dokonywana z uwzględnieniem art. 65 kodeksu cywilnego. Sens oświadczenia woli wyrażonego w postaci pisemnej ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W przedmiotowym postępowaniu jest to formularz ofertowy złożony przez Konsorcjum Gülermak. W procesie wykładni zawartych w nim postanowień zasadnicze znaczenie należy więc nadać językowym regułom znaczeniowym. Odwołanie się do reguł językowych nie może stanowić jednak, w ocenie Izby, wyłącznej podstawy do ustalenie sensu złożonego przez stronę oświadczenia woli. Wykładania oświadczenia woli powinna również uwzględniać cel w jakim zostało ono złożone oraz kontekst sytuacyjny. Okoliczności te mają, w ocenie Izby, doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia. Również inne zachowania przejawione przez strony ex post mogą wskazywać na sposób rozumienia złożonego oświadczania woli (por. wyr. SN z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 163/08, Lex nr 479315; wyr. SN z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 250/08, Lex nr 484668; wyr. SN z dnia 20 stycznia 2011 r., I CSK 173/10, Lex nr 738379).

Biorąc pod uwagę powyższą analizę, Izba uznała, że z całokształtu dokumentacji postępowania przetargowego wynikała intencja Konsorcjum Gülermak do złożenia oferty na warunkach określonych w SIWZ. Izba wzięła tu przede wszystkim pod uwagę fakt, iż wykonawca ten wprost oświadczył w treści formularza ofertowego, że „Zobowiązuje się do

udzielenia pisemnej gwarancji jakości zgodnie z Tomem II Rozdział II SIWZ." Tym samym merytorycznie treść oferty powyższego wykonawcy była zgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ. Ponadto, Izba uznała, iż kierując się zasadami logiki, brak jest podstaw do przyjęcia, iż racjonalny przedsiębiorca składa ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto, Izba wzięła pod uwagę zachowanie Konsorcjum Gülermak po dokonaniu zmiany przez Zamawiającego, o której wykonawca został poinformowany pismem Zamawiającego z dnia 7 maja 2015 r. Reakcja Konsorcjum Gülermak na tę czynność ostatecznie potwierdziła rzeczywistą wolę tego wykonawcy. Gdyby Konsorcjum Gülermak nie chciało lub nie mogło zaoferować okresu gwarancji określonego przez Zamawiającego, nie zgodziłoby się na poprawienie oferty. Wówczas dopiero zaistniałaby okoliczność uzasadniająca odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Słusznie również wskazało Konsorcjum Gülermak, że niezrozumiałym i nielogicznym byłoby uznanie, iż wykonawca ten celowo skrócił okres gwarancji na warstwę ścieralną z betonu cementowego. Z treści formularza ofertowego w sposób jednoznaczny wynika, że Konsorcjum Gülermak zobowiązało się do udzielenia 10 – letniej gwarancji jakości na wszystkie konstrukcje nawierzchni, a więc również nawierzchni z betonu cementowego. Odwołujący zaś, co Izba uzasadni powyżej, nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w treści SIWZ wprowadził warstwę ścieralną nawierzchni z betonu cementowego oraz, że przewidział odrębny okres gwarancji na warstwę ścieralną z betonu cementowego.

W ocenie Izby Zamawiający miał wszelkie podstawy do uznania, że posłużenie się przez Konsorcjum Gülermak starą wersją formularza ofertowego było wynikiem omyłki wykonawcy i w tej sytuacji zasadne było dokonanie zmiany w treści formularza ofertowego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do kwestii istotności zmiany treści oferty, podkreślić należy, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert zawierających niewielkie błędy. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Odwołujący II argumentował, że Zamawiający nie miał podstaw do poprawienia omyłki w treści oferty, gdyż zmiana dotyczy elementów istotnych zobowiązania wykonawcy, w tym zakresu przeszłego świadczenia. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego II.

Nawet jeśli przyjąć, że poprawienie omyłki dotyczyło istotnych elementów przyszłej umowy, to zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa nie stanowi to przeszkody w

poprawieniu omyłki. Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą być bowiem poprawione nawet takie elementy jak cena, co potwierdził Sąd Najwyższy w uchwałach z 20 października 2011 r. wydanych w sprawach o sygn. akt III CZP 53/11 i III CZP 54/11 wyrażając pogląd o możliwości poprawienia w tym trybie niezgodności oferty z SIWZ w obszarze ceny ofertowej, a wynikające z przyjęcia przez wykonawcę niezgodnej z przepisami stawki podatku od towarów i usług. Tym bardziej, zdaniem Izby, nie ma przeszkód do poprawienia formularza oferty poprzez odzwierciedlenie zmian wprowadzonych przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Izba stanęła na stanowisku, że dokonane poprawki nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty Konsorcjum Gülermak. Izba oceniła zakres zmiany w stosunku do całości oferty, całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy, a także jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. Dostrzec należy fakt, że w wyniku poprawy omyłki nie zmienił się w żaden sposób ranking ofert złożonych w postępowaniu. Zarówno przed jak i po poprawieniu omyłki oferta powyższego wykonawcy w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą. W kontekście terminów gwarancji istotny jest jedynie indywidualne proponowany przez wykonawców, podlegający ocenie w ramach kryterium „Okres gwarancji" okres gwarancji wymieniony w pkt 7.1 – dla przeprawy mostowej przez rzekę Wisłę wraz z estakadą. Zgodnie z SIWZ pkt 12.1.2 zaproszenia do składania ofert, okresy gwarancji jakości dla pozostałych elementów składowych gwarancji w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do gwarancji jakości, w tym odnoszące się do okresu gwarancji „nawierzchni z betonu cementowego", posiadają określony przez Zamawiającego termin

Gwarancji jakości niepodlegający ocenie. Popełniona omyłka nie mogła więc mieć żadnego wpływu na ocenę oferty zaproponowaną przez Konsorcjum Gülermak, co potwierdza jej nieistotny charakter.

Należy więc stwierdzić, że Zamawiający, mając podstawy zakładać, że błędy w ofercie były wynikiem nieuwzględnienia zmiany SIWZ, słusznie potraktował je jako omyłkę i dokonał jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Istota sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy w wyniku poprawienia oferty Konsorcjum Gülermak na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wadium złożone przez powyższego wykonawcę straciło swoją ważność.

Bezspornym pomiędzy stronami pozostawał fakt, iż w treści gwarancji bankowej przedłożonej przez Konsorcjum Gülermak, wystawionej przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. znajdował się zapis: „Niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty". Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia znaczenia zwrotu użytego w treści gwarancji bankowej „pierwotna oferta".

Na wstępie podkreślić należy, że stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy z 29.8.1997 r. - Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), (dalej „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 albo za pośrednictwem innego banku. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądowym, zobowiązanie z gwarancji bankowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna. Wyłącznie bowiem gwarancja jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta. W tym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 7.1.1997 r., I CKN 37/96, OSP 1997, Nr 5, poz. 97, podnosząc, iż *"istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza,* że *wyłączenie rozstrzygającymi o są postanowienia treści oświadczenia odpowiedzialności gwaranta zawarte (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji".*

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zmiana formularza oferty Konsorcjum Gülermak nie miała wpływu na skuteczność i ważność gwarancji wadialnej złożonej przez powyższego wykonawcę. Treść gwarancji czyli oświadczenia woli banku należy tłumaczyć zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli wyrażonymi w art. 65 kodeksu cywilnego, uwzględniając abstrakcyjny charakter zobowiązania banku. Zatem nie ulega wątpliwości, iż reguły wykładni językowej winny mieć zastosowanie. Kwestionowana gwarancja bankowa została wystawiona w dniu 13 stycznia 2015 r., a więc już po zmianie treści formularz ofertowego dokonanej przez Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2014 r. Oznacza to, że w momencie wystawienia gwarancji bank miał wiedzę o zakresie zobowiązania wykonawcy wynikającego z dokumentacji przetargowej. Przyjąć zatem należy, że określenie zawarte w treści gwarancji

„złoży ofertę", odnosi się do złożenia oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego obowiązującymi w dniu wystawienia gwarancji, a więc z uwzględnieniem zmian w treści formularza ofertowego z dnia 12 grudnia 2014 r. Odmienna interpretacja nie znajduje potwierdza w zasadach logiki i wykładni spornego zapisu gwarancji bankowej. Trudno bowiem przyjąć za zasadne, iż bank wystawia gwarancję bankową w celu zabezpieczenia

oferty wykonawcy niezgodnej z treścią SIWZ.

Dalej podkreślenia wymaga, że zmiana dokonana przez Zamawiającego nie spowodowała utraty przymiotu pierwotności przez ofertę Konsorcjum Gülermak, gdyż w ocenie Izbie nie doszło do zmiany oferty w sensie merytorycznym. Izba ustaliła bowiem, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym warstwa ścieralna na którą Konsorcjum Gülermak udzieliło 5 – letniego okresu gwarancji nie ma zastosowania do konstrukcji nawierzchni wykonanej z betonu cementowego. W konsekwencji interpretacja przedstawiona przez Odwołującego II jakoby oświadczenie woli Konsorcjum Gülermak w zakresie 5 – letniej gwarancji jakości należało również odnieść do warstwy ścieralnej nawierzchni z betonu cementowanego nie zostało w żaden sposób udowodnione i uznać je należy za bezzasadne. Po drugie, jak Izba wskazała powyżej, w pierwotnym formularzu oferty, Konsorcjum Gülermak złożyło oświadczenie o udzieleniu 10-letniego okresu gwarancji na wszystkie konstrukcje nawierzchni, a więc również na nawierzchnię z betonu cementowego. A zatem uznać należy, że dokonana przez Zamawiającego zmiana treści formularza ofertowego, kwestionowana przez Odwołującego II w zakresie braku zaoferowania 10 – letniego okresu gwarancji na konstrukcję nawierzchni wykonanej z betonu cementowego, nie spowodowała zmiany oświadczenia woli wykonawcy w sensie merytoryczny. Zmianę taką należy traktować jako doprecyzowanie terminologiczne wprowadzone przez Zamawiającego z związku ze zmianą SIWZ w dniu 12 grudnia 2014 r.

Tym samym w ocenie Izby Konsorcjum Gülermak wniosło wadium na cały okres związania ofertą i Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia powyższego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym niezasadny uznać należy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający naruszył zasadę określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 1209/15

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Art. 89 ust. 1 pkt 2 stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący VI upatrywał niezgodności treści oferty Konsorcjum Gülermak w zakresie braku uwzględnienia w złożonej ofercie obowiązku wykonania węzła czerniakowska BIS, precyzując w treści odwołania, iż z PFU wynikało, że oferta powinna uwzględniać budowę łącznic z pasami włączania i wyłączania pod przyszły węzeł z możliwością zjazdu i wjazdu w obu kierunkach. Jest to rozwiązanie bezpieczne niepowodujące zagrożenia ruchu drogowego.

Zgodnie z pkt 1.4.1.1 w) PFU wykonawca w swojej ofercie winien uwzględnić co następuje: „Zaprojektować i wykonać Obwód Utrzymania Drogi (silos wraz z pomieszczeniami gospodarczymi) w pasie drogi ekspresowej w miejscu planowanego węzła „Czernikowska Bis" z możliwością zjazdu i wjazdu w obu kierunkach".

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego VI opartego na błędnej interpretacji SIWZ. Stanowiska zaprezentowane przez Zamawiającego oraz Konsorcjum Gülermak znajduje zaś oparcie w SIWZ i przywołanym powyższej zapisie PFU. Po pierwsze wskazać należy, że Odwołujący VI potwierdził podczas rozprawy, że w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Konsorcjum Gülermak przewidziało rozwiązanie zjazdu i wyjazdu przez ulicę Sytą, zaś połączenie z planowaną drogą ekspresową S2 nastąpi poprzez awaryjne pasy ruchu. Kwestią sporną pozostawało czy zaproponowane przez Konsorcjum Gülermak połączenie OUD w pasie drogi ekspresowej w miejscu planowanego węzła Czernikowska Bis przy użyciu awaryjnych pasów ruchu jest rozwiązaniem zgodnym z PFU (opis szczegółowego rozwiązania został zawarty w odpowiedzi na pytanie nr 5, str. 18 wyjaśnień z dnia 5 maja 2015 r.). W ocenie Izby wskazana przez Odwołującego VI niezgodność rozwiązania zaproponowanego przez Konsorcjum Gülermak z zapisami PFU oraz mającymi

zastosowanie przepisami prawa nie została wykazana. Wskazać należy, że w pkt 2.1.9 PFU (Rozdział II – Część Informacyjna) Zamawiający określił mające zastosowanie akty prawne wskazując, iż do realizacji zamówienia zastosowanie ma m. in. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 16 stycznia 2002 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych. W rozporządzeniu tym w art. 102 ustawodawca wskazał, że w rejonie wyznaczonych przejazdów drogowych, w zależności od potrzeb służb ratowniczych

lub służb utrzymania, należy zapewnić wjazdy awaryjne z drogi krzyżującej się z autostradą na każdą jezdnię autostrady. Uznać więc należy, że ustawodawca dopuścił możliwość korzystania przez jednostki utrzymania dróg z wjazdów awaryjnych. W konsekwencji zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie zakładające wykorzystanie wjazdów i zjazdów awaryjnych do skomunikowania Obwodu Utrzymania Drogowego z drogą ekspertową S2 jest dozwolone. Słusznie wskazało również Konsorcjum Gülermak, że SIWZ nie zawiera informacji odnośnie wykonania łącznic z pasami włączenia i wyłączenia pod przyszły węzeł z możliwością zjazdu i wjazdu w obu kierunkach. W pkt 1. 4.1.1 pp. w) Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek dowolnego zaprojektowania łącznic, zaś Konsorcjum Gülermak przyjęło rozwiązanie, którego Zamawiający nie wykluczył i które jest zgodnie z mającym zastosowanie rozporządzeniem. Należy podzielić argumentację Konsorcjum Gülermak, iż wymaganie od wykonawcy wykonania łącznic w sposób opisany przez Odwołującego VI, bez szczegółowych wymagań zawartych w SIWZ, mogłaby niepotrzebnie zwiększać koszty realizacji zamówienia wykonawcy, a tym samym koszty Skarbu Państwa. Skoro bowiem parametry techniczne węzła Czernikowska Bis nie są jeszcze znane i będą wynikać z analiz ruchowych wykonanych w przyszłości, to nieracjonalnym byłoby obecnie wymaganie od wykonów projektowania i wykonania łącznic z pasami włączenie i wyłączenia pod przyszły węzeł Czerniakowska Bis z możliwością zjazdu i wjazdu w obu kierunkach, gdyż mogą one nieodpowiadać ostatecznym wynikom analiz i rodzić konieczność rozbiórki czy przebudowy. W konsekwencji, brak jest podstaw do przyjęcia rzekomej niezgodności oferty Konsorcjum Gülermak z wymaganiami SIWZ.

Izba wskazuje również, że poszukiwanie niezgodności oferty Konsorcjum Gülermak w treści złożonych wyjaśnień nie jest zasadne. Wyjaśnienia wykonawcy nie stanowią części oferty, zaś zaproponowane rozwiązane w zakresie sposobu realizacji zamówienia nie są dla wykonawcy wiążące. Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą żadnych koncepcji wykonania zamówienia. Konsorcjum Gülermak składając ofertę złożyło oświadczenie, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ i na etapie realizacji zamówienia jest związane złożonym oświadczeniem.

Izba wskazuje również, że Odwołujący VI nie sprecyzował żadnej podstawy faktycznej dotyczącej niezgodności treści oferty wykonawcy Mota z SIWZ, co w ocenie Izby skutkuje oddaleniem powyższego zarzut z uwagi na jego wadliwą konstrukcję. Ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy Odwołujący VI nie przedstawił żadnej argumentacji ani dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Należy więc stwierdzić, że zarzut nie został sformułowany w sposób kompletny, umożliwiający Izbie jego merytoryczną ocenę. Wnosząc odwołanie wykonawca ma bowiem obowiązek sformułować zarzut nie tylko poprzez wskazanie

zaskarżonej czynności lub zaniechania zamawiającego, ale również określenia podstawy faktycznej zarzutów. Odwołujący VI nie podjął nawet próby wykazania, że naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp względem oferty wykonawcy Mota. W konsekwencji odwołanie w tym zakresie uwzględnione.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący VI argumentował, że w odpowiedzi udzielonej przez Konsorcjum Gülermak na pytanie C.9 z dnia 9 lutego 2015 r. wykonawca ten nie określił czy popioły użyte do stabilizacji oraz wbudowania w nasypy drogowe zostały przebadane laboratoryjnie w zakresie możliwości ich wykorzystania do robót budowlanych. Nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego VI. Podkreślić należy, że wykonawca

zobowiązuje się do wykonania zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj” i złożył oświadczenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. W udzielonych wyjaśnieniach przedstawił przyjętą koncepcję realizacji zamówienia oraz jej wycenę. W odpowiedzi na pytanie C.III nr 9 Konsorcjum Gülermak wskazało zakres użycia popiołów w realizacji zamówienia, określając odpowiednie normy, którymi będzie się kierowało. Odwołujący VI w swojej argumentacji sugeruje, iż wykonawca winien już przed złożeniem oferty dokonać odpowiedniej analiz popiołów jakie zamierza użyć do stabilizacji oraz wbudowania w nasypy drogowe, co uznać należy za błędne. W ocenie Izby dopiero na etapie realizacji zamówienia Konsorcjum Gülermak będzie zobowiązane wykonać odpowiednia badania laboratoryjne, które potwierdzą spełnienie norm wskazanych w treści udzielonej odpowiedzi, o ile w ogóle zdecyduje się na ich zastosowanie. Wymaganie od wykonawca dokonywania analizy popiołów przed złożeniem oferty w przypadku braku sprecyzowania takiego obowiązku w SIWZ przez Zamawiającego jest nieuzasadnione. Rodziłoby to po stronie wykonawcy ryzyko ponoszenia niczym nieuzasadnionych dodatkowych kosztów związanych z przygotowaniem oferty. Konsorcjum Gülermak wyjaśniło Zamawiającemu w odpowiedzi na pytanie C.III nr 5 z dnia 9 lutego 2015 r. w jaki sposób dysponować będzie laboratorium koniecznym do dokonywania niezbędnych badań materiałów użytych do realizacji zamówienia. Uznać więc należy, że podnoszony przez Odwołującego VI zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest bezzasadny. Nie sposób bowiem narzucić na wykonawcę obowiązek wykonania badań jakościowych materiałów planowanych do użycia podczas realizacji zamówienia przed złożeniem oferty w sytuacji, gdy obowiązek taki nie wynikał z postanowień SIWZ.

Izba wskazuje również, że Odwołujący VI nie sprecyzował żadnej okoliczności faktycznej dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp względem oferty

---

wykonawcy Mota, co w ocenie Izby skutkuje oddaleniem powyższego zarzut z uwagi na jego wadliwą konstrukcję. Ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy Odwołujący VI nie przedstawił żadnej argumentacji ani dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Należy więc stwierdzić, że zarzut nie został sformułowany w sposób kompletny, umożliwiający Izbie jego merytoryczną ocenę. Wnosząc odwołanie wykonawca ma bowiem obowiązek sformułować zarzut nie tylko poprzez wskazanie zaskarżonej czynności lub zaniechania zamawiającego, ale również określenia podstawy faktycznej zarzutów. Odwołujący VI nie podjął nawet próby wykazania, że naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp względem oferty wykonawcy Mota. W konsekwencji odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zmawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 3). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, że zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności przeciwnych, m. in. przez wykazanie okoliczności przykładowo wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp.

W kontekście omawianego zarzutu konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu oraz wiedza,

doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej Zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot

zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m. in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Wskazać również należy, że pojęcie rażąco niskiej ceny nabiera szczególnego charakteru w analizowanym stanie faktyczny. W przyjętej formule realizacji zamówienia nie można mówić o generalnym pojęciu „rażąco niskiej ceny", mającym jednakowe zastosowanie do wszystkich wykonawców. Pojęcie to winno być odniesione do określonego rozwiązania koncepcyjnego, indywidualnie zaproponowanego przez każdego z wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia i tak zaproponowane rozwiązane winno podlegać weryfikacji pod względem przewidywanych i zakładanych kosztów niezbędnych do jego realizacji oraz wyceny takich kosztów. Właściwe ustalenie ilości robót, jak również przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowią ryzyko wykonawcy. Ryzyko wynikające z braku możliwości dokonania szacunku ofertowego przez wykonawcę jest uwzględniane w cenie ryczałtowej. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj" nie odnosi się bowiem do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Dlatego też doświadczenie wykonawcy odgrywa w tym zakresie ogromną rolę. Umiejętność wyceny ryzyka związanego z realizacją inwestycji w tak przyjętej formule jest indywidualnym przymiotem każdego z wykonawców, wynikającym z doświadczenia i przyjętej strategii biznesowej.

Podkreślenia również wymaga, że w kontekście badania zaoferowania rażąco niskiej ceny i wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp brak jest jednolitego stanowiska co do konsekwencji prawnych związanych ze zwróceniem się zamawiającego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Pierwsza grupa orzeczeń wskazuje, iż konsekwencją takiego wezwania jest powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską cena (ta m. in. wyrok sądu okręgowego w Olsztynie z dnia 13 marca 2015 r. sygn. akt IX Ca 39/15; wyrok KIO 1287/14 czy wyrok KIO 918/14). Druga grupa orzeczeń nie podziela powyższego podglądu, wskazując, iż sam fakt wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie skutkuje powstaniem domniemania faktycznego istnienia rażąco niskiej ceny (tak np. wyrok KIO 1166/14 oraz KIO 1680/14).

Izba nie podziela poglądu, iż wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkuje zawsze powstaniem domniemania faktycznego, że w danej sprawie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, w wyniku czego ciężar udowodnienia, że cena nie

jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Podkreślić należy, że domniemanie faktyczne do dyrektywa nakazująca przyjęcie, że jest prawdziwym określone twierdzenie (wniosek domniemania), o ile prawdziwym jest inne twierdzenie (przesłanka domniemania, themam probandi). Przy czym również fakty stanowiące podstawę samego domniemania powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi okolicznościami, np. takimi jak ustalenie rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu nie

została wykazana. Po pierwsze analiza cen ofert złożonych w postępowaniu na zadania B daje podstaw do przyjęcia, iż szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.764.775.418,94 (bez zamówień uzupełniających) odbiega od rzeczywistej wartości zamówienia i nie odzwierciedla wartości rynkowej, którą wyznaczają ceny ofertowe składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Przypomnieć należy, że na zadanie B zostało złożonych 5 oferty tj. wykonawca Mota – cena 775.608.140,52 zł brutto; Konsorcjum Gülermak – cena 757.643.100,00 brutto; Odwołujący VI – cena 942.632.818,82 brutto; wykonawca Pol - Aqua sp. z o.o. – cena 961.093.614,98 oraz Konsorcjum Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. oraz Mostostal Kraków S.A. – cena 1.241.685.000,00 zł brutto. Wynika z powyższych kwot, że średnia cena ofert złożonych w postępowaniu wynosi 935.732.535 zł., zaś wszystkie oferty złożone przez wykonawców były tańsze o szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Cena zaoferowane przez Konsorcjum Gülermak odbiega ok. 20% średniej wartości ofert w postępowaniu, zaś cena zaoferowana przez wykonawcę Mota odbiega ok. 18% od średniej wartości ofert. Cena zaproponowana przez Odwołującego VI jest ok. 7 mln droższa od średniej wartości ofert złożonych w postępowaniu. Dalej wskazać należy, iż sam Odwołujący VI potwierdził przeszacowanie wartości zamówienia dokonane przez Zamawiającego, powołując się m.in. na upływ czas pomiędzy datą ustalenia wartości zamówienia (XII 2013 r.) a datą składania ofert (I 2015 r.). Odwołujący VI wskazał w treści odwołania, że w jego ocenie obiektywna wartość zamówienia to kwota 950 mln zł. potwierdzając w ten sposób okoliczność, że szacunek Zamawiającego był nieaktualny, zaś punktem odniesienia cen zaoferowanych przez Konsorcjum Gülermak oraz Mota winna być średnia wartość ofert złożonych w

postępowaniu. W ocenie Izby to średnia wartości ofert złożonych w postępowaniu obrazują poziom cen i ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Średnia wartość ofert złożonych na zadanie B potwierdza, iż szacunek wartości zamówienia dokonany przez Zamawiającego nie może być uznany za aktualny. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, iż wezwanie wykonawcy Mota oraz Konsorcjum Gülermak do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skutkowało powstaniem domniemania faktycznego istnienia rażąco niskiej ceny. Podstawa faktyczna domniemania nie została bowiem wykazania.

Dalej rozważenia wymagało czy wykonawca Mota oraz Konsorcjum Gülermak w złożonych wyjaśnieniach wskazali okoliczności uzasadniające wskazaną powyżej różnicę w wycenie kosztów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący VI argumentował bowiem, uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny, iż wykonawca Mota oraz Konsorcjum Gülermak w złożonych wyjaśnieniach nie wykazali okoliczności faktycznych uzasadniających realność zaoferowanych cen. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego VI. Wskazać należy, że art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Ocena Zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Zadanie to częstokroć nastręcza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a może przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Zauważyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię językową tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. Analiza więc wyjaśnień złożonych przez poszczególnych wykonawców winna zmierzać do weryfikacji czy cena danej oferty jest ceną rynkową tj. czy uwzględniając wymagania Zamawiającego oraz zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania koncepcyjne co do sposobu realizacji zamówienia zasadne jest uznanie, iż

zakres nakładów materiałowych i robocizny oraz ich wycena odpowiadają wartości rynkowej, rzeczywistej.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznała, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Mota jaki i Konsorcjum Gülermak nie potwierdziły, iż zaoferowali oni cenę rażąco niską za realizację zamówienia, a tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty złożonych przez powyższych wykonawców. Podkreślić należy, że każdy z tych wykonawców przedstawił Zamawiającemu przyjęte rozwiązania koncepcyjne co do sposobu realizacji zamówienia (odpowiedź m.in. na pytanie nr C. III 2, 7, 13, 33, 37, 38, 40, 49, 53, 54, 64, wyjaśnień wykonawcy Gülermak z dnia 9 lutego 2015 r., odpowiedź na pytanie nr C.III 10, 13 wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2015 r., w przypadku wykonawcy Mota – m.in. odpowiedź na pytanie nr 6, 7, 13, 19, 33, 35, 36, 37, 38, 49, 53, 54, 64, rysunki koncepcyjne, odpowiedź na pytanie nr 38 i 40 w wyjaśnieniach z dnia 30 kwietnia 2015 r.), wstępny kosztorys związany z realizacją tak zaproponowanego sposobu wykonania zamówienia. Wykonawcy złożyli wstępne oferty podwykonawców na uprawdopodobnienie zaoferowanych cen. Dalej wskazać należy, że obaj wykonawcy uprawdopodobnili koszty związane z zakupem materiałów koniecznych do realizacji zamówienia przedstawiając wstępne oferty handlowe dostawców. Wykonawcy wskazali przewidywaną zysk oraz uwzględnili ryzyko związane z formułą realizacji zamówienia przyjętą przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że przedmiot zamówienia jest realizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj". Każdy z profesjonalnych wykonawców dokonując wyceny tak złożonego projektu opiera się w pewnym zakresie na szacunkach w przyjętych kalkulacjach, gdyż na obecnym etapie nie jest możliwe ostateczne i dokładne określenie zaangażowania pracy osób, sprzętu i materiałów na realizację zamówienia. Nie ma również gwarancji, że przyjęte przez wykonawców założenia koncepcyjne będą mogły być zrealizowane. Właściwe ustalenie ilości robót, jak również przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowią ryzyko wykonawcy.

Ryzyko wynikające z braku możliwości dokonania szacunku ofertowego przez wykonawcę jest uwzględniane w cenie ryczałtowej.

Podkreślenia wymaga również, że Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia. Oznacza to, że zobowiązał się do zapłaty z góry ustalonej kwoty za wykonanie zamówienia, zaś wykonawcy godząc się na taką formę wynagrodzenia wyraża zgodę, iż nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1997 sygn. akt. II CKN 913/97).

Izba zawraca uwagę również, że Zamawiający mając możliwość wymagania od wykonawców w SIWZ przedłożenia wraz z ofertą koncepcji wykonania zamówienia czy też kosztorysu realizacji zamówienia, wymogu takiego nie zawarł. Nie zwalnia to oczywiście

Zamawiającego z obowiązku badania ceny zaoferowanej przez wykonawców, jednakże żądanie od wykonawców szczegółowych informacji co do sposobu wykonania zamówienia czy też szczegółowych kosztorysów jest pośrednim uzupełnieniem SIWZ, niedopuszczalnym na etapie badania i oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba uznała, że zarówno wykonawca Mota jak i Konsorcjum Gülermak w sposób spójny, jasny i szczegółowy wyjaśnili sposób realizacji zamówienia, w tych technologię umożliwiającą uzyskanie oszczędności, których wartość odzwierciedlona została w kosztorysie przedłożonym przez wykonawców. W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że złożone wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W kontekście podniesionego zarzutu wskazać również należy, że Odwołujący VI przeprowadził ograniczone postępowanie dowodowe zmierzające do wykazania zasadności postawionego zarzutu, powołując się na ograniczone możliwości dowodowe wynikające z utajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak. Okoliczność ta jednak nie pozbawiała Odwołującego VI możliwości podjęcia szerszej inicjatywy dowodowej. Oczywistym jest, że przerzucenie na wykonawcę bezwzględnego ciężaru dowodu wykazania nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień w sytuacji objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby nieuzasadnione. W tym zakresie to do zadań Izby należało ocenić złożone wyjaśnienia. Jednakże wskazać należy, że część wyjaśnień

Konsorcjum Gülermak zostało odtajnionych przez samego wykonawcę, zaś Odwołujący VI nie odniósł się w żaden sposób do ich treści w kontekście naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 czy art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Po drugie, jedyny dowód przedłożony przez Odwołującego VI to ekspertyza prywatna pn. Analiza i prognoza minimalnych kosztów realizacji inwestycji przygotowana przez Arcadis sp. z o.o. Izba uznała przedłożony dowód za niewiarygodny. Wskazać należy, że złożony dokument liczy 7 stron, z tym, że na pierwszych 5 stronach znajdują się generalne informacje o przedmiocie zamówienia i formule jego realizacji, które to informacje nie były sporne w niniejszym postępowaniu, znane były wszystkim wykonawców, gdyż wynikają z SIWZ. Treści ekspertyzy została zawarta na dwóch ostatnich stronach dokumentu i ogranicza się do stwierdzenia, że minimalna kwota za jaką można zrealizować zamówienia to 871,39 mln. Na pytanie Izby jakie technologie wykonania przedmiotu zamówienia były przedmiotem analizy autora opinii i jakiego rodzaju optymalizacje zostały uwzględnione, Odwołujący VI wskazał, że zakres opinii nie obejmował analizy technologii, gdyż cena za wykonanie ekspertyzy nie obejmowała swym zakresem takiej analizy. W takiej sytuacji trudno uznać przedłożony dowód za wiarygodny. Skoro bowiem to właśnie technologia wykonania zamówienia i wynikające z niej optymalizacje kosztów mogą umożliwić wykonawców osiągnięcie określonych oszczędności, to opinia,

---

które nie zawiera takiej analizy jest dowodem niewiarygodnym i może być jedynie traktowana jako subiektywna wycena kosztów realizacji zamówienia jaką przyjął sam Odwołujący VI. Tym samym Izba uznała przedłożony dowód za niewiarygodny i nie potwierdzający okoliczności na jakie został złożony.

Izba wskazuje, że Odwołujący VI jako profesjonalista działający w branży budowlanej winien przedstawić np. analizę możliwych do zastosowania przez wykonawców odstępstw od przyjętej przez Zamawiającego w SIWZ koncepcji programowej i możliwych, realnych do osiągnięcia oszczędności wynikających z takich odstępstw, dostępnych w branży budowlanej technologii wykonania przedmiotu zamówienia i potencjalnych oszczędności z nich wynikających. Jak wyjaśnił Zamawiający koncepcja programowa dopuszczała zastosowanie przez wykonawców odmiennych rozwiązań. PFU dopuszczało możliwość doboru ilości oraz długości przęseł przy realizacji mostu. Z ofert złożonych przez wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak wynika, iż każdy z nich zaoferował inne rozwiązanie koncepcyjne. Zarówno wykonawca Mota jak i Konsorcjum Gülermak przedłożyli umowy z biurami projektowymi. Każdy z wykonawców z uwagi na formułę realizacji zamówienia „zaprojektuj i wybuduj" indywidualnie określał przyjęte rozwiązania koncepcyjne i związane z takimi założeniami oszczędności. Odwołujący VI poza gołosłownymi twierdzeniami, że koncepcja programowa nie dopuszczała zbyt dużych możliwości optymalizacji proponowanych rozwiązań, nie przedstawił żadnych analiz jakie odstępstwa były dopuszczalne, gdzie nie było możliwości modyfikacji rozwiązań zaproponowanych przez Zamawiającego, jakie technologie wykonania przedmiotu zamówienia były możliwe do dostosowania i jaki mogło mieć to potencjalny wpływ na obniżenie kosztów.

W ocenie Izby z przedłożonych wyjaśnień wraz z dowodami (m. in. rysunki technicznej, przekroje obiektów, oferty handlowe oraz oferty potencjalnych podwykonawców) miał przyjętych przez założeń Zamawiający możliwość weryfikacji wykonawców ich pod i realności koncepcyjnych, weryfikacji oszacowania względem wyceny zaproponowanej ceny. Za niezasadny uznać więc należy argument Odwołującego VI o ogólnikowym charakterze złożonych wyjaśnień, niepopartych żadnymi dowodami.

Tym samym Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. Art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 UZNK

W ocenie Izby zarzut potwierdził się, jednakże jego zasadność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK 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. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający pismem z dnia 20 maja wystąpił do wykonawcy Mota oraz Konsorcjum Gülermak o wskazanie podstaw do zastrzeżenia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w dniu 16 lutego, 20 kwietnia oraz 7 maja 2015 r. Konsorcjum Gülermak zasadność zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa zawarli w pismach skierowanym do Zamawiającego z dnia 25 maja 2015 r., zaś wykonawca Mata w piśmie z dnia 22 maja 2015 r. Konsorcjum Gülermak odtajniło część wyjaśnień, w pozostałym zakresie Zamawiający uznał, że Konsorcjum Gülermak zasadnie zastrzegło złożone wyjaśnienia. Zamawiający przychylił się również do wniosku wykonawcy Mota o utajnienie złożonych wyjaśnień jako dokumentów zwierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy po pierwsze, że Zamawiający prawidłowo wystąpił do wykonawców o podanie podstaw uzasadniających zastrzeżenie złożonych wyjaśnień. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy, aby skutecznie zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający winien uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z tych oczywistych względów wymaga to więc podjęcia przez zamawiającego określonych badań w tym przedmiocie. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.), którego interpretację zawiera ustabilizowana już linia orzecznictwa (wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002 r., Nr 5, poz. 67; wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001 r., Nr 4, poz. 59 z aprobującą glosą). Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że przesądzenie o skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, uznanych

przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska wykonawcy odnośnie charakteru (statusu) tych informacji.

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższy wyrok Sądu Najwyższego wskazać należy, że Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.

W analizowanym stanie faktycznym Konsorcjum Gülermak w piśmie z dnia 25 maja 2015 r. wskazało, że informacje zawarte w treści wyjaśnień mają dla niego wartość gospodarczą zawierają bowiem szczegółowe dane na temat kalkulacji ceny, oferty podwykonawców i dostawców wraz z wycenami, stanowiąc istotny element sposobu budowania ceny przez wykonawcę. Wyjaśnił, że zastrzeżone informacje mają dla niego dużą wartość gospodarczą, gdyż wycena realizacji zamówienia była poprzedzona analizami, przy dużym nakładzie pracy i kosztów ze strony wykonawcy. Wyjaśnił, że zastrzeżone informacje nie byłby kiedykolwiek ujawnione i są chronione zgodne z wewnętrznym procedurami. Wskazał, że we wszystkich pismach kierowanych do Zamawiającego podkreślano ich poufny charakter. Konsorcjum Gülermak wyjaśniło również, że pracownicy są informowani o poufnym charakterze informacji i podpisują zobowiązanie o zachowaniu ich w poufności. Wykonawca przestawił

również uzasadnienie zastrzeżenia poszczególnych odpowiedzi na pytania.

Wykonawca Mota wskazał zaś, że informacje zawarte w wyjaśnieniach zawierają informacje dotyczące sposobu organizacji robót, kalkulacji kosztów bezpośrednich, oferty podwykonawców i dostawców i należy przypisać im wartość gospodarczą. Wyjaśnił, iż informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że podejmuje stały czynności faktyczne i prawne celu zachowania ich w poufności m.in. poprzez ograniczony dostęp osób nieuprawnionych do siedziby podwykonawcy, umowy o zachowanie poufności itp.

W ocenie Izby przedłożone przez powyższych wykonawców wyjaśnienia co do zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie były wystarczające do uznania przez Zamawiającego, iż zostały spełnione wszystkie przesłanki niezbędne do uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co do pierwszej z przesłanek koniecznych do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, to wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14).

W świetle powyższego, rozstrzygnięcia wymagało czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak mogą być wykorzystane przez innego przedsiębiorcę w celu zaoszczędzenia wydatków lub zwiększenia zysków tj. czy można im przypisać obiektywną wartość gospodarczą. Powyższe pytanie winno być rozważone w dwóch aspektach: pojedynczych odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego jak i w kontekście całego dokumentu wyjaśnień.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że realizacja zamówienia następuje w formule zaprojektuj i wybuduj. Oznacza to, że każdy z wykonawców, w graniach określonych w SIWZ, miał możliwość przyjęcia przed złożeniem oferty określonych założeń koncepcyjnych co do sposobu realizacji zamówienia w celu zoptymalizowania kosztów jego realizacji. Przyjęte założenia są odzwierciedleniem dokonanych analiz oraz wynikają z dotychczasowego doświadczenia wykonawcy. Izba dokonując analizy złożonych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak przyjęła, iż wyjaśnienia te będące zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia mogą mieć wartość gospodarczą. O ile odpowiedzi na niektóre pytania, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne poprzez odwołania się do informacji zamieszczonych w treści SIWZ i nie sposób przypisać im wartości gospodarczej, o tyle cały zbiór informacji zawartych w wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, które warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny. Ma to istotne znaczenie w formule realizacji zamówienia przyjętej przez Zamawiającego „zaprojektuj i wybuduj” i potencjalną możliwością ich wykorzystania przez innych przedsiębiorców. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł wymogu złożenia przez wykonawców wraz z ofertą rozwiązań

---

koncepcyjnych co do sposobu realizacji zamówienia, nie wymagał przedłożenia kosztorysów lub jakichkolwiek innych dokumentów potwierdzających przyjętą wycenę realizacji zamówienia. Żądanie takie było wyłącznie kierowane do wybranych wykonawców na etapie badania i oceny ofert. W przypadku ujawnienia przez Zamawiającego treści wyjaśnień wykonawcy, którzy nie byli zobowiązani do przedkładania jakichkolwiek analiz i koncepcji realizacji zamówienia mogliby skorzystać z dokumentów sporządzonych przez wykonawców

wezwanych do takich wyjaśnień. W momencie podejmowania decyzji przez Zamawiającego o zasadności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak nie było żadnych gwarancji, iż wybór dokonany przez Zamawiającego jest ostateczny i nie ulegnie zmiany, chociażby w wyniku wniesienia odwołania czy unieważnienia postępowania. W przypadku takiej zmiany decyzji Zamawiającego, inni wykonawcy, szczególnie wykonawcy nie wezwani do składania wyjaśnień, mogliby skorzystać z rozwiązań ujawnionych przez Zamawiającego. Wskazać należy, że w stosunku do wykonawców niewzywanych do złożenia wyjaśnień nie ma żadnej pewności, iż przygotowali szczegółowe rozwiązania dotyczące wykonania zamówienia, a więc potencjalnie mogliby skorzystać w ujawnionych rozwiązań wypracowanych przez innych przedsiębiorców. Ponadto, przyjęty sposób realizacji zamówienia wynikający z treści wyjaśnień mógłby być potencjalnie wykorzystany przez innych wykonawców w inwestycjach o podobnym charakterze. Dlatego też w ocenie Izby wyjaśnieniom złożonych przez wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak jako zbiór informacji o sposobie realizacji zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj” można przypisać wartość gospodarczą.

Analizie należy również poddać pozostałe przesłanki uzasadniające zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. (i) poufny charakter informacji zawartych w wyjaśnieniach; (ii) oraz podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Izby zakres informacji przekazanych wykonawcę Mota oraz Konsorcjum Gülermak w pismach z dnia 22 i 25 maja 2015 r. nie był wystarczający do uznania, iż spełniona jest przesłanka poufności oraz przesłanka podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Wykonawca Mota poza gołosłownymi stwierdzeniami o podpisaniu umów o zachowanie poufności i stwierdzeniu o podejmowaniu stałych czynności faktycznych i prawnych w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności nie przedłożył Zamawiającemu ani kopii takich umów, ani listy osób mających dostęp do informacji, nie wyjaśnił w czym przejawia się podejmowanie stałych kroków faktycznych i prawnych. Bez przedstawienia jakiegokolwiek wiarygodnego potwierdzenia trudno przyjąć, iż Zamawiający miał jakiekolwiek materiały do zweryfikowania zasadności zastrzeżenia

informacji zawartych w wyjaśnieniach. Ponadto, wyjaśnienia w dużej części opierały się na informacjach pochodzących od podmiotów trzecich. Z wyłączeniem pojedynczych umów (tj. oferty z zastrzeżeniem poufności: (i) oferta z załącznika nr 2 do wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015 r.; (ii) oferta z załącznika nr 3 do wyjaśnień z dnia 9 lutego; (iii) w załączniku nr 4 do wyjaśnień z dnia 9 lutego: oferta podwykonawcy – strona 120 – 121 wyjaśnień, oferta strona 166 wyjaśnień, oferta handlowa strona 173 – 175, oferta handlowa strona 239 wyjaśnień, oferta handlowa strona 276 wyjaśnień), pozostałe oferty handlowe czy umowy nie zawierały żadnych informacji co do ich poufnego charakteru. Podmioty trzecie składające oferty nie zastrzegły w żaden sposób przekazanych wykonawcy informacji co do oferowanych cen za wykonanie określonych elementów zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w ofertach handlowych potencjalnych dostawców lub podwykonawców są właśnie te podmioty trzecie, nie zaś wykonawca Mota. Skoro zaś podmioty te nie wyraziły w treści składanych oferty żadnych zastrzeżeń co do poufnego charakteru informacji, to tym samym uznać należy, że nie noszą one przymiotu informacji poufnych, a podmiot taki nie wyraził woli zachowania przekazanych informacji w poufności.

Podobnie w przypadku Konsorcjum Gülermak Izba uznała, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia przesłanki poufności oraz przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności. Wykonawca ten nie przedstawił Zamawiającemu kopii żadnych procedur wewnętrznych potwierdzających istnienie wewnętrznych regulacji w zakresie ochrony informacji wrażliwych. W zakresie złożonych wraz z wyjaśnieniami umów podwykonawczych oraz ofert handlowych podkreślić należy, że wbrew twierdzeniom Konsorcjum Gülermak, wyłącznie pojedyncze oferty czy umowy zawierały jakiekolwiek wskazanie co do ich poufnego charakteru (tj. oferty podwykonawców w Załączniku nr 5, strona 179 wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015 r. oferta ze strony 181 wyjaśnień oraz umowa w załączniku nr 5 do wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2015 r.) Pozostałe oferty nie zawierały
żadnych zastrzeżeń co poufnego charakteru przekazywanych informacji czy istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Powoływanie się przez Konsorcjum Gülermak na pisma

kierowane do Zamawiającego, z których wynika, że informacje pochodzące od podmiotów trzecich mają charakter poufny, w sytuacji, gdy takie pisma nie zostały złożone Izbie ani Zamawiającemu, uznać należy za twierdzenia gołosłownie i w żaden sposób nie potwierdzone. Konsorcjum Gülermak winno mieć świadomość, że postępowanie przetargowe ma charakter pisemny, w związku z tym ustalenia nieznane Zamawiającemu ani innym uczestnikom postępowania nie są wiarygodnym źródłem informacji.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający nie miał wystarczających podstaw do przyjęcia, iż wykonawca Mota oraz Konsorcjum Gülermak wykazali spełnienie przesłanek

koniecznych do zastrzeżenia wyjaśnień jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa winien, chcąc wyłączyć jawność postępowania w stosunku do dokumentów składnych Zamawiającemu, uprawdopodobnić przesłanki konieczne do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gołosłowne i niczym nie poparte twierdzenia wykonawcy nie są, w ocenie Izby, wiarygodnym narzędziem do wykazania spełnienia warunków koniecznych do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła jednakże, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 i ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący VI, pomimo iż nie znał wyjaśnień wykonawców Mota oraz Konsorcjum Gülermak co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i to oparty na nad wyraz szeroko ujętych okolicznościach faktycznych, który Izba – w granicach odwołania - rozpoznała i uznała za niezasadny. Zatem nawet nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty Odwołującego VI jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy bowiem stwierdzeniu, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK

Za niezasadny Izba uznała zarzut, że złożenie ofert przez Konsorcjum Gülermak oraz wykonawcę Mota z ceną powyżej subiektywnie określonej przez Odwołującego VI wartości zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem oferty te podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Poza powołaniem się na art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zasady uczciwej konkurencji oraz fakt zaoferowania ceny niższej niż szacunek Odwołującego VI, wykonawca ten nie przedstawił żadnych dodatkowych okoliczności ani dowodów na poparcie twierdzenia, że złożone przez kwestionowanych wykonawców oferty należy uznać za sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jedyną przesłanką uzasadniającą podniesiony zarzut

było wskazanie przez Odwołującego VI, że Konsorcjum Gülermak oraz wykonawca Mota zaoferowali ceny niższe niż Odwołujący VI i tym samym zmierzają do eliminacji tego wykonawcy z rynku. Tak sformułowany zarzut nie może być uwzględniony. Izba uznała bowiem, że ceny zaoferowane przez obu wykonawców nie są cenami rażąco niskimi, a tym samym odpadła podstawa faktyczna zarzut.

Rozstrzygnięcie odwołań wniesionych na zadanie C

Sygn. akt: KIO 1191/15

Izba ustaliła, że Konsorcjum Budimex spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zmawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 3). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, że zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności przeciwnych, m. in. przez wykazanie okoliczności przykładowo wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp.

W kontekście omawianego zarzutu konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia". Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że

punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej Zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m. in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Wskazać również należy, że pojęcie rażąco niskiej ceny nabiera szczególnego charakteru w analizowanym stanie faktyczny. W przyjętej formule realizacji zamówienia nie można mówić o generalnym pojęciu „rażąco niskiej ceny", mającym jednakowe zastosowanie do wszystkich wykonawców. Pojęcie to winno być odniesione do określonego rozwiązania koncepcyjnego, indywidualnie zaproponowanego przez każdego z wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia i tak zaproponowane rozwiązane winno podlegać weryfikacji pod względem przewidywanych i zakładanych kosztów niezbędnych do jego realizacji oraz wyceny takich kosztów. Właściwe ustalenie ilości robót, jak również przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowią ryzyko wykonawcy. Ryzyko wynikające z braku możliwości dokonania szacunku ofertowego przez wykonawcę jest uwzględniane w cenie ryczałtowej. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj" nie odnosi się bowiem do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Dlatego też doświadczenie wykonawcy odgrywa w tym zakresie ogromną rolę. Umiejętność wyceny ryzyka związanego z realizacją inwestycji w tak przyjętej formule jest indywidualnym przymiotem każdego z wykonawców, wynikającym z doświadczenia i przyjętej strategii biznesowej.

Podkreślenia również wymaga, że w kontekście badania zaoferowania rażąco niskiej ceny i wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp brak jest jednolitego stanowiska co do konsekwencji prawnych związanych ze zwróceniem się zamawiającego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Pierwsza grupa orzeczeń wskazuje, iż konsekwencją takiego wezwania jest powstanie domniemania faktycznego, że mamy do

czynienia z rażąco niską cena (ta m. in. wyrok sądu okręgowego w Olsztynie z dnia 13 marca 2015 r. sygn. akt IX Ca 39/15; wyrok KIO 1287/14 czy wyrok KIO 918/14). Druga grupa orzeczeń nie podziela powyższego podglądu, wskazując, iż sam fakt wezwania

wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie skutkuje powstaniem domniemania faktycznego istnienia rażąco niskiej ceny (tak np. wyrok KIO 1166/14 oraz KIO 1680/14).

Izba nie podziela poglądu, iż wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkuje zawsze powstaniem domniemania faktycznego, że w danej sprawie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, w wyniku czego ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Podkreślić należy, że domniemanie faktyczne do dyrektywa nakazująca przyjęcie, że jest prawdziwym określone twierdzenie (wniosek domniemania), o ile prawdziwym jest inne twierdzenie (przesłanka domniemania, themam probandi). Przy czym również fakty stanowiące podstawę samego domniemania powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi okolicznościami, np. takimi jak ustalenie rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy po pierwsze, że analiza cen ofert złożonych w postępowaniu na zadania C nie daje podstaw do przyjęcia, aby którakolwiek z nich była rażąco niska, a to właśnie ceny ofertowe składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia stanowią jeden z wyznaczników cen rynkowych w danej branży. Przypomnieć należy, że na zadanie C zostały złożone 3 oferty tj. Warbud – cena 561.660.312,21 zł brutto; Bilfinger – cena 594.762.311 brutto oraz Odwołujący III – cena 714.814.500 brutto. Z 923.854.494,71 zł. Wynika z powyższych kwot,

że średnia cen ofert złożonych w postępowaniu wynosi 623.745.707,74 zł. Cena zaoferowane przez wykonawcę Bilfinger odbiega niecałe 5% średniej wartości ofert w postępowaniu, zaś cena zaoferowana przez wykonawcę Warbud odbiega ok 10% od średniej wartości ofert. Przy czym biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia i formułę realizacji zamówienia „zaprojektuj i wybuduj” powyższe różnice są uzasadnione przyjętymi przez poszczególnych wykonawców założeniami projektowymi, szczegółowo opisanymi w treści wyjaśnień złożonych przez powyższych wykonawców.

Dalej wskazać należy, co słusznie podkreślił Przystępujący Warbud, iż Zamawiający, w przeciwieństwie do zadania A, nie dokonał korekty szacunkowej wartości zamówienia pomiędzy datą jej ustalenia (XII 2013 r.) a datą składania ofert (I 2015 r.) Przystępujący

przedłożył w poczet materiału dowodowego wyliczenia ile wynosiłaby szacunkowa wartość zamówienia, gdyby przyjąć poziom korekty zastosowaniu w zadaniu A tj. 27 %. Kwota ta kształtowałby się na poziomie 674.413.781,14 zł, a wówczas stosunek ceny oferty wykonawcy Warbud do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia po korekcie wyniósłby 83%, zaś wykonawcy Bilfinger 88%. W ocenie Izby argument Przystępującego Warbud uznać należy za zasadny. Niewątpliwe w okolicznościach faktycznych omawianej sprawy Zamawiający dokonał przeszacowania wartości zamówienia. Świadczą o tym ceny zaoferowane przez wykonawców, z których najdroższa złożona przez Odwołującego III jest tańsza od szacunku Zamawiającego o 209.039.994,71 zł. W takiej sytuacji konieczne jest odwołanie się do średniej wartości ofert złożonych w postępowaniu, która obrazują poziom cen i ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Jak Izba wskazał powyżej, cena ta kształtuj się na poziomie 623.745.707,74 zł. Ceną tę potwierdziła również analiza przedstawiona przez Przystępującego Warbud. Uwzględniając bowiem 27% korektę zastosowaną w zadaniu A wartość zamówienia na

zadanie C kształtowałaby się na poziomie 674.413.781,14 zł. W ocenie Izby zastosowanie analogii co do poziomu wymaganej korekty z zadania A w zadaniu C jest jak najbardziej zasadne, co potwierdził sam Zamawiający. Zarówno bowiem zadanie A jak i C obejmuje swoim zakresem roboty budowlane i spadek cen przywołany przez Zamawiającego z piśmie z dnia 29 stycznia 2015 r. ma również zastosowanie do zadań B. Nielogicznym byłoby przyjęcie odmiennego założenia, Odwołujący III zaś nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych na wykazanie niezasadności twierdzeń i analiz Przystępującego Warbud.

Mając na uwadze przywołane okoliczności uznać należy, że twierdzenie Odwołującego III jakoby różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez wykonawcę Bilfinger oraz Warbud oraz szacunkową wartością zamówienia określoną przez Zamawiającego potwierdzała istnienie rażąco niskiej ceny uznać należy za niezasadne. W ocenie Izby z uwagi na upływ czasu pomiędzy szacowaniem wartości przedmiotu zamówienia a oceną złożonych ofert zasadne jest przyjęcie, iż wartość tą należy uznać za nieaktualną i nieodpowiadającą wartości rynkowej zamówienia. Czynniki wypływające na zmianę wartości szacunkowej zamówienia na zadanie A mają również zastosowanie do zadania C. W konsekwencji nie można mówić na tle analizowanego stanu faktycznego o powstaniu domniemania faktycznego rażąco niskiej ceny w związku z wezwaniem wykonawców do złożenia wyjaśnień. Fakty które miałby stanowić podstawę faktyczną takiego domniemania nie zostały bowiem udowodnione. Przeciwnie, w toku postępowania Izba uznała, że szacunek wartości zamówienia dokonany przez Zamawiającego nie odzwierciedlał zmian jakie zaszły na rynku budowlanym od XII 2013 r., a tym samym szacunek ten uznać należy za nieaktualny.

Dalej Odwołujący III wskazał, uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny, iż wykonawca Warbud oraz Bilfinger w złożonych wyjaśnieniach nie wykazali przesłanek wynikających z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego III. Wskazać należy, że art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Ocena Zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Zadanie to częstokroć nastręcza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a może przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Zauważyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. Analiza więc wyjaśnień złożonych przez poszczególnych wykonawców winna zmierzać do weryfikacji czy cena danej oferty jest ceną rynkową tj. czy uwzględniając wymagania Zamawiającego oraz zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania koncepcyjne co do sposobu realizacji zamówienia zasadne jest uznanie, iż zakres nakładów materiałowych i robocizny oraz ich wycena odpowiadają wartości rynkowej, rzeczywistej. W ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznała, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Bilfinger jaki i Warbud nie potwierdziły, iż zaoferowali oni cenę rażąco niską za realizację zamówienia, a tym samym brak było podstaw do odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Bilfinger oraz Warbud. Podkreślić należy, że każdy z tych wykonawców przedstawił Zamawiającemu przyjęte rozwiązania koncepcyjne co do sposobu realizacji zamówienia (odpowiedź na pytanie nr C. III 12, 35, 36, 44, 47 wyjaśnień wykonawcy Bilfinger z dnia 9 lutego 2015 r., odpowiedź na pytanie nr C.III 12, 36, 44, 47 wyjaśnień wykonawcy Warbud z dnia 9 lutego, odpowiedź na pytania nr C.III 4, 11 oraz 12 wyjaśnień wykonawcy Warbud z dnia 17 kwietnia 2015 r., rysunki techniczne złożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 17 kwietnia 2015 r. obrazujące przyjętą do wyceny koncepcję realizacji zamówienia,

odpowiedź na pytanie 2 w wyjaśnieniach z dnia 5 maja 2015 r.) oraz szczegółowy kosztorys związany z realizacją tak zaproponowanego sposobu realizacji zamówienia, obrazujący przyjęte zapotrzebowanie na materiały oraz przyjęte rozwiązania projektowe. Wskazać należy, że obaj wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach przedstawili szczegółową kalkulację kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, z wyszczególnieniem tych części, które będą realizowane siłami własnymi oraz z pomocą podwykonawców. Wykonawcy złożyli wstępne oferty podwykonawców na uprawdopodobnienie zaoferowanych cen. Dalej wskazać należy, że obaj wykonawcy uprawdopodobnili koszty związane z zakupem materiałów koniecznych do realizacji zamówienia przedstawiając wstępne oferty handlowe dostawców. Wykonawcy wskazali przewidywaną zysk oraz uwzględnili ryzyko związane z formułą realizacji zamówienia przyjętą przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że przedmiot zamówienia jest realizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj". Każdy z profesjonalnych wykonawców dokonując wyceny tak złożonego projektu opiera się w pewnym zakresie na szacunkach w przyjętych kalkulacjach, gdyż na obecnym etapie nie jest możliwe ostateczne i dokładne określenie zaangażowania pracy osób, sprzętu i materiałów na realizację zamówienia. Nie ma również gwarancji, że przyjęte przez wykonawców założenia koncepcyjne będą mogły być zrealizowane. Oczywistym jest, że na tym etapie postępowania są to wyłącznie pewne założenia wykonawcy, które mogą się potwierdzić lub nie. Wynika to z przyjętej formuły realizacji zamówienia. Właściwe ustalenie ilości robót, jak również przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowią ryzyko wykonawcy. Ryzyko wynikające z braku możliwości dokonania szacunku ofertowego przez wykonawcę jest uwzględniane w cenie ryczałtowej. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj" nie odnosi się bowiem do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową.

Podkreślenia wymaga również, że Zamawiający przewidział również wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia. Oznacza to, że zobowiązał się do zapłaty z góry ustalonej kwoty za wykonanie zamówienia, zaś wykonawcy godząc się na taką formę wynagrodzenia wyraża zgodę, iż nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (tak m. in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1997 sygn. akt. II CKN 913/97).

Izba zawraca uwagę również, że Zamawiający mając możliwość wymagania od wykonawców w SIWZ przedłożenia wraz z ofertą koncepcji wykonania zamówienia czy też kosztorysu realizacji zamówienia, wymogu takiego nie zawarł. Nie zwalnia to oczywiście Zamawiającego z obowiązku badania ceny zaoferowanej przez wykonawców, jednakże żądanie od wykonawców szczegółowych informacji co do rozwiązań koncepcyjnych czy też szczegółowych kosztorysów jest pośrednim uzupełnieniem SIWZ, niedopuszczalnym na

etapie badania i oceny ofert. W konsekwencji wszelkie niejasności wynikające winny być interpretowane na korzyść wykonawców.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba uznała, że zarówno wykonawca Bilfinger jak i Warbud w sposób spójny, jasny i szczegółowy wyjaśnili sposób realizacji zamówienia, w tych technologię umożliwiającą uzyskanie oszczędności, których wartość odzwierciedlona została w kosztorysie przedłożonym przez wykonawców. W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że złożone wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W kontekście podniesionego zarzutu wskazać również należy, że Odwołujący III przeprowadził ograniczone postępowanie dowodowe zmierzającego do wykazania zasadności postawionego zarzutu, powołując się na ograniczone możliwości dowodowe wynikające z utajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców Warbud oraz Bilfinger. Okoliczność ta jednak nie pozbawiała Odwołującego III możliwości podjęcia szerszej inicjatywy dowodowej. Oczywistym jest, że przerzucenie na wykonawcę bezwzględnego ciężaru dowodu wykazania nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień w sytuacji objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby nieuzasadnione. W tym zakresie to do zadań Izby należała ocena złożonych wyjaśnień. Jednakże utajnienia wyjaśnień nie rodzi automatycznego skutku w postaci przerzucenia ciężaru dowodu na Izbę. W poczet materiału dowodowego przedłożył jeden dowód tj. Ekspertyzę Cenową przygotowaną przez inż. Ignacego Kowalskiego z dnia 9 czerwca 2015 r. Izba uznała przedłożony dowód za niewiarygodny. Odwołujący III uzasadnił, że autor opinii legitymuje się wieloletnim

doświadczeniem w branży budowlanej, uczestniczył w licznych projektach i posiada bogate doświadczenie w wycenie projektów budowlanych. Jednakże Odwołujący III nie podał Izbie ani nie złożył w poczet materiału dowodowego żadnych konkretnych informacji o doświadczeniu zawodowym autora opinii. Co więcej Przystępujący Bilfinger wskazał, czemu Odwołujący III nie zaprzeczył, że z informacji internetowych wynika, iż autor opinii jest autorem projektu parkingu, zaś biorąc pod uwagę datę wpisu na listę osób uprawnionych do wykonywania zawodu projektanta (1974 r.) rodzić się mogą pewne wątpliwości co do możliwości uwzględnienia przez autora opinii nowoczesnych rozwiązań technologicznych i organizacyjnych uwzględnionych przez Przystępującego Bilfinger i Warbud w przedłożonych ofertach. Przystępujący Warbud wskazał również na błędy występujący w treści opinii, czemu Odwołujący III nie zaprzeczył. Ponadto, w przedłożonych wyliczeniach zawartych w ekspertyzie autor oparł się na cenach Sekocenbud, zaś w treści złożonych wyjaśnień zarówno wykonawca Bilfinger jak i Warbud wyjaśnili, iż oferują ceny niższe od cen określanych przez Sekocenbud, przedkładając odpowiednie oferty handlowe. Ponadto w przedłożonej ekspertyzie brak jest wskazania elementów co do założeń projektowych, na które zezwalał Zamawiający w PFU. Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba uznała,

że przedłożona ekspertyza nie stanowi wiarygodnego dowodu na wykazania kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, najszerszego możliwego zakresu optymalizacji rozwiązań zaproponowanych przez Zamawiającego i przy uwzględnieniu minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym zakupu materiałów.

W ocenie Izby Odwołujący III winien był przedstawić analizę możliwych do zastosowania przez wykonawców odstępstw od przyjętej przez Zamawiającego w SIWZ koncepcji programowej i możliwych, realnych do osiągnięcia oszczędności, dostępnych w branży budowlanej technologii wykonania przedmiotu zamówienia i potencjalnych oszczędności z nich wynikających. Jak wyjaśnił Zamawiający koncepcja programowa dopuszczała zastosowanie przez wykonawców odmiennych rozwiązań, chociażby co do długości i sposobu wykonania estakad, które wpływały na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Każdy z wykonawców z uwagi na formułę realizacji zamówienia „zaprojektuj i wybuduj" indywidualnie określani przyjęte rozwiązania koncepcyjne i związane z takimi założeniami oszczędności. Odwołujący III jako profesjonalista działający w branży budowlanej ograniczył się do generalnych stwierdzeń o braku istnienia po stronie wykonawców indywidualnych okoliczności uzasadniających obniżenia kosztów realizacji zamówienia, co w ocenie Izby, nie jest wystarczającym dowodem na wykazanie zasadności postawionych zarzutów.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący III zarzucił Zamawiającemu wadliwe wezwanie do złożenia wyjaśnień wykonawcy Bilfinger oraz Warbud. Podkreślić należy, że nie sposób uznać powyższego zarzut za zasadny, w sytuacji w której Odwołujący III w treści odwołania potwierdza prawidłowość wezwania wykonawcy Bilfinger oraz Warbud do złożenia wyjaśnień. Albo Odwołujący III wyraża aprobatę wobec czynności dokonanej przez Zamawiającego albo nie zgadza się z czynnością Zamawiającego formułując w stosunku do niej zarzut ze wskazaniem okoliczności prawnych i faktycznych. Za niedopuszczalnym w ocenie Izby jest dwutorowe kwestionowanie jednej czynności Zamawiającego i uznawanie jej Odwołującego III za prawidłową i nieprawidłową. W konsekwencji, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe wezwanie wykonawcy Bilfinger oraz Warbud do złożenia wyjaśnień jest bezzasadny.

Zarzut niezgodności oferty wykonawcy Bilfinger oraz Warbud z treścią SIWZ

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi ma jego wadliwą konstrukcję. Wskazać bowiem należy, że w treści odwołania Odwołujący III poza wskazaniem podstawy

prawnej nie sprecyzował okoliczności faktycznych, które miałby uzasadniać słuszność podniesionego zarzutu. Poprawnie sformułowany zarzut winien wskazać konkretne okoliczności faktyczne wskazujące na niezgodność ofert wykonawcy Warbud oraz Bilfinger z

SIWZ. Skoro więc Odwołujący III nie wskazał na żadne konkretne postanowienia oferty ani SIWZ, to Izba uznała, że zarzut nie został w sposób poprawny sformułowany i jako taki nie podlega oddaleniu. Tym samym brak podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się, jednakże jego potwierdzenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK 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. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

Wykonawca Warbud oraz Bilfinger zasadność zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa zawarli w treści wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015 r., 17 kwietnia 2015 r., 5 maja 2015r. Pismem z dnia 28 maja 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Warbud o odtajnieniu pisma z dnia 9 lutego 2015 r. od strony 1 do 2. Podobnie w przypadku wykonawcy Bilfinger Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2015 r. poinformował o odtajnieniu dwóch pierwszych stron pisma z dnia 9 lutego 2015 r.

Działanie takie uznać należy za prawidłowe. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy, aby skutecznie zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający winien uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z tych oczywistych

względów wymaga to więc podjęcia przez zamawiającego określonych badań w tym przedmiocie. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.), którego interpretację zawiera ustabilizowana już linia orzecznictwa (wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002 r., Nr 5, poz. 67; wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001 r., Nr 4, poz. 59 z aprobującą glosą). Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że przesądzenie o skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, uznanych przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska wykonawcy odnośnie charakteru (statusu) tych informacji.

W ocenie Izbie Sąd Najwyższy w sposób jednoznaczny wskazał, iż Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.

W analizowanym stanie faktycznym wykonawca Bilfinger w składanych wyjaśnieniach zastrzegł, że zawarte w nich informacje mają dla niego wartość gospodarczą zawierają bowiem informacje stanowiące know – how przedsiębiorcy w zakresie przygotowania ofert, wyceny prac oraz założeń

projektowych. Wskazał, że zastrzeżone informacje nie byłby kiedykolwiek ujawnione i są chronione zgodne z wewnętrznym procedurami. Wskazał również, że choć niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach są jawne, to jednak wskazują one na indywidualne podejście wykonawcy do realizacji zadania i zawierają one zarówno informacje gospodarcze, techniczne, technologiczne, organizacyjne i inne mające wartość gospodarczą. Załączone dokumenty wskazują na zasady współpracy z podwykonawcami i dostawcami oraz że strony faktycznie takie informacje traktują jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie były wystarczające do uznania przez Zamawiającego zasadności ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Co do pierwszej z przesłanek koniecznych do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, to wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14).

W świetle powyższego rozstrzygnięcia wymagało czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Bilfinger mogą być wykorzystane przez innego przedsiębiorcę w celu zaoszczędzenia mu wydatków lub zwiększenia zysków. Powyższe pytanie winno być rozważone w dwóch aspektach: pojedynczych odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego jak i w kontekście całego dokumentu.

Po pierwsze wskazać należy, że realizacja zamówienia następuje w formule zaprojektuj i wybuduj. Oznacza to, że każdy w wykonawców, w graniach określonych w SIWZ, miał możliwość przyjęcia przez złożeniem oferty określonych założeń koncepcyjnych co do sposobu realizacji zamówienia w celu zoptymalizowania kosztów jego realizacji. Przyjęte założenia są odzwierciedleniem dokonanych analiz oraz wynikają z dotychczasowego doświadczenia wykonawcy. Izba dokonując analizy złożonych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Bilfinger przyjęła, iż wyjaśnieniom będącym zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia można przypisać wartość gospodarczą. O ile odpowiedzi na poszczególne pytania, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne poprzez odwołania się do informacji zamieszczonych w treści SIWZ, o tyle zbiór informacji zawartych w wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, które warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny. Ma to istotne znaczenie w formule realizacji zamówienia przyjętej przez Zamawiającego „zaprojektuj i wybuduj” i możliwością ich wykorzystania w przez innych przedsiębiorców. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł wymogu złożenia przez wykonawców wraz z ofertą rozwiązań koncepcyjnych co do sposobu realizacji zamówienia, nie wymagał przedłożenia kosztorysów lub jakiegokolwiek innych dokumentów potwierdzających przyjętą wycenę realizacji zamówienia. Żądanie takie było wyłącznie kierowane do wybranych wykonawców

na etapie badania i oceny ofert. Słusznie więc podnosił wykonawca, że w przypadku ujawnienia przez Zamawiającego treści wyjaśnień i załączników wykonawcy, którzy nie byli zobowiązani do przedkładania jakichkolwiek analiz i koncepcji realizacji zamówienia mogliby skorzystać z dokumentów sporządzonych przez wykonawców wezwanych do takich wyjaśnień. Dalej podkreślić należy, że ujawnienie złożonych wyjaśnień wraz z rysunkami technicznymi obrazującymi przyjętą metodę realizacji zamówienia może być wykorzystanie

przez innych przedsiębiorców. Wykorzystanie informacji oznacza aktualne lub potencjalne jej użycie, spożytkowanie we własnej działalności gospodarczej. W ocenie Izby ujawnione wyjaśnienia mogą aktualnie jak i potencjalnie zostać wykorzystana przez innego przedsiębiorcę. W przypadku zmiany decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru wykonawcy mającego zrealizować zamówienia, inni wykonawcy mogliby skorzystać z rozwiązań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Szczególnie ma to odniesienie do wykonawców, którzy nie byli wzywani do złożenia wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny za realizację zamówienia i co do których nie ma żadnej pewności, iż przygotowali szczegółowe rozwiązania dotyczące wykonania zamówienia, a więc potencjalnie mogliby skorzystać w ujawnionych rozwiązań wypracowanych przez innych przedsiębiorców. Dlatego też w ocenie Izby wyjaśnieniom złożonych przez wykonawcę Bilfinger jako zbiorowi informacji o sposobie realizacji zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj" można przypisać wartość gospodarczą.

Analizie należy również poddać pozostałe przesłanki uzasadniające zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. (i) poufny charakter informacji zawartych w wyjaśnieniach; (ii) oraz podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

W przypadku wykonawcy Bilfinger w zakresie podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania wyjaśnień w poufności wykonawca Bilfinger powołał się na obowiązujące w przedsiębiorstwie procedury ochrony informacji. Wskazać jednak należy, że procedury te nie zostały przedłożone Zamawiającemu w celu uprawdopodobnienia tej okoliczności. Nie zostały również złożone na rozprawie. Podkreślić również należy, że sam fakt istnienia procedur wewnętrznych nie oznacza automatycznego uznania, że wykonawca podjął niezbędne kroki w celu zachowania określonych informacji w poufności. Bez możliwości zapoznania się z treścią takiej wewnętrznych regulacji trudno uznać, że wykonawca podjął wystarczające kroki w celu ochrony zastrzeżonych informacji. Wykonawca Bilfinger nie przedłożył Zamawiającemu listy osób mających dostęp do treści wyjaśnień, nie określił, kto i na jakich zasadach ma dostęp do wyjaśnień, czy osoby mające dostęp do wyjaśnień są zobowiązane do zachowania ich w poufności. Bez przedstawienia jakiegokolwiek

wiarygodnego dowodu nie sposób przyjąć, iż Zamawiający miał jakiekolwiek materiały do zweryfikowania zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach.

Ponadto, wraz z wyjaśnieniami wykonawca przedłożył oferty handlowe uzyskane od podmiotów trzecich. Podmioty tez nie zastrzegły (z wyjątkiem oferty na str. 152 wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015 r.) w żaden sposób przekazanych wykonawcy informacji co do oferowanych cen za wykonanie określonych elementów zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w ofertach handlowych potencjalnych dostawców lub podwykonawców są właśnie te podmioty trzecie, nie zaś wykonawca Bilfinger. Skoro podmiot trzeci składa ofertę handlową i ma wolę nieujawnienia informacji w niej zawartych do wiadomości publicznej, to winien to odzwierciedlić w treści dokumentu tak, aby inne podmioty z wolą tą mogły się zapoznać.

Co do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Izba również przyjęła, iż z uwagi na przyjęta formułę realizacji zamówienia „zaprojektuj i wybuduj", wyjaśnieniom tym jako zbiorowi informacji obrazujących sposób realizacji zamówienia można przypisać walor gospodarczy. Argumentacja i analiza przedstawiona w stosunku do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Bilfinger pozostaje aktualna również w stosunku do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Warbud.

Dalej Izba uznała, że podobnie jak wykonawca Bilfinger, wykonawca Warbud nie wykazał przesłanki poufności oraz przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. W uzasadnieniu przedłożonym Zamawiającemu wykonawca ten wskazał, że posiada wdrożoną politykę bezpieczeństwa informacji zgodnie z którą zakres zastrzeżonych w wyjaśnieniach odpowiedzi na pytania Zamawiającego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa dostępną do wiadomości jedynie ograniczonemu kręgowi osób, które na mocy zawartych porozumień lub klauzul znajdujących się w umowach o pracę zobowiązały się zachowania ich w poufności. W ocenie Izby na podstawie wyłącznie

powyższego oświadczenia wykonawcy Warbud Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż wykonawca ten w rzeczywistości podjął jakiekolwiek kroki zmierzające do ochrony zastrzeżonych informacji. Podobnie jak w przypadku wykonawcy Bilfinger, wykonawca Warbud nie przedstawił Zamawiającemu żadnego dokumentu na podstawie którego można byłoby zweryfikować przyjętą przez wykonawcę politykę bezpieczeństwa informacji, a tym samym uprawdopodobnić, iż rzeczywiście takie procedury obowiązują w przedsiębiorstwie wykonawcy. Wykonawca Warbud nie przedłożył Zamawiającemu listy osób mających dostęp do treści wyjaśnień, nie określił, kto i na jakich zasadach ma dostęp do wyjaśnień, nie przedłożył kopi umów na które się powołuje w celu uwiarygodnienia własnych twierdzeń. Bez

przedstawienia jakiegokolwiek wiarygodnego zestawienia trudno przyjąć, iż Zamawiający miał jakiekolwiek materiały do zweryfikowania zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach. Oparcie się wyłącznie na subiektywnych twierdzeniach wykonawcy, nie uwiarygodnionych żadnymi obiektywnymi dowodami jest, w ocenie Izby, błędne.

Ponadto, wraz z wyjaśnieniami wykonawca przedłożył oferty handlowe uzyskane od podmiotów trzecich. Podmioty tez nie zastrzegły (z wyjątkiem oferty przedstawionej w Załączniku 4 do wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015 r.) w żaden sposób przekazanych wykonawcy informacji co do oferowanych cen za wykonanie określonych elementów zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w ofertach handlowych potencjalnych dostawców lub podwykonawców są właśnie te podmioty trzecie, nie zaś wykonawca Warbud. Skoro zaś podmioty te nie wyraziły w treści składanych oferty żadnych zastrzeżeń co do poufnego charakteru informacji, to tym samym uznać należy, że nie noszą one przymiotu informacji poufnych, a podmiot taki nie wyraził woli zachowania przekazanych informacji w poufności.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający nie miał wystarczających podstaw do przyjęcia, iż wykonawca Warbud oraz Bilfinger wykazali spełnienie przesłanek koniecznych do zastrzeżenia wyjaśnień jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa winien, chcąc wyłączyć jawność postępowania w stosunku do dokumentów składnych Zamawiającemu, uprawdopodobnić przesłanki konieczne do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Gołosłowne i niczym nie poparte twierdzenia wykonawcy nie są, w ocenie Izby, wiarygodnym narzędziem do wykazania spełnienia warunków koniecznych do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła jednakże, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 i ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący III, pomimo iż nie znał wyjaśnień wykonawców Warbud oraz wykonawcy Bilfinger co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i to oparty na nad wyraz szeroko ujętych okolicznościach

faktycznych, który Izba – w granicach odwołania - rozpoznała i uznała za niezasadny. Zatem nawet nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty Odwołującego III jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy bowiem stwierdzeniu, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku.

Sygn. akt: KIO 1208/15

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak zostało ustalone przez Izbę, w zakresie zadania C, Zamawiający uznał ofertę Odwołującego V za najkorzystniejszą. Składając odwołanie, Odwołujący V uzasadniał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej przywołując następującą argumentację: (i) dąży do utrzymania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, wobec wniesienia przez pozostałych wykonawców odwołań kwestionujących ten wybór; (ii) wykonawca jest narażony na szkodę polegającą na możliwości uwzględnienia odwołań kwestionujących jego wybór i pozbawienia go szansy na uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z Zamawiającym; (iii) nie jest dopuszczalna taka sytuacja, w której wykonawca, który złożył droższą (i wadliwą) ofertę ma możliwość podnoszenia zarzutów wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą a wybrany wykonawca będzie tej możliwości pozbawiony; mogłoby to prowadzić do wyboru oferty droższej, a nie spełniającej wymogów SIWZ lub złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, który wskutek niepodlegających weryfikacji nieprawidłowych działań Zamawiającego nie został wykluczony lub jego oferta nie została odrzucona; (iv) interes Odwołującego V w utrzymaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i ostatecznym uzyskaniu zamówienia poprzez umożliwienie zawarcia umowy z Zamawiającym jest zagrożony; (v) za zasadnością wniesienia odwołania na obecnym etapie przemawia zasada koncentracji środków ochrony prawnej, jak również fakt, iż w przypadku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zarzuty wobec naruszających ustawę czynności i zaniechań Zamawiającego, objęte niniejszym odwołaniem, byłyby uznane za spóźnione i nie podlegałyby rozpoznaniu.

W ocenie Izby Odwołujący V nie wykazał w powyższym zakresie możliwości poniesienia szkody w wyniku stawianych zarzutów wobec ofert sklasyfikowanych jako mniej korzystnych od jego własnej oferty, a tym samym nie wykazał spełnienia obligatoryjnej przesłanki wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż w świetle brzmienia tego przepisu, odwołujący ma wykazać posiadanie interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutów podnoszonych w odniesieniu do zaniechań Zamawiającego w stosunku do wykonawców Budmiex oraz Bilfinger nie występuje. Niewątpliwie z uwagi na możliwość odwołania się przez wykonawców sklasyfikowanych na dalszych miejscach od tej czynności Zamawiającego, wybór ten nie ma charakteru ostatecznego. W tej sytuacji nie można odmówić wykonawcy Warbud prawa ochrony swojego interesu w utrzymaniu w mocy decyzji Zamawiającego za pomocą przewidzianych w ustawie środków ochrony prawnej, które nie ograniczają się na tym etapie do odwołania lecz również przewidują instytucję zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W ocenie Izby odwołanie i przystąpienie są odrębnymi środkami ochrony prawnej, z których skorzystanie uwarunkowane jest odrębnymi przesłankami (odwołanie: interes w uzyskaniu zamówienia i szkoda; przystąpienie: interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje), a zatem w zależności od konkretnej sytuacji i konfiguracji występującej w postępowaniu wykonawca może skorzystać z obu tych środków albo tylko z jednego z nich. Odwołujący V skorzystał z możliwości zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego (a zatem przeciwko wykonawcy Bilfinger oraz Budimex), prawidłowo powołując się na posiadania interesu w oddaleniu odwołań kwestionujących wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby możliwość zgłoszenia tych przystąpień w pełni zagwarantowała Odwołującemu V ochronę jego interesu w uzyskaniu zamówienia. Możliwość wykazania niezasadności tych zarzutów w drodze skorzystania z przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego jest zatem w pełni wystarczająca dla ostatecznego uzyskania przez V do Odwołującego przedmiotowego zamówienia. Przystąpienie postępowania odwoławczego stanowi zatem w tej sytuacji efektywny środkiem ochrony prawnej, którego domaga się Odwołujący V.

Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na

możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem (w czym Odwołujący V upatruje swój interes wskazują, iż „nie *jest dopuszczalna taka sytuacja, w której wykonawca, który złożył droższą (i wadliwą) ofertę ma*

możliwość podnoszenia zarzutów wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą a wybrany wykonawca będzie tej możliwości pozbawiony; mogłoby to prowadzić do wyboru oferty droższej, a nie spełniającej wymogów SIWZ lub złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, który wskutek niepodlegających weryfikacji nieprawidłowych działań Zamawiającego nie został wykluczony lub jego oferta nie została odrzucona"), ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż […] przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.], w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu
ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy [choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.]. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia" i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo

łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy – z różnych powodów – widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.], gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę

lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”

Zatem, rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. W tym zakresie mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody. Odwołujący V nie był w stanie wykazać, że zarzuty skierowane wobec wykonawców, których oferty ocenione zostały jako mniej korzystne niż oferta Odwołującego V, może spowodować poniesienie przez niego szkody w danym postępowaniu.

Podkreślenia również wymaga, że żaden przepisów ustawy Pzp nie wprowadza zasady koncentracji środków odwoławczych, na którą powołuje się Odwołujący V. Sam wykonawca nie przywołał żadnej regulacji prawnej w tym zakresie uzasadniającej przyjęcie powyższej zasady przez Izbę.

Kwestia zarzutów kierowanych wobec oferty mniej korzystnej, aniżeli oferta Odwołującego V musi być wreszcie rozważana przez pryzmat wpływu na wynik postępowania, którego wymaga dla uwzględnienia odwołania przepis art. 192 ust. 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów kierowanych wobec czynności i zaniechań zamawiającego, jest więc stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym

wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. [w spr. o sygn. akt: V Ca 3270/12]; [tak też: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 11 grudnia 2009 r. w spr. KIO/UZP 1558/09, z dnia 15 grudnia 2010 r. w spr. KIO 2607/10, 2613/10, z dnia 23 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1683/12, z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14]. W analizowanym stanie faktycznym uwzględnienie odwołania pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, gdyż nie zmieni sytuacji Odwołującego V w postępowaniu.

Ustalenie przez Izbę braku legitymacji Odwołującego V do wniesienia odwołania przesądza o losach tego odwołania, które podlega oddaleniu bez badania zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów. Przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp mają bowiem charakter materialnoprawnych przesłanek warunkujących zasadność wniesionego środka ochrony prawnej.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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 rozliczenia (Dz.U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……