

Sygn. akt: KIO 2378/15  
KIO 2385/15

**WYROK**  
z dnia 19 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Dawid Wypych**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 2 listopada 2015 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **T. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z.**, ul. Matejki 12 lok. 19, 39-200 Dębica (Lider), **J. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład Elektryczny J. Z.**, ul. Rzeszowska 79, lok. 27, 39-200 Dębica (sygn. akt KIO 2378/15);
- B) w dniu 2 listopada 2015 r. przez Odwołującego **Eurovia Polska Spółka Akcyjna**, Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce (sygn. akt KIO 2385/15)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **AVR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków (Lider), **AVR S.p.A.**, Via Francesco Tensi 116, 00133 Roma zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2378/15 po stronie Odwołującego,

wykonawcy **Eurovia Polska Spółka Akcyjna** Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2378/15 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1

**A. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z., (Lider), J. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład Elektryczny J. Z. (sygn. akt KIO 2378/15);**

**B. Oddala odwołanie wniesione przez Eurovia Polska S.A. (sygn. akt KIO 2385/15).**

2. Kosztami postępowania obciąża: Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. Z. (Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z.) oraz J. Z. (Usługowy Zakład Elektryczny J. Z.) (sygn. akt KIO 2378/15) oraz Odwołującego Eurovia Polska S.A. (sygn. akt KIO 2385/15) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z., Usługowy Zakład Elektryczny J. Z. (sygn. akt KIO 2378/15) oraz Odwołującego Eurovia Polska S.A. (sygn. akt KIO 2385/15), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza od Odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. Z. (Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z.) oraz J. Z. (Usługowy Zakład Elektryczny J. Z.) (sygn. akt KIO 2378/15) oraz Odwołującego Eurovia Polska S.A. (sygn. akt KIO 2385/15) na rzecz Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie kwotę **7.200 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, w tym:

A) od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. Z. (Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z.) oraz J. Z. (Usługowy Zakład Elektryczny J. Z.) kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) w sprawie KIO 2378/15,

B) od Odwołującego Eurovia Polska S.A. kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) w sprawie KIO 2385/15.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Rzeszowie, na *wykonanie kompleksowego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez Oddział w Rzeszowie Generalnej Dyrekcji Dróg*

*Krajowych i Autostrad* ( nr postępowania O/RZ.D-3.2413.23.2015), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 113-205327 w dniu 13 czerwca 2014 r., wobec czynności oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych na zadania 1 i 3, zostały wniesione w dniu 2 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z., Usługowy Zakład Elektryczny J. Z. (sygn. akt KIO 2378/15) oraz Odwołującego Eurovia Polska S.A. (sygn. akt KIO 2385/15).

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2378/15 przystąpienie zgłosili w dniu 5 listopada 2015 r. wykonawcy: wspólnie ubiegających się o zamówienie AVR Sp. z o.o. (Lider), AVR S.p.A (dalej jako Konsorcjum AVR) po stronie Odwołującego, a po stronie Zamawiającego Eurovia Polska S.A.

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej na zadania nr 1 i 3 w dniu 23 października 2015 r. drogą mailową.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, przed otwarciem rozprawy w dniu 17.11.2015 r., dopuściła przystępujących do postępowania odwoławczego w sprawach połączonych do udziału w postępowaniu w charakterze jego uczestników. Izba oddaliła opozycję Odwołującego w sprawie KIO 2378/15 zgłoszoną wobec przystąpienia Konsorcjum AVR do postępowania odwoławczego opartą na tym, iż Konsorcjum AVR wprawdzie przystępuje po stronie Odwołującego w zakresie zarzutów skierowanych wobec oferty Eurovia Polska S.A., to jednocześnie składa sprzeczne ze stanowiskiem Odwołującego wyjaśnienia w odniesieniu do własnej oferty. Ponieważ stanowisko przystępującego nie może być sprzeczne ze stanowiskiem strony do której przystępuje, przystąpienie Konsorcjum AVR Odwołujący ocenił jako bezskuteczne. Na posiedzeniu Konsorcjum AVR oświadczyło, iż ogranicza swoje stanowisko zawarte w piśmie procesowym do zarzutów skierowanych przeciwko ofercie Eurovia Polska S.A., a w pozostałym zakresie nie podtrzymuje zawartych w piśmie wyjaśnień dotyczących własnej oferty, co do której podniesione zostały zarzuty w odwołaniu. Izba oddaliła opozycję przyjmując, iż skuteczne było zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w zakresie części zarzutów, których uwzględnienie leżało w interesie przystępującego Konsorcjum AVR. Prezentowane dodatkowo w piśmie procesowym stanowisko dotyczące bezzasadności zarzutów podnoszonych wobec oferty Konsorcjum AVR, w związku z ich niepodtrzymaniem nie wpływało na ustalenie, iż przystąpienie było skuteczne. Ten sam Odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Eurovia Polska S.A, wskazując na uchybienie terminowi na przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu oraz stronie do której przystępuje. Zdaniem

Odwołującego wskazany w art. 185 ust. 3 Ustawy termin odnosi się zarówno do czynności zgłoszenia przystąpienia, jak i przekazania jego kopii. W ocenie Izby, stanowisko to jest sprzeczne z literalną wykładnią powołanego przepisu, w którym termin 3 dni wskazany został w zdaniu pierwszym poświęconym przesłankom zgłoszenia przystąpienia, jakimi są termin oraz interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia. Zdanie drugie poświęcone jest natomiast formie przystąpienia, a wskazany tam obowiązek przekazania kopii nie został ograniczony terminem w jakim należy mu zadośćuczynić. Odmiennie Ustawa ureguje w art. 180 ust. 5 sposób przekazania kopii odwołania, nakładając obowiązek przesłania kopii zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Jednocześnie z naruszeniem tego terminu ustawa wiąże skutek w postaci odrzucenia odwołania (art. 189 ust. 2 pkt 7 Ustawy). W świetle powyższego Izba uznała, iż termin 3 dni został wskazany w art. 185 ust. 3 Ustawy wyłącznie dla zgłoszenia przystąpienia i nie odnosi się do przekazania jego kopii zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

#### **A. Sygn. akt KIO 2378/15**

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2378/15 Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z., Usługowy Zakład Elektryczny J. Z. (dalej jako Konsorcjum Fachman) zarzucili Zamawiającemu dokonanie z naruszenie przepisów ustawy badania i oceny ofert złożonych na zadanie nr 1 oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W zarzutach wskazali na naruszenie

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A. zawierającej rażąco niską cenę, z ostrożności naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty jako nieodpowiadającej treści siwz oraz zawierającej błędy w obliczeniu ceny;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR SpA i AVR.Sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę, z ostrożności naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty jako nieodpowiadającej treści siwz oraz zawierającej błędy w obliczeniu ceny;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy poprzez nie zapewnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu;
4. art. 8 ust. 1-3 ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców Eurovia Polska S.A. oraz Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o.;
5. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że dokumenty zastrzeżone przez wykonawców Eurovia Polska S.A. oraz Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o. objęte

są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konsorcjum Fachman wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności podjętych dla zadania nr 1, tj. wyboru oferty Eurovia Polska S.A., odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Eurovia Polska S.A oraz Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o., dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie ofert Eurovia Polska S.A. oraz Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o. i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wystąpienie interesu do wniesienia odwołania Konsorcjum Fachman uzasadniało tym, że konsekwencją odrzucenia ofert dwóch wykonawców byłoby uznanie za najkorzystniejszą jego oferty, a naruszenie przepisów ustawy przy badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej skutkować ma poniesieniem szkody związanej z odpłatnością za usługę objętą ofertą.

W uzasadnieniu zarzutów, Konsorcjum Fachman wskazało na okoliczności, z których wywodził, iż oferty Eurovia Polska S.A oraz Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o. zawierają rażąco niską cenę globalnie oraz w zakresie zadania zawartego w grupie 12 „Zimowe utrzymanie czystości”, poz. 130 formularza cenowego (kosztorysu), w którym nie ujęli wszystkich kosztów wykonania lub je zaniżyli oraz, że popełnili błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający w siwz wymagał określenia wartości zamówienia w oparciu o poszczególne pozycje formularzy cenowych (tom I pkt 10.1, 10.3 i 10.4 siwz). Ceny jednostkowe stanowiąc będą podstawę do wyliczenia rzeczywistego wynagrodzenia, a za usługę zimowego utrzymania dróg Zamawiający przyjął wynagrodzenie w wysokości 1/320 wartości umownej ZUD za każdy dzień wymagający interwencji (tom II, §4 i §5). Ustalono wymagania co do sposobu wypełnienia formularzy cenowych, a także sposobu obliczenia wynagrodzenia wskazują jednoznacznie, iż każda z pozycji formularza cenowego powinna zawierać dokładnie określoną stawkę, zaś badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny powinno zostać oparte o ceny wyliczone dla poszczególnych zadań, tj. bieżącego utrzymania dróg, zimowego utrzymania dróg, bieżącego utrzymania mostów, a następnie każde z tych zadań powinno zostać zbadane czy poszczególne pozycje nie zawierają ceny rażąco niskiej.

Odwołujący przywołał tezy z orzeczeń KIO dotyczące dopuszczalności badania cen jednostkowych (tak KIO w wyroku z 14.12.2012 r., sygn. akt KIO 2632/12, w wyroku z 10.12.2014 r., sygn. akt KIO 2421/14 i KIO 2453/14).

W przypadku gdy wykonawca zawarł rażąco niską cenę na zadanie zimowe utrzymanie dróg (ZUD), należy przyjąć iż cała oferta zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Odwołującego wykonawcy Eurovia Polska S.A. oraz Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o. zaniżyli niektóre

pozycje formularza cenowego w zakresie BUD, ZUD, BUM. Gdyby wykonawcy ci tłumaczyli w wyjaśnieniach, iż cena globalna pozwoli na pokrycie kosztów ZUD, należy uznać, iż oferta, która zakłada pokrycie kosztów jednej pozycji formularza z zysku uzyskanego na pracach zawartych w innych pozycjach formularza, została sporządzona niezgodnie z siwz, a także zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący przedstawił analizę porównawczą cen zaproponowanych przez obu wykonawców za ZUD w odniesieniu do wartości szacowanej przez Zamawiającego, która niewątpliwie odzwierciedla wartość rynkową danych usług (Zamawiający ma najlepszą wiedzę jakie nakłady musiał ponosić w latach ubiegłych i jakie nakłady ponoszą wykonawcy przy utrzymaniu DK nr 94).

Odnosnie BUD (bieżące utrzymanie dróg z wyłączeniem ZUD) Zamawiający ustalił wartość usługi na kwotę 5.037.390,39 zł. Wykonawca Eurovia Polska S.A. zaproponował jej wykonanie za kwotę stanowiącą 72,87 % wartości kosztorysowej tj. 3.670.491,15 zł.), natomiast Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o. zaoferowało kwotę wyższą 5.041.328,30, a więc zasadniczo rynkową (100,08% wartości kosztorysowej).

Odnosnie BUM (bieżące utrzymanie mostów) według wartości rynkowej (kosztorys inwestorski) powinno kosztować Zamawiającego 579.728,22 zł. Wykonawca Eurovia Polska S.A. zaproponowało kwotę niższą, tj. 455.101,71 zł. (78% wartości kosztorysowej), a Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o. zaproponowało kwotę wyższą, tj. 101.873,98 zł (117,57% wartości kosztorysowej).

Odnosnie ZUD (zimowe utrzymanie dróg) według kosztorysu inwestorskiego wartość rynkowa wynosi 7.877.419,78 zł. Wykonawca Eurovia Polska S.A. zaproponował kwotę niższą, tj. 5.188.147,20 zł. (65,68% wartości kosztorysowej), podobnie Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o. zaoferowało kwotę niższą, tj. 4.454.784,00 zł (56,55% wartości kosztorysowej).

Zamawiający w siwz nie wskazał, aby wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy, a zgodnie z art. 632 KC wynagrodzenie ryczałtowe ma zastosowanie, gdy strony na takie wynagrodzenie się umówiły. Ponadto jej charakter wskazuje, iż nie opiera się ono na faktycznie wykonanym świadczeniu (jest niezmiennie przez cały okres trwania umowy). Zamawiający zażądał natomiast przedłożenia formularzy cenowych, a także ustalił zasady ustalenia wynagrodzenia, którego wysokość została uzależniona między innymi od rzeczywistej ilości wykonanych prac, czy też obowiązującej stawki podatku VAT. Ponadto Zamawiający określił, iż wynagrodzenie może wzrosnąć do 107% ceny. Opis ten charakteryzuje wynagrodzenie kosztorysowe opisane w art. 629 i 630 KC.

Odnosnie oferty Eurovia Polska S.A. Odwołujący wskazał na brak możliwości wykonania usługi po zaniżonych na wszystkie zadania cenach, a w szczególności za kwotę

przewidzianą za wykonanie ZUD. Analiza jawnej części wyjaśnień nie pozwala na stwierdzenie, aby cena jaką zaoferował miała uzasadnienie w wyjątkowych dla tego wykonawcy okolicznościach. Odwołujący podobnie jak Eurovia Polska S.A. posiada własne zasoby sprzętowe i kadrowe, własne zaplecze magazynowo-sprzętowe, własne środki transportowe, dostęp do materiałów w bardzo atrakcyjnych cenach, dobrą znajomość terenu w rejonie zadania i specyfikę robót, możliwości finansowe, jak również od wielu lat współpracuje z lokalnymi firmami, jak i sam jest lokalnym przedsiębiorcą. Pomimo tego różnica pomiędzy ofertami wynosi 8,05%. W związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy powstało domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie Eurovia Polska S.A., co nakładało na wykonawcę obowiązek wskazania czynników, które miały wpływ na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w tak niskiej cenie. Swoje stanowisko Odwołujący uzupełnił o opinię sporządzoną przez rzeczoznawcę w zakresie budowy i utrzymania dróg i mostów na okoliczność ustalenia minimalnego kosztu dla ZUD, którą przedłożył na rozprawie.

Odnosnie podstawy faktycznej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Odwołujący wskazał na obowiązek prawidłowego wypełnienia formularza cenowego, którego nie dopełnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty w związku z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego wykonawca obliczył cenę oferty inaczej niż zostało ustalone przez Zamawiającego, który oczekiwał rzeczywistej wyceny usługi. Wykonawca koszty wykonania usługi zawartej w pozycji 130 formularza cenowego (BUD) zawarł w innych pozycjach formularza. Takie działanie miało wpływ na wartość oferty i stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy bez konieczności uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odnosnie oferty Konsorcjum AVR SpA i AVR Sp. z o.o., odwołujący w oparciu o wcześniejszą analizę porównawczą wskazał na wycenę poniżej ceny rynkowej usługi ZUD (zimowego utrzymania dróg). Ponieważ nie jest dopuszczalne ujęcie kosztów tej usługi w innych pozycjach formularza cenowego, w wyjaśnieniach powinno być wykazane, że może on wykonać usługę za zaoferowaną cenę. Do zaniżenia wartości usługi miało również dojść w innych pozycjach formularza cenowego, tj. 2.1.1 oraz 2.1.2. Zdaniem Odwołującego nie ma wyjątkowych właściwości, które dotyczyć miałyby tylko ZUD, pozwalając na obniżenie ceny o 43,45% w stosunku do wartości rynkowej, przy cenie przewyższającej kosztorys inwestorski na pozostałe usługi. W związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy powstało domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum ARV SpA i ARV Sp. z o.o., co nakładało na wykonawcę obowiązek wskazania czynników, które miały wpływ na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w tak niskiej cenie. Swoje

stanowisko Odwołujący uzupełni o opinię sporządzoną przez rzeczoznawcę w zakresie budowy i utrzymania dróg i mostów na okoliczność ustalenia minimalnego kosztu dla ZUD, którą przedłoży na rozprawie.

Odnosnie podstawy faktycznej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ARV SpA i ARV Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Odwołujący wskazał na obowiązek prawidłowego wypełnienia formularza cenowego, którego nie dopełnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty w związku z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego wykonawca obliczył cenę oferty inaczej niż zostało ustalone przez Zamawiającego, który oczekiwał rzeczywistej wyceny usługi. Wykonawca koszty wykonania usługi zawartej w pozycji 130 formularza cenowego (BUD) zawarł w innych pozycjach formularza. Takie działanie miało wpływ na wartość oferty i stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy bez konieczności uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień.

#### **B. Sygn. akt KIO 2385/15**

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2385/15 Odwołujący – Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej jako Eurovia), zaskarżył Zamawiającego podjęte dla zadania nr 3, polegające na:

- wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum ZOMIX s.c. i Zakład Robót Drogowych ZOMIX M. Zalesny;
- zaniechaniu wykluczenia z postępowania konsorcjum ZOMIX s.c. i Zakład Robót Drogowych ZOMIX M. Zalesny;
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ZOMIX s.c. i Zakład Robót Drogowych ZOMIX M. Zalesny,  
ewentualnie
- zaniechaniu wezwania konsorcjum ZOMIX s.c. i Zakład Robót Drogowych ZOMIX M. Zalesny do złożenia pełnomocnictwa do podpisania oferty oraz złożenia dokumentów wskazanych w dalszej treści odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 91 ust. 1 przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy i art. 73 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy została ona podpisana przez osobę nieumocowaną do dokonania tej czynności;

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wspólnicy spółki ZOMIX s.c. nie złożyli oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, złożyli wykaz usług, który nie zawiera informacji wymaganych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie złożyli aktualnego zaświadczenia właściwego zakładu ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawionego dla spółki ZOMIX s.c.;
4. art. 24b ust. 3 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż wspólnicy spółki ZOMIX s.a. nie złożyli informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej ani listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej;
5. art. 89 ust. 1 pkt 1 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w sytuacji gdy wykonawcy nie wskazali jednoznacznie w ofercie wspólników spółki ZOMIX s.c., ewentualnie
6. art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia pełnomocnictwa do podpisania oferty oraz do złożenia dokumentów wskazanych powyżej w pkt 3 i 4.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w ramach zadania nr 3 unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania Konsorcjum ZOMIX oraz powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie powtórzenia czynności oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy w celu uzupełnienia pełnomocnictwa do podpisania umowy oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na wątpliwości dotyczące ustalenia składu osobowego wykonawców wspólnie składających ofertę. Z danych wynikających z pieczęci na pierwszej stronie oferty wynika, iż ofertę złożyli wspólnie Pan M. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Drogowych ZOMIX mgr inż. M. Z. oraz wspólnicy spółki cywilnej Zomix (nie wskazani z imienia i nazwiska), dalej zwani Konsorcjum ZOMIX. Z oferty nie wynika kto działa w imieniu i na rzecz Konsorcjum ZOMIX, chociaż Zamawiający wymagał wskazania imion i nazwisk osób podpisujących ofertę. Jednocześnie w pkt 9 oferty zawarte jest oświadczenie o sposobie reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie dla potrzeb niniejszego zamówienia: „ZOMIX S.C. G. Z., 37-400 Nisko ul. Piaskowa 23c/ Użycie skrótu „S.C.” po nazwie „ZOMIX” i uzupełnienie oznaczenia „ZOMIX

S.C.” o imię i nazwisko G. Z. wskazuje, że to spółka cywilna ZOMIX reprezentuje Konsorcjum ZOMIX, przy czym ujawniony został jeden ze współników spółki. Reprezentowanie kogokolwiek przez spółkę cywilną jest niemożliwe, gdyż spółka cywilna, jako stosunek prawny o charakterze zobowiązaniowym (umowa – art. 860 k.c.) nie może być pełnomocnikiem w rozumieniu art. 96 k.c., ani tym bardziej przedstawicielem ustawowym. Oferta została podpisana przez G. Z., co pozostaje w sprzeczności z wcześniejszym wskazaniem p. M. Z. do działania w imieniu i na rzecz Konsorcjum Zomix, a z drugiej strony p. G. Z. nie został umocowany do podpisania (złożenia) oferty. Z załączonego do oferty pełnomocnictwa wynika, iż p. G. Z. został umocowany do reprezentowania Konsorcjum ZOMIX tylko we wszystkich sprawach dotyczących kontraktu, co nie obejmuje umocowania do podpisania (złożenia) oferty. Użyte w pełnomocnictwie określenie „kontrakt” oznacza wyłącznie przyszłą umowę zawartą pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum, co wynika z postanowień umowy konsorcjum, w tym zacytowanych zapisów „*Partnerzy tworzą Konsorcjum i łączą się razem jako członkowie Konsorcjum w celu wspólnego **złożenia oferty**, a w przypadku **przyznania Kontraktu** przez Zamawiającego dla Konsorcjum, do **wspólnej realizacji Kontraktu** i wszelkich dalszych robót, które Zamawiający może zlecić Konsorcjum w **związku z Kontraktem**” (ust. 1), *partnerzy uzgadniają, że Zakres Robót **przewidziany kontraktem** będzie realizowany przez Partnerów następująco (...)*” (ust. 3 zd. 1.), „*Szczegółowy podział zakresów robót do wykonania przez poszczególnych Partnerów zostanie ustalony **po zawarciu Kontraktu**” (ust. 3 zd. 2.), „*Każdy Partner opłaci koszty swoich opracowań i podróży poniesione do czasu **podpisania kontraktu** w związku z przygotowaniem oferty*” (ust. 3 zd. 4.), „*Podziały zysków /strat osiągniętych/poniesionych z tytułu **realizacji Kontraktu** (...)*” (ust. 3 zd. 7.).**

Zgodnie z art. 23 ust. 2 wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie zobowiązani SA ustanowić pełnomocnika do reprezentowania wykonawców w postępowaniu (co wyznacza minimalny zakres pełnomocnictwa). Pełnomocnictwo może umocowywać szerzej (także do zawarcia umowy), ale nigdy wężej, co zostało przez Zamawiającego wyrażone w siwz, w pkt 9.6.2 IDW, i bardziej szczegółowo w pkt 9.6.3. IDW.

W ofercie do działania w imieniu i na rzecz Konsorcjum ZOMIX został wskazany p. M. Z., dla którego do oferty nie załączono pełnomocnictwa i który oferty nie podpisał. Ofertę podpisał p. G. Z., który nie został umocowany do dokonania tej czynności. W tej sytuacji oferta Konsorcjum ZOMIX powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy i art. 73 § 1 k.c.

Wraz z ofertą na formularzu 3.1.2 zostały złożone dwa *oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp*. Jedno złożył (podpisał) w swoim imieniu p. M. Z., a drugie p. G. Z. . Jednakże oświadczenie złożone

przez G. Z. dotyczy spółki cywilnej ZOMIX, która nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, nie jest też przedsiębiorcą (nie posiada odrębnej od wspólników zdolności prawnej). Wykonawcami w rozumieniu ustawy są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy. Nie może budzić wątpliwości, iż oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania obowiązany jest złożyć każdy ze wspólników spółki cywilnej. Ich nie złożenie powoduje, iż Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Wraz z ofertą, na formularzu 3.1.4. zostały złożone dwie informacje o przynależności do grupy kapitałowej (o braku przynależności), jedną podpisał w swoim imieniu M. Z., zaś drugą G. Z. . Ta druga dotyczy spółki cywilnej ZOMIX. Nie złożenie informacji ani listy przez wspólników spółki cywilnej ZOMIX oznacza, że Konsorcjum ZOMIX powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy.

Konsorcjum ZOMIX nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia opisanego w pkt 1.2.23 IDW, na potwierdzenie którego wymagane było przedłożenie wykazu zgodnego z wzorem, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. Sporządzony przez Konsorcjum ZOMIX wykaz usług nie zawiera informacji wymaganych przez Zamawiającego (pomijając niepoprawne oznaczenie wykonawcy jako ZRD ZOMIX oraz brak adresu Zamawiającego), tj. wartości wykonanych usług, wskazania asortymentu dla usług letniego utrzymania dróg i mostów oraz zakresu usług dla zimowego utrzymania dróg. Konsorcjum ZOMIX powinno być wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zamawiający w pkt 8.3.4 IDW wymagał aktualnego zaświadczenia z ZUS lub KRUS (...). Konsorcjum ZOMIX złożyło cztery zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek, dotyczące wnioskodawcy (płatnika składek). Wystawione zostały odpowiednio dla Z. G., Z. P. i Z. M. i jedno dla ZOMIX s.c. G. Z. P. Z., M. Z. . Ponieważ w żadnym miejscu oferty nie ma wskazania wprost i jednoznacznie na wspólników spółki cywilnej ZOMIX, a z załączonej umowy konsorcjum wynika, iż wspólnikami są G. Z. i P. Z., a nie jest nim M. Z. (co potwierdzają również przedłożone ofercie zaświadczenia o wpisie do CEIDG, a także zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach), zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS powinno być wystawione dla spółki cywilnej ZOMIX Z. G., Z. P. . Jednak takie aktualne zaświadczenie nie zostało złożone wraz z ofertą, a tym samym Konsorcjum ZOMIX nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zamawiający wymagał podania w ofercie *nazwy (firmy) (...) wszystkich wspólników spółki cywilnej lub członków konsorcjum*, co jednoznacznie zostało wskazane w formularzu „Oferta” oraz co równie jednoznacznie wynika z postanowień pkt 9.8 IDW. Jeżeli zatem członkiem konsorcjum jest spółka cywilna, to jasne jest, że nie jest wystarczające podanie jedynie nazw (firm) członków konsorcjum, ale obowiązkiem konsorcjum jest podanie także nazw (firm) wszystkich wspólników spółki cywilnej. Konsorcjum ZOMIX nie sprostало temu obowiązkowi. Z treści oferty nie wynika jednoznacznie kto złożył ofertę (jacy wspólnicy tworzący spółkę cywilną). Z treści dokumentów złożonych wraz z ofertą można jedynie wnosić, że wspólnikami spółki cywilnej ZOMIX są panowie G. Z. oraz P. Z., jednak nie ma pewności, że tak jest faktycznie. W ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy, który nie wskazał swej firmy (lub ustalenie firmy nie jest możliwe na podstawie złożonych wraz z ofertą dokumentów) podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

Skoro Konsorcjum ZOMIX nie złożyło pełnomocnictwa do podpisania oferty oraz nie złożyło dokumentów wskazanych powyżej, to jego wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty powinno być poprzedzone wezwaniem do złożenia pełnomocnictwa oraz dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 17 listopada 2015 r. uznała, iż nie występują przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne podnoszonych zarzutów i skierowała oba odwołania na rozprawę, do udziału w której dopuszczeni zostali wykonawcy, którzy w terminie zgłosili przystąpienia do postępowań odwoławczych w sprawach połączonych. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Eurovia Polska S.A. o odrzucenie odwołania oznaczonego sygnaturą akt KIO 2378/15 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy opartego na zarzucie braku umocowania osoby składającej odwołanie – T. Z. . Z załączonego do odwołania pełnomocnictwa z dnia 03.08.2015 r. wynikać ma, iż zostało ono udzielone przez przedsiębiorstwa: Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe „FACHMAN” T. Z. oraz Usługowy Zakład Elektryczny J. Z. dla Przedsiębiorstwa Budowlano-Drogowego „FACHMAN” T. Z.

reprezentowanego przez właściciela. Zdaniem Odwołującego pełnomocnictwo to nie może być skuteczne, gdyż nie zostało udzielone przez przedsiębiorców prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą. Izba ustaliła, iż odwołanie podpisał i wniósł w imieniu Konsorcjum Fachman T. Z., a w imieniu udzielających pełnomocnictwa działali osobiście przedsiębiorcy J. Z. oraz T. Z., którzy złożyli podpisy pod pełnomocnictwem z dnia 03.08.2015 r. Prezentowana przez Odwołującego wykładnia treści pełnomocnictwa nie mogła się ostać. W ocenie Izby, pomimo sformułowania wskazującego na podmioty udzielające, tj. przedsiębiorstwa, faktycznie pełnomocnictwa udzielili przedsiębiorcy działający osobiście wskazani z imienia i nazwiska obok nazwy przedsiębiorstwa. Użyte sformułowanie odnoszące się do przedsiębiorstwa zawierało wskazanie na firmę czyli imię i nazwisko przedsiębiorcy. Przez przedsiębiorstwo należało rozumieć przedsiębiorcę podejmującego czynności w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą w ramach przedsiębiorstwa. Należy mieć na uwadze, iż pełnomocnictwo to zostało również złożone w ofercie przez przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Tym samym przy ocenie umocowania osoby składającej odwołanie należało mieć również na względzie okoliczności dotyczące samej oferty złożonej przez przedsiębiorców.

Odnosząc się kolejno do zarzutów, Izba miała na uwadze poczynione na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalenia opisane poniżej przy każdym z zarzutów.

#### **A. W sprawie odwołania Konsorcjum Fachman - sygn. akt KIO 2378/15.**

Zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum AVR oraz Eurovia Polska S.A., jako zawierających rażąco niskie ceny, złożonych na zadanie nr 1.

Odwołujący opiera zarzut na wycenie prac za ZUD (zimowe utrzymanie dróg) na poziomie 12 890,00 zł netto/dzień (Konsorcjum AVR) oraz 15 012,00 zł netto/dzień (Eurovia Polska S.A.), która to wycena rażąco odbiegać ma od ceny rynkowej wyrażonej szacowaną przez Zamawiającego wartością zamówienia. Wprawdzie w odwołaniu odnosi się również do ceny całkowitej ofert wskazując na zaniżenie wyceny części pozycji, to faktycznie w odwołaniu skupia się wyłącznie na wycenie poz. 130 stanowiącej element kalkulacji ceny za BUD (bieżące utrzymanie dróg). Ponieważ zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne podniesione w uzasadnieniu odwołania Izba nie odniosła się do kwestionowanej w opinii rzeczoznawcy wyceny innych pozycji z formularza cenowego, którą to opinię Odwołujący złożył dopiero na rozprawie.

Zamawiający ustalił całkowitą wartość szacunkową zamówienia na zadanie nr 1 na kwotę powiększoną o stawkę podatku VAT: 13.494.538,39 zł, w tym za ZUD 7.877.419,78 zł. (w tym netto za dzień 22.793,48 zł).

W postępowaniu na zadanie nr 1 złożonych zostało 8 ofert, w których przedmiot zamówienia wyceniony został na kwoty brutto za całość zamówienia: 11.328.063,12 zł. (oferta Konsorcjum FBService S.A./Principe de Vergara); 11.805.403,38 zł. (oferta Konsorcjum ZBRD ZABERD S.A/P. DUBR Sp. z o.o.); 10.399.938,60 zł. (oferta Konsorcjum Fachman), 10.177.714,70 zł. (oferta Konsorcjum AVR), 8.627.037,29 zł. (oferta FHU G. L.), 11.723.621,76 zł. (oferta KBU Sp. z o.o.), 9.313.746,06 zł (oferta Eurovia Polska S.A.), 11.824.603,18 zł. (oferta FUHP L. K.). Średnia cena ze wszystkich złożonych w postępowaniu ofert wyniosła 10.650.016,01 zł. i w stosunku do niej cena oferty Eurovia Polska S.A. stanowi 87,45%, a oferty Konsorcjum AVR 95,57%. Jednocześnie średnia cen wszystkich ofert stanowi 78,92% wartości szacunkowej zamówienia w odniesieniu do której Odwołujący porównywał ceny obu wykonawców. W formularzach ofertowych cena oferty prezentowana była w rozbięciu na bieżące utrzymanie dróg (BUD) oraz bieżące utrzymanie mostów (BUM). Pozycja 130 formularza cenowego stanowiła pozycję BUD.

Wycena pozycji 130 w wybranych ofertach wynosiła brutto: 4.454.784,00 zł. w tym netto za dzień - 12.890,00 zł. (Konsorcjum AVR), 6.186.240,00 zł. w tym netto za dzień - 17.900,00 zł. (Konsorcjum Fachman), 5.188.147,20 zł. w tym netto za dzień - 15.012,00 zł. (Eurovia Polska S.A.), Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert na ZUD wyniosła 5.378.702,40 zł. i w stosunku do tej średniej cena z ofert Konsorcjum AVR za ZUD stanowi 82,8%, a z oferty Eurovia Polska S.A. - 96,5%. W żadnej ze złożonych ofert wycena poz. 130 (ZUD) nie przekroczyła szacowanej przez Zamawiającego kwoty.

Zamawiający pismami z dnia 09.09.2015 r. wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień, w tym do Konsorcjum AVR na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy, a do Eurovia Polska S.A. na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy. Konsorcjum AVR zostało wezwane do wyjaśnienia, czy złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w siwz, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Przyczyną dla której Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie była wycena elementu oferty z poz. 130 (ZUD) – cena jednostkowa 12.890,00 zł. netto. W dalszej treści wezwania Zamawiający wskazał, jakich elementów (czynników) mają dotyczyć wyjaśnienia, ujęte w siedmiu punktach, a wśród nich kosztów materiałów i ich ilości, zaplecza technicznego oraz organizacji dyżurów, objazdów kontrolnych, łączności. Zamawiający oczekiwał wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wycenę pozycji 130, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także w innych, które wykonawca uważa za

istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku. Wezwanie skierowane do Eurovia Polska S.A. różniło się w podstawie prawnej wynikającej z art. 90 ust. 1 Ustawy i przyczyny, tj. powzięcia przez Zamawiającego podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, dla którego podstawą było kryterium arytmetyczne, tj. zaoferowanie ceny o ponad 30% tańszej do wartości szacunkowej zamówienia. Poza wyjaśnieniem elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający wskazał na konieczność wyjaśnienia analogicznych, jak w wezwaniu Konsorcjum AVR, elementów przedmiotu zamówienia, mające na celu ustalenie, czy cena skalkulowana została rzetelnie i czy wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

W odpowiedzi na wezwania obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami, zastrzegając informacje w nich zawarte jako tajemnicę przedsiębiorstwa (Konsorcjum AVR w całości, a Eurovia Polska S.A. w części). W wyjaśnieniach z dnia 21.09.2015 r. Eurovia Polska S.A. w części jawnej wskazała między innymi na poziom różnicy zaoferowanej ceny do wartości pozostałych ofert, która jest wyższa o 8% od najniższej i niższa o ok. 10% w stosunku do kolejnej, a różnica do średniej wszystkich oferentów wynosi 12%. Zbliżony poziom cen wszystkich ofert wskazywać ma na rynkową wycenę prac, odpowiadającą obecnym realiom rynkowym, w szczególności poziomowi cen robót utrzymaniowych na rynku w województwie podkarpackim. Wykonawca wskazał na właściwe jemu okoliczności związane z lokalizacją bazy oddalonej o 3 km od centralnego punktu utrzymywanego odcinka drogi oraz bazy lokalowej w Świlczy koło Rzeszowa, możliwościami jakie stwarza obecnie realizowany kontrakt na sąsiedniej drodze i związana z nim współpraca z podwykonawcami i poddostawcami materiałów, czy też pozyskiwanym z własnych kopalni kruszywem. Dowodami na rzetelność wyceny prac Eurovia Polska SA w pozycji 130 są szczegółowe wyliczenia wartości elementów rozliczeniowych wraz z ofertami dostawców, ofertami podwykonawców BUD i BUM, deklaracjami podatkowymi, umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz dostępu do Internetu, fakturami.

W wyjaśnieniach z dnia 17.09.2015 r., Konsorcjum AVR poza informacjami o charakterze ogólnym przedstawiło kalkulację kosztów wraz z ofertami i fakturami zakupu materiałów i sprzętu, a także pozostałych elementów wskazanych w wezwaniu. Do wyjaśnień załączone zostały również oferty na świadczenie usługi na zadania nr 1 i 2. Duża część dokumentów stanowi dane statystyczne Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej oraz Urzędu Statystycznego w Rzeszowie.

Odwołujące Konsorcjum Fachman przedłożyło, jako dowód w sprawie dwie opinie techniczne sporządzone przez rzeczoznawcę w specjalności nawierzchnie drogowo-lotniskowe, mosty wiadukty i tunele, organizacja robót w budownictwie transportowym, dotyczące ustalenia minimalnych kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu

zamówienia. W opinii dotyczącej BUM i BUD rzeczoznawca skupił się na wybranych pozycjach z formularzy cenowych kwestionowanych ofert (z pominięciem poz. 130), formułując w końcowym wniosku, iż *cenę jednostkową za BUM i BUD są cenami rażąco niskimi, nierealnymi i nie gwarantującymi dochowania standardów określonych i wymaganych przez Zamawiającego, jednoznacznie wskazującymi na błędną wycenę, nie ujęcie wszystkich kosztów (m.in. pracowniczych, sprzętowych, zużycia paliwa i in.).* W drugiej opinii technicznej dotyczącej ZUD całkowity koszt oszacowany został w kwocie netto za dzień 16.608,50 zł., a dla całkowitego czasu trwania akcji – 80 dni w kwocie netto 1.328.679,50 zł. Opracowanie zostało przygotowane w oparciu o materiały przekazane przez Odwołującego (załączone do opinii) w przeważającej części stanowiące dowody zakupu (faktury) wystawione na konsorcjanta T. Z. .

**Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznała, iż zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Ustawy ofert Konsorcjum AVR oraz Eurovia Polska S.A. nie zasługiwał na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego Izba uznała, iż opinie rzeczoznawcy przygotowane na zlecenie Konsorcjum Fachman nie miały wartości dowodowej na okoliczność stwierdzenia rażąco niskiej ceny w kwestionowanych ofertach, czy też popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, identyfikowanego jako zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przede wszystkim przyjęta na potrzeby jednej z opinii analiza wybranych pozycji formularzy cenowych (dla BUD i BUM), wykraczała poza okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu, a tym samym nie była przydatna z punktu widzenia badania wyceny poz. 130 (ZUD). Druga z opinii dotycząca samej wyceny poz. 130, w ocenie Izby nie miała wartości dowodowej z uwagi na podstawy przyjęte do opracowania, tj. materiały przekazane przez Odwołującego (faktury zakupu), które faktycznie obrazowały sytuację tego wykonawcy. Tym samym analiza rzeczoznawcy mogła być odniesiona do wyceny oferty Odwołującego, która była wyższa od kwoty wskazanej w opinii. Izba nie uwzględniła wniosku o powołanie biegłego, uznając, iż ocena wyjaśnień, jakie złożyli wykonawcy nie wymagała wiadomości specjalnych, co czyniło ten środek dowodowy nieprzydatnym.

Argumentacja Odwołującego ograniczała się zasadniczo do wyceny pozycji 130 – ZUD i jej porównania z szacunkiem Zamawiającego, znacząco odbiegającym od ceny każdej z ośmiu ofert. Na wstępie Izba wskazuje, iż nie zawsze wartość szacunkowa zamówienia stanowi jedyne właściwe odniesienie dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Brak jest również podstaw do traktowania tej wartości jako jedynego wiarygodnego źródła informacji o wysokości cen rynkowych. Niejednokrotnie Zamawiający określając wartość szacunkową

zamówienia przeszacowują tą kwotę po to, aby zabezpieczyć większą ilość środków i nie musieć unieważniać postępowania z uwagi na brak środków. Inną sytuacją wprost wynikającą z ustawy jest doliczanie do wartości szacunkowej wartości robót uzupełniających i dodatkowych, czy też opcji. W niniejszej sprawie szacunek Zamawiającego znacząco odbiegał od cen złożonych ofert, z których najdroższa jest niższa o prawie 1.700 tys złotych brutto. Powyższe skłaniało do przyjęcia, iż poziom cen rynkowych na moment złożenia ofert kształtował się średnio na poziomie 10,5 ml. złotych. W odniesieniu do tego poziomu cen, różnica ceny w ofertach Konsorcjum AVR oraz Aurovia Polska S.A. wynosi odpowiednio niecałe 5% i 12,5%, co znacząco zmienia optykę zarzutu rażąco niskiej ceny. Ponieważ oferta Konsorcjum AVR nie odbiegała w znaczącym stopniu od cen pozostałych ofert Izba uznała, iż wezwanie skierowane do tego wykonawcy zasadnie nie było oparte na art. 90 ust. 1 Ustawy, a stanowisko Zamawiającego, w którym wskazywał na brak powzięcia podejrzenia rażąco niskiej ceny było uzasadnione. Wprawdzie szczegółowe pytania były zbieżne z tymi, jakie Zamawiający skierował do Eurovi Polska S.A. w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, to jednak wskazanie w wezwaniu na podstawę z art. 87 ust. 1 Ustawy było podyktowane tym, iż wątpliwości Zamawiającego nie dotyczyły wysokości ceny, ale ustalenia czy przy kalkulacji uwzględniono całości wytycznych dotyczących sposobu spełnienia świadczenia. Chociaż badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny związane jest z ustaleniem, czy cena uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, to czym innym jest ustalenie, czy oferta jest zgodna z siwz, a do tego zasadniczo zmierzał Zamawiający wzywając Konsorcjum AVR do złożenia wyjaśnień. Miało to ten skutek, że wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy nie było spowodowane wątpliwościami co do rażąco niskiej ceny, a tym samym nie doszło do powstania domniemania rażąco niskiej ceny, wymagającego obalenia w drodze wyjaśnień Konsorcjum AVR. Tym samym to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 16.04.2013 r., sygn. akt V Ca 2142/12, w którym wskazano, że jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c. zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W niniejszej sprawie Odwołujący nie udowodnił, aby wycena pozycji 130 formularza cenowego BUD wskazywała na rażąco niską cenę oferty. Samo odniesienie się do szacunku Zamawiającego było w niniejszej sprawie nietrafne z uwagi na wskazane powyżej przyczyny. Jednocześnie złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia dostarczały dostatecznych informacji Zamawiającemu, pozwalających na przyjęcie, iż oferta została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich kosztów koniecznych do wykonania zamówienia, co uwiarygadniało wycenę pozycji 130 formularza cenowego.

Odnośnie wysokości ceny w ofercie Eurovia Polska S.A., Zamawiający słusznie wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy, gdyż różnica ceny w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia przekroczyła poziom 30%, będący ustawową przesłanką obligującą Zamawiającego do przeprowadzenia czynności wyjaśniających. Podobnie jak przy ocenie oferty Konsorcjum AVR Izba uznała, iż o uznaniu oferty za rażąco niską nie przesądzała wartość szacunkowa zamówienia. Dopiero ocena złożonych wyjaśnień pozwalała na ustalenie, czy wykonawca wykazał rzetelność kalkulacji. Warto w tym miejscu przypomnieć wytyczną zawartą w wyroku ETS z 22.06.1989 r. w sprawie C-103/88 Fratelli Constanzo SpA., iż nie można automatycznie uznawać ceny za rażąco niską (wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego) i odrzucać na tej podstawie oferty bez dania możliwości wykonawcy wykazania, że oferta jest rzetelna. W ocenie Izby, Eurovia Polska S.A. wykorzystała tę możliwość składając obszernie wyjaśnienia poparte dowodami (fakturami, ofertami podwykonawców), które nie dawały podstawy do uznania, że cena jest niewiarygodna, nierealistyczna. Ponieważ wyjaśnienia w znacznej części objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba jedynie opisowo wskazuje na motywy, jakimi kierowała się przy ocenie wyjaśnień.

Na wstępie Izba odniosła się do stanowiska Odwołującego, jakoby wynagrodzenie dotyczące ZUD miało charakter kosztorysowy. Zasadnicze znaczenie w tym zakresie miały zasady wynikające z siwz, w której Zamawiający określił, iż wynagrodzenie za ZUD płatne jest za 1 dzień świadczenia usługi. Zamawiający określił jednocześnie szczegółowe założenia, na jakich usługa ta miałaby być realizowana, podlegające wycenie w całości przez wykonawców w formularzu cenowym w pozycji 130. Powyższe skłania do traktowania wynagrodzenia za ZUD, jako wynagrodzenia zbliżonego bardziej do wynagrodzenia ryczałtowego, niezależnego od rzeczywistego zakresu prac świadczonych w danym dniu. Konsekwencją takiego ustalenia zasad wynagrodzenia za ZUD jest to, że niezależnie od stopnia nasilenia złych warunków atmosferycznych, decydujących o ilości zużytych środków (soli, kruszywa) wykonawca otrzyma taką samą kwotę za jeden dzień świadczenia usługi zimowego utrzymania drogi. Jednocześnie istotną z punktu widzenia obniżenia kosztów wykonania ZUD była możliwość taniego pozyskania materiału do posypywania dróg. Wykonawca Eurovia Polska S.A. wskazał w wyjaśnieniach na taki dostęp. Wykonawca odniósł się do właściwych jemu okoliczności związanych z lokalizacją bazy oddalonej o 3 km od centralnego punktu utrzymywanej odcinka drogi oraz bazy lokalowej w Świlczy koło Rzeszowa, możliwości jakie stwarza obecnie realizowany kontrakt na sąsiedniej drodze i związana z nim współpraca z podwykonawcami i poddostawcami materiałów, czy też pozyskiwanego z własnych kopalni kruszywa. Dowodami na rzetelność wyceny prac Eurovia Polska SA w pozycji 130 są szczegółowe wyliczenia wartości elementów rozliczeniowych wraz z ofertami dostawców, ofertami podwykonawców BUD i BUM, deklaracjami

podatkowymi, umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz dostępu do Internetu, fakturami. Powyższe pozwalało Zamawiającemu na szczegółowe ustalenie podstaw wyceny przyjętych w kalkulacji i jej ocenę jako rzetelnej, pozwalającej wykonawcy na wykonanie zamówienia. Porównywanie ceny oferty Eurovia Polska S.A. do wartości szacunkowej zamówienia nie miało dla oceny wyjaśnień wykonawcy znaczenia. Sama treść wyjaśnień (w części objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) była podstawą rozstrzygnięcia o zasadności podniesionych zarzutów. Przede wszystkim należy wskazać, iż wyjaśnienia odnosiły się szczegółowo do pytań postawionych w wezwaniu i były poparte dowodami, które czyniły wyjaśnienia wiarygodnymi. Również okoliczność dotycząca udziału podwykonawcy w wykonaniu zamówienia została objęta wyjaśnieniami, do których dołączono ofertę podwykonawcy dedykowaną dla tego zamówienia. Izba pominęła, jako nieistotne dla rozstrzygnięcia porównania prezentowane na rozprawie, dotyczące wysokości cen oferowanych w innym zakresie przez podwykonawcę w niniejszym postępowaniu oraz w innych prowadzonych na przestrzeni bieżącego roku, czy też cen wykonawcy po jakich realizuje on inne kontrakty na porównywalny zakres prac. Słuszne było spostrzeżenie, iż nie tylko długość odcinka decyduje o zakresie prac, ale przede wszystkim metraż obliczony z uwzględnieniem infrastruktury drogi (zatoki, przejścia dla pieszych, chodniki, kładki, przystanki). Poza samym porównaniem wysokości cen Odwołujący oraz Przystępujący po jego stronie nie przedstawili żadnego dowodu, z którego wynikałaby porównywalność zakresów prac ZUD.

Zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum AVR i Eurovia Polska S.A., jako nieodpowiadających treści siwz oraz zawierającej błędy w obliczeniu ceny, zgłoszony z ostrożności, Izba oddaliła.

Podstawa faktyczna zarzutu wynikała bezpośrednio z okoliczności dotyczącej wyceny pozycji 130 formularza cenowego BUD i wywodzonej z niej tezy o nieuwzględnieniu w kalkulacji kosztów wszystkich wytycznych dotyczących zakresu prac. Oddalając zarzut Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony przy opisie zarzutu zaniechania odrzucenia obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Ustawy. Odwołujący poza wskazaniem na różnice w wycenie pozycji nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, iż wykonawcy nie uwzględnili całości prac objętych zamówieniem, lub też popełnili błąd w obliczeniu ceny, co do którego Odwołujący nie wskazał na czym miał on konkretnie polegać. Ponieważ zarzut rażąco niskiej ceny nie potwierdził się, a wyjaśnienia nie wskazywały na możliwość pominięcia części prac przy wycenie pozycji 130, Izba nie miała podstaw do przyznania racji Odwołującemu, a tym samym uznała zarzut za bezzasadny.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 Ustawy oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k. poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców Eurovia Polska S.A. oraz Konsorcjum AVR.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo zbadał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uznając, iż wyjaśnienia Konsorcjum AVR w całości zawierały informacje spełniające przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a wyjaśnienia Eurovia Polska S.A. w części utajnionej.

Zamawiający przyjął w całości argumentację wykonawców podniesioną w wyjaśnieniach w części dotyczącej konieczności objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum AVR objęło tajemnicą przedsiębiorstwa całość wyjaśnień wraz z dowodami, natomiast Eurovia Polska S.A. tajemnicą objęło te informacje, które wskazywały na poddostawców, źródła pozyskania materiałów koniecznych do wykonania zamówienia i ich ceny.

**Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania udostępnienia w całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum AVR oraz Eurovia Polska S.A. w części odnoszącej się do wyjaśnień Konsorcjum AVR był zasadny, jednak odwołanie nie mogło na tej podstawie być uwzględnione.**

Odwołując się do dorobku orzecznictwa, należy wskazać, że ocena zasadność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, prowadzona jest każdorazowo z uwzględnieniem charakteru informacji, jak również uzasadnienia prezentowanego przez wykonawcę. Nie można również pomijać, iż wyjaśnienia niejednokrotnie wykraczają istotnie poza treść oferty w tym znaczeniu, iż szerzej od wymagań zawartych w siwz prezentują okoliczności dotyczące wyceny oraz sposobu realizacji zamówienia (jak miało to miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym). Prowadzi to do sytuacji, w której inni wykonawcy, nie wezwani do złożenia wyjaśnień, mogą poznać ważne z punktu widzenia budowy przewagi konkurencyjnej w postępowaniu informacje, samemu nie będąc do tego zobowiązanym. Z drugiej strony wezwani wykonawcy zmuszeni są do większej kreatywności rozumianej jako potrzeba wykazania ponad minimalną treść oferty, jej rzetelności. Z tego punktu widzenia istotnym jest, aby zamawiający w wezwaniu precyzyjnie wskazał, który element oferty budzi jego wątpliwości i dlaczego. Dopiero wówczas wykonawca ma szansę na złożenie wyjaśnień, które przekonają zamawiającego. W niniejszej sprawie wyjaśnienia składane były przez wykonawców w takim zakresie, w jakim wymagał Zamawiający i częściowo pokrywały się co do zakresu szczegółowych pytań, na jakie wykonawcy udzielili odpowiedzi. W przypadku wyjaśnień Eurovia Polska S.A. zasadnicza część wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczyła stanu posiadania, zaplecza sprzętowego, a także zawartych

porozumień z poddostawcami, co można zakwalifikować, jako stronę organizacyjną przedsiębiorstwa, mieszczącą się w kategorii informacji, które kwalifikują się do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Zamawiający słusznie utrzymał w poufności informacje istotne dla budowy przewagi rynkowej nad konkurencją, w szczególności przy tak dużej konkurencji, jaka istnieje na rynku budowlanym i usług towarzyszących.

Wyjaśnienia Konsorcjum AVR zostały w pełnym zakresie utajnione, chociaż nie obejmowały one w całości informacji spełniających przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k. Zdecydowanie waloru tego nie można przypisać wstępnym danym zawierającym ogólne informacje nie odnoszące się do szczegółowych wartości, czy też źródeł, decydujących o pozycji tego wykonawcy na rynku. Za tajemnicę danego przedsiębiorstwa można co najwyżej uznać informacje o jego poddostawcach, źródłach pozyskiwania materiałów, wynegocjowanych cenach, pozwalających na przygotowanie konkurencyjnej oferty i budowy przewagi nad konkurencją. W pozostałym zakresie wiedza, jaką dostarczały wyjaśnienia była powszechnie dostępna (informacje statystyczne urzędów), lub odnosiła się do szczegółowej kalkulacji dotyczącej przedmiotu zamówienia, która zawierała się w wycenie pozycji 130 formularza ofertowego. W związku z powyższym Izba uznała, iż wyjaśnienia jakich udzieliło Konsorcjum AVR nie obejmowały w całości informacji ustawowo chronionych. Odnosiły się one bowiem do okoliczności znanych wykonawcom działającym w branży, a dotyczących dotychczas realizowanych na rzecz podmiotów publicznych zamówień, czy też danych statystycznych publikowanych przez właściwe organy.

Powyższe czyniło zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 Ustawy zasadnym, z uwagi jednak na brak wpływu uchybienia tym przepisom na wynik oceny oferty (wyjaśnień), Izba uznała za właściwe oddalenie odwołania w całości w związku z brzmieniem art. 192 ust. 2 Ustawy. Zgodnie z przywołanym artykułem Izba uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Aby móc stwierdzić, że naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało wpływ na jego wynik, konieczne było ustalenie w przedmiotowym stanie faktycznym adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy odmową udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień, a wynikiem oceny oferty Konsorcjum AVR pod kątem ustalenia braku podstaw do jej odrzucenia. Niewątpliwie brak wiedzy co do treści wyjaśnień udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy stanowi obiektywne utrudnienie dla weryfikacji przez innych wykonawców zasadności dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień, a w konsekwencji oferty, co jednak nie czyni jeszcze samej oceny oferty nieprawidłową. Należy mieć na uwadze, iż ocena zasadności utrzymania klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa dokonywana przez Zamawiającego obok oceny merytorycznej informacji jest niezależna i opiera się na innych przesłankach, niż ocena treści wyjaśnień prowadzona pod kątem

ustalenia czy nie doszło do oferty niezgodnej z siwz. Stwierdzenie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie spełniają przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji skutkuje jedynie tym, że Zamawiający odtajnia treść wyjaśnień (zgodnie z uchwałą SN z 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05), nie ma to natomiast wpływu na ewentualne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 Ustawy. W związku z powyższym Izba uznała, iż zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Konsorcjum AVR wprowadziło naruszenie przepisów Ustawy (art. 8 ust. 3), to jednak nie było możliwe stwierdzenie, aby naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, tj. uznanie że oferta nie podlega odrzuceniu, o czym zdecydowały okoliczności omówione przy zarzucie zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 oraz art. 90 ust. 3 Ustawy.

#### **B. W sprawie odwołania Eurovia Polska S.A. – KIO 2385/15.**

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 16.11.2015 r.) uwzględnił w części zarzuty, tj.

- a) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 82 ust. 1 Ustawy i art. 73 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ZOMIX s.c. i ZRD ZOMIX M. Z. (Konsorcjum Zomix);
- b) naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Zomix w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia z postępowania;
- c) naruszenia art. 24b ust. 3 Ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Zomix w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej ani listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej;
- d) naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Zomix w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawionego dla spółki Zomix s.c.;
- e) naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Zomix do złożenia pełnomocnictwa do podpisania oferty oraz do złożenia dokumentów wskazanych powyżej.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w dniu 9 listopada 2015 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 3, załączając pismo z dnia 10.11.2015 r.

W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba oddaliła odwołanie przyjmując jako istotną dla tego rozstrzygnięcia okoliczność, jaka wystąpiła w postępowaniu już po wniesieniu odwołania, a przed jego rozpoznaniem, tj. unieważnienia w dniu 10.11.2015 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 3, tj. oferty co do której podnoszone były zarzuty w odwołaniu. Jako podstawę prawną oddalenia odwołania Izba wskazuje art. 179 ust. 1 Ustawy i brak wystąpienia w momencie rozstrzygnięcia zagrożenia, będącego wynikiem czynności zamawiającego, dla interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Należy zauważyć, iż badanie istnienia interesu we wniesieniu odwołania odbywa się zasadniczo na moment jego wniesienia, jako przesłanki materialno prawnej dla skutecznego skorzystania z środka ochrony prawnej. Jednocześnie brak jest w ustawie jednoznacznego przepisu, z którego wynikałby zakaz badania istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia również w momencie merytorycznego rozstrzygnięcia o zarzutach. W art. 179 ust. 1 ustawy mowa jest jedynie o potrzebie badania dopuszczalności odwołania, która jest uzależniona od stwierdzenia, iż czynność zamawiającego narusza interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia oraz może narażać wykonawcę na szkodę. Przy stwierdzeniu, iż skarżona czynność nie narusza interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia odwołanie podlega oddaleniu (stanowisko to jednolicie prezentowane jest w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych). Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Przy wyrokowaniu w niniejszej sprawie Izba nie mogła pominąć okoliczność faktycznej istotnej z punktu widzenia zakresu zaskarżenia, jaką było unieważnienie czynności, co do której formułowane były zarzuty naruszenia przepisów Ustawy. Skoro zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należało przyjąć, iż czynność ta nie mogła już naruszać interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, a rozpoznanie merytoryczne zarzutów nie zmieniłoby sytuacji faktycznej w postępowaniu, istniejącej w momencie orzekania. Izba nie mogłaby bowiem wykroczyć poza zakres zarzutów i ocenić prawidłowość decyzji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, od której wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej. W wyniku unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej postępowanie o udzielenia zamówienia wraca do fazy badania i oceny ofert i dopiero wynik tych czynności zakomunikowany przez Zamawiającego będzie mógł wpływać na interes wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszym stanie faktycznym była ocena merytoryczna zarzutów, co do których Zamawiający w części się przychylił, a co czyniło zadość w części żądaniom Odwołującego. Na rozprawie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nie obciążanie go kosztami postępowania odwoławczego, wskazując na zasadność co najmniej tych zarzutów, które uwzględnił Zamawiający. Jednocześnie Odwołujący w ogóle nie odniósł się do zmienionego stanu faktycznego, związanego z decyzją o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wpływu tej okoliczności na naruszenie interesu w

uzyskaniu zamówienia. Ponieważ Ustawa nie zabrania Zamawiającemu podejmowania czynności po wniesieniu odwołania (z wyjątkiem zakazu zawarcia umowy), nie można upatrywać w zachowaniu Zamawiającego naruszenia przepisów Ustawy. Jednocześnie, przy braku w przepisach o postępowaniu odwoławczym możliwości częściowego uwzględnienia odwołania powiązanej z częściowym lub pełnym zwolnieniem w tym zakresie od kosztów postępowania, Zamawiający niekiedy nie mogą inaczej, niż unieważniając czynność przed rozpoznaniem zarzutów, uniknąć konieczności poniesienia kosztów postępowania odwoławczego. Odwołującemu w takiej sytuacji pozostaje cofnąć odwołanie, co pozwoli na odzyskanie 90% wpisu. W przedmiotowym stanie, decyzja o podtrzymaniu odwołania była podyktowana chęcią odzyskania przez Odwołującego całości wpisu od Zamawiającego (który uznał w części zarzuty), co jednak wymagałoby przyjęcia, iż fakt unieważnienia czynności w postępowaniu jest obojętny dla rozpoznania zarzutów. Skład orzekający w niniejszej sprawie uznał, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 3, nawet jeżeli uzasadniała skorzystanie z środków ochrony prawnej, to po jej unieważnieniu w sprawie upadły podstawy do formułowania zarzutów wobec Zamawiającego.

Izba nie rozstrzygnęła o żadnym z zarzutów nie tylko z uwagi na brak spełnienia przesłanki materialno prawnej z art. 179 ust. 1 Ustawy, ale również dlatego, aby nie zamykać drogi wykonawcy do skutecznego podnoszenia zarzutów opartych na analogicznych okolicznościach, jakie podnosił w odwołaniu, w sytuacji gdyby Zamawiający ponownie wybrał ofertę Konsorcjum Zomix. Ponieważ Zamawiający nie uwzględnił w całości zarzutów, nie można przesądzić o przyszłym wyniku postępowania, będącym konsekwencją powtórzonych czynności badania i oceny ofert, od którego wykonawcom przysługiwać będzie prawo do wniesienia odwołania.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła oba odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w każdej ze spraw łącznie rozpoznawanych i obciążyła nimi wspólnie Odwołujących.

**Przewodniczący: .....**