

WYROK
z dnia 29 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Max Bogl Polska Sp. z o.o., Max Bogl Stiftung & Co. KG, Berger Bau Polska Sp. z o. o., Berger Bau GmbH z siedzibą dla lidera konsorcjum w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mota-Engil Polska S.A., Mota-Engil Engenharia e Construção S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Max Bogl Polska Sp. z o.o., Max Bogl Stiftung & Co. KG, Berger Bau Polska Sp. z o. o., Berger Bau GmbH z siedzibą dla lidera konsorcjum w Szczecinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, 54 – 155 Wrocław, ul. Lotnicza 24, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól -Legnica (A-4): zadanie IV od węzła Lubin Północ (bez węzła) do węzła Lubin Południe, o długości ok. 11,3 km tj. od km 47+678,08 do ok. km58+951,75 (tj. do km 58+974 -ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinki)”*.

Zamawiający dnia 1 grudnia 2014 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 11 grudnia 2014 roku wykonawca - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Max Bogl Polska Sp. z o.o., Max Bogl Stiftung & Co. KG, Berger Bau Polska Sp. z o. o., Berger Bau GmbH, 71- 726 Szczecin, ul. Światowida 6 (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum w składzie: MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. (dalej zwane: „Konsorcjum MOTA”) do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy z uwagi na dysproporcję pomiędzy ceną ofertową tego wykonawcy, a wartością szacunkową zamówienia i cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak również z uwagi na specyfikę samego zamówienia po stronie zamawiającego zrodziło się podejrzenie, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a mimo to zamawiający nie wystosował do wykonawcy wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu, naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez konsorcjum MOTA jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i niezasadne utajnienie tego dokumentu w całości; naruszenia art. 7 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum MOTA.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum MOTA, a następnie przeprowadzenie czynności ponownego badania i

oceny ofert, a w tym: wezwanie konsorcjum MOTA do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, odstąpienie od wyjaśnień złożonych przez konsorcjum MOTA w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która to stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz zamawiającego - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mota-Engil Polska S.A., Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków.

Zamawiający, dnia 24 grudnia 2014 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu ograniczonego jest zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4): zadanie IV od węzła Lubin Północ (bez węzła) do węzła Lubin Południe, o długości ok. 11,3 km tj. od km 47+678,08 do ok. km 58+951,75 (tj. do km 58+974 - ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinki).

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 6 ofert, z następującymi cenami:

- 1) DRAGADOS S.A. - 335 234 749,00 zł,
- 2) ASTALDI S.P.A. - 431 853 480,93 zł,

- 3) Konsorcjum: MIRBUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” sp. z o.o. - 338 254 266,49 zł,
- 4) Konsorcjum: Mota-Eengil Central Europe S.A., Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. - 260 903 266,70 zł,
- 5) Konsorcjum: Max Bogl Polska sp. z o.o., Max Bogl Stiftung & Co. KG, Berger Bau Polska sp. z o.o., Berger Bau GmbH - 312 713 272,87 zł,
- 6) Konsorcjum: BUDIMEX S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A. - 313 916 716,89 zł.

Zamawiający ustalił kwotę: 345 470 345,37 zł – jako wartość szacunkową zamówienia (280 870 199,49 zł netto), powiększoną o podatek od towarów i usług (bez wartości zamówień uzupełniających).

Zamawiający pismem z dnia 19 listopada 2014 r., wezwał konsorcjum MOTA do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W wezwaniu tym zamawiający zażądał odpowiedzi na dwanaście szczegółowych pytań odnoszących się do przyjętego przez konsorcjum MOTA sposobu wyceny przedmiotu zamówienia.

Przystępujący pismem z dnia 26 listopada 2014 r. złożył wyjaśnienia, zastrzegając w całości treść tego pisma, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, iż w jego ocenie w niniejszej sprawie porównanie ceny ofertowej konsorcjum MOTA do wartości szacunkowej zamówienia oraz cen ofert konkurencyjnych prowadzi do wniosku, że po stronie zamawiającego powinny powstać wątpliwości odnośnie tego, czy cena konsorcjum MOTA ma charakter rynkowy. Konsorcjum MOTA zaoferowało się wykonać przedmiot zamówienia za cenę o ponad 84,5 mln mniejszą niż wartość oszacowana przez zamawiającego, tj. cena konsorcjum MOTA, była niższa od wartości szacunkowej zamówienia o 24,48 % oraz o ponad 20% niższa od średniej ceny złożonej w niniejszym postępowaniu, przy czym ceny ofertowe poszczególnych wykonawców - z wyjątkiem ceny konsorcjum MOTA oraz firmy ASTALDI S.P.A. - były do siebie, jak i do szacunków zamawiającego bardzo zbliżone, co powoduje, iż te ceny są wyznacznikiem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia. W tym miejscu odwołujący zaznaczył, iż podobnie kształtowała się sytuacja w postępowaniach o udzielenie zamówienia na realizację robót na sąsiednich odcinkach drogi S3, tj. w postępowaniach na zadanie III i V. Także w tych postępowaniach złożone ceny ofertowe były bardzo zbliżone zarówno do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, jak i do siebie nawzajem. Przykładowo, na zadanie V, gdzie ofertę z najniższą ceną złożyło konsorcjum Budimex S.A., cena tego wykonawcy była zaledwie o 14,48% niższa od szacunków zamawiającego. Kolejna cena od ceny konsorcjum Budimex S.A. była niższa o 0,38% (Konsorcjum SALINI), zaś cena następnego wykonawcy od ceny konsorcjum SALINI różniła się o 0,02% (Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o.). Powyższe pokazuje, że zamawiający w sposób realny, rynkowy wycenił wartość szacunkową zamówień, o których mowa, zaś specyfiką rynku -

potwierdzoną nie tylko wynikiem wskazanych postępowań, ale i innych prowadzonych przez zamawiającego - jest to, iż ceny składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia ofert są obecnie bardzo do siebie zbliżone (różnice w wielu przypadkach sięgają mniej niż 1%), co powoduje, że różnica pomiędzy cenami ofert rzędu 20% staje się różnicą wręcz rażąca. Przedstawione dane bezwzględnie dowodzą, w ocenie odwołującego, iż zamawiający powinien był powziąć wątpliwości, co do realności ceny zaoferowanej przez konsorcjum MOTA i w konsekwencji wezwać konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Uprzedzając ewentualne argumenty odwołujący wskazał, że w nowym przepisie art. 90 ust. 1 Pzp (brzmienie obowiązujące od 19.10.2014r.) mówi się: *„Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (...)”*. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „w szczególności” oznacza, że wskazane w przepisie wartości nadal nie pozostają jedynym punktem odniesienia dla zamawiającego. Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, o których mowa, także wtedy, gdy wskazana w przepisie różnica pomiędzy ceną ofertową, a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert jest mniejsza lub większa, jeśli i tak (np. z uwagi na inne okoliczności faktyczne) powstała po jego stronie wątpliwość odnośnie rynkowego charakteru tejże ceny. W niniejszej sprawie po stronie zamawiającego powstały wątpliwości, co najmniej odnośnie realności poczynionych przez konsorcjum MOTA założeń. Zamawiający, pismem z dnia 19 listopada 2014r., wezwał bowiem konsorcjum MOTA do złożenia wyjaśnień treści oferty wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W wezwaniu tym zamawiający zażądał odpowiedzi na dwanaście szczegółowych pytań odnoszących się do przyjętego przez konsorcjum MOTA sposobu wyceny przedmiotu zamówienia, w tym wyceny ryzyka związanego z wymaganiami Decyzji Środowiskowej i Postanowienia RDOŚ (pyt. 1). W ocenie odwołującego, wskazane powyżej pismo jest dowodem nie tylko na to, że po stronie zamawiającego powstały wątpliwości odnośnie realności poczynionych przez konsorcjum MOTA założeń na etapie kalkulacji ceny ofertowej, ale i na to, że zamawiający miał także wątpliwości, czy cena ofertowa konsorcjum została skalkulowana w sposób prawidłowy, w szczególności czy ma charakter ceny rynkowej. Wskazuje na to sformułowanie zawarte w tym piśmie wskazujące, że pismo wezwanie jest kierowane: *„celem weryfikacji, czy Państwa oferta uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, a cena oferty zawiera wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia (...)”*. Podobną formułę wezwania zamawiający stosował i

w ślad za tym zadawał podobne pytania także w innych postępowaniach, przy czym jako podstawę do ich zadania zamawiający wskazywał przepis art. 90 ust. 1 Pzp. Innymi słowy, w niniejszej sprawie nie sposób nie zauważyć, iż zamawiający sam ma wątpliwość, czy cena konsorcjum MOTA jest realna, w szczególności, czy zawiera wszelkie koszty niezbędne do tego by należycie wykonać przedmiot zamówienia, niemniej nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż z uwagi na okoliczność, że wspomniane powyżej różnice nie sięgają 30% zamawiający wątpliwości te próbuje wyjaśnić w procedurze z art. 87 ust. 1 Pzp, nie zaś w procedurze z art. 90 ust. 1 Pzp. Okoliczność ta ma ogromne znaczenie dla niniejszej sprawy, bowiem tylko wszczęcie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp przerzucałoby na konsorcjum MOTA ciężar wykazania realnego charakteru jego ceny ofertowej, a co za tym idzie obligowałby go do złożenia wyjaśnień szczegółowych i przekonujących, nie zaś wyjaśnień ogólnikowych jak ma to zapewne miejsce w niniejszej sprawie. Nadto, tylko wszczęcie procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, otwiera drogę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a co za tym idzie zamawiający nie może tejże procedury zastąpić procedurą np. z art. 87 ust. 1 Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niezasadnego objęcia całości wyjaśnień złożonych przez konsorcjum MOTA w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący podniósł, co następuje. Jak wskazano powyżej, pismem z dnia 19 listopada 2014 r. zamawiający wezwał konsorcjum MOTA do złożenia, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Konsorcjum MOTA wyjaśnienia złożyło pismem z dnia 26 listopada 2014 r., zastrzegając w całości treść tego pisma, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, o czym odwołujący dowiedział się po wyborze najkorzystniejszej występując do zamawiającego o udostępnienie mu protokołu postępowania wraz z załącznikami w postaci pism kierowanych do wykonawców - i ich odpowiedzi - po otwarciu ofert. Zamawiający odmówił odwołującemu wglądu także do uzasadnienia objęcia wskazanego pisma zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, a co za tym idzie odwołujący nie ma wiedzy odnośnie tego, jakie okoliczności faktyczne przemawiały zdaniem konsorcjum MOTA za objęciem informacji zawartych w piśmie z dnia 26 listopada 2014 r. tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej, znając praktykę występującą wśród wykonawców ubiegających się o zamówienia, można założyć, że wyjaśnienia złożone przez konsorcjum MOTA nie zawierały szczegółowego uzasadnienia, które wskazywałoby na zasadność objęcia informacji zawartych w piśmie z dnia 26 listopada 2014 r. w całości zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym - w ocenie odwołującego - brak uzasadnienia wynika z faktu, iż informacje zawarte we wskazanych wyjaśnieniach nie miały i mieć nie mogły w całości waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Stosownie do art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne,

technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej; podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001r., sygn. akt: I CKN 1159/00). Skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę w toku ubiegania się o zamówienie publiczne danej informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa - w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania - jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Stąd też oczywiste jest, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05). W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez zamawiającego przeprowadzone. Zamawiający, wedle wiedzy odwołującego, nie wezwał konsorcjum MOTA do wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie sposób przyjąć by w piśmie z dnia 26 listopada 2014r. konsorcjum MOTA podało i opisało w sposób szczegółowy okoliczności właściwe dla niego, które pozwalałyby przyjąć, że dokonane przez niego zastrzeżenie jest zasadne, skoro pismo to liczyło sobie pięć stron i jednocześnie miało zawierać szczegółowe odpowiedzi na dwanaście pytań Zamawiającego. W tym miejscu wskazać należy także, że nie sposób przyjąć pewnego automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia odnoszące się do sposobu wyceny oferty wykonawcy zawsze i w całości będą miały charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec braku dowodu, że informacje zastrzegane przez konsorcjum MOTA mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną - a z taką sytuacją mamy w niniejszej sprawie do czynienia, bowiem podobnie, jak w przywołanej powyżej sprawie wyjaśnienia konsorcjum MOTA cechują się najprawdopodobniej dużą ogólnością - nie możemy mówić o ziszczeniu się pierwszej z ww. przesłanek, których spełnienie jest niezbędne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający odnosząc się do postawionych zarzutów wskazał, iż zarzuty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Niedopuszczalne jest, zdaniem zamawiającego, automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie kryterium arytmetycznego (porównania tych cen z wartością szacunkową, czy też innymi cenami zaoferowanymi w tym postępowaniu) i w efekcie odrzucenia ofert poniżej pewnego, założonego z góry, poziomu. Zauważyć należy, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione

wątpliwości dotyczące ceny oferty. W obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanie prawnym, ustawodawca nie określał szczegółowych warunków, po zaistnieniu których konieczne jest wszczęcie procedury w nim opisanej. Ustawodawca decyzję o wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień pozostawiał zamawiającemu, który przy jej podejmowaniu kierować się powinien w szczególności zebraną w sprawie dokumentacją oraz znanym sobie poziomem cen rynkowych. Dopiero powzięcie przez zamawiającego wątpliwości, co do realnego poziomu zaoferowanej mu ceny, uzasadnia skorzystanie przez niego z procedury opisanej w powołanym przepisie. Co istotne, zdaniem zamawiającego, przyczynkiem do podjęcia takiej decyzji nie mogą być jedynie wątpliwości zgłaszane w tym zakresie przez innych wykonawców.

Zamawiający zauważył, iż Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach wielokrotnie podkreślała, że każdą sytuację ocenia się indywidualnie przez pryzmat okoliczności danej sprawy, uzasadnione lub nie podstawy do wezwania do wyjaśnień, cena oferty i innych ofert w postępowaniu, szczegółowość cen w ofercie (jedna ogólna cena, formularz cenowy czy też szczegółowy kosztorys) itd.

Problemem jest więc określenie poziomu rażąco niskiej ceny, tj. poziomu, przy którym na zamawiającym ciąży obowiązek wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Przesłanką wystąpienia o wyjaśnienia kalkulacji ceny winny być wątpliwości powzięte przez zamawiającego, co do realności zaoferowanej ceny. Powzięcie wątpliwości zdaje się być bardzo subiektywnym kryterium, powodującym w praktyce podejmowanie przez różnych zamawiających zupełnie odmiennych decyzji i ich kwestionowanie przez wykonawców. W celu ujednoczenia praktyki w tym zakresie została uchwalona nowelizacja ustawy Pzp, na którą wskazuje odwołujący w treści odwołania.

Zamawiający wskazuje, że cena w ofercie konsorcjum MOTA stanowi 75,52% wartości zamówienia brutto, a w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynoszącej 332 145 958,81 zł stanowi 78,55 % tej wartości. Nawet, gdyby przyjąć samo arytmetyczne porównanie ofert, jak żąda odwołujący to: *„Zamawiający zobowiązany jest wdrożyć procedurę wyjaśnienia rażąco niskich cen ofert wykonawców, jedynie wówczas, gdy całokształt zaistniałych okoliczności; w tym znanych zamawiającemu cen rynkowych podobnych zamówień, ceny innych złożonych ofert oraz wartość oszacowania, wskazują, iż cena najkorzystniejszej oferty, odbiega na tyle od realiów rynkowych, że nie jest wręcz możliwe i realne wykonanie całości przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę w sposób należyty oraz nieprzynoszący straty po stronie”* (sygn. akt KIO 318/11). Jak wskazano wyżej, każdorazowo to zamawiający rozważa, czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość, co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. W powyższym zakresie zamawiający powołał się na wyrok SO w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r, sygn. akt V Ga

122/10, zgodnie z którym: *"Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego wówczas, gdy poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jednak muszą to być wątpliwości uzasadnione, poprzedzone dokładną analizą oferty. Niewystarczające jest odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia".* W żadnym razie nie można natomiast uznać za prawidłowe, w obecnym stanie prawnym, działanie zamawiającego polegające na automatycznym wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdy cena oferty różni się od wartości szacunkowej o określony przyjęty przez zamawiającego procent, bez analizy czy w istocie zachodzi podejrzenie zaniżenia ceny w sposób tak istotny, iż nie gwarantuje ona wykonania zamówienia. Zgodnie z procedurą obowiązującą u zamawiającego, w związku ze złożeniem w przedmiotowym postępowaniu ofert, których ceny kształtują się na niższym poziomie od wartości zamówienia szacowanej przez Zamawiającego, w trakcie badania i oceny ofert Komisja Przetargowa postanowiła zbadać czy nie zachodzi podejrzenie złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający samodzielnie przeprowadził analizę w zakresie zaoferowanej przez konsorcjum MOTA, ceny oferty pod kątem zbadania czy uzasadnione będzie wszczęcie procedury badania tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, biorąc również pod uwagę aktualne brzmienie tego przepisu, mimo oczywistego faktu, iż nie będzie on znajdował wprost zastosowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Fakt, iż oferta Konsorcjum MOTA zawiera niższą cenę w stosunku do cen zaoferowanych przez innych wykonawców lub szacunku zamawiającego nie jest dowodem na to, że oferta ta jest ofertą z rażąco niską ceną bądź też jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a ponieważ zamawiający nie uznał ceny oferowanej przez wykonawcę konsorcjum MOTA za rażąco niską cenę to *"w tej sytuacji to odwołujący - zgodnie z regułą z art. 6 k.c. - winien był udowodnić, że cena podana przez Konsorcjum MOTA jest rażąco niska, w szczególności winien był wykazać, że wykonawca ten ustalił cenę poniżej własnych kosztów, że będzie ponosił z tego tytułu straty i że w przyszłości zagrozi to bezpiecznemu wykonaniu umowy zawartej z zamawiającym."* (wyrok SO w Bielsku Białej z 10 marca 2009 r., sygn. akt II Ca 88/09). Jednak okoliczności tej odwołujący nie wykazał.

W opinii zamawiającego za niedostatecznie sprecyzowany należało uznać zarzut, że złożenie oferty przez konsorcjum MOTA stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r, Nr 153, poz. 1503, z późn. zm). Samo przeświadczenie odwołującego, że cena lub poszczególne ceny jednostkowe zaoferowane przez konsorcjum MOTA oznacza sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia jest dalece niewystarczające. Odwołujący zaniechał w ogóle wykazywania zaistnienia znamion czynu

nieuczciwej konkurencji stypizowanego w przywołanym przez siebie przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że nawet gdyby przyjąć, iż konsorcjum MOTA zaoferowało cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia to nie jest to wystarczające jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż ewentualna transakcja doprowadzi do eliminacji innych przedsiębiorców. Takiego dowodu odwołujący nie przeprowadził. Wykonawcy działają w warunkach konkurencyjnego rynku, tego samego segmentu robót, zatem podejmowanie działań służących obniżaniu ceny jest naturalne. Tak więc każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szansę innego przedsiębiorcy na rynku.

Zamawiający za nietrafny uznał zarzut odwołującego, że zamawiający zaniechał oceny skuteczności zastrzeżenia przez konsorcjum MOTA jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Ze względu na okoliczność, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, zamawiający pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. wystąpił do konsorcjum MOTA o wskazanie okoliczności zakwalifikowania, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w piśmie z dnia 26 listopada 2014 r. Konsorcjum MOTA w piśmie z dnia 11 grudnia 2014 r. wyjaśniło, że informacje zawarte w powołanym piśmie zakwalifikowało, jako tajemnicę przedsiębiorstwa ze względu na okoliczność, że *„Pismo Wykonawcy zawiera w sobie informacje techniczne, technologiczne oraz organizacyjne przedsiębiorstwa, a w tym w szczególności sposób organizacji robót oraz oferty handlowe potencjalnych podwykonawców i dostawców. Przedmiotowe informacje nie są ujawnione do wiadomości publicznej a Wykonawca podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”*

Izba przyjęła dokumenty złożone przez odwołującego na rozprawie, jednakże ze względu na nikły walor dowodowy, Izba pominęła je w orzekaniu.

Izba zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego stwierdzając, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, iż zachodzą podstawy do przyjęcia, że zamawiający zaniechał czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, tj. czy nosi ona znamiona ceny rażąco niskiej. W szczególności wskazać należy, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby wzruszyć u zamawiającego, a co za tym idzie u Izby wątpliwości, że cena oferty przystępującego może nosić znamiona ceny rażąco niskiej. Izba podnosi, że zamawiający w sposób pełny i wystarczający przeprowadził ocenę złożonych w niniejszym postępowaniu ofert, przyjmując różne płaszczyzny oceny cen ofertowych, odnosząc ceny do różnych sfer, jak i różnych zbliżonych rodzajowo postępowań. Ponadto zamawiający idąc z duchem nowelizacji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób prawidłowy dokonał analizy cen ofertowych przyjmując próg ustawowy 30%.

Izba wskazuje na wnioski płynące z przeprowadzonej analizy zamawiającego.

I tak, jeżeli chodzi o kryterium arytmetyczne, w którym punktem odniesienia jest ustalona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT.

Zamawiający przyjął, jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania dla wszystkich złożonych ofert granicę 30% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (zgodnie z ustawą z dnia 29 sierpnia 2014r o zmianie ustawy - Prawo Zamówień Publicznych). Zgodnie z tym badaniem, oferty, w których cena ofertowa odbiega od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług o więcej niż 30% mogą budzić wątpliwość, co do sposobu ich kalkulacji przez wykonawców. Jak wynika z przeprowadzonej analizy zawartej w badaniu wstępnym stanowiącym załącznik do odpowiedzi na odwołanie we wszystkich złożonych ofertach cena ofertowa nie odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług więcej niż 30 %, co nie budzi wątpliwość co do sposobu ich kalkulacji przez wykonawców. Kryterium to wskazało, że nie ma ofert z rażąco niską ceną.

W zakresie kryterium ceny ofert, w którym punktem odniesienia jest średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert w odniesieniu do danej oferty.

Zamawiający stwierdził, że średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi 332 145 958,81 zł. Oferta konsorcjum MOTA jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert i odbiega od niej o 21,45 %. Oferta ASTALDI S.p.A. jest wyższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert o 30,02 %, natomiast pozostałe oferty są zbliżone do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Z kryterium tego wynika, że najniższa oferta nie jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert więcej niż 30%. W oparciu o powyższe wyliczenia zamawiający prawidłowo uznał, że występujące różnice nie dają jednoznacznych podstaw do stwierdzenia, że zachodzą przesłanki do przeprowadzenia procedury wyjaśniania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.

W zakresie kryterium oceny, w którym punktem odniesienia jest średnia arytmetyczna grupy cenowej.

Z pośród złożonych ofert zamawiający wyodrębnił grupę pierwszą ofert, których ceny najmniej odbiegają od siebie i grupę drugą ofert z ceną odbiegającą od cen w grupie pierwszej. Zamawiający stwierdził, że średnia arytmetyczna cen grupy pierwszej tj. ofert, w których ceny najmniej odbiegają od siebie wynosi 325 029 751,31 zł. Z zestawienia ofert i porównania ich do średniej arytmetycznej cen ofert, których ceny najmniej odbiegają od siebie (grupa pierwsza) żadna z ofert nie odbiega od średniej arytmetycznej cen grupy drugiej więcej niż 20%. Na podstawie niniejszego kryterium zamawiający prawidłowo stwierdził, że w stosunku do złożonych ofert nie zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny.

W zakresie kryterium podobieństwa, gdzie punktem odniesienia jest porównanie kosztów wykonania 1 km drogi ekspresowej S-3 z kosztami wyliczonymi z ofert złożonych dla zadań o podobnym charakterze. Dla potrzeb niniejszego badania w przedmiotowym kryterium, zostało przyjętych 7 zadań:

- a) Budowa odcinka drogi ekspresowej S-19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) - Stobierna .
- b) Budowa drogi ekspresowej S5 Poznań- Wrocław na odcinku Korzensko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław, zadanie I odcinek od km ok.108+758 do km 123+700 - oferty złożone 09-04-2014 r.
- c) Budowa drogi ekspresowej S5 Poznań- Wrocław na odcinku Korzensko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław, zadanie 2 odcinek od km ok. 123+700 do km 135+700 - oferty złożone w kwietniu 2014 r.
- d) Budowa drogi ekspresowej S5 Poznań- Wrocław na odcinku Korzensko (bez węzła) - węzeł Widawa Wrocław, zadanie 3 odcinek od km ok.135+700 do węzła Widawa Wrocław (wraz z węzłem) - oferty złożone w maju 2014 r.
- e) Budowa drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica, zadanie I od węzła Nowa Sól Południe do węzła Gaworzycze (bez węzła) - oferty złożone w sierpniu 2014 r.
- f) Budowa drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica, zadanie II od węzła Gaworzycze do węzła Kaźmierzów (bez węzła) - oferty złożone w sierpniu 2014 r.
- g) Budowa drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica, zadanie VI od węzła Kaźmierzów do węzła Lubin Północ - oferty złożone w październiku 2014 r.

Z przeprowadzonej analizy zawartej w Badaniu wstępnym stanowiącym załącznik do odpowiedzi na odwołanie wynika, że cena za 1 km drogi oferowana przez MOTA w niniejszym postępowaniu jest wyższa od najniższej przyjętej w kryterium podobieństwa jeśli chodzi o koszt wykonania 1 km drogi ekspresowej. Średnia cena wykonania 1 km drogi (wyliczona bez oferty z ceną ofertowa najwyższą) jest podobna do ceny wykonania 1 km drogi ekspresowej S-3 Zadanie II, które jest podobne, jeśli chodzi o zakres i charakter robót.

Również Zadanie III - budowa drogi ekspresowej S3 jest podobne do Zadania IV drogi S3, ale jest tam o 16 obiektów inżynierskich więcej i na 6 kilometrach do wykonania jest korpus drogowy w docelowej szerokości 2x3 pasy ruchu, stąd w zdaniu III wystąpiły wyższe ceny niż w Zadaniu IV.

Ponadto wskazać należy, że nie może być zaakceptowane przez Izbę stanowisko prezentowane przez odwołującego, że każde zapytanie, wniosek zamawiającego do wykonawcy w zakresie wyjaśniania przedmiotu oferty musi prowadzić do konkluzji, że zamawiający ma lub miał wątpliwości, co do prawidłowości skalkulowania ceny ofertowej. Wskazać bowiem należy na fakt, iż zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi przeprowadzić szereg czynności zmierzających do ustalenia zdolności podmiotowej wykonawcy, jak i ustalenia prawidłowej treści oferty – stwierdzenia czy oferta obejmuje cały przedmiot zamówienia, tj. czy zgodna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wszelkiego rodzaju nieścisłości, czy też błędy, w oparciu o określone ustawą Pzp przepisy mogą lub muszą być wyjaśnione i ewentualnie poprawione. Okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zwracał się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności z treści sformułowanych pytań, nie można następnie kreować zarzutów zaniechania zastosowania określonych przepisów, w tym przypadku art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż takie twierdzenie wypacza sens zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a ponadto może budzić obawy, co do przyszłych postępowań, gdyż z ostrożności zamawiający nie będzie stosował tego przepisu obawiając się, iż taka czynność następczo będzie stanowiła podstawę do zaskarżenia do Krajowej Izby Odwoławczej. W powyższym zakresie Izba nie może zgodzić się z twierdzeniami odwołującego uznając, iż zamawiający, mając pełne prawo do wykonywania wszelkich czynności dotyczących badania złożonej oferty, prawidłowo dokonał badania złożonej przez przystępującego oferty, stosując w ramach tego badania przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który był mu pomocny w celu ustalenia prawidłowego stanu faktycznego oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że przystępujący konsorcjum MOTA, udzielając wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, w sposób prawidłowy dokonał zastrzeżenia informacji tam przedstawionych, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co zostało potwierdzone kolejnym pismem złożonym w dniu 11 grudnia 2014 roku. Izba zapoznając się z treścią wyjaśnień poczynionych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz z dnia 11 grudnia 2014 roku, stwierdziła, że informacje tam zawarte podlegają takiej ochronie, zawierają bowiem one informacje dotyczące optymalizacji robót (indywidualne, specyficzne tylko dla tego wykonawcy rozwiązania przyjęte do realizacji przedmiotowego postępowania), dotyczące dostępności materiałów wraz z wykazem

dostawców i ofertami cenowymi (stanowią wartość gospodarczą), dotyczące organizacji robót (informacje organizacyjne). Tym samym, w powyższym zakresie stwierdzić należało, że odwołujący nie udowodnił, mając świadomość, co do treści zadanych przez zamawiającego pytań, że przystępujący niezasadnie zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa treść wyjaśnień, przyjmując hipotetycznie, jakiej treści mogły zostać złożone wyjaśnienia.

W szczególności należy stwierdzić, że przekazane przez wykonawcę informacje:

- a) dotyczące optymalizacji robót (Ad. 2 pisma wykonawcy) - stanowią informacje techniczne i technologiczne wykonawcy,
- b) dotyczące dostępności materiałów na lokalnym rynku wraz z wykazem lokalnych dostawców kruszyw (Ad.3 i Ad.4 pisma wykonawcy) stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą wykonawcy,
- c) sposobu organizacji robót (Ad.6 i Ad.7 pisma wykonawcy) wykazu sprzętu planowanego do realizacji robót (Ad.6 pisma wykonawcy) - stanowią informacje organizacyjne wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: