

WYROK
z dnia 12 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Koniecz
Członkowie: Jolanta Markowska
Katarzyna Brzeska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia i 8 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, DP System sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zadaniu częściowym D:
 - 1.1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z uwagi na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie załącznika nr 2A do oferty,
 - 1.3. powtórne badanie i ocenę pozostałych ofert,
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23.600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm. – wersja ustawy obowiązująca w dacie wszczęcia Postępowania), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa –

Otwock – Dęblin – Lublin, odcinek Otwock – Lublin w km 26,050 – 175,850”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2015 r., pod nr 2015/S 241-436552.

W dniu 10 marca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze w zadaniu częściowym D oferty wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „Wykonawcą B”.

W dniu 20 marca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Thales Polska

sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, DP System sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę B,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy B, mimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej treść jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”),
3. zaniechanie ujawnienia wyjaśnień Wykonawcy B złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz rozbicia ceny ofertowej („RCO”),
4. zaniechanie ujawnienia uzasadnienia zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
5. zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co, w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie:

3

-
1. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp przez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które Wykonawca B zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu środków ochrony prawnej,
 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy B jako niezgodnej z treścią SIWZ, w sytuacji gdy Wykonawca B:
 - 2.1. złożył wadliwe oświadczenie dotyczące podwykonawców – w oświadczeniu tym nie zostały skonkretyzowane roboty do powierzenia podwykonawcom,
 - 2.2. złożył wadliwe oświadczenie dotyczące urządzeń płatnych przez Zamawiającego na podstawie Subklauzuli 14.5 Warunków Umowy („WU”), niezgodnie z wzorem wskazanym w załączniku nr 2A, w którym Zamawiający w sposób klarowny wypunktował typy urządzeń, za które będzie dokonywał płatności na podstawie przywołanej Subklauzuli,
 3. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę B w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy B, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę,
 4. art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy B mimo faktu, że jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, a Zamawiający nie przeprowadził pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień, nie obalających domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,
 5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy B,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Wykonawcy B oraz, w konsekwencji, wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

3. odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę B jako tajemnica przedsiębiorstwa na str. 31-151 oferty, wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp oraz pisemnego uzasadnienia w zakresie podstaw do zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

4

4. ewentualnie – ponownego wezwania Wykonawcy B do złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia niewątpliwie doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, i która będzie stanowiła dla Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej, a wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy B, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie.

Na wstępie uzasadnienia zarzutów odwołania Odwołujący wyjaśnił, że urządzenia srk, poza zapewnieniem bezpieczeństwa, umożliwiają usprawnienie i automatyzację niektórych procesów związanych z prowadzeniem ruchu. Można je podzielić na wewnętrzne i zewnętrzne.

Urządzenia zewnętrzne obejmują sygnalizatory, które pozwalają na przekaz zmiennych informacji obsłudze trakcyjnej, liczniki osi służące do detekcji osi przejeżdżających pojazdów szynowych w celu stwierdzenia lokalizacji pojazdów, co jest wykorzystywane w sterowaniu samoczynną sygnalizacją przejazdową, czy też przy nastawianiu i zwalnianiu drogi jazdy na stacjach i szlakach kolejowych, systemy sygnalizacji przejazdowej zabezpieczające ruch kolejowo-drogowy i napędy zwrotnicowe służące do zmiany położenia zwrotnic.

Urządzenia wewnętrzne nadzorują pracę urządzeń zewnętrznych, realizują wymagane uzależnienia oraz pozwalają na wprowadzenie automatyzacji niektórych procesów sterowania ruchem. Podzielić je można na urządzenia stacyjne i liniowe.

Urządzenia stacyjne odpowiadają za zabezpieczanie ruchu taboru w obrębie posterunku ruchu. Urządzenia liniowe najczęściej funkcjonują pomiędzy posterunkami ruchu. Zalicza się do nich przede wszystkim blokady liniowe, których zadaniem jest zapobieganie wjazdu pociągu na zajęty szlak. Są to urządzenia powiązane z urządzeniami stacyjnymi, obsługiwane przez posterunki ruchu na końcach danego szlaku.

System ETCS (European Train Control System) jest częścią wdrażanego w Unii Europejskiej systemu ERTMS (European Railway Traffic Management System), który zwiększa bezpieczeństwo ruchu kolejowego (przez kontrolę pracy maszynisty) oraz zapewnia interoperacyjność transportu kolejowego, czyli możliwość swobodnego poruszania

5

się pociągów w sieciach kolejowych poszczególnych państw (właścicieli infrastruktury) bez konieczności zatrzymywania się na granicach oraz wymiany lokomotyw lub maszynistów.

1. Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie wskazania przez Wykonawcę B części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy

Zgodnie z pkt 21.2 SIWZ – „Instrukcja dla wykonawców” („IDW”)

„W zakresie Zamówienia Częściowego D Zamawiający dopuszcza powierzenie całości Zamówienia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w swojej ofercie, w dokumencie wypełnionym i sporządzonym na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do IDW, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.”.

Z kolei w Załączniku nr 3 do IDW – wzorze „Wykazu prac przeznaczonych do podwykonania”, Zamawiający narzucił wykonawcom konieczność złożenia następującego oświadczenia:

„Działając w imieniu wymienionego(nich) powyżej Wykonawcy(ów) oświadczam(y), że następujące części niniejszego zamówienia przeznaczone są do podwykonania: (do tabeli

należy wpisać konkretne numery porządkowe z Przedmiaru Robót albo konkretne numery pozycji STWiORB).”.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający oczekiwał, zgodnie z dyspozycją art. 36b ust. 1 Pzp, wskazania przez wykonawców części zamówienia, których wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, przy czym wymogiem SIWZ było wskazanie tych części w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości, tj. przez odwołanie się w oświadczeniu wykonawców do zakresu robót wynikającego Przedmiaru Robót („PR”) albo numeru pozycji specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót („STWiORB”).

Wymóg ten nie został dochowany przez Wykonawcę B, który w złożonej ofercie, w Załączniku nr 3, wskazał mianowicie, że do podwykonania przeznaczone są:

„[...]”

- 1) Prace przedprojektowe i projektowe,
- 2) Część prac budowlanych, montażowych i instalacyjnych,
- 3) Certyfikacja,
- 4) Obsługa geodezyjna,
- 5) Część prac związanych z usługami gwarancyjnymi oraz utrzymaniowymi.

[...]”.

Wykonawca B nie tylko nie określił w ofercie, mimo jednoznacznego wymogu SIWZ, konkretnych numerów porządkowych z PR albo konkretnych numerów pozycji STWiORB

6

przeznaczonych do podwykonania, ale i jednocześnie jego oświadczenie dotyczące podwykonawstwa jest na tyle niejednoznaczne, nieprecyzyjne, że na jego podstawie nie jest możliwe ustalenie, jaką dokładnie część zamówienia Wykonawca B w istocie zamierza podzleczyć. Wykonawca B mówi o części prac budowlanych, montażowych i instalacyjnych oraz usług gwarancyjnych oraz utrzymaniowych nie precyzując, których pozycji PR lub pozycji STWiORB jego oświadczenie dotyczy.

W tej sytuacji przyjąć należy, zdaniem Odwołującego, że oferta Wykonawcy B jest niezgodna z treścią SIWZ, przy czym jest to niezgodność istotna, niemożliwa do usunięcia przy zastosowaniu instytucji poprawy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący dodał do powyższego, że o ile prace przedprojektowe i projektowe, certyfikacje, czy obsługę geodezyjną Zamawiający może samodzielnie powiązać z konkretnymi robotami opisanymi w OPZ i z konkretnymi pozycjami PR, o tyle możliwość taka nie istnieje w sytuacji, gdy Wykonawca B mówi w swojej ofercie o części prac budowlanych, montażowych i instalacyjnych. Nieprecyzyjność takiego oświadczenia jest tak istotna, że Zamawiający na podstawie złożonej oferty nie jest w stanie samodzielnie określić, o jaki zakres podwykonawstwa Wykonawcy B w istocie chodziło, co jedynie dodatkowo potwierdza brak możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Upředzając ewentualną argumentację strony przeciwnej Odwołujący wskazał, że zakres podwykonawstwa jest istotny także ze względu na treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przywołane na wstępie postanowienia SIWZ czytać należy w powiązaniu z Subklauzulą 4.4 WU, gdzie w ppkt 4 wskazano, że „Wykonawca podzleczy wyłącznie roboty polegające na: (zostanie wpisany zakres Robót z Załącznika Nr 3 do SIWZ)”. W pkt 8 Subklauzuli 4.4 WU dodano natomiast, że „Zmiana zakresu Robót wykonywanych przez Podwykonawców, przy pomocy których Wykonawca realizuje przedmiot Umowy, jest możliwa, o ile jest to konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, i o ile nie narusza to postanowień niniejszej Subklauzuli.”.

Zmiana zakresu podwykonawstwa wskazanego w ofercie wykonawcy, a w ślad za tym – w zawartej przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie jest więc całkowicie dowolna, zależna tylko od wykonawcy. Przeciwnie, możliwość ta została przez Zamawiającego ograniczona i to w sposób istotny. Każdorazowo wymagane jest bowiem wykazanie przez wykonawcę, że zmiana zakresu podwykonawstwa jest konieczna dla prawidłowej realizacji umowy. W sytuacji, gdy wykonawca dysponuje własnym doświadczeniem, personelem, sprzętem niezbędnymi do realizacji zamówienia, co wykazał składając ofertę, trudno wyobrazić sobie sytuację, w których koniecznym będzie dla

7

prawidłowej realizacji zamówienia wprowadzenie na etapie jego wykonywania dodatkowego zakresu podwykonawstwa.

Treść SIWZ nakazuje uznać, że tam, gdzie Zamawiający chciał pewne najistotniejsze dla niego elementy przyszłej umowy z góry określić (narzucić) i w sposób szczególny zaznaczyć, to zawarł je w Załączniku do oferty. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku części zamówienia przeznaczonych do podwykonania opisanych przez odwołanie się do PR czy STWiORB (konkretnych pozycji z tych dokumentów).

Z powyższych względów oferta Bombardier podlega odrzuceniu.

2. Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie wskazania przez Wykonawcę B urządzeń nieobjętych SIWZ – Załącznik 2A do Oferty, za które Zamawiający będzie dokonywał płatności na podstawie Subklauzuli 14.5 WU

Zgodnie z pkt 13.1 a) SIWZ – IDW kompletna oferta musi zawierać „Formularz Ofertowy”, sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW wraz z „ZAŁĄCZNIKIEM DO OFERTY”, sporządzonym zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 2 oraz w Załączniku nr 2A do IDW oraz wypełnionym RCO – według Tomu IV SIWZ.

W pkt 10.7 SIWZ – IDW Zamawiający podkreślił, że nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych do SIWZ dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków), za wyjątkiem miejsc wykropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia lub specjalnie oznaczonych, np. przypisem.

Do SIWZ Zamawiający załączył Załącznik 2A o treści:

„[...]”

Załącznik nr 2A Załącznik do „ZAŁĄCZNIK DO OFERTY”

Załącznik do „ZAŁĄCZNIK DO OFERTY” – w zakresie Zamówienia Częściowego D Lista Urządzeń i Materiałów, za które, po zakupieniu i dostarczeniu przez Wykonawcę na Plac Budowy albo teren lub magazyn uzgodniony i zaakceptowany przez Inżyniera do wbudowania w Roboty Stałe, Zamawiający będzie dokonywał płatności na podstawie Subklauzuli 14.5 w Warunkach Umowy na Buduj.

1. Urządzenia

- 1) napędy zwrotnicowe,
- 2) elementy samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (kontenery, roгатki, napędy rogatek),
- 3) sygnalizatory świetlne dla urządzeń stacyjnych, liniowych i ssp,
- 4) elektromagnesy shp.

[...]”.

Tymczasem Wykonawca B przedstawił dokument następującej treści:

„[...]”

Załącznik nr 2A Załącznik do „ZAŁĄCZNIK DO OFERTY”

Załącznik do „ZAŁĄCZNIK DO OFERTY” – w zakresie Zamówienia Częściowego D Lista Urządzeń i Materiałów, za które, po zakupieniu i dostarczeniu przez Wykonawcę na Plac Budowy albo teren lub magazyn uzgodniony i zaakceptowany przez Inżyniera do wbudowania w Roboty Stałe, Zamawiający będzie dokonywał płatności na podstawie Subklauzuli 14.5 w Warunkach Umowy na Buduj.

1. Urządzenia

- 1) Szafa licznika osi
- 2) Głowica czujnika koła
- 3) Napęd zwrotnicowy
- 4) Kontroler położenia iglic
- 5) Latarnia sygnałowa (1-5 komór)
- 6) Szafa kontenerowa LPS
- 7) Szafa systemu sygnalizacji przejazdowej
- 8) Pulpit sterowania systemu sygnalizacji przejazdowej
- 9) Napęd rogatek
- 10) Latarnia sygnałowa TOP
- 11) Sygnalizator drogowy
- 12) Urządzenie zdalnej kontroli SPA-5/ SPA-5 Remote Control Device
- 13) Drog rogatek

[...]”.

Wykonawca B na str. 8 oferty oświadczył, że Załącznik 2A został przedłożony zgodnie z załącznikiem do niniejszego załącznika do oferty.

Kluczowe dla ustalenia skutków prawnych tej czynności Wykonawcy B będzie uchwycenie różnic pomiędzy Załącznikiem 2A narzuconym przez Zamawiającego a Załącznikiem 2A złożonym w ofercie przez Bombardiera:

Wzór Załącznika 2A wg SIWZ Załącznik 2A z oferty Wykonawcy B

- 1) Napęd zwrotnicowy 3) Napęd zwrotnicowy
7) Szafa systemu sygnalizacji przejazdowej 2) Elementy samoczynnej sygnalizacji przejazdowej 9) Napęd rogatkowy
(kontenery, rogatki, napędy rogatek) 13) Drąg rogatkowy

9

- 5) Latarnie sygnałowe (1-5 komór) 3) sygnalizatory świetlne dla urządzeń stacyjnych,
10) Latarnia sygnałowa TOP
liniowych i ssp, 11) Sygnalizator drogowy
4) Elektromagnes shp BRAK
1) Szafa licznika osi 2) Głowica czujnika koła
4) Kontroler położenia iglic 6) Szafa kontenerowa LPS
Elementy dodatkowo dopisane przez Wykonawcę B 8) Pulpit sterowania systemu sygnalizacji przejazdowej 12) Urządzenie zdalnej kontroli SPA-5/SPA-5 Remote Control Device

Opis Elementów dodatkowych dopisanych przez Wykonawcę B do Załącznika nr 2A:

- 1) Szafa licznika osi jest główną częścią systemu licznika osi, wykonana w technice komputerowej,
2) Głowica czujnika koła jest częścią systemu licznika osi montowaną przy torze kolejowym, służy do detekcji osi przejeżdżających pojazdów szynowych,
4) Kontroler położenia iglic, jest dodatkowym urządzeniem współpracującym z napędem zwrotnicowym i kontrolującym poprawną położenie iglic zwrotnicy kolejowej; kontrolery posiadają oddzielne (nie związane z napędem zwrotnicowym) świadectwo dopuszczenia wyrobu przez Prezesa UTK,
6) Szafa kontenerowa LPS (liniowy punkt sterowania), szafa z aparaturą sterującą dla potrzeb urządzeń zabudowywanych na szlakach – blokad liniowych; w żaden sposób niezwiązana z urządzeniami wymienionymi we wzorze Zamawiającego,
8) Pulpit sterowania systemu sygnalizacji przejazdowej jest częścią systemu sygnalizacji przejazdowej, pulpit zlokalizowany jest w szafie systemu ssp, służy do obsługi i diagnostyki urządzeń ssp, pulpit sterowania systemu sygnalizacji przejazdowej nie znalazł się w wymienionych w nawiasie przez Zamawiającego elementach ssp (vide pkt 2 wzoru Załącznika nr 2A),
12) Urządzenie zdalnej kontroli SPA-5/SPA-5 Remote Control Device jest systemem, który jest zabudowywany wraz z systemem ssp, rządzi zdalnej kontroli (UZK) montowane jest na nastawniach (na najbliższej w stosunku do przejazdu stacji), aby ruchu zdalnego kolejowo-drogowego dyżurny miał możliwość rogatek na to nie się zamknięcia/otwarcia przejeżdżać. Urządzenie znalazło w wymienionych w nawiasie przez Zamawiającego elementach ssp (vide pkt 2 wzoru Załącznika nr 2A).

Odwołując podsumował, że wyżej wymienione pozycje z Załącznika 2A oferty Wykonawcy B nie zostały wymienione przez Zamawiającego wśród elementów zawartych we wzorze Załącznika nr 2A zawartego w SIWZ. Gdyby Zamawiający dopuszczał dowolną

10

interpretację nazw kategorii z Załącznika 2A, albo w ogóle nie wskazywałby katalogu szczegółowego w nawiasie, posłużyłby się sformułowaniem: „i inne”, „itp.” czy też „np.”. Brak tych sformułowań wskazuje na kategoriyczny, enumeratywny charakter urządzeń wskazanych na powyższej liście, w tym w zakresie pkt 2 – Elementy samoczynnej sygnalizacji świetlnej.

W związku z powyższym w Załączniku 2A nie powinny się na niej znaleźć elementy „nadmiarowe”, których nie wskazał Zamawiający. Nie może przy tym budzić wątpliwości, że treść Załącznika 2A stanowi treść oferty wykonawcy.

Odwolujący stwierdził, że oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ofertą w rozumieniu art. 66 K.c. Zgodnie z powołanym przepisem oświadczenie drugiej strony stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Przepis ten określa minimalną treść oferty – są to postanowienia, które dana umowa musi zawierać, aby wywołała skutki prawne. Ten wymóg wynika z faktu, że umowa w trybie ofertowym jest zawierana przez proste przyjęcie oferty przez adresata (oblata), który, co do zasady, nie uzupełnia treści oferty. Katalog postanowień przedmiotowo istotnych zależy od rodzaju umowy, jaka ma być zawarta między stronami.

Podmiot składający oświadczenie będące ofertą nie musi jednak oczywiście ograniczać się do istotnych postanowień umowy, w ofercie mogą także znaleźć się innego rodzaju postanowienia umowy, która ma być zawarta – są to wówczas postanowienia podmiotowo istotne.

W wypadku oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego treść i zakres oferty wyznaczają postanowienia SIWZ. To zamawiający definiuje, w jakich granicach oferent może swobodnie kształtować treść oferty. W pozostałym zakresie musi on do treści oferty inkorporować wzorzec umowy, jaki stworzył zamawiający, bez jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, chyba że zamawiający wyraźnie je dopuścił. Jeśli natomiast zamawiający zmiany czy uzupełnienia dopuścił, wykonawca dokonuje zmian wyłącznie w granicach i zgodnie z wytycznymi zamawiającego.

Swoboda oferenta w zamówieniach publicznych dotyczy przede wszystkim tych elementów, które podlegają ocenie w ramach postępowania, a więc ceny świadczonych usług, okresu udzielonej gwarancji, czasu realizacji itp., stanowiących zarówno elementy przedmiotowo jak i podmiotowo istotne przyszłej umowy. Zamawiający może również umożliwić wykonawcy swobodne kształtowanie innych elementów treści przyszłej umowy, pozostających bez wpływu na wybór oferty, jednak powinno to znaleźć wyraźne odzwierciedlenie w treści SIWZ. W pozostałym zakresie oferta powinna odpowiadać treści SIWZ i inkorporować zawarty w niej wzór umowy z załącznikami, przy czym sankcją za niezgodność jest odrzucenie oferty.

11

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wskazał, że w Załączniku 2A do umowy wykonawca może dokonać wyboru elementów/materiałów, co do których wynagrodzenie wykonawcy będzie wypłacone już po dostarczeniu na plac budowy lub do uzgodnionego magazynu, gdyż będą one ujęte w Przejściowym Świadectwie Płatności. Rozliczenie tych materiałów następuje więc w sposób preferencyjny, inny, niż pozostałych, za które Zamawiający wypłaca wynagrodzenie dopiero po wbudowaniu. Wybór wykonawcy musi jednak być dokonany (mieścić się) w ramach umieszczonego w załączniku katalogu.

Odwolujący ponownie podkreślił, że oferta obejmuje zarówno postanowienia przedmiotowo istotne jak i podmiotowo istotne, w zakresie opisanym w SIWZ, czy są one zawarte w samej umowie, czy też w stanowiących jej część składową załącznikach, niezależnie od ich doniosłości, ważności, a w szczególności niezależnie od tego, czy stanowią kryterium wyboru wykonawcy. Wpisanie przez Wykonawcę B do wspomnianego załącznika innych, nieujętych w nim pierwotnie elementów, spoza przewidzianego przez Zamawiającego katalogu, stanowi więc niezgodność oferty z SIWZ i powinno skutkować jej odrzuceniem.

Wyżej wskazana niezgodność treści oferty z SIWZ ma istotny charakter, ponieważ bezpośrednio wpływa na warunki dotyczące ceny oferty, co wynika z Subklauzuli 14.5 WU, do którego wprost odwołuje się treść Załącznika 2A.

Nie sposób także przyjąć, że ową niezgodność można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Zmiana Załącznika 2A, jakiej dopuścił się Wykonawca B, nie nosi bowiem znamion omyłki.

Odwolujący przywołał rodzaje omyłek podlegających poprawieniu w trybie przywołanego przepisu i stwierdził, że opisane w odwołaniu niezgodności oferty z treścią w SIWZ nie mogą być poprawione przez Zamawiającego. Po pierwsze, nie są to omyłki pisarskie, które definiowane są jako niezamierzone niedokładności nasuwające się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Po drugie, nie są to omyłki rachunkowe,

które mogą ewentualnie wynikać z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Ostatnia przesłanka musi mieć charakter niezgodności omyłkowej, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest wyjątkiem od zasady, że złożona oferta musi odpowiadać treści SIWZ i został wprowadzony w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic, które muszą jednak mieścić się w pojęciu omyłki.

Wskazane wyżej niezgodności oferty Wykonawcy B z treścią SIWZ dotyczą warunków realizacji przedmiotu zamówienia (warunków płatności), a więc istotnego elementu zobowiązania Wykonawcy B, którego zmiana prowadziła *de facto* do ustalenia

12

nowego zobowiązania na innych warunkach. Poprawa wadliwych części oferty Wykonawcy B nie miałyby wcale na celu usunięcia wewnętrznych sprzeczności i rozbieżności w treści oferty.

Zdaniem Odwołującego modyfikacja Załącznika 2A przez Wykonawcę B była celowym zabiegiem. Bezprawnie rozszerzając listę urządzeń Wykonawca B automatycznie zwiększył wynagrodzenie otrzymane na preferencyjnych warunkach, tym samym zmodyfikował narzucone w SIWZ warunki płatności. Czynność ta jest niezgodna z SIWZ. Nieodrzucenie oferty przez Zamawiającego lub ewentualne poprawienie Załącznika 2A jako zawierającego omyłkę byłoby *de facto* niedozwolonym negocjowaniem warunków zobowiązania po terminie składania ofert.

3. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę B jako tajemnica przedsiębiorstwa

W pkt 12.8 SIWZ – IDW Zamawiający wskazał, że wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, mógł zastrzec w Formularzu Ofertowym, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do IDW, że Zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jako warunek postawiono wymóg z pkt 12.10 SIWZ – IDW, zgodnie z którym w takim przypadku wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą oświadczenie sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 5 do IDW. W oświadczeniu zobowiązany był wykazać, że informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pkt 12.9 SIWZ – IDW Zamawiający podkreślił, że wykonawca nie może zastrzec następujących informacji w postaci nazwy i adresu, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, RCO w ogóle nie powinno podlegać zastrzeżeniu. Mimo to Odwołującemu RCO Wykonawcy B nie zostało udostępnione.

Na wniosek Odwołującego z dnia 10 marca 2017 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu w dniu 14 marca 2017 r. wyłącznie pierwszą (tytułową) stronę wyjaśnień ceny składanych w trybie 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie wie zatem, w jaki sposób Wykonawca B uzasadnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie może jednak budzić wątpliwości, że niezależnie od „jakości” owego zastrzeżenia, brak podstaw po stronie Zamawiającego do utajnienia wszystkich informacji objętych ofertą Wykonawcy B i złożonymi przez tego wykonawcę wyjaśnieniami ceny zgodnie z jego życzeniem. Bez wątpienia nie wszystkie zastrzeżone przez Bombardiera informacje spełniają przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

13

(Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, w szczególności dotyczy to samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy.

Odwołujący stwierdził, że Wykonawca B nieskutecznie zastrzegł informacje stanowiące rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa. W opisanym wyżej oświadczeniu (str.14 oferty) jako podstawę zastrzeżenia informacji Wykonawca B wskazał jedynie na „Pisemne uzasadnienie w zakresie podstaw do zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa”. Innymi słowy, Wykonawca B odwołuje się do uzasadnienia zamieszczonego w zastrzeżonej części oferty, co praktycznie uniemożliwia pozostałym wykonawcom realizację uprawnień ochronnych.

Odwołujący oświadczył, że informacje zawarte w ofercie Wykonawcy B nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 Znk, a zatem nie podlegają skutecznemu zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest, co do zasady, jawne, a wszelkie wyjątki od tej reguły wymagają szczegółowej analizy dowodów przedstawionych przez wykonawcę odnośnie każdej zastrzeganej informacji. Nawe jeśli w zastrzeżonym zakresie (str. 31-151 oferty) znajdują się informacje, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, z pewnością nieprawidłowe było automatyczne przyznanie takiego statusu wszystkim zamieszczonym tam informacjom.

Odwołujący podkreślił, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: (1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, (2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej i (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Nie ulega wątpliwości, że nie wszystkie informacje zastrzeżone przez Wykonawcę B mają charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny przedsiębiorstwa. Wyjaśnieniami ceny czy RCO objęte są bowiem także informacje kluczowe z punktu widzenia Postępowania.

Odnosnie informacji, które rzekomo mają wartość gospodarczą, wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić. Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny – przez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo – znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale 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

14

przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna).

Wobec powyższego z całą pewnością niezgodne z prawem było nieujawnienie przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia informacji czy też RCO, jest bowiem oczywiste, że te informacje tyczą się wyłącznie Postępowania i nie mają waloru technicznego, technologicznego czy organizacyjnego. Informacje zawarte w ofercie Wykonawcy B nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 Znk, a zatem nie mogły stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 Pzp. Wynika to choćby z konieczności zawarcia w tego typu dokumentach pewnych elementów mających standardowy charakter, co dowodzi, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy nie może być zastrzeżone w całości. Z pewnością Wykonawca B powołał w treści zastrzeżenia przepisy powszechnie obowiązującego prawa oraz orzecznictwo Izby i sądów powszechnych wskazujące na to jakie informacje mogą mieć walor tajemnicy

Z natury tego typu nie tajemnicy przedsiębiorstwa. rzeczy informacje stanowią przedsiębiorstwa.

Z uwagi na obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadę jawności, możliwość zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy traktować jako wyjątek, a w ślad za tym konieczne jest bardzo rygorystyczne podejście do wymogu wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje mogą być – właśnie na zasadzie wyjątku – wyłączone z udostępnienia pozostałym wykonawcom. Z powyższych względów Zamawiający powinien był odtajnić informacje zastrzeżone przez Wykonawcę B jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto, Wykonawca B w dużej części zastrzegł informacje, które w istocie powinny być podawane w czasie publicznego otwarcia ofert – przede wszystkim w zakresie informacji o cenie, jak i sposobie jej wyliczenia. Oceny tej nie zmienia fakt, że podczas otwarcia ofert odczytuje się cenę oferty, bez ujawniania elementów składowych, a więc cen jednostkowych za poszczególne zadania (usługi), których suma stanowi cenę całkowitą oferty. Zdaniem Odwołującego należy przyjąć, że znaczny zakres zastrzeżonych przez Wykonawcę B informacji obejmuje takie informacje, które nie mogłyby stanowić źródła wiedzy o kwestiach i okolicznościach kosztotwórczych, ani nie zawierają szczegółowych danych na temat przyjętej strategii budowania ceny, w tym na temat kosztów pracy,

wysokości zysku, lub innych elementów, które mogłyby obrazować przyjęty sposób kalkulacji, w tym okoliczności mających wpływ na tę kalkulację.

Zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają przy tym informacje, a nie dokumenty. Zastrzeżenie wszystkich dokumentów musi więc być wadliwe, skoro duża część tych dokumentów siłą rzeczy nie zawiera informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

15

Szczególne znaczenie ma kwestia utajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Wykonawcę B. Odwołujący podkreślił, że wezwał Zamawiającego, pismem z dnia 10 marca 2017 r., do ujawnienia zastrzeżonych przez Wykonawcę B informacji, jednak bez jakiegokolwiek reakcji ze strony Zamawiającego. Nie budzi wątpliwości, że wyjaśnienia ceny mogą zawierać wrażliwe informacje. Jednak nie oznacza to, że każde wyjaśnienia automatycznie taką tajemnicę zawierają – każdorazowo zależy to od ich treści i znaczenia, a także z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica zostanie zastrzeżona i czy zostanie zastrzeżona prawidłowo.

Nade wszystko zastrzeżenie przez Wykonawcę B samego uzasadnienia zastrzeżenia oraz RCO jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być uznane przez Zamawiającego jako bezskuteczne. Odnosnie innych informacji, nie ma wątpliwości, że Zamawiający nie przeprowadził odpowiedniej analizy i oceny oświadczeń Wykonawcy B, skoro automatycznie utajnił wszystkie informacje/dokumenty zgodnie z jego żądaniem.

4. Zarzut rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy B

Odwołujący wskazał na przedwczesność tego zarzutu stwierdzając, że został on postawiony jedynie z ostrożności, a właściwy moment na jego sformułowanie będzie dopiero po zapoznaniu się z treścią odtajnionych wyjaśnień. Trudno bowiem ten zarzut poddać ocenie, skoro Odwołujący w ogóle nie miał dostępu do wyjaśnień ceny Wykonawcy B, co nastąpiło z powodu ich nieuprawnionego nieujawnienia przez Zamawiającego. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3, czy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp bierze w istocie swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 Pzp. Trudno zatem formułować zarzuty bez odniesienia się do realnej, a jedynie „podejrzewanej” przez Odwołującego treści wyjaśnień. Taki stan rzeczy przeczy podstawowym ustanowienia środków odwoławczych, jak stwierdza Izba w przywołanym wyżej wyroku.

Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego po stronie Wykonawcy B brak jest jakichkolwiek szczególnych okoliczności, które pozwoliłyby mu na tak drastyczne obniżenie ceny w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Tym samym w ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez Wykonawcę B nie pokrywa wszystkich kosztów (bezpośrednich i pośrednich, o jakich mowa w pkt 11.1 SIWZ – IDW), jakie musi ponieść wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia.

Wszyscy wykonawcy zaoferowali termin realizacji wynoszący 42 i 2/3 miesiąca (10 pkt) oraz okres gwarancji 72 miesiące (10 pkt). Wobec tego cena oferty (80 pkt) miała decydujące znaczenie dla wyników Postępowania w części D. Odwołujący przytoczył zestawienie cen ofert i budżetu Zamawiającego i stwierdził, że z danych tych wynika, jakoby

16

cena oferty Wykonawcy B o 35,2% niższa od średniej ceny złożonych ofert oraz o 55% niższa od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zauważyć w tym miejscu należy, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (pkt 11.4. SIWZ – IDW) wykonawcy musieli doliczyć do ceny ofertowej obliczonej zgodnie z pkt 11.1 SIWZ – IDW kwotę warunkową w wysokości 72.883.000,00 zł netto na pokrycie kosztów robót dodatkowych. Stąd też wszelkie poniżej czynione analizy kosztów odnoszą do ceny ofertowej netto pomniejszej o kwotę warunkową.

Analizując dotychczasowe prowadzone przez Zamawiającego postępowania obejmujące przedmiot zamówienia podobny do objętego przedmiotowym postępowaniem, w których to postępowaniach brał udział zarówno Odwołujący jak i Wykonawca B, można dojść do wniosku, że średnia cena netto za 1 km linii kolejowej, na której mają być wykonywane prace w zakresie zabudowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń telekomunikacyjnych, wynosiła 2.516.719,00 zł (Odwołujący wskazał, że przedmiotową analizę zawiera załącznik nr 1 do odwołania). Budzi zatem zdziwienie, że

Wykonawca B zaoferował cenę w kwocie 1.636.810,00 zł w przeliczeniu na 1 km, mimo że rozmiar robót i ich stopień skomplikowania jest nawet większy niż w postępowaniach wykazanych w załączonej analizie. Przedmiot zamówienia obejmuje 150 km linii kolejowej, gdzie urządzenia SRK (nastawnice, blokady, urządzenia przejazdowe i LCS) będą budowane w jednym zadaniu wraz z systemem ERTS/ETCS poziomu 2, podczas gdy brane pod uwagę w analizie projekty nie obejmowały zabudowy systemu ETCS.

W dotychczasowych postępowaniach obejmujących zbliżony przedmiot zamówienia Wykonawca B składał ofertę z ceną średnio na poziomie 72,83 % budżetu Zamawiającego i około 99,77% średniej ceny ofert w danym postępowaniu (porównanie cen ofertowych brutto obrazuje załącznik nr 2 do odwołania). Tymczasem w przedmiotowej sprawie oferta Wykonawcy B, jak wyżej wskazano, daleko odbiega zarówno od budżetu Zamawiającego, jak i od średniej ceny złożonych ofert.

Nie sposób więc obiektywnie przyjąć, aby w sytuacji rynkowej, w której znajduje się Wykonawca B, był on w stanie zaoferować zgodnie z prawem cenę ofertową na poziomie niższym o 55% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, jednocześnie znacznie odbiegającej od cen ofertowych pozostałych wykonawców.

Odwolujący podkreślił, że wszyscy wykonawcy to duże, profesjonalne przedsiębiorstwa, posiadające wieloletnie doświadczenie w branży. Te okoliczności winny wzbudzić wątpliwości co do realności ceny, co powinno mieć również przełożenie na szczególnie pogłębioną analizę dostarczonych wyjaśnień ceny, w szczególności w zakresie dowodów na specyficzne oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane

17

rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy B czy też koszty pracy.

Podkreślić przy tym należy, że wykonawca Siemens sp. z o.o. oraz jego partnerzy z konsorcjum, nie mają doświadczeń w realizacji na sieci Zamawiającego tak dużych dotychczas inwestycji z obszaru sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji kolejowej. Dotychczas także nie uczestniczyli w postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego na zadania o taki dużym zakresie i skali trudności. Brak doświadczeń ww. wykonawcy w Polsce w tego rodzaju zamówieniach przełożył się, w ocenie Odwołującego, na złożenie oferty z wysoką ceną.

Wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę B zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący nie ma wiedzy odnośnie tego, w jaki sposób została przygotowana odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Niemniej, mając na uwadze praktykę z jaką Odwołujący spotyka się w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wskazuje, że wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe.

W przypadku Wykonawcy B nie zachodzą jakiegokolwiek szczególne okoliczności, właściwe tylko jemu, które miałyby pozwolić mu wycenić przedmiot zamówienia na aż tak niskim poziomie. Wszyscy wykonawcy którzy złożyli oferty w Postępowaniu są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia. Nadto, wykonawcy ci są częścią 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., na porównywalnym poziomie, a Wykonawcy B nie wyróżniają tu żadne szczególne uwarunkowania.

Odwolujący zasygnalizował, że Wykonawca B złożył ofertę samodzielnie i zmuszony jest korzystać z podwykonawców w zakresie prac instalacyjnych, telekomunikacji, certyfikacji oraz geodezji, w odróżnieniu od Odwołującego, w przypadku którego członek konsorcjum jest podmiotem wyspecjalizowanym w pracach instalacyjnych. Taki skład odwołującego się konsorcjum bezpośrednio wpływa na możliwość obniżenia ceny – nie ma bowiem potrzeby powiększania ceny o wysokie marże podwykonawców (na które wykonawca musi narzucić własną marżę) i ryzyka, które w tego typu projektach mogą dochodzić nawet do 30%.

Wykonawca B winien także uwzględnić w cenie wysokie ryzyka związane z usterkowością dostarczanych urządzeń. Jak wynika bowiem z danych samego Zamawiającego (vide Załącznik nr 5 do wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego pismem z dnia 21 lutego 2017 r. – „Ocena eksploatacyjna systemów i urządzeń srk stosowanych na sieci PKP PLK S.A.”). O skali ryzyk mających bezpośrednie przełożenie na cenę ofertową Odwołującego, szerzej pisze Odwołujący na str. 18 wyjaśnień ceny

(informacje zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, obrazujące sposób kalkulacji ceny przez Odwołującego, w tym w zakresie oceny ryzyk). Powstaje więc pytanie, czy i w jakiej wysokości cena Wykonawcy B owe ryzyka ujmuje? W ocenie Odwołującego, Wykonawca B tego nie uczynił, co oznacza, że nie doszacował swojej ceny ofertowej.

Odwołujący stwierdził, że na podstawie posiadanych informacji (załącznik nr 3 – stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk) ustalił, że cena ofertowa Wykonawcy B (pomniejszona o kwotę warunkową) nie jest w stanie pokryć kosztów bezpośrednich wykonania zamówienia, na które składają się koszt urządzeń i materiałów, koszt prac projektowych i podwykonawców. Tymczasem przedmiot zamówienia obejmuje jeszcze szereg innych elementów cenotwórczych, które nie mają pokrycia w cenie ofertowej Wykonawcy B, w szczególności koszty własnego personelu, czy koszty zarządu przedsiębiorstwa.

Nawet gdyby przyjąć wariant skrajnie korzystny dla wykonawców kosztowo, dokonując „hurraoptymistycznych” założeń, tj. że koszty bezpośrednie będą na poziomie 322.528.888 zł (SRK – 257.612.904,96 zł, koszty telekomunikacji – 64.915.983,22 zł), koszty pośrednie tylko na poziomie 10% kosztów bezpośrednich, z zyskiem na poziomie 5% i bez jakichkolwiek ryzyk (organizacyjnych, finansowych), cena ofertowa netto (bez kwoty warunkowej) winna wynieść nie mniej niż 372.520.865,85 zł, tymczasem cena ofertowa Wykonawcy B wyniosła 287.500.00 zł netto (bez kwoty warunkowej).

Odwołujący podkreślił, że najważniejszym powodem badania, czy cena nie jest rażąco niska jest weryfikacja, czy dany wykonawca daje rękojmię rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. W wielu punktach oferty cena Wykonawcy B nie daje możliwości wykonania określonych czynności zgodnie z treścią SIWZ, na co wskazywał już Odwołujący w swych wyjaśnieniach. Odniesienie się do poszczególnych składników ceny ofertowej jest o tyle istotne, że wynagrodzenie ma charakter mieszany, a w takim przypadku bierze się pod uwagę nie tylko wystąpienie rażąco niskiej ceny całości oferty, ale także jej elementów.

Zdaniem Odwołującego, w wyjaśnieniach Wykonawcy B nie podano konkretnych przykładów istnienia obiektywnie właściwych i wyjątkowych tylko dla niego 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.

Z powyższych względów, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy B nie zawierają elementów, które pozwoliłyby przyjąć, że wykonawca ten rzeczywiście za zaoferowaną cenę jest 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.

Co istotne także w tej sprawie, wykonawcy nie mogli, kalkulując cenę ofertową, zakładać optymalizacji projektu. Zamawiający w ramach OPZ przekazał bowiem wykonawcom projekt budowlany, który determinuje ilość wymaganych urządzeń SRK. W szczególności SRK jest nakładany na układ torowy z innych postępowań na wybór wykonawcy budowy oraz przebudowy linii kolejowej, gdzie opis przedmiotu zamówienia dokonany został przez Zamawiającego projektem budowlanym i także projektami wykonawczymi.

Odwołujący podkreślił, że skoro nie jest mu znana treść wyjaśnień Wykonawcy B, to – w jego ocenie – jest uprawniony jest do podnoszenia w toku postępowania odwoławczego dodatkowych argumentów odnoszących się do postawionych w zarzutów, w odpowiedzi na stanowiska procesowe stron (Zamawiającego i Wykonawcy B), w tym składanych w sprawie dowodów.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że wezwanie wykonawcy na podstawie art. 90

ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny, jest co do zasady jednokrotne. Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest jednak dopuszczalne w sytuacji, w której wykonawca złożył już wyjaśnienia odpowiadające wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1 Pzp, jednakże w dalszym ciągu pozostają jeszcze jakieś kwestie wymagające bardziej szczegółowego wyjaśnienia. Jeżeli zatem, jak przypuszcza Odwołujący, Wykonawca B w przedmiotowej sprawie w istocie niczego nie wyjaśnił, nie ma więc podstaw do dalszego dopytywania, uszczegółowiania czy doprecyzowywania wyjaśnień ceny.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

1. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę B jako tajemnica przedsiębiorstwa

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił, że w części zakresu jaki jest przedmiotem zaskarżenia dokonał „odtajnienia” informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę B jako tajemnica przedsiębiorstwa, w pozostałej zaś części uznając za zasadne takie

20

zastrzeżenie z uwagi na spełnienie przesłanek ustawowych zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający, przywołując przepis art. 11 ust. 4 Znk, stwierdził, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli:

1. są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji,
2. mają wartość handlową dlatego, że są poufne,
3. poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności,

Z przytoczonych definicji, zdaniem Zamawiającego, jasno wynika, że przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa są informacje, które, przykładowo, co do rodzaju zostały określone w Znk, które mogą być zapisane na określonych nośnikach bądź nie. Informacje te winny stanowić źródło przewagi konkurencyjnej na rynku przez ich poufność i samą wartość. Zdobycie tych informacji przez konkurentów może oznaczać dla nich pewną korzyść, a zatem zaoszczędzenie wydatków lub zwiększenie zysków. Natomiast nie jest wymagane, by informacje te cechowała nowość lub oryginalność. Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić np. patentowane lub niepatentowane wynalazki, plany techniczne, listy klientów, wiedza i metody natury administracyjnej i organizacyjnej, metody kontroli jakości, sposoby marketingu, organizacji pracy, treść zawartych umów, porozumień, korespondencja handlowa, strategia funkcjonowania przedsiębiorstwa.

Jeśli wykonawca zastrzeże pewne informacje w swej ofercie jako objęte tajemnicą, zamawiający jest obowiązany poddać to analizie i ustalić, czy faktycznie zachodzą podstawy do objęcia tych informacji tajemnicą, co nie oznacza, że musi dać temu wyraz przez zakomunikowanie o tym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że zastrzeżone przez Wykonawcę B informacje posiadają wszystkie cechy klasyfikujące je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Zamawiającego utajnione informacje niewątpliwie mają znaczenie gospodarcze, bowiem dają możliwość śledzenia aktywności gospodarczej w danym profilu działalności w określonym ujęciu czasowym. Wykaz zawiera również informację jakiego rodzaju jednostki są odbiorcami danych usług oraz pokazuje wartość przychodu osiągniętego w wyniku realizacji konkretnych zamówień. Wskazanie wartości umów pozwala również na określenie stosowanej przez Wykonawcę B polityki cenowej oraz źródeł przychodów.

21

W zakresie drugiej przesłanki, tj. nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej, Zamawiający zaznaczył, że wiadomości zawarte we wskazanych wyżej dokumentach nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, a w szczególności osobom

i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem.

Trzecią przesłanką warunkującą zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów jest podjęcie przez Wykonawcę B działań zmierzających do ochrony informacji w nich zawartych przez osoby nieuprawnione. W tym zakresie wskazać przede wszystkim należy na zasady obowiązujące w przedsiębiorstwie Wykonawcy B, zgodnie z którymi, zawierając umowy handlowe z kontrahentami każdorazowo podpisuje umowy o zachowaniu poufności. Wykonawca B wskazał również, że do zachowania poufności danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązani zostali (pod rygorem kary finansowej) jego pracownicy przez podpisanie odpowiednich klauzul poufności.

Zamawiający zasignalizował, że analogiczne zastrzeżenia, również respektowane przez Zamawiającego, zostały dokonane w obrębie wyjaśnień Odwołującego, co prowadzi do wniosku o bezzasadności odwołania w tym zakresie.

2. Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie wskazania przez Wykonawcę B części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy

Na wstępie Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z pkt 21.2 IDW dopuszczono możliwość podwykonawstwa w zakresie całości prac.

Zdaniem Zamawiającego co do zasady należy przyjąć, że pojęcie niezgodności oferty z treścią SIWZ nie obejmuje błędów o charakterze formalnym. Odmienność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ dotyczy bowiem przede wszystkim przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 Pzp. W związku z powyższym, odrzucenie oferty jedynie z uwagi na uchybienia o charakterze formalnym, przy założeniu, że spełnia ona wymagania merytoryczne, może uzasadniać w danym przypadku wniesienie odwołania. Uchybienia formalne oferty nie oznaczają bowiem, że nie odpowiada ona wymaganiom SIWZ i nie stanowią przyczyny jej odrzucenia.

Tym samym, w zaistniałej sytuacji, niezgodność treści oferty Wykonawcy B z SIWZ, polegająca na niewskazaniu numerów pozycji STWiORB lub PR nie wywołują niezgodności merytorycznej oferowanego świadczenia z wymaganiami i oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

22

Zamawiający stwierdził następnie, że Odwołujący mylnie interpretuje przy tym treść subklauzuli 4.4 określającej procedurę podwykonawstwa, gdyż zgodnie z jej ust. 5 „Zawarcie Umowy o podwykonawstwo z Podwykonawcą lub dalszym Podwykonawcą Robót wymaga każdorazowej zgody Zamawiającego”. Zgoda taka może być wydana także na zakres nieokreślony w ofercie, o czym świadczy treść ust. 8: „Zmiana zakresu Robót wykonywanych przez Podwykonawców przy pomocy, których Wykonawca realizuje przedmiot Umowy, jest możliwa, o ile jest to konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, i o ile nie narusza to postanowień niniejszej Subklauzuli” i ust. 1 lit. b), zgodnie z którym „przedmiotem Umowy o podwykonawstwo jest wyłącznie wykonanie, odpowiednio: robót budowlanych, dostaw lub usług, które odpowiadają części zamówienia określonego Umową zawartą pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą”.

3. Zarzut rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy B

Uzasadniając zarzut ceny rażąco niskiej oraz jakoby ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień zaproponowanej przez Wykonawcę B ceny, Odwołujący przy braku wglądu i możliwości zapoznania się z nimi przyjął takowe założenie, które jest jednak dalekie od prawdy. Zamawiający dokonując oceny tych wyjaśnień nie podziela prezentowanego w odwołaniu poglądu, jakoby wyjaśnienia te ocenił pobieżnie, nienazbyt szczegółowo, a cena oferowana przez Bombardier nie pozwalała na wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że – zachowując w tym zakresie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy B – wyliczenia ceny skorelowane są z przedstawionymi dowodami, w tym ofertami podwykonawców, a wskazane ceny Zamawiający przyjął jako wiarygodne. W ocenie Zamawiającego zaoferowana cena nie jest co prawda wygórowana, ale nie odbiega, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w sposób rażący od cen oferowanych już w innych przetargach na roboty srk.

Zabudowa urządzeń srk na modernizowanych przez Zamawiającego liniach

w zdecydowanej większości przypadku realizowana jest w ramach podwykonawstwa. Oczywiście ważnym elementem ceny jest również popyt zależny od liczby ogłoszonych przetargów, możliwości wytwórczych przemysłu i innych elementów rynkowych. Porównanie cen urządzeń srk z ofert w przeliczeniu na 1 km linii nie jest, w przypadku urządzeń sterowania ruchem i łączności, miarodajny, ponieważ dla różnych linii różny jest zakres wykonywanych robót, np. na dwóch liniach o podobnej długości zakres robót może obejmować kilka lub kilkanaście: stacji, przejazdów kolejowo-drogowych, odstępów samoczynnej blokady liniowej. W samej grupie przejazdów kolejowo-drogowych może być inna liczba przejazdów poszczególnych kategorii (A, B lub C), pomijając już ich wyposażenie. Jak różne mogą być ceny urządzeń zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowo-drogowych obrazuje przykład linii E75 gdzie ceny urządzeń ssp na przejazdach kat.

23

B wahały się w granicach 575 – 1.185 tys. zł (ceny z tej samej oferty, wskazane przez tego samego wykonawcę). Liczba stacji, przejazdów kolejowo drogowych, odstępów samoczynnej blokady liniowej będzie miała bezpośredni wpływ na cenę, a tym samym na cenę w przeliczeniu na 1 km linii. Podobnie będzie w przypadku naliczanych marż, które (przyjmując, że dwóch wykonawców będzie korzystało z urządzeń tego samego dostawcy) w zdecydowany sposób mogą zróżnicować cenę końcową.

Bardzo obrazowym, jak nie miarodajnym, przykładem jest porównywanie cen na 1 km linii w ramach projektu modernizacji linii nr 8 gdzie ok. 100 km odcinek Warszawa Okęcie – Radom wyceniony został na kwotę 316,75 mln zł (3,17 mln zł/km), ale po podziale na odcinki realizacyjne, wartość odcinka Warka – Radom (ok. 43 km) wyceniono na kwotę 52,2 mln zł (1,2 mln zł/km).

W podsumowaniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że wskazane przez Odwołującego uchybienia Zamawiającego popełnione w trakcie prowadzenia Postępowania nie miały żadnego wpływu na jego wynik – nie rzutowały na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, co – w świetle przepisu art. 192 ust. 2 Pzp – stanowi przeszkodę w uwzględnieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca B, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez ww. (dalej również „Przystępujący”) przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o jego dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

W piśmie procesowym z 31 marca 2017 r. Wykonawca B przedstawił następującą argumentację mającą uzasadniać oddalenie odwołania.

1. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę B jako tajemnica przedsiębiorstwa

Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie wyjaśnił na czym opiera założenia i przypuszczenia o automatycznym i bezrefleksyjnym uznaniu dokonanego przez Wykonawcę B zastrzeżenia za uzasadnione. Samo głoszone twierdzenie Odwołującego nie jest wystarczające dla skutecznego postawienia zarzutu zaniechania.

Przystępujący zasygnalizował, że elementy przez niego zastrzeżone zostały identycznie potraktowane przez Odwołującego i że jest to stała praktyka w branży srk. Nie jest zatem właściwe stawianie zarzutu braku odtajnienia informacji, kiedy dokładnie ten sam zakres obejmuje się ochroną własnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. Zarzuty niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie wskazania przez Wykonawcę B części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy oraz

24

w zakresie wskazania przez Wykonawcę B urządzeń nieobjętych SIWZ – Załącznik 2A do Oferty, za które Zamawiający będzie dokonywał płatności na podstawie Subklauzuli 14.5 WU

W kwestii zarzutu dotyczącego podwykonawstwa Wykonawca B wyjaśnił, że zgodnie z pkt 21.2 IDW Zamawiający określił jak ma zostać wskazana kwestia podwykonawstwa: „W zakresie Zamówienia Częściowego D Zamawiający dopuszcza powierzenie całości Zamówienia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w swojej ofercie, w dokumencie wypełnionym i sporządzonym na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr

3 do IDW, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.”.

W świetle powyższego, zdaniem Wykonawcy B, obowiązek oferenta obejmował:

1. złożenie oświadczenia, czy zamierza zlecać jakąkolwiek część zakresu zamówienia podwykonawcom,
2. jeśli oświadczył, że zamierza zlecić jakąś część prac do podwykonawstwa – miał obowiązek podać w jakim zakresie to zlecenie nastąpi; Zamawiający nie postawił w tym zakresie ograniczeń rodzajowych, czy branżowych.

Co do formy złożenia ww. oświadczenia Zamawiający wskazał, że powinno to być dokonane w postaci dokumentu, który ma być sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ. Powyższe oznacza tyle, że treść Załącznika nr 3 stanowiła wskazówkę na potrzeby opracowania oświadczenia wykonawcy w zakresie podwykonawstwa. Z pewnością jednak treść Załącznika nr 3 nie stanowiła treści (wymagań) SIWZ określającej elementy, których brak miałby skutkować odrzuceniem oferty. Takiej informacji w SIWZ nie ma.

Nie jest sporne w sprawie, że Przystępujący podał w formie dokumentu zakres prac, które zamierza podzlecić podwykonawcom. Nie jest także kwestionowane i to, że zakres ten pozostaje w zgodzie z wymaganiem określonym w pkt 21.2 IDW. Elementem niezasadnie podkreślanym przez Odwołującego jest to, że dopiero wypełnienie Załącznika nr 3 (w całości, jak wskazano we wzorze) stanowi wykonanie zobowiązania płynącego z treści art. 36b ust. 1 Pzp. Odwołujący jednakże nie wyjaśnia na jakich podstawach opiera swoje wnioskowanie.

Przywołany przepis nakłada na wykonawców obowiązek wskazania zakresu podwykonawstwa, jednakże ani nie definiuje tego zakresu, ani nie podaje elementów minimalnych takiego zgłoszenia (oświadczenia), pozostawiając w tym zakresie dowolność po stronie wykonawcy. Dopiero po podpisaniu umowy o zamówienie publiczne powstają określone skutki prawne związane z tym oświadczeniem, w tym dalsze obowiązki i uprawnienia stron w zakresie podwykonawstwa.

25

Oświadczenie zawarte w ofercie Przystępującego wypełnia wymagania Pzp oraz SIWZ. Brak elementu odniesienia zakresu podwykonawstwa do konkretnych numerów pozycji STWiORB jest pozbawione doniosłości prawnej, jako że ani ustawa ani SIWZ nie wiąże z tym brakiem rygору odrzucenia oferty.

W kwestii wypełnienia załącznika nr 2A do oferty Przystępujący stwierdził, że Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości, w poz. 14.5 wskazał – „lista opcjonalna, pozycje na liście również”. Uznać zatem należy, że Zamawiający w sposób jasny i czytelny określił dwie kwestie, że:

- 1) zarówno samo przedstawienie listy jest opcjonalne,
- 2) wszystkie pozycje na liście są opcjonalne a tym samym mogą podlegać modyfikacji wedle uznania oferenta.

W konsekwencji, zdaniem Wykonawcy B, Zamawiający przewidział dowolność w zakresie przedstawienia listy materiałów i urządzeń, jak również zakresu i pozycji, które mają się na niej znajdować. Wszystkie wnioski, które Odwołujący wyciąga w związku z przedstawioną przez Przystępującego listą w załączniku nr 2A, są w świetle powyższego niezasadne.

3. Zarzut rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy B

Przystępujący wskazał, że Odwołujący formuluje dwa sprzeczne ze sobą zarzuty. Z jednej strony stawia zarzut, że z uwagi na brak dostępu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny musi bazować na „podejrzeniach”, z drugiej zaś strony formuluje wyraźny zarzut niedopełnienia procedury wyjaśnienia przez Wykonawcę B i zaniechania prawidłowego badania wyjaśnień przez Zamawiającego. Nawet gdyby przyjąć, że istnieje po stronie Odwołującego pewne utrudnienie związane z utajnieniem określonych informacji z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet z ostrożności nie jest prawidłowe stawianie zarzutu jednocześnie występowania rażąco niskiej ceny jak i nieprawidłowości w procedurze wyjaśniającej tę cenę.

Przystępujący oświadczył, że nie kwestionuje wyników arytmetycznych poczynionych przez Odwołującego w treści odwołania, a dotyczących kwestii procentów wykazanych na str. 18 odwołania. Podkreślił jednak, że owa kwestia stanowi jedynie wymóg formalny dla stwierdzenia, czy w danym postępowaniu konieczne jest wdrożenie procedury wyjaśnienia

ceny przez poszczególnych wykonawców.

Wykonawca B wskazał, że w Postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Dwie pierwsze, po odniesieniu ich cen do wartości szacunkowej zamówienia, zawierały ceny, dla których Pzp przewiduje domniemanie rażąco niskiej ceny, a zatem Zamawiający zobowiązany był, co zresztą uczynił, rozpocząć procedurę wyjaśnienia, określoną w art. 90

26

ust. 1 Pzp. Zarówno Odwołujący jak i Przystępujący zostali wezwani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i dowodów wykazujących, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Obaj złożyli stosowne wyjaśnienia, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam fakt, że cena Przystępującego jest, o wskazany w odwołaniu procent, niższa od wartości szacunkowej zamówienia, czy od ceny samego Odwołującego, nie potwierdza tego, że jest ona rażąco niska, co skutkować musi odrzuceniem oferty.

Przystępujący podkreślił, że w ramach wyjaśnień złożonych Zamawiającemu wykazał wszystkie istotne okoliczności i dowody na ich poparcie, dotyczące nie ogółu zamówień czy branży, ale tego konkretnego zamówienia. Wykazane zostało jakie konkretnie przyczyny właściwe dla Wykonawcy S w tym zadaniu pozwoliły mu skalkulować cenę zaoferowaną, przy uwzględnieniu rezerwy i zysku. Przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację ceny ofertowej z podaniem dowodów skąd dane zostały zaczerpnięte. Z powyższych względów powoływanie się przez Odwołującego na dane statystyczne, choćby przez odwołanie do cen ustalanych przez niego jako średnie za km linii kolejowej, są nieadekwatne do wyjaśniania tego konkretnego przypadku. Owe przywołane przykłady nie mają pewnego rodzaju szczególnych okoliczności, które występują w analizowanym przypadku. Można w tym miejscu natomiast wskazać i potwierdzić, że wyjaśnienia i dowody złożone przez Przystępującego w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wypełniają wszystkie te wymagania, które uwypukla Odwołujący odsyłając do lektury orzeczeń Izby. Mianowicie, wyjaśnienia Przystępującego zawierają:

- 1) szczegółowe informacje, dane i obliczenia w odniesieniu do oferowanej ceny, a nie jakichkolwiek informacji,
- 2) wykazanie poszczególnych okoliczności powodujących obniżenie ceny z podaniem zakresu obniżenia oraz dowodami potwierdzającymi powyższe, dowodów oraz 3) przedstawienie „zewnętrznych” dowodów obiektywnych (sprawdzalnych),
- 4) przedstawienie danych i dowodów w zakresie kalkulacji własnej, w tym kosztów osobowych,
- 5) kalkulacje dotyczące podwykonawców z prezentacją danych i dowodów,
- 6) uwzględnione ryzyka usterkowości z podaniem sposobu gromadzenia danych,

Przystępujący stwierdził, że w załączeniu do pisma procesowego przedstawił załącznik nr 1, który prostuje błędy znajdujące się w zestawieniu prezentowanym przez Odwołującego, w tym błędy rachunkowe. Przystępujący wskazał w nim także inne projekty realizowane w ostatnich latach przez wykonawców w zakresie sterowania ruchem kolejowym, które wykazują, że: (1) cena przeliczona na kilometr ERTMS wyliczona przez Odwołującego została zawyżona, co w konsekwencji spowodowało, że cena na kilometr sygnalingu konwencjonalnego została zaniżona, (2) istnieją co najmniej dwa projekty

27

realizowane w ciągu ostatnich 6 lat, w których cena przeliczona na kilometr urządzeń Przystępującego wynosiła mniej lub porównywalnie do poziomu ceny na przedmiotowym projekcie,

(3) wyciąganie wniosków przez przeliczanie zadania na kilometr zaburza wyniki i stają się one pozbawione jakiejkolwiek doniosłości dowodowej w zakresie rażąco niskiej ceny.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że projekty infrastrukturalne nie są powtarzalne.

Każdy z projektów cechuje się istotnymi dla wyceny różnicami w zakresie ilości stacji, szlaków, zwrotnic do zabudowy, ruchu na linii, zamknięć torowych, ryzyk i kolizji związanych z innymi inwestycjami. Powyższe w znaczący sposób wpływa na końcową cenę oferowaną przez wykonawców w konkretnym postępowaniu. Dowodem na powyższe jest zestawienie z załącznika nr 1 Odwołującego, z którego wynika, że na jednej linii kolejowej, przy założeniu tych samych prac, raz kosztowały one 1.501.486,00 zł, a raz 2.998.557,00 zł i każdorazowo

była to cena Przystępującego i każdorazowo była to cena wygrywająca z Odwołującym.

Ponadto Wykonawca B stwierdził, że to nie pierwszy raz, kiedy Odwołujący – w wyniku braku możliwości uzyskania zamówienia – próbuje kwestionować cenę Przystępującego w sposób odwołujący się do statystyki przez siebie wykreowanej. Wskazuje na to sprawa tocząca się przed Izbą w 2011 r., sygn. akt KIO 691/11. W owym czasie, Odwołujący próbował wykazać rażąco niską cenę Przystępującego na projekcie E59 Wrocław-Rawicz. Odwołujący wskazywał wówczas, że cena Przystępującego to tylko 34,55% kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Również wtedy Odwołujący próbował zdyskredytować cenę Przystępującego wskazując, że jest rażąco niska poprzez przeliczanie ceny na ilość zwrotnic. Słusznie odwołanie Odwołującego zostało oddalone, gdyż Przystępujący może pochwalić się dzisiaj Świadectwem Przejęcia dla ww. zadania, które zrealizowane zostało dokładnie w cenie zaoferowanej przez Przystępującego, tj. za 94.593.643,90 zł netto.

Dokonując działań arytmetycznych prezentowanych przez Odwołującego i przeliczając tamto zadanie wedle reguły cena na kilometr należy wskazać, że zadanie to kosztowało 1.501.486,00 zł na km, a Przystępujący wykazał, że jest w stanie za taką kwotę wykonać zadanie związane z sygnalizacją konwencjonalnym. Nie ma więc podstaw do twierdzenia, że nie byłby w stanie wykonać zamówienia za cenę 1.679.696,30 zł za kilometr.

W konsekwencji Wykonawca S stwierdził, że zarzut zaniechania odrzucenia jego oferty, z uwagi na fakt, że Przystępujący jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny również jest bezpodstawny.

W piśmie procesowym z 12 kwietnia 2017 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację uzasadniającą uwzględnienie odwołania.

28

1. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę B jako tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący stwierdził, że mając na względzie, że na dzień sporządzenia pisma procesowego Zamawiający nie udostępnił mu nawet uzasadnienia Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień ceny, stoi na stanowisku, że Wykonawca B nie uczynił zadość wymaganiom Pzp do skutecznego zastrzeżenia przedmiotowych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zasygnalizował również, że pismem z 31 marca 2017 r., a więc już po wniesieniu odwołania, Zamawiający poinformował, że odtajni pisemne uzasadnienie w zakresie podstaw zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz RCO Przystępującego. Tym samym Zamawiający sam przyznał, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 Pzp był zasadny, że Zamawiający nie przeprowadził przed wyborem oferty najkorzystniejszej procesu weryfikacyjnego prawidłowości zastrzeżenia przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego Izba, rozstrzygając przedmiotowy zarzut, winna tą okoliczność wziąć pod uwagę. Uwzględnienie części zarzutu przez Zamawiającego stanowi w sensie procesowym przyznanie się i potwierdzenie przez Zamawiającego niezgodnego z prawem prowadzenia Postępowania, czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. drugie Pzp.

2. Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie wskazania przez Wykonawcę B części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy

Zdaniem Odwołującego brak jednoznacznego wskazania w ofercie części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, stanowi merytoryczną niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ, w sytuacji gdy Zamawiający nałożył na wykonawców jednoznaczny wymóg złożenia w treści oferty oświadczenia takiej treści. Oświadczenie takie dotyczy sposobu realizacji zamówienia, ponieważ wykonawca zobowiązuje się do osobistego świadczenia w zakresie, w jakim nie zamierza wykonać zamówienia przy udziale podwykonawców i wszelkie zmiany w tym względzie wymagają zgody Zamawiającego na zasadach przewidzianych Umową.

Odwołujący stwierdził ponadto, że nie sposób przyjąć, by konieczność określenia w ofercie zakresu podwykonawstwa była tylko wymogiem formalnym, informacyjnym. W jego ocenie przyjąć należy, że wymóg odnoszący się do wskazania w ofercie zakresu podwykonawstwa jest istotny zarówno w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł w SIWZ obowiązek osobistego wykonania części zamówienia, jak i w sytuacji, gdy wymóg taki nie

został wprowadzony. Przepis art. 36b ust. 1 Pzp nie przyznaje bowiem zamawiającemu prawa do żądania wskazania w ofercie części zamówienia, które zamierza się przeznaczyć

29

podwykonawcom tylko w sytuacji, gdy skorzystał z dyspozycji art. 36a ust. 2 Pzp. Przepis art. 36b ust. 1 Pzp stanowi osobną jednostkę redakcyjną i ma zastosowanie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro więc ustawodawca zdecydował się przyznać zamawiającemu prawo do uzyskania w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informacji odnośnie tego jaki sposób wykonania zamówienia przyjmuje wykonawca (siłami własnymi czy siłami podwykonawcy), to posiadanie tych informacji przez zamawiającego ustawodawca musiał uznać za istotne. W przeciwnym razie, wymóg, o którym mowa, pozbawiony byłby uzasadnienia, co kłóci się z zasadą racjonalnego ustawodawcy. Odwołujący przyznał przy tym, że pogląd o wiążącym charakterze oświadczenia dotyczącego zakresu podwykonawstwa ukształtował się w orzecznictwie Izby po wejściu w życie przepisów dotyczących udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci celem wykonania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b Pzp), tym niemniej w tych sprawach, w których Izba oceniała, czy wykonawca może posilkować się zasobami podmiotu trzeciego, jeśli wymagałoby to zmiany zawartego w ofercie wykonawcy oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa, wiążący charakter oświadczenia dotyczącego zakresu podwykonawstwa nie jest wywodzony z faktu, że w danym postępowaniu wykonawca zamierzał skorzystać z art. 26 ust. 2b Pzp. Wręcz przeciwnie – Izba uznawała, że nie można posilkować się potencjałem podmiotu trzeciego, który musiałby wystąpić jako podwykonawca, bo to wymagałoby zmiany oświadczenia zawartego w ofercie co do zakresu zamierzonego podwykonawstwa. Okoliczność, czy w danym postępowaniu wykonawca we własnym zakresie spełnia warunki udziału w postępowaniu, zwłaszcza dotyczące wiedzy i doświadczenia, nie ma znaczenia, dla ustalenia charakteru oświadczenia zawartego w jego ofercie dotyczącego podwykonawstwa. Także w tym przypadku przyjęcie przeciwnego stanowiska pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z art. 36b ust. 1 Pzp, który nie warunkuje żądania wskazania w ofercie zakresu podwykonawstwa (nie zaś nazwy podwykonawcy) od tego, czy wykonawca zamierza skorzystać z rozwiązania przewidzianego w art. 26 ust. 2b Pzp. Te dwa rozwiązania są więc od siebie niezależne.

Nie sposób także zgodzić się z argumentacją Zamawiającego i Przystępującego, że w niniejszej sprawie w sposób w zasadzie całkowicie dowolny będzie możliwa zmiana na etapie realizacji zamówienia zakresu zamówienia powierzonego podwykonawcom. Teza ta pozostaje w oczywistej sprzeczności z postanowieniem subklauzuli 4.4 WU.

na realizacji zakres Wykonawca, który etapie zamówienia zamierzałby zmienić podwykonawstwa wskazany w ofercie i stanowiący element umowy (subklauzula 4.4. WU, pkt 4) musiałby więc wykazać, że nawiązanie współpracy z podwykonawcą jest konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy. W sytuacji gdy wykonawca na etapie ubiegania się o zamówienie wykazał, że samodzielnie spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu – jest zdolny do należytego wykonania zamówienia – trudno wyobrazić sobie

30

stan faktyczny, w którym dla prawidłowości zamówienia musiałby jednak sięgnąć po wsparcie podwykonawcy. W szczególności uzasadnieniem takim nie mogłoby być uzyskanie korzystnych warunków, a ten przypadek najczęściej decyduje o powierzeniu realizacji zamówienia podwykonawcy. „Konieczny” to, zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN, «bezwzględnie potrzebny», «taki, którego nie da się uniknąć». Tu ta bezwzględna potrzeba musi być powiązana z prawidłową realizacją zamówienia, nie zaś wynikać z potrzeb, oczekiwań samego wykonawcy.

W świetle powyższego to sam Zamawiający, przez wprowadzenie wskazanych powyżej postanowień SIWZ, przesądził, że zakres podwykonawstwa wskazany w ofercie wykonawcy jest istotnym elementem treści oferty wykonawcy – elementem, którego zmiana będzie mogła wystąpić tylko w wyjątkowych okolicznościach. Nawet więc gdyby przyjąć, że wymóg z art. 36b ust. 1 Pzp mógłby być jedynie wymogiem formalnym, to w przedmiotowym stanie faktycznym – z uwagi na wiążące wszystkich wykonawców postanowienia SIWZ – ma on charakter merytoryczny.

Wbrew twierdzeniom Przystępującego, wykonawca nie miał dowolności w zakresie

zdefiniowania zakresu podwykonawstwa, minimalnych elementów oświadczenia wykonawcy dotyczących podwykonawstwa. Twierdzeniom tym przeczy: (1) treść Załącznika nr 3 „Wykaz prac do podwykonania” narzucona w SIWZ, w tym żądanie podania konkretnych numerów porządkowych z RCO albo konkretnych numerów pozycji STWiORB, a nadto (2) treść pkt 10.7 IDW wyrażającego zakaz dokonywania zmian w załącznikach, za wyjątkiem miejsc do wypełnienia, specjalnie oznaczonych. Na obecnym etapie Postępowania, tj. złożeniu ofert, Zamawiający nie może wprowadzać w tym zakresie zmian do SIWZ.

3. Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie wskazania przez Wykonawcę B urządzeń nieobjętych SIWZ – Załącznik 2A do Oferty, za które Zamawiający będzie dokonywał płatności na podstawie Subklauzuli 14.5 WU

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w ogóle nie odniósł się do przedmiotowego zarzutu. Zamawiający dał tym samym wyraz temu, odnosząc się szczegółowo do wszystkich innych zarzutów odwołania, że pogląd Odwołującego w zakresie dotyczący Załącznika nr 2A akceptuje.

Przystępujący mylnie wywodzi z treści ww. załącznika („lista opcjonalna, pozycje na liście również”) prawo do dokonanej modyfikacji. Wbrew jego twierdzeniom samo przedstawienie listy nie było opcjonalne, ponieważ zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1726 (pismo Zamawiającego z dnia 23 listopada 2016 r., str. 180) Zamawiający wprost wskazał, że do oferty należy załączyć podpisany Załącznik 2A oraz Załącznik 2A w zakresie Zamówienia Częściowego D.

31

Biorąc pod uwagę przeznaczenie omawianego załącznika (możliwość uzyskania przez wykonawcę wcześniejszej płatności od Zamawiającego za urządzenia objęte listą) „opcja” oznacza – za Słownikiem Języka Polskiego PWN online (www.sip.pwn) – «jedną z możliwości do wyboru», «wybór jednej z możliwości». Innymi słowy, w świetle zapisów SIWZ wykonawcy mogli w Załączniku 2A do oferty wpisać wszystkie lub tylko niektóre urządzenia spośród propozycji Zamawiającego. Z tego postanowienia nie wynika natomiast, także biorąc pod uwagę opisany wyżej cel Załącznika 2A, swoboda przejawiająca się w możliwości wpisania do Załącznika 2A urządzeń, które nie zostały objęte listą urządzeń sporządzoną przez Zamawiającego. Stanowisko Odwołującego nabiera szczególnego znaczenia wobec faktu, że listy urządzeń i materiałów objęte Załącznikiem 2A – wzorem do SIWZ znacznie różniły się w poszczególnych Zamówieniach Częściowych i np. w zakresie Zamówienia Częściowego D Zamawiający Załącznikiem 2A w ogóle nie objął materiałów.

4. Zarzut rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy B

Odwołujący stwierdził, że ze względu na utajnienie wyjaśnień ceny Przystępującego nie ma możliwości bezpośredniej polemiki z ich treścią. Złożone przez Odwołującego dowody (zestawienie projektów referencyjnych, Opinia Eksperta) uprawdopodobniły natomiast, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest realną ceną rynkową. Na tej zasadzie Odwołujący uprawniony jest do prowadzenia dowodu na poparcie postawionych zarzutów w oparciu o dane statystyczne, przekładające się na średnią cenę 1 km linii kolejowej. Uśrednienie pewnego zakresu danych umożliwia porównanie określonych informacji bezwzględnych z innymi. Porównywanie różnych cen inwestycji kolejowych, o różnej długości linii, byłoby bezcelowe. Jednak zastosowanie wspólnego mianownika, czyli określenie średniego poziomu ceny budowy kilometra linii, pozwala zestawić ze sobą różne dane. Sens ich porównania wynika z faktu, że choć dotyczą one różnych warunków, lokalizacji, wymagań, to jednak są to tylko pozorne różnice, które w rzeczywistości nie przeszkadzają w ocenie analogicznych inwestycji. Prawdłowo oszacowane koszty średnie umożliwiają m.in. planowanie polityki infrastrukturalnej na poziomie centralnym i lokalnym: postulowane nowe elementy infrastruktury, które powinny znaleźć się w Krajowym Programie Kolejowym to łącznie około 830 km nowych linii (trasowanych po nowych przebiegach) z tego 310-360 km linii dwutorowych. Zakładając koszt budowy kilometra, linii jednotorowej na ok. 18-20 mln zł, a dwutorowej na 30 mln, są to wydatki na poziomie 20-22 mld zł, zatem mniej niż 30% kosztów całego programu.

Odwołujący podkreślił, że także Zamawiający korzysta z tego typu wskaźników, m.in. przy analizie kosztów budowy linii dużych prędkości w Polsce: według źródeł UIC średni koszt budowy 1 km linii dużej prędkości wynosi około 12 mln euro. Na tym poziomie kształtowały się koszty budowy linii Madryt – Barcelona i TGV Est (Paryż w kierunku Strasburga). Zanotowane wyższe koszty dotyczyły przypadków budowy linii w szczególności

trudnych warunkach topograficznych i gdy wraz z budową linii dokonywano znacznej przebudowy infrastruktury drogowej i innej (Włochy, Niemcy). Najnowszym przykładem budowy nowej linii jest linia Lizbona – granica z Hiszpanią. Linia ta budowana w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Linia o długości 166,5 km, w tym 16,5 km na wiaduktach i estakadach będzie kosztować 1,234 mln euro, czyli 7,43 mln euro za 1 km. Koszt 1 km wiaduktu wynosi 14,1 mln euro dla odcinków na terenie płaskim koszt wynosi 5,8 mln euro. Warunki geologiczne i topograficzne są zbliżone warunków budowy linii Warszawa – Łódź – Poznań/Wrocław. Jednostkowy koszt budowy linii dużej prędkości wynosi w warunkach zbliżonych do polskich około 70% kosztów budowy autostrady. Biorąc pod uwagę koszt budowy jednego kilometra Warszawa – Łódź (średnio 8 mln euro za 1 km), koszt budowy nowej linii w Polsce może kształtować się na poziomie zbliżony dla linii budowanej w Portugalii.

Odwołujący podał, że stosowanie wartości uśrednionych jest również dokonywane w ramach kontroli Najwyższej Izby Kontroli: Zważywszy, że w ramach realizacji Programu w latach 2011-2015 za nieco ponad 22,7 mld zł zmodernizowano 3.318 km linii kolejowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą (obiekty inżynierskie, skrzyżowania, krawędzie peronowe, zwiększenie maksymalnej prędkości jazdy i dopuszczalnego nacisku osi), modernizacja 1 km linii kolejowej kosztowała średnio ok. 6,85 mln zł.

Jak widać z powyższego, w wielu aspektach zamówień publicznych wyciąga się pewną średnią cenę za daną jednostkę (w tym przypadku za 1 km linii kolejowej) jako miarodajną do różnego rodzaju analiz i porównań, w tym także w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący przyznał rację Przystępującemu i Zamawiającemu, że nie ma identycznych projektów infrastrukturalnych. Dlatego też dla potrzeb porównań, statystyki, określa się projekty referencyjne i w konsekwencji średnią cenę za 1 km linii kolejowej, mającą walor dowodowy w ujęciu obowiązku Odwołującego uprawdopodobnienia, że cena ofertowa Przystępującego jest rażąco niska. Dla potrzeb dowodowych Odwołujący wybrał projekty porównywalne z projektem objętym przedmiotem zamówienia (vide str. 28 Opinii Eksperta, Załączniki Z2-Z6 do Opinii). Celem wyzbycia się jakichkolwiek wątpliwości czy przedstawione przez Odwołującego projekty są porównywalne z przedmiotowym postępowaniem, Odwołujący przedstawił w załączniku do pisma procesowego suplement do Opinii Eksperta wyjaśniający ponad wszelką wątpliwość dlaczego wybrane projekty można uznać za porównywalne ze sobą.

Odwołujący stwierdził, że decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu ma oczywiście analiza złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, której ze względu na utajnienie Odwołujący jest pozbawiony. Niemniej jednak, mając na uwadze tak

zaniżony poziom ceny Przystępującego, nie sposób przyjąć, aby Przystępujący wykazał wyjaśnieniami „walory” pozwalające mu na zaoferowanie tak niskiej ceny.

W piśmie procesowym Wykonawcy B znalazło się jedynie ogólne stwierdzenie, że wyjaśnienia zawierają wszystkie wymagane prawem informacje i dowody.

się wyłącznie na E59, Twierdzenia Przystępującego koncentrują

projekcie

gdzie Przystępujący próbuje wykazać, że mimo rażąco zaniżonej ceny na tym kontrakcie był w stanie ów kontrakt zrealizować. Zauważyć jednak należy, że nie wiadomo, czy Przystępujący pokrył rzeczywiste koszty wykonania projektu E59 z zaoferowanej ceny? Przystępujący w ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest zobowiązany udowodnić, że przedmiotowe zamówienie wykona należycie, zgodnie z SIWZ, za zaoferowaną cenę i dowodu takiego Przystępujący nie może zastępować oświadczeniem, iż w przeszłości wykonał zamówienie za cenę, która miała znamiona rażąco niskiej (w tym przypadku projekt E59).

Bez prawnego znaczenia pozostaje także fakt oddalenia przez Izbę odwołania wniesionego przez Odwołującego dot. rzeczonoego projektu E59 (sygn. akt KIO 691/11). Z załączonego do pisma procesowego wyroku Izby wprost bowiem wynika, że „Odwołujący nie udowodnił zarzutów podniesionych w tym zakresie w odwołaniu” oraz że „Odwołujący poza wyliczeniem różnic w cenach ofert nie wykazał, że kwestionowana cena

jest nieadekwatna i nierealna i że za tę cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia". Tym samym z wyroku tego nie można wywieść twierdzenia, że w tym postępowaniu oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny i odwołanie winno zostać oddalone.

Reasumując, jeśli wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, obarczenie wyłącznie Odwołującego ciężarem dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny nakładałoby na niego obowiązek procesowy zasadniczo niemożliwy do spełnienia. Odwołujący wykazuje aktywność procesową, jednak to Zamawiający i Przystępujący w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa zobowiązani są wykazać, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.

Nie sposób również zarzucić Odwołującemu, co czyni Przystępujący, że zarzuty odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp są ze sobą sprzeczne. Wręcz przeciwnie – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp referuje wprost do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp. Zamawiający wadliwie ocenił wyjaśnienia ceny oferty Przystępującego, mimo że prawidłowa ocena tych wyjaśnień winna prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przystępujący nie zauważa przy tym, że Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp, stanowiącego w świetle orzecznictwa Izby samodzielną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił

34

wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W piśmie procesowym z 12 kwietnia 2017 r. Wykonawca B przedstawił dodatkową argumentację

W zakresie zarzutu automatyzmu dla odmowy ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący oświadczył, że wobec odtajnienia przez Zamawiającego rozbicia ceny ofertowej wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 11 ust. 4 Znk.

Czynność Zamawiającego polegająca na odtajnieniu oferty Przystępującego, została dokonana poza postępowaniem odwoławczym, dlatego Wykonawca B nie pozostaje w niezgodności we własnych twierdzeniach z twierdzeniami strony, do której przystąpił. Powyższe potwierdza również stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, gdzie wyraźnie wskazuje, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do załącznika nr 3 do odwołania Wykonawca B stwierdził, że stanowi on oświadczenie własne Odwołującego, a zatem jest jego stanowiskiem w sprawie.

Podał, że ww. dokument prezentuje porównanie ceny oferty Odwołującego i Przystępującego. Cena ofertowa Odwołującego zobrazowana została w rozbiciu na m.in.: (1) ryzyko i zysk; (2) koszty ogólne budowy; (3) koszty srk, (4) koszty telekomunikacji z jednoczesnym oznaczeniem, że ryzyko i zysk to 15% ceny ofertowej oraz wskazaniem zakresów podwykonawstwa (dostawców). Dalej zobrazowane zostało, że koszty bezpośrednie oferty Odwołującego są wyższe niż cena ofertowa Przystępującego. Podobnie ukazane zostało, że istnieje różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a ceną ofertową Przystępującego.

W ocenie Wykonawcy B przedstawione porównania w żadnej mierze nie stanowią dowodu (ani przeciwdowodu dla dowodów przedstawionych w Postępowaniu przez Przystępującego) na to, że cena Przystępującego nosi znamiona rażąco niskiej ceny. Z praktyki zamówień publicznych można przytoczyć taki przykład, w którym w postępowaniach, gdzie udział bierze od kilku do kilkunastu oferentów rozbieżności cenowe pomiędzy ich cenami sięgają podobnych różnic. Takie wywody mogą jedynie stanowić wykazanie różnic pomiędzy konkurencją w zakresie sposobu wyceny poszczególnych elementów, mniej i bardziej innowacyjnego podejścia do zabudowy urządzeń, kwestii i modelu zaangażowania podwykonawców, zdobytych doświadczeń i szacowania ryzyk na kontrakcie, itp. Wskazana przez Odwołującego skala ryzyk szacowana na 15% nie jest wiążąca w Postępowaniu. Owa pozycja ustalona przez Odwołującego jest sumą jego doświadczeń i możliwości operowania (zarządzania) ryzykami. Zupełnie odmiennie owa kwestia mogła zostać oceniona przez konkurencję. Niejasne jest także

35

modelowanie kosztów pośrednich. Na podstawie zaprezentowanej tabeli nie wiadomo jak liczone są koszty pośrednie i czy w nich zawarte są koszty pracy inżynierskiej. Dlatego stwierdzić trzeba, że dokonywanie porównań, przy odrębnych założeniach wyjściowych, musi być obarczone błędem założenia. Z tych przyczyn z kolei nie może być uznane za istotny materiał w sprawie.

Przystępujący podkreślił, że przepisy Pzp nakazują badać cenę oferty indywidualnie i w zderzeniu z przedstawionymi przez oferenta oświadczeniami i dowodami. To wyjaśnienia ceny konkretnej oferty mają potwierdzać realność wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Porównanie cenowe jako takie nie stanowi dowodu na rażącą niską cenę konkurencji.

W zakresie złożonej przez Odwołującego Opinii Eksperta Wykonawca B stwierdził, że stanowi ona tzw. opinię prywatną opracowaną na zlecenie Odwołującego i tym samym może być traktowana w postępowaniu odwoławczym jedynie jako stanowisko Odwołującego.

Przystępujący oświadczył, że kwestionuje jej treść całości, zarzucając jej istotne uchybienia formalne jak i merytoryczne.

W kwestiach formalnych związanych z omawianym dokumentem znaczenie dla oceny mocy dowodowej opinii, mają następujące elementy:

- 1) Opinia została sporządzona na zlecenie Odwołującego i na str. 1 (tytułowej) zawiera sformułowanie „WERSJA OSTATECZNA”. Pozwala to na wyciągnięcie wniosku, że opinia była sporządzana nie tyle samodzielnie przez jej autorów, ale we współpracy ze zlecającym (Odwołującym) i na skutek tej współpracy powstała jej wersja finalna.
- 2) Autorami opinii są J.G. i M.K., którzy nie posiadają ani uprawnień stosownych do przedmiotu zamówienia, ani wykazanego doświadczenia w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia. Nie jest znane także ich doświadczenie w wycenie tego rodzaju zamówień.
- 3) Przedmiotem opinii jest „weryfikacja ceny zaoferowanej przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o.”. Następnie stwierdzono m.in., że wykonano weryfikację kalkulacji ceny ofertowej zaproponowanej przez Wykonawcę B w kontekście kryterium rażąco niskiej ceny oraz określono i uzasadniono wysokość ceny minimalnej (granicznej), za którą możliwe byłoby wykonanie w sposób należyty i zgodny z warunkami SIWZ w Postępowaniu. Co ważne, zakres opinii wykonany został bez odniesienia do rozbieżności ceny ofertowej Przystępującego (zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa) i bez oceny złożonych przez niego wyjaśnień. W Opinii wyraźnie wskazane są dokumenty, które analizowali autorzy opinii i odnoszą się one wyłącznie do ceny Odwołującego. Przywołane zostały także „własne bazy cen i kalkulacje Eksperta”

36

bez podania odniesienia o jakie bazy i kalkulacje chodzi. Powyższe czyni opinię niezdatną dla omawianej sprawy. Nie jest możliwe dokonanie prawidłowej eksperckiej oceny ceny i modelu wyceny oferty Przystępującego bez analizy kluczowych w tej mierze dokumentów źródłowych.

- 4) Wątpliwa jest również, zdaniem Przystępującego, wiarygodność samego podmiotu wydającego opinię. CAS sp. z o.o. to podmiot, który założył swoją działalność 23 stycznia 2017 r. CAS sp. z o.o. sp.k. wpisana została do Krajowego Rejestru Sądowego 17 marca 2017 r., a zatem 8 dni po wyborze najkorzystniejszej oferty i na 3 dni przed terminem składania odwołania przez Odwołującego. W świetle dat nie można oprzeć się wrażeniu, że spółka doradców kontraktowych założona została wyłącznie pod potrzeby przygotowania przedmiotowej opinii na potrzeby niniejszego postępowania.

W zakresie merytorycznym Przystępujący wskazał na poniższe rażące błędy matematyczne popełnione przez autorów Opinii, które w jednoznaczny sposób podważają wiarygodność przedłożonego dokumentu:

- 1) Wylczenia są niezgodne z opisem metodologii kalkulacji opinii Eksperta, co można zobrazować na przykładzie zał. Z2 L226 dla oferty KZA Kraków, gdzie ostatecznie skalkulowana wartość referencyjna ceny ofertowej jednostkowej jest zaniżona o 19% w stosunku do założeń metodologii.
- 2) Zdefiniowany w pkt 3.2 Wskaźnik zagregowanej ceny jednostkowej dla zakresu srk różni się od faktycznie zastosowanego wzoru dla poszczególnych projektów

w załącznikach Z2 do Z8. Metodologia weryfikacji ceny została określona na Wskaźniku zagregowanej ceny jednostkowej dla zakresu srk, który w pkt 3.2 został zdefiniowany jako $P = 3 \times L + R$, natomiast analiza i kalkulacja cen referencyjnych (załączniki Z2 do Z8) została skalkulowana na podstawie wzoru $P = 3\frac{1}{2} \times L + R$.

- 3) W załącznikach Z2 do Z8 zdefiniowano wartości referencyjnej ceny ofertowej jednostkowej jako cenę netto, natomiast faktyczne wyliczenia poszczególnych ofert zostały oparte na cenie zdefiniowanej jako cena RCO* (tj. cena netto bez kwoty warunkowej).

W zakresie pozostałych błędów Wykonawca B zwrócił uwagę na brak znajomości branży sterowania ruchem kolejowym przez ekspertów. W załączniku Z6 eksperci dokonują porównania wartości referencyjnej ceny oferty jednostkowej dla zadania, którego przedmiotem było rozwiązanie ERTMS z cenami oferowanymi przez KOMBUD, która nie ma w swoim portfolio rozwiązania ERTMS i nie może być brana pod uwagę w tym zakresie jako jakiegokolwiek odniesienie. Załącznik Z9 wskazuje z kolei porównania ceny Przystępującego ze wszystkimi innymi postępowaniami ogłaszanymi przez Zamawiającego, również w

37

zakresie prac torowych, projektów wielobranżowych jak również typowo budowlanych, co nie ma żadnego przełożenia na zadania realizowane w obszarze sterowania ruchem kolejowym.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego z dnia 11 kwietnia 2017 r. o udostępnienie mu części elementów oferty Przystępującego Wykonawca B wskazał na niekonsekwencję w działaniu zarówno Odwołującego jak i Zamawiającego. Odwołujący z jednej strony wnosi o odtajnienie RCO Przystępującego, gdy z drugiej strony konsekwentnie zastrzega swoje RCO jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołując liczne orzeczenia w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w swojej ofercie, prezentuje całkowicie odmienne stanowisko wobec RCO w tym samym postępowaniu wobec Przystępującego. Zdziwienie budzi również stanowisko Zamawiającego, który bez wezwania do wyjaśnienia, dokonuje odtajnienia RCO Przystępującego, nie dokonując analogicznych działań wobec RCO Odwołującego oraz trzeciego z oferentów – wykonawcy Siemens sp. z o.o., który również zastrzegł RCO jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący zakwestionował również, jakoby tabela stanowiąca załącznik nr 3 do odwołania Odwołującego jest RCO Odwołującego. Jest to, w przekonaniu Wykonawcy B, tabelaryczne zestawienie jakichś kwot, których z pewnością nie da się odnieść do poszczególnych pozycji RCO.

Przystępujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów i księgowości, w tym wyceny przedsięwzięć, na okoliczność wykazania, że cena oferty Przystępującego nie jest ceną rażąco niską, w szczególności, że cena została skalkulowana prawidłowo wedle przyjętej metodologii, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań określonych w dokumentacji Postępowania, na podstawie wiążących ofert podwykonawców i dostawców a także własnych kalkulacji cenowych, z ujęciem zysku i rezerwy. Wykonawca B wyjaśnił, że przedmiotowy wniosek dowodowy został sformułowany z daleko idącej ostrożności procesowej, ponieważ materiał zgromadzony w toku Postępowania i stanowiący dowody w sprawie umożliwiają dokonanie oceny tej kwestii przez Izbę.

W kolejnym piśmie procesowym, stanowiącym polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego przedstawionym na rozprawie z 19 kwietnia 2017 r., Odwołujący stwierdził, co następuje.

1. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę B jako tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący stwierdził, że jak wynika z udostępnionego 28 kwietnia 2017 r. pismemgo uzasadnienia w zakresie podstaw do zastrzeżenia RCO jako tajemnicy przedsiębiorstwa, uzasadnienie to, zawarte na 4 stronach, sprowadza się do przywołania doktryny i orzecznictwa. Wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 703/17) Izba,

38

oddalając odwołanie Wykonawcy B na czynność Zamawiającego odtajnienia RCO, w ustnych motywach rozstrzygnięcia zauważyła, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca ma wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby,

„wykazać, to coś więcej niż tylko wyjaśnienie”. Nadto Wykonawca B, zdaniem Izby, nie udowodnił, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji zawartych w RCO – dowody takie nie zostały przedstawione Zamawiającemu. Wyrok ten odnieść można do przedmiotowej sprawy, ponieważ przyjąć należy, że Przystępujący albo w taki sam, nieskuteczny, sposób zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień ceny albo w ogóle zastrzeżenia takiego nie poczynił. Z udostępnionej Odwołującemu części jawnej wyjaśnień ceny Wykonawcy B nie wynika jakkolwiek treść odnosząca się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, Przystępujący nie podjął nawet próby wykazania, w szczególności na konkretnych przykładach, dlaczego informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny (w tym marże) są na tyle unikalne, niespotykane na rynku, które usprawiedliwiają twierdzenie, że przedstawiają wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk.

2. Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie wskazania przez Wykonawcę B urządzeń nieobjętych SIWZ – Załącznik 2A do Oferty, za które Zamawiający będzie dokonywał płatności na podstawie Subklauzuli 14.5 WU

Zamawiający w pkt 13.1 a) SIWZ – IDW wskazał, że kompletna oferta musi zawierać „Formularz Ofertowy” sporządzony zgodnie z ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW wraz z „Załącznikiem do oferty” sporządzonym zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 2 oraz w Załączniku nr 2A do IDW oraz wypełnionym Rozbiciem Ceny Ofertowej – według Tomu IV SIWZ.

Załącznik nr 2A, jako niezawierający miejsc wy kropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia lub specjalnie oznaczonych, np. przypisem, nie mógł podlegać ingerencji wykonawców, polegającej na dowolnym ukształtowaniu listy urządzeń i materiałów, za które Zamawiający będzie dokonywał płatności na podstawie Subklauzuli 14.5. Dodatkowo, na katagoryczny charakter treści tego załącznika wskazuje również twierdząca odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1726, w którym jeden z wykonawców zapytał „czy do oferty należy załączyć podpisany załącznik 2A oraz załącznik 2A w zakresie Zamówienia Częściowego D?”. Nie podlega dyskusji, że odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśniania treści SIWZ są bezwzględnie wiążące dla wykonawców.

Wymaga również zwrócenia uwagi działanie Zamawiającego, który pismem z 31 marca 2017 r. (udostępnionym Odwołującemu 24 kwietnia 2017 r.) poprawił zmiany wprowadzone do treści Załącznika nr 2A, kwalifikując je jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ. Co istotne, dokonana przez Zamawiającego poprawa polegała

39

na wpisaniu do Załącznika 2A Przystępującego wszystkich urządzeń według listy sporządzonej przez samego Zamawiającego do SIWZ, w tym także na wykreśleniu przez Zamawiającego pozycji „nadmiarowych” wpisanych przez Wykonawcę B.

Abstrahując na chwilę od możliwości zakwalifikowania modyfikacji dokonanej przez Przystępującego jako omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, działanie Zamawiającego pokazuje, że postanowienia SIWZ w zakresie możliwości uwzględnienia urządzeń i materiałów innych niż wymienione w załączniku nr 2A, są dla niego jasne i wykonawcy nie mogą wyjść poza ten katalog. Dokonywanie przez Zamawiającego odmiennej wykładni postanowień SIWZ na rozprawie przed Izbą jest więc interpretacją nakierowaną na potrzeby postępowania odwoławczego. Zachowanie Zamawiającego w toku postępowania pokazuje, że on sam rozumiał postanowienia SIWZ w sposób wskazany w odwołaniu.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że w świetle art. 87 ust. 2 Pzp, zamawiający poprawia w ofercie omyłki. Omyłki zaś, z samej definicji mają charakter niezamierzonej niedokładności. W związku z tym działania Przystępującego, polegające na świadomym przereklamowaniu treści załącznika nr 2A, w żaden sposób nie można kwalifikować jako omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jako że działanie Wykonawcy B stanowi celowe odstępstwo od jasno i to nie można sprecyzowanych niekwestionowanych oczekiwań Zamawiającego, kwalifikować go jako omyłki, lecz jako błąd merytoryczny, który jest nieusuwalny, którego poprawienie skutkować musiałoby rekonstrukcją całego załącznika do oferty.

Co prawda Zamawiający w tym samym dniu unieważnił czynność poprawienia oferty Bombardier w zakresie Załącznika 2A, jednak, co istotne, Wykonawca B nie zaskarżył czynności unieważnienia czynności Zamawiającego poprawienia oferty w zakresie Załącznika 2A.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. załączników do odwołania w postaci: analizy wyników i zakresów 5 realizowanych (zrealizowanych) zamówień o podobnym zakresie rzeczowym (załącznik nr 1), analizy średniego stosunku ceny Wykonawcy B do cen innych ofert i budżetów zamawiających z postępowań z lat 2011-2014 (załącznik nr 2) oraz analizy ceny ofertowej Przystępującego w stosunku do ceny Odwołującego (załącznik nr 3),
2. opinii prywatnej z 31 marca 2017 r. na temat wartości zamówienia i ceny oferowanej przez Wykonawcę B w Postępowaniu wraz z suplementami z 12 i 18 kwietnia 2017 r.,
3. wykazu pozycji wycenionych na 0 zł w RCO Przystępującego.

40

Ponadto Odwołujący przedstawił w formie załącznika do protokołu rozprawy argumentację dotyczącą RCO Wykonawcy B.

Wykonawca B wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. odwołania Odwołującego z 1 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 691/11,
2. świadectwa przejęcia robót na zadaniu E59 Wrocław – Rawicz.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z 9 lutego 2017 r., pisma Wykonawcy B z 20 lutego 2017 r., zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokumentów przedstawionych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, z zastrzeżeniem, że złożona przez Odwołującego opinia z suplementami, sporządzona przez pełnomocników Odwołującego, potraktowana została jako pisemne stanowisko w sprawie.

Nie został natomiast dopuszczony dowód z opinii biegłego, ponieważ ocena zarzutu, w kształcie i z uzasadnieniem wynikającym z treści odwołania, nie wymagała zasięgnięcia przez skład orzekający wiadomości specjalnych. Uznano więc, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów skład orzekający uznał, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został przytoczony w omówionych pismach procesowych, z zastrzeżeniem poniższych uwag, w sposób adekwatny.

1. Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie wskazania przez Wykonawcę B części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy

Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się, ponieważ wskazanie zakresu podwykonawstwa miało *ad casum* walor li tylko informacyjny.

Oświadczenie Przystępującego kwestionowane było w dwóch aspektach: po pierwsze – zaniechania wskazania numerów porządkowych z PR lub pozycji STWiORB, po drugie zaś – nieprecyzyjnego określenia zakresów zamówienia przeznaczonych do podwykonania wskazanych w pkt 2 i 5 wykazu.

41

W pierwszej z kwestii Izba uznała, że wytknięta Przystępującemu wada oświadczenia nie kwalifikuje się do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem nie dotyka istoty zobowiązania wykonawcy. Ponadto, przyporządkowanie określonych w poz. 1, 3, 4 wykazu części zamówienia, które Przystępujący zamierza zlecić podwykonawcom konkretnym numerom porządkowym z PR albo konkretnym pozycjom STWiORB jest – nawet w opinii Odwołującego (odwołanie, str. 7) – możliwe do wykonania przez samego Zamawiającego, a to na podstawie wzmiankowanych dokumentów. Potwierdza to, że w omówionym zakresie zarzut dotyczył uchybienia natury *stricto* formalnej.

Odmienne przedstawiała się natomiast kwestia części zamówienia częściowego D wskazanych w poz. 2 i 5 wykazu, które zostały określone mianem „części prac”, a zatem, w ich przypadku, przyporządkowanie im określonych numerów/pozycji wydaje się

utrudnione, o ile w ogóle możliwe. Skład orzekający doszedł jednakże do przekonania, że także ta okoliczność pozbawiona była doniosłości prawnej. Uzasadnienia dla takiego stanowiska dostarcza nie tylko wspomniana możliwość powierzenia realizacji całego zamówienia podwykonawcy, ale także możliwość zmiany zakresu podwykonawstwa na etapie realizacji umowy. Przewidziano w niej wprawdzie (Subklauzula 4.4 ust. 8 WU) warunek, że zmiana zakresu podwykonawstwa jest możliwa o ile jest to konieczne dla prawidłowej realizacji umowy, tym niemniej Izba, w przeciwieństwie do Odwołującego, nie upatruje w tym postanowieniu istotnego ograniczenia. Należy mieć bowiem na względzie, że realizacja zamówienia leży nie tylko w interesie wykonawcy, ale również Zamawiającego, który powinien wnioski o powierzenie wykonania określonej części zamówienia podwykonawcy rozpatrywać z uwzględnieniem wspomnianego celu.

Reasumując, w świetle przytoczonej powyżej argumentacji zasadne było przyjęcie, że na gruncie zamówienia częściowego D oświadczenie wykonawcy w kwestii podwykonawstwa nie mogło wywoływać na etapie badania i oceny ofert skutków obligacyjnych, stanowiąc jedynie informację dla Zamawiającego o planowanym sposobie wykonania zamówienia.

2. Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie wskazania przez Wykonawcę B urządzeń nieobjętych SIWZ – Załącznik 2A do oferty, za które Zamawiający będzie dokonywał płatności na podstawie Subklauzuli 14.5 WU

Zarzut był zasadny, przesądzając o wyniku postępowania odwoławczego.

Załącznik nr 2A, w połączeniu z postanowieniem Subklauzuli 14.5 ust. 1 WU, stanowił zobowiązanie wykonawcy do zakupu i dostarczenia wymienionych w nim urządzeń i materiałów, w zamian za co wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie jeszcze przed wykorzystaniem dostarczonych komponentów dla potrzeb wykonania zamówienia. Powyższe związane jest z warunkami płatności za realizowane zamówienie.

42

W ocenie Izby konstrukcja wspomnianego załącznika (zawarty w jego treści zamknięty katalog urządzeń/materiałów), w połączeniu z wynikającym z załącznika nr 2 pouczeniem „lista opcjonalna, elementy na liście również”, nie pozostawiają wątpliwości, że wykonawcy nie dysponowali niczym nieograniczoną swobodą w redagowaniu jego treści. Kierując się powszechnym znaczeniem słowa „opcjonalny” („pozostawiony do wyboru”, fakultatywny”, „nieobowiązkowy” – za internetowym słownikiem języka polskiego zamieszczonym pod adresem www.sjp.pl) należało uznać, że uznaniu wykonawcy pozostawiono dwie kwestie. Po pierwsze – czy w ogóle korzystać z możliwości przewidzianej załącznikiem nr 2A i Subklauzulą 14.5 WU, z zastrzeżeniem, że nawet w przypadku jej niewykorzystania załącznik i tak należało podpisać i złożyć – *vide* odpowiedź na pytanie 1726 (opcjonalność listy). Po drugie zaś – które pozycje z przygotowanej przez Zamawiającego listy materiałów i urządzeń umieścić w załączniku nr 2A (opcjonalność elementów na liście). W konsekwencji, w sytuacji, w której Przystępujący bezsprzecznie (okoliczność ta nie była bowiem kwestionowana ani przez Przystępującego, ani przez Zamawiającego) zamieścił w treści tego załącznika inne jeszcze urządzenia i materiały, to jego świadczenie, w omówionym powyżej aspekcie, było niezgodne z przewidzianymi postanowieniami SIWZ warunkami płatności.

W ocenie Izby przedstawionego zapatrywania nie zmienia podniesiony przez Zamawiającego na rozprawie argument, zgodnie z którym łączna kwota poświadczona zgodnie z przywołaną subklauzulą nie może w żadnym momencie realizacji Umowy przekroczyć 25% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. Przytoczone wskazanie oznacza jedynie tyle, że jeżeli wykonawca zamieści w załączniku nr 2A urządzenia/materiały, których łączna wartość na etapie ich weryfikowania przez Inżyniera Kontraktu przekroczy wspomniany próg, to otrzyma zapłatę tylko do wskazanej wysokości. Nie modyfikuje to jednak omówionych powyżej zasad sporządzania treści wspomnianego załącznika.

Bezskuteczne było również powoływanie się przez Zamawiającego na odpowiedź na pytanie nr 1429 do SIWZ. Izba stwierdziła, że była ona wymijająca, wobec czego na jej podstawie nie można wnioskować o swobodzie wykonawcy w doborze materiałów lub urządzeń, które zamieszczone zostaną na liście zawartej w załączniku nr 2A. Do wniosku takiego nie prowadzi sugerowana w odpowiedzi Zamawiającego analiza postanowień Subklauzuli 14.5 WU, zaś sam Zamawiający zapytany podczas rozprawy o tą kwestię nie wyjaśnił – poza odwoływaniem się do regulacji dotyczących inicjowania i wstępnego etapu

dostawy urządzeń i materiałów (zob. ust. 1 i 2 Subklauzuli 14.5 WU) oraz do przytoczonego wcześniej ograniczenia wynikającego z ust. 4 Subklauzuli 14.5 WU) – na jakich postanowieniach Subklauzuli 14.5 WU opiera stanowisko o możliwości modyfikowania treści załącznika nr 2A (protokół rozprawy z 8 maja 2017 r., str. 2-3). Gdyby zresztą przyjąć, że treść wzoru załącznika nr 2A pozbawiona była jakiegokolwiek znaczenia, to należałoby

43

zadać pytanie w jakim celu został on przez Zamawiającego przygotowany oraz dlaczego dla każdego zamówienia częściowego określono w nim inny zakres rzeczowy?

Co więcej, stanowisko Zamawiającego w kwestii zasad sporządzania załącznika nr 2A było wewnętrznie sprzeczne, ponieważ – z jednej strony – Zamawiający twierdził, że określenie zakresu rzeczowego w załączniku nr 2A było dowolne, z drugiej zaś wskazywał, że „[...]wykonawca mógł umieścić na liście inne niż wskazane tam urządzenia ale nie całe systemy[...]” (protokół rozprawy z 18 kwietnia 2017 r., str. 4), co również nie wynika ani z samego wzoru załącznika nr 2A, ani też z treści Subklauzuli 14.5 WU. Ponadto, wobec kategorycznego brzmienia wzoru załącznika nr 2A nie sposób twierdzić, że zawarte w nim wyliczenie miało charakter przykładowy, tym bardziej, że w pkt 10.7 IDW Zamawiający precyzyjnie opisał sytuację, w których dopuszczalne było modyfikowanie treści składanych dokumentów.

Izba uznała również, że omówiona powyżej niezgodność treści oferty Wykonawcy B z SIWZ nie kwalifikuje się do poprawienia w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Pod pojęciem omyłki należy rozumieć niezamierzoną niedokładność, której to cechy treść załącznika nr 2A do oferty Przystępującego jest pozbawiona. Okoliczności sprawy wskazują bowiem na świadome działanie Wykonawcy B, dla którego w toku postępowania odwoławczego usiłował znaleźć uzasadnienie.

Omyłkowego charakteru omówionej powyżej niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ nie sposób zresztą w ogóle rozważać w świetle kategorycznego stanowiska, że wykonawcy mieli w zakresie jego sporządzania, wyrażonego chociażby w piśmie procesowym z 31 marca 2017 r. (str. 4).

3. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę B jako tajemnica przedsiębiorstwa

Przedstawiony przez strony stan faktyczny wymaga uzupełnienia o stwierdzenie, że pismem z 31 marca 2017 r. Zamawiający poinformował o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia informacji zawartych w RCO i uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawartych w tym dokumencie. Rozstrzygnięcie to zostało zaskarżone przez Przystępującego odwołaniem, które zostało przez Izbę oddalone wyrokiem z 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 703/17. Ostatecznie Zamawiający udostępnił Odwołującemu RCO Wykonawcy B wraz z uzasadnieniem jego zastrzeżenia jako zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie, w jakim Zamawiający odmówił udostępnienia Odwołującemu

44

wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem ich zastrzeżenia, tym niemniej zarzut został oddalony ze względu na brak wpływu na wynik Postępowania.

W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do RCO i uzasadnienia jego zastrzeżenia zarzut nie potwierdził się z uwagi na fakt, że dokumenty te zostały Odwołującemu udostępnione. W konsekwencji, biorąc pod uwagę przepis art. 191 ust. 2 Pzp, Izba nie stwierdziła w dacie wyrokowania naruszenia przywołanych przepisów.

Tytułem wstępu do omawianej problematyki zauważyć należy, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 Znk. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w opinii składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym

dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia.

Zaznaczyć na marginesie należy, że rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby zaprzeczenie *ratio legis* komentowanego przepisu, którym było – zgodnie z uzasadnieniem do projektu nowelizacji Pzp w zakresie dotyczącym art. 8 ust. 3 Pzp – zwalczanie patologicznego nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa (zob. druk nr 1653, Sejm RP VII kadencji).

Poszukując znaczenia użytego w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcia „wykazania” Izba za zasadne uznała odniesienie się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ przepisy regulujące tą kwestię również posługują się pojęciem „wykazania” (zob. przykładowo przepis art. 26 ust. 2a, czy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia Postępowania). Podkreślenia wymaga, że na taki zabieg interpretacyjny pozwala § 10

45

załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U.2016.283 j.t.), zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami.

Powracając na grunt rozważań o pojęciu „wykazania” zauważyć należy, że z przepisów dotyczących wykazywania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnianiu, a nadto – jeżeli Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu – również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu 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 – wersja obowiązująca w dacie wszczęcia Postępowania). Także przepisy wzmiankowanego rozporządzenia posługują się pojęciem „wykazania”, chociażby w kontekście możliwości żądania od wykonawcy określonych dokumentów potwierdzających brak podstaw do jego wykluczenia (por. § 3 ust. 1).

Zdaniem Izby z powyższej analizy wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, *etc.*).

W przedmiotowej sprawie Przystępujący, uzasadniając zastrzeżenie informacji zawartych w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, poprzestał na powołaniu art. 8 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 4 Znk. Wymienił ponadto przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i oświadczył, że zastrzeżone dane spełniają warunki wynikające z art. 11 ust. 4 Znk, w szczególności przesłankę nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej, w odniesieniu do której Wykonawca B przywołał pogląd wyrażony w judykaturze. Należy jednak zauważyć, że obowiązkiem Przystępującego było

ewentualnym wykazaniu (udowodnieniu) ich spełniania przez zastrzeżone informacje, bowiem tylko ich łączne występowanie w odniesieniu do zastrzeżonej informacji warunkuje udzielenie jej ochrony.

Nie wdając się szczegółowo w teoretyczną analizę znaczenia poszczególnych przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 Znk, jako że sam Przystępujący nie dostarczył w złożonych wyjaśnieniach argumentów umożliwiających jej dokonanie, należało dojść do wniosku, że Wykonawca B w żaden sposób nie wykazał chociażby w jaki sposób chroni zastrzegane informacje. Sporządzone uzasadnienie ma charakter ogólny i lakoniczny, stanowiąc w istocie wprowadzenie do omawianej problematyki.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za bezzasadnością zastrzeżenia informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach był eksponowany przez Przystępującego związek pomiędzy ocenianym zastrzeżeniem, a zastrzeżeniem informacji zawartych w RCO. Należało mieć bowiem na względzie, że kwestia zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samego RCO była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 703/17, w którym skład orzekający krytycznie ocenił przedstawione przez Przystępującego argumenty, stwierdzając m.in., że zastrzeżenie nie było skuteczne. Skład orzekający w przedmiotowej sprawie podziela w tej kwestii zapatrywania wyrażone w uzasadnieniu ww. wyroku i przyjmuje je za własne.

W konsekwencji stwierdzić należy, że brak wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (brak uzasadnienia podjęcia przez wykonawcę takiej decyzji) obciążać powinien Przystępującego, zwalniając zarazem Zamawiającego z utrzymania określonych informacji w tajemnicy.

Odrębnego omówienia wymaga również zasadność zastrzeżenia przez Przystępującego samego dla w uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Jakkolwiek nie można *a limine* wykluczyć okoliczności, że takie uzasadnienie może być nierozzerwalnie związane z zastrzeżonymi informacjami, tym niemniej praktyka zastrzegania takich uzasadnień jest przez wykonawców nadużywana, czego przykładem jest przedmiotowa sprawa. Zastrzeżone uzasadnienie, poza tym że – jak wskazano – nie wykazuje zasadności objęcia ochroną informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, nie zawiera żadnych elementów mogących chociażby potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i ani Zamawiający, ani sam Przystępujący nie odnieśli się w żaden sposób do zasadności zastrzeżenia tego dokumentu w toku rozprawy. Uznanie poprawności odmowy udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny prowadzić musiałoby do uznania, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest chociażby wyliczenie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 Znk, czy wskazane w jego treści orzeczenie SN, z czym nie sposób się zgodzić.

Stwierdzone powyżej naruszenie nie mogło jednak, *ad casum*, stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi przepis art. 192 ust. 2 Pzp. Zgodnie z jego treścią odwołanie podlega uwzględnieniu jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W razie stwierdzenia takich okoliczności Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 3 Pzp, zobligowana jest podjąć określone w tym przepisie, adekwatne do danego stanu faktycznego, decyzje, zmierzające zasadniczo (z wyjątkiem wynikającym z przepisu art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp) do usunięcia stwierdzonych naruszeń. Co istotne, komentowane regulacje należy odczytywać łącznie, tj. przepis art. 192 ust. 3 Pzp znajduje zastosowanie tylko do takich naruszeń Pzp, które spełniają warunki określone w art. 192 ust. 2 Pzp. *Ergo*, w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, które nie wywarło, ani nie może wywrzeć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba oddala oparty na nich zarzut, w konsekwencji czego pozbawiona jest możliwości nakazania zamawiającemu uczynienia zadość żądaniu związanemu z takim zarzutem (argument z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp *a contrario*).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, zdaniem składu orzekającego, naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7

ust. 1 Pzp nie miało wpływu na wynik Postępowania rozumiany jako wybór oferty Przystępującego, wobec czego odwołanie w tej części podlegało oddaleniu. Stało się tak dlatego, że obok zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego zastrzeżenia informacji niezbędnych do oceny czy oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, Odwołujący postawił zarzut, który uznać należało za dalej idący, a to zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. W konsekwencji Izba zobligowana była go rozpoznać, ponieważ żaden przepis Pzp nie umożliwia zaniechanie odniesienia się do postawionego w odwołaniu i podtrzymywanego w toku postępowania odwoławczego zarzutu, w następstwie czego uznała go za nieuzasadniony oddalając odwołanie w tym zakresie (patrz pkt 4 poniżej). Skutkiem oddalenia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę było uznanie, że niezasadne zastrzeżenie złożonych przez niego w tym zakresie wyjaśnień nie wywierało wpływu na wynik Postępowania, bowiem Odwołujący nie zdołał podważyć prawidłowości oceny oferty Przystępującego w kontekście jej ceny. Wpływ na wynik Postępowania, tj. przesądzenie, że wybór oferty Przystępującego był jednak nieprawidłowy, został stwierdzony wyłącznie w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na niezgodność jej treści z SIWZ, w zakresie, który został omówiony wcześniej. W związku z tym, Izba – działając w granicach przepisu art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp – nakazała Zamawiającemu usunięcie stwierdzonego naruszenia przez unieważnienie wyboru oferty Przystępującego i jej odrzucenie.

48

Zdaniem składu orzekającego naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 4 Znk nie tylko nie miało wpływu na wynik Postępowania, ale również nie może mieć na jego wynik istotnego wpływu. Zauważyć należy, że w przedmiotowym stanie faktycznym potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w efekcie czego Izba nakazała odrzucenie wybranej oferty, korygując tym samym nieprawidłowo ustalony przez Zamawiającego wynik Postępowania. W konsekwencji rozważanie, czy należałoby uwzględnić odwołanie również w zakresie zarzutu opartego na ww. przepisach stało się bezprzedmiotowe. Jest tak z uwagi na fakt, że Izba, uwzględniając zarzut odwołania niezwiązany w ogóle z kwestią rażąco niskiej ceny, przesądziła o konieczności odrzucenia oferty Przystępującego.

4. Zarzut rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy B

Zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Jak uprzednio wskazano Izba zobowiązana była rozpoznać zarzuty związane z rażąco niską ceną oferty Przystępującego i procedurą zmierzającą do wyjaśnienia tej kwestii, jako że zostały sformułowane w odwołaniu i były podtrzymywane w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego. Ponownie podkreślić należy, że żaden z przepisów Pzp dotyczących postępowania odwoławczego nie upoważnia Izby do pominięcia jakiegokolwiek zarzutu odwołania. W szczególności nie sposób uzasadniać nierozpoznanie zarzutu odwołania jego przedwczesnością, która w przedmiotowej sprawie nie zachodzi. Przedwczesność zarzutu dotyczyć może bowiem takich czynności, do których wykonania zamawiający w ogóle jeszcze nie przystąpił, bądź sytuacji, gdy Zamawiający jest w trakcie wykonywania czynności, ale jeszcze jej nie zakończył. Wspomniana przedwczesność nie zachodzi natomiast w sytuacji, w której czynność została przez zamawiającego podjęta i uzewnętrzniona wobec wykonawców i nie należy jej mylić z niedysponowaniem wszystkimi informacjami, które mogłyby być wykonawcy przydatne przy formułowaniu zarzutu odwołania dotyczącego konkretnej czynności zamawiającego.

Lektura odwołania ujawniła, że omawiane zarzuty oparte były na arytmetycznych porównaniach cen złożonych ofert (względem siebie, jak i do budżetu Zamawiającego), analizie cen z poprzednio prowadzonych postępowań przetargowych o zbliżonym zakresie rzeczowym oraz symulacji przypuszczalnych kosztów realizacji zamówienia przez Wykonawcę B.

Wobec – jak się wydaje – położenia przez Odwołującego największego nacisku na argumenty związane z porównywaniem przedmiotowego zamówienia do podobnych, wcześniej zrealizowanych, inwestycji kolejowych konieczne jest odniesienie się do skuteczności prób wywodzenia rażąco niskiej ceny w danym Postępowaniu w oparciu o dane dotyczące zamówień udzielonych poprzednio przez Zamawiającego. Skład orzekający

wyraża zapatrywanie, że skoro zarówno przepis art. 89 ust. 1 pkt 4, jak i art. 90 ust. 1 i 3 Pzp posługują się pojęciem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, to punktem odniesienia powinien być przedmiot zamówienia w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wykonawca złożył ofertę podlegającą badaniu w trybie art. 90 Pzp, nie zaś ceny ofert składanych przez wykonawców w innych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, czy wyniki takich postępowań. Powyższy wniosek wzmacnia dodatkowo użyte w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp sformułowanie „zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”, co nakazuje rozpatrywanie ceny oferty w kontekście konkretnego opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała za irrelevantne dla rozstrzygnięcia sprawy dowody w postaci załączników nr 1 i 2 do odwołania oraz stanowisko wyrażone w złożonej opinii wraz z suplementami do niej, a powstały na gruncie prezentowanych przez Odwołującego wyliczeń spór z Przystępującym za niewymagający rozstrzygnięcia.

Przedstawione powyżej poglądy odnośnie dowodzenia zarzutu rażąco niskiej ceny na podstawie porównań przedmiotu zamówienia z innymi inwestycjami należy również wprost odnosić do argumentacji Odwołującego dotyczącej przewidywanych kosztów realizacji zamówienia. Zaznaczyć bowiem należy, że twierdzenia o istnieniu nieprzekraczalnej granicy, poniżej której realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest niemożliwa lub po prostu nieopłacalna można co najwyżej odnosić do samego Odwołującego, natomiast nie wiadomo jak mają się one do oceny sytuacji innego wykonawcy (tu – Przystępującego). Jakkolwiek porównanie cen złożonych ofert może (a wręcz, w określonych sytuacjach, musi) stanowić podstawę wszczęcia procedury z art. 90 Pzp, to jednak nie stanowi *per se* argumentu przemawiającego za stwierdzeniem rażąco niskiej ceny w badanej pod tym kątem ofercie. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że dowód w postaci załącznika nr 3 do odwołania nie potwierdzał okoliczności, na którą został zawnioskowany, tj. rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy B. Dodać można również, że nie istnieje jeden wyłącznie poprawny (uniwersalny) sposób kalkulowania ceny oferty, co – wobec braku znajomości treści wyjaśnień Przystępującego – wspiera dodatkowo wniosek, że przedstawione przez Odwołującego założenia oderwane były od wyliczeń przedstawionych przez Wykonawcę B w wyjaśnieniach.

W zakresie kwestionowanego RCO Przystępującego skład orzekający uznał natomiast, że odnoszące się do niego twierdzenia (w szczególności argumentacja Odwołującego prezentowana na rozprawie 8 maja 2017 r., w tym w złożonym załączniku do protokołu) nie mieszczą się w ramach zakreślonej odwołaniem podstawy faktycznej zarzutów związanych z rażąco niską ceną oferty Wykonawcy B, którą Izba – mając na względzie wyrażoną w art. 192 ust. 7 Pzp zasadę związania zarzutami odwołania – była zobligowana kierować się przy ocenie zasadności zarzutów odwołania. *Ergo*, wskazywane przez

Odwołującego na rozprawie dodatkowe względy uzasadniające przedmiotowe zarzuty, a wynikające z udostępnienia mu w toku postępowania odwoławczego RCO Wykonawcy B, nie zostały wzięte pod uwagę, jako stanowiące rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów odwołania. Pod tym pojęciem Izba rozumie okoliczność (zespół okoliczności) mającą świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów Pzp.

zarzut określa ramy sporu prowadzonego w Tak skonstruowany postępowaniu odwoławczym, a ten z kolei determinuje zakres kognicji Izby, który, co do zasady, musi pokrywać się ze sformułowanymi w odwołaniu zarzutami.

W konsekwencji, mając na uwadze przedstawione powyżej zapatrywania, Izba, rozstrzygając o przedmiotowym zarzucie odwołania, nie uwzględniła dowodu w postaci wykazu pozycji wycenionych na 0 zł w RCO.

Odnosząc się na zakończenie, w kontekście pozostałych tez stawianych w odwołaniu, do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego należy zauważyć, że zostały one należycie umotywowane i poparte nie tylko własnymi kalkulacjami Wykonawcy B, ale również ofertami jego kontrahentów. Wbrew zapatrywaniom Odwołującego Przystępujący zawarł w nich informacje chociażby o wysokości założonego zysku, czy rezerwy na pokrycie skutków finansowych ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Nie sposób przy tym twierdzić – jak wskazywał na to Odwołujący – że są one lakoniczne, czy że

mają jedynie ogólnikowy charakter, wobec powyższego nie ma podstaw do stawiania tezy, że Zamawiający wyłącznie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do dowodów przedstawionych przez Przystępującego Izba uznała, że nie były one relewantne do rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie odwołania, chociażby z uwagi na przytoczoną wcześniej argumentację, że nie odnoszą się w żadnej mierze do przedmiotowej sprawy, a związane są z innym zrealizowanym przez Wykonawcę B zamówieniem.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 i 2 sentencji wyroku.

51

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

52