

Sygn. akt: KIO 1071/15

WYROK
z dnia 17 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk
Członkowie: Izabela Niedziałek - Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. (Lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), TRAKT S.A. (Partner Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa**

przy udziale

- 1) wykonawcy **Dragados S.A., Avda. del Camino de Santiago 50, 28050 Madryt, Hiszpania**
- 2) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Salini Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Salini Impregilo Sp. A. (Partner Konsorcjum) i Todini Construzioni Generali S.p.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Marszałkowska 72, 00-545 Warszawa,**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. (Lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), TRAKT S.A. (Partner Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. (Lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), TRAKT S.A. (Partner Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. (Lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), TRAKT S.A. (Partner Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Kontynuację projektowania i budowę obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach trasy ekspresowej*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 3 września 2013 r. pod nr 2013/S 170-294266.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. (Lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), TRAKT S.A. (Partner Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Łodzi (dalej: „Odwołujący”) w dniu 22 maja 2015 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności i zaniechań Zamawiającego, o których Zamawiający poinformował Odwołującego pocztą elektroniczną w dniu 13 maja 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 22 maja 2015 r. W dniu 25 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa zgłoszenie przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożone przez wykonawcę Dragados S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (dalej: „Przystępujący Dragados”) oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Salini Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Salini Impregilo Sp.A. (Partner Konsorcjum) i Todini Construzioni Generali S.p.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Przystępujący Konsorcjum Salini”). Kopie zgłoszeń przystąpień zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 12 czerwca 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

- 1) niewezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Przystępującego Konsorcjum Salini, mimo iż cena tej oferty odbiega o niecałe 4% od ceny oferty złożonej przez Przystępującego Dragados,
- 2) błędnej ocenie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Dragados dotyczących treści oferty oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w konsekwencji czego Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego Dragados jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona; a także na nieodrzczeniu oferty złożonej przez Przystępującego Konsorcjum Salini, pomimo że także jest rażąco niska i powinna być odrzucona,
- 3) nieudostępnieniu na wniosek złożony przez Odwołującego w dniu 14 maja 2015 r. załączników do protokołu, w tym złożonych przez Przystępującego Dragados wraz z wyjaśnieniami dokumentów, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, oraz nie przedstawieniu dowodów takiej decyzji, a także niedokonaniu weryfikacji czy faktycznie wszystkie dokumenty złożone przez Przystępującego Dragados wraz z wyjaśnieniami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego: art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie:

1. ubezskutecznienia wyboru oferty złożonej przez Przystępującego Dragados,
2. ujawnienia dokumentów przedstawionych przez Przystępującego Dragados niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa,
3. powtórnej analizy udzielonych przez Przystępującego Dragados wyjaśnień oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę z powodu rażąco niskiej ceny,

4. wezwania Przystępującego Konsorcjum Salini do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i odrzucenia tej oferty z powodu rażąco niskiej ceny,
5. dokonania powtórnej oceny ofert,
6. uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał na okoliczności faktyczne niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla zamówienia podstawowego i zamówień uzupełniających na łączną kwotę: 1 321 590 631,01 zł, w tym zamówienia podstawowego na kwotę: 881 060 420,67 zł, a zamówień uzupełniających na kwotę: 440 530 210,34 zł. Wskazał, że w toku postępowania Zamawiający dwukrotnie wzywał Przystępującego Dragados do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – pierwszy raz: 23 lutego 2015 r. w odpowiedzi na co wykonawca w dniu 5 marca 2015 r. złożył stosowne wyjaśnienia i drugi raz: 10 kwietnia 2015 r., w odpowiedzi na co wykonawcę wyjaśnienia złożył 16 kwietnia 2015 r. W drugich wyjaśnieniach Przystępujący Dragados poprosił Zamawiającego o udostępnienie, na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej, szczegółowych wyliczeń i kalkulacji budżetu Zamawiającego na przedmiotowe zadanie w celu umożliwienia weryfikacji poszczególnych pozycji kosztowych oraz poinformował, że w załączeniu do wyjaśnień zostały przedstawione otrzymane na etapie przetargu oferty od podwykonawców oraz cenniki sprzętu, co do których wykonawca zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł też, że Przystępujący Konsorcjum Salini w ogóle nie został przez Zamawiającego wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślił także, że w dniu 16 kwietnia 2015 r. Zamawiający przekazał mu, w odpowiedzi na jego wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 3 kwietnia 2015 r., kalkulację uwzględniającą „dynamiczną zmianę cen czynników cenotwórczych” oraz protokół postępowania. Z przedstawionej kalkulacji zaś wynika, że Zamawiający w tym momencie przewidywał budżet dla zamówienia podstawowego w kwocie 678.499.339,02 zł netto, czyli 834 554 186,99 zł brutto. Wskazał, że po wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego Dragados, złożył do Zamawiającego w dniu 14 maja 2015 r. prośbę o udostępnienie (przejrzenie i sfotografowanie lub przesłanie skanów) załączników do protokołu, w szczególności pism wzywających do uzupełnień i wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz złożonych na nie odpowiedzi wykonawców, a także możliwości sfotografowania ofert i nie otrzymał oficjalnej odpowiedzi na powyższą prośbę, a jedynie dostał od Zamawiającego, za pośrednictwem poczty elektronicznej, wezwania do złożenia wyjaśnień oraz wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego Dragados.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutu niewzwania Przystępującego Konsorcjum Salini do wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego Dragados została złożona w postępowaniu z ceną: 729 437 374,58 zł brutto, natomiast oferta Przystępującego Konsorcjum Salini z ceną: 758 753 144,18 zł brutto i obie ceny odbiegają od ustalonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia o około 30%, a mimo to Zamawiający wzywając Przystępującego Dragados do wyjaśnień odniósł się jedynie do kwoty stanowiącej średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, a nie wezwał Przystępującego Konsorcjum Salini w sytuacji, gdy cena jego oferta jest niższa od wyliczonej przez Zamawiającego średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert o 12,44%. Powołał się w tym zakresie na stanowisko prezentowane w orzecznictwie, iż jeżeli cena oferty jest niższa niż 10% od średniej arytmetycznej cen ofert lub 20% od wartości szacunkowej zamówienia należy wszcząć procedurę wyjaśnień ceny zmierzającą do ustalenia czy cena jest rażąco niska (wyrok KIO 1603/13 z dnia 16.07.2013 i wyrok KIO 1427/14 z dnia 25.07.2014). Jego zdaniem także Zamawiający pomocniczo przy podejmowaniu decyzji powinien być uwzględniać treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w aktualnie obowiązującym brzmieniu. Powołał się w tym zakresie na wyrok KIO 2766/14 z dnia 15.01.2015 oraz opinię UZP „Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”. Podkreślił, iż w świetle przywołanego orzecznictwa i stanowiska UZP zasadnym jest uznanie, że podjęcie decyzji o wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień powinno odbywać się w odniesieniu nie tylko do średniej cen wszystkich złożonych ofert, ale także do szacunkowej wartości zamówienia, a ta co do zamówienia podstawowego w niniejszym postępowaniu wynosi: 881 060 420,67 zł netto, co po doliczeniu podatku VAT daje: 1 083 704 317,42 zł brutto, co z kolei wskazuje, że cena oferty Przystępującego Dragados (729 437 374,58 zł brutto) jest niższa od tej kwoty o 32,7%, natomiast cena oferty Przystępującego Konsorcjum Salini (758 753 144,18 zł brutto) jest niższa o 30,0%. Odwołujący podkreślił, że brak wezwania Przystępującego Konsorcjum Salini do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na naruszenie przepisów ustawy Pzp, które może mieć bezpośredni wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do zarzutu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego Dragados, która powinna zostać odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny oraz nieodrzuconia oferty Przystępującego Konsorcjum Salini z powodu rażąco niskiej ceny Odwołujący powołał się na orzecznictwo odnoszące się do rozumienia pojęcia rażąco niskiej ceny (postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05, wyrok SO w Katowicach z dnia 30.01.2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Podniósł też, że co prawda w stanie prawnym mającym zastosowanie do niniejszego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego nie było wprost zapisane w przepisach ustawy Pzp, że wykonawcy w ramach wyjaśnień podejrzenia w stosunku do ich oferty rażąco niskiej ceny mają obowiązek przedstawienia Zamawiającemu dowodów, to jednak jego zdaniem w świetle dotychczasowego orzecznictwa KIO (KIO 785/14 i KIO 669/14) to na wykonawcy wezwanemu do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska. Odwołujący wskazał, że z pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień przez Przystępującego Dragados jednoznacznie wynika, że Zamawiający oczekiwał szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami, których jednak nie uzyskał. W jego ocenie wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego Dragados są lakoniczne i nie zawierają żadnych kalkulacji, o które prosił Zamawiający, zawierają odniesienie do wydawnictwa Sekocenbud, w którym ceny są nieporównywalnie wysokie w porównaniu do cen występujących przy realizacji tego typu kontraktów. Wykonawca ten nie załączył także żadnych dowodów. Odwołujący podniósł, że dopiero na drugie wezwanie Zamawiającego Przystępujący Dragados zareagował i wraz z odpowiedzią przedstawił oferty podwykonawców i cenniki sprzętu, zastrzegając je jednak jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Odwołujący nie ma do nich odstępów i nie potrafi zweryfikować ich rzetelności i w związku z tym wnosi o analizę tych dokumentów przez KIO. Podkreślił, że dla Zamawiającego wystarczające jest przedstawienie ofert podwykonawców bez potrzeby ich weryfikacji. Jego zdaniem Zamawiający stosuje różne miary do różnych wykonawców - w jednym przypadku wystarczają lakoniczne wyjaśnienia, a w drugim prowadzi się z wykonawcą wyjaśnienia do momentu aż popełni jakiś błąd. To, iż Zamawiający łagodnie podszedł do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Dragados świadczy wykaz pytań przedstawionych przez Odwołującego, na które Przystępujący Dragados mimo ponownego wezwania nie udzielił odpowiedzi. Powołując się na orzeczenia KIO (KIO 2766/14 i KIO 1680/14) wskazał, że Przystępujący Dragados nie udowodnił poprzez złożone wyjaśnienia, że jego cena nie jest rażąco niska w związku z czym Zamawiający powinien ofertę tego wykonawcy odrzucić, czego nie uczynił i tym samym naruszył art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że Zamawiający, przekazując wykonawcom kalkulację uwzględniającą „dynamiczną zmianę cen czynników cenotwórczych”, z której wynikało, że Zamawiający już w trakcie postępowania zmienił swoje przewidywania dotyczące wysokości środków niezbędnych na realizację zamówienia i wskazując w niej kwotę: 834 554 186,99 zł brutto, faktycznie przewidział, że kwota, za którą możliwa jest realizacja zamówienia jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia. Zdaniem Odwołującego, którego cena ofertowa wynosząca: 856 377 236,78 zł brutto jest niewiele wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest to cena realna, a poniżej tej kwoty realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest niemożliwa. Odwołujący podniósł też, że Konsorcjum

Odwołującego stanowią firmy posiadające własny potencjał ludzki i sprzętowy zlokalizowany w sąsiedztwie placu budowy oraz świetne rozeznanie lokalnego rynku i analizując wymagania Zamawiającego oraz optymalizację dokonaną przez profesjonalnych projektantów uważa, że jego cena jest ceną realną oraz rzetelnie skalkulowaną, przy tym jest to cena, która została opracowana na podstawie analizy własnych kosztów i która uwzględnia wszelkie możliwe oszczędności wynikające z optymalizacji projektu do jakiej wykonawca był uprawniony, a zatem jest to cena minimalna, za którą w ogóle możliwa jest realizacja przedmiotowego zamówienia. Podkreślił przy tym, że wskazana optymalizacja w jego ofercie była ograniczona wymaganiami Zamawiającego zawartymi w materiałach przetargowych, w szczególności w PFU. Zwrócił uwagę na narzucony termin realizacji kontraktu i terminy kamieni milowych, a także konieczność zaprojektowania trasy w liniach rozgraniczających (odp. 163 i 397), przy zachowaniu skrajni kolejowej 7,1 m (odp. 162), utrzymaniu narzuconej liczby obiektów (odp. 1 z dn.18.12.2014). Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego, nie była możliwa tak „drastyczna” zmiana niwelety drogi, która mogłaby uzasadniać „oszczędności” w wysokości stu kilkudziesięciu milionów przewidziane przez Przystępującego Dragados i Przystępującego Konsorcjum Salini, wobec ceny oferty Odwołującego. Dodatkowo podkreślił, że w zakresie robót mostowych optymalizacja nie mogła polegać na dowolnej redukcji parametrów obiektów mostowych, bowiem w kolejnych odpowiedziach nr 3, 4 i z dn.18.12.2014 na pytania, w których wykonawcy sugerują zastosowanie rozwiązań umożliwiających zmniejszenie kosztów inwestycji, Zamawiający podtrzymał zapisy PFU i nie wyraził zgody na pominięcie elementów konstrukcyjnych. Wskazał też, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Przystępujący Konsorcjum Salini było wzywane do udzielenia wyjaśnień i wskutek tego jego oferta podlegała odrzuceniu, co zostało potwierdzone wyrokiem KIO (KIO 2184/14, 2185/14) i wyrokiem SO w Olsztynie (sygn. akt Ca 39/15).

Co do zarzutu niedostępności załączników do protokołu, o które wnioskował Odwołujący oraz niedokonania weryfikacji dokumentów złożonych przez Przystępującego Dragados wraz z wyjaśnieniami w celu ustalenia czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący podniósł, że w dniu 14 maja 2015 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie załączników do protokołu, w szczególności wezwań wykonawców do wyjaśnień dotyczących wysokości cen zaproponowanych przez nich w ofertach oraz udzielonych wyjaśnień. Pomimo złożonego wniosku Zamawiający spośród wszystkich załączników do protokołu udostępnił Odwołującemu jedynie wezwania do wyjaśnień i wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Dragados, nie ujawniając załącznika do drugich wyjaśnień zawierającego zastrzeżone przez tego wykonawcę oferty podwykonawców oraz cenniki sprzętu, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołał się na przepisy art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 26.10.2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2010 r., Nr 223, poz. 1458) wskazujące na zasady udostępnienia dokumentacji postępowania, w oparciu o które Zamawiający był zobowiązany udostępnić Odwołującemu wnioskowane załączniki do protokołu postępowania, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień oraz kompletne, udzielone przez wykonawców wyjaśnienia. Podkreślił, że Zamawiający nie poinformował go o powodach nieprzekazania kompletnych wyjaśnień i tylko z końcowej treści drugiego wyjaśnienia Przystępującego Dragados dowiedział się, że zostały w załączeniu przedstawione oferty podwykonawców i cenniki sprzętu i że dokumenty te zostały przez Przystępującego Dragados zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przywołał dyspozycję art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnoszącą się do rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa i podkreślił, że wystarczającym dla stwierdzenia przez Zamawiającego, że zastrzeżone przez Przystępującego Dragados dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa było zastrzeżenie zamieszczone w końcowej części drugich wyjaśnień. W takiej sytuacji jednak jego zdaniem konieczne było wyjaśnienie tego zastrzeżenia z uwagi na zasadę jawności postępowania. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO (wyrok KIO 2134/14; KIO 2153/14 z dnia 03.11.2014, wyrok KIO 2277/14 z dnia 14.11.2014 i wyrok KIO 2240/14 z dnia 14.11.2014). W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udostępniając wszystkich dokumentów i nie wyjaśniając powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec tych dokumentów naruszył art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający jego jawność, a także naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, ze zm.) poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie, wnosząc o jego uwzględnienie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 10 czerwca 2015 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania i obciążanie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

Co do zarzutu niewzwania Przystępującego Konsorcjum Salini do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę Zamawiający podkreślił, że na etapie badania i oceny ofert nie powziął wątpliwości w zakresie ceny zaproponowanej przez tego wykonawcę oraz w zakresie możliwości wykonania zamówienia zgodnie

z wymogami określonymi w SIWZ. W jego ocenie oferta Przystępującego Konsorcjum Salini nie była i nie jest rażąco niską w związku z czym nie było i nie ma podstaw prawnych do wzywania tego wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że dokonał we wskazanym zakresie oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i przyjęte zostały przez niego trzy kryteria: arytmetyczne, cen ofert i podobieństwa (w oparciu o notatkę komisji przetargowej z dnia 2 lutego 2015 r.). W oparciu o powyższe Zamawiający uznał, że jedynie w zakresie ceny zaproponowanej przez Przystępującego Dragados zachodzą wątpliwości, iż cena ta może być rażąco niską i dlatego wezwał tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Co do oferty Przystępującego Konsorcjum Salini cena oferty jest niższa od średniej cen wszystkich ofert o 12,44%, co w jego ocenie potwierdza, że różnica ta nie jest duża i świadczy, że oferta wskazanego wykonawcy jest ofertą z ceną rynkową.

Co do zarzutu dotyczącego wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego Dragados, która to oferta powinna być odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny oraz nieodrzuconie oferty Przystępującego Konsorcjum Salini z powodu rażąco niskiej ceny, Zamawiający podkreślił, że samo powstanie wątpliwości co do oferty Przystępującego Dragados nie oznacza, że cena ofertowa tego wykonawcy jest ceną rażąco niską, a ponadto cena tego wykonawcy nie odbiegała rażąco od punktów odniesienia, które przyjął Zamawiający w zakresie dwóch kryteriów, a w jednym w ogóle nie przekraczała przyjętego punktu odniesienia. Podkreślił, że wobec faktu, iż na pierwsze wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego Dragados nie wyjaśniały wątpliwości Zamawiającego ponownie wezwał on wskazanego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Podniósł, że możliwość wielokrotnego wzywania przez Zamawiającego wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp została uregulowana w przepisach ustawy Pzp w sposób jednoznaczny. Powołał się w tym zakresie na stanowisko prezentowane w orzecznictwie (SO w Warszawie z 5 lipca 2007 r. V Ca 2214/06 i SO w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. V Ga 122/10) oraz opinię UZP z dnia 22.10.2014 r. W ocenie Zamawiającego ponowne wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego Dragados wyjaśniały wątpliwości dotyczące zaproponowanej przez niego ceny. Zamawiający uznał – biorąc pod uwagę obiektywne czynniki w szczególności wyjątkowo sprzyjające dla tego wykonawcy warunki wykonania zamówienia (podmiot ten realizuje dla GDDKiA sąsiedni odcinek drogi ekspresowej S7 od końca obwodnicy Radomia do granicy woj. Mazowieckiego i Świętokrzyskiego), wyjaśnienia wykonawcy oraz załączone dowody (umowy podwykonawcze) – że cena zaproponowana przez Przystępującego Dragados nie jest ceną rażąco niską.

Co do zarzutu dotyczącego nieudostępnienia załączników do protokołu, o które wnioskował Odwołujący, Zamawiający przywołał właściwy przepisy odnoszący się

do udostępnienia dokumentów i zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, że to jedynie przedsiębiorca uprawniony jest do uznania i wskazania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynymi warunkami jakie musi w tym zakresie wypełnić jest określenie i wskazanie tych informacji jako poufnych, a ponadto informacje te powinny dotyczyć kwestii, których ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy, z tym, że wystarczy, że informacje te mają taki charakter, jeśli mają choćby minimalną wartość. Powołał się w tym zakresie na orzeczenie SN (wyrok z dnia 13 lutego 2014 r. V CSK 176/13) i NSA (wyrok z dnia 10 stycznia 2014 r. I OSK 2112/13). Podkreślił też, że wprowadzie to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar udowodnienia, że dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa, ale Zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania oświadczenia przedsiębiorcy w tym zakresie.

W toku rozprawy przed Izbą Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy.

Przystępujący Dragados w swoim zgłoszeniu przystąpienia poparł Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

W toku rozpraw podtrzymał swoje stanowisko.

Przystępujący Konsorcjum Salini w swoim zgłoszeniu przystąpienia poparł Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

W toku rozpraw podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestników, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że co do obydwu zgłoszeń przystąpienia do postępowania odwoławczego zostały wypełnione wszystkie wymogi formalne wynikające

z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym obydwaj wykonawcy uzyskali status uczestników niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący, stawiając w odwołaniu zarzuty dotyczące obydwu ofert, które zostały skasyfikowane w rankingu oceny ofert powyżej jego oferty - w tym oferty Przystępującego Dragados uznanej w postępowaniu za najkorzystniejszą - w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu niniejszego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego, na jego stronie internetowej oraz opublikowanie go w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 30 sierpnia 2013 r.

Jak wynika z protokołu postępowania (pkt 2 druk ZP-PO) Zamawiający ustalił w tym postępowaniu wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę: 1 321 590 631,01 zł netto (328 786 603,40 euro), co przy powiększeniu tej kwoty do wartości brutto zamówienia (23% VAT) daje kwotę: 1 625 556 476,14 zł brutto. W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przewidział udzielanie zamówień uzupełniających, których wartość wliczył do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Wartość zamówień uzupełniających została przez Zamawiającego wyceniona na kwotę: 440 530 210,34 zł netto (109 595 534,47 euro). Tym samym wartość szacunkowa zamówienia podstawowego w tym postępowaniu wynosiła: 881 060 420,67 zł netto, co przy powiększeniu kwoty o wartość podatku VAT (23%) daje wartość: 1 083 704 317,42 zł brutto.

Zamawiający w notatce z dnia 29 stycznia 2015 r., mając na uwadze okres jaki upłynął od oszacowania wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania do dnia złożenia i otwarcia ofert, ustalił, iż możliwe jest obniżenie kosztów w oparciu o bazę średnich

cen z przetargu oraz określone założenia spadku i różnicy w cenach elementów cenotwórczych (wskazał na spadek cen ropy i cen paliwa w transporcie, dostawie i montażu materiałów i elementów budowlanych, spadek oraz różnice między ceną minimalną i średnią cen materiałów cenotwórczych, takich jak: stal, beton, materiały sypkie oraz robocizna). W związku z powyższym, przeprowadzając kalkulację uwzględniającą dynamiczną zmianę cen czynników cenotwórczych, ustalił wartość tego zamówienia na kwotę: 834 554 186,99 zł brutto.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert w dniu 30 stycznia 2015 r. taką też kwotę Zamawiający podał jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia publicznego.

Do upływu terminu na składanie ofert w postępowaniu zostały złożone oferty:

- 1) oferta Odwołującego z ceną 856 377 236,78 zł brutto,
- 2) oferta Przystępującego Dragados z ceną: 729 437 374,58 zł brutto,
- 3) oferta Astaldi S.p.A. z ceną: 914 215 112,97 zł brutto,
- 4) oferta Konsorcjum firm: PUT INTERCOR Sp. z o.o. i PRI FART Sp. z o.o. z ceną: 910 316 287,18 zł brutto,
- 5) oferta Konsorcjum firm: Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. z ceną: 977 099 022,47 zł brutto,
- 6) oferta Konsorcjum firm: Strabag Sp. z o.o. i Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z ceną: 919 368 892,32 zł brutto,
- 7) oferta Przystępującego Konsorcjum Salini z ceną: 758 753 144,18 zł brutto.

W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2015 r. zwrócił się do Przystępującego Dragados, w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. W odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie wykonawca pismem z dnia 5 marca 2015 r. udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień.

Zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2015 r. ponownie zwrócił się do Przystępującego Dragados z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że dokonał oceny złożonych wcześniej przez wykonawcę wyjaśnień i uznał, że nie są one wystarczająco szczegółowe, nie wyjaśniają jednoznacznie czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny i pozostawiają wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia

i poprzez ogólnikowy i lakoniczny charakter nie pozwalają Zamawiającemu na ustalenie czy oferta Przystępującego Dragados zawiera rażąco niską cenę. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o udzielenie przez wykonawcę dodatkowych wyjaśnień wraz z wyliczeniami lub kalkulacjami cenowymi dla najważniejszych elementów przedmiotu zamówienia. Przystępujący Dragados udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 16 kwietnia 2015 r., załączając do niego oferty od podwykonawców otrzymane na etapie przetargu oraz cenniki, co do których to dokumentów zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa.

W piśmie z dnia 13 maja 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego Dragados, a jednocześnie o sklasyfikowaniu na drugiej pozycji rankingowej oferty Przystępującego Konsorcjum Salini, zaś na trzeciej pozycji - oferty Odwołującego.

W piśmie z dnia 14 maja 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyrażenie zgody na przeglądanie i sporządzanie dokumentacji fotograficznej załączników do protokołu z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności pism wzywających do uzupełnień i wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz złożonych na nie odpowiedzi wykonawców lub przesłanie skanów tych dokumentów. Jak wynika z oświadczeń złożonych przez Odwołującego, w oparciu o powyższy wniosek nie zostały mu udostępnione załączniki do wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 16 kwietnia 2015 r. złożonych przez Przystępującego Dragados.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy.

Odnosząc się do zarzutów: rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Dragados oraz zaniechania wezwania do wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Konsorcjum Salini i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że z racji wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w dniu 3 września 2013 r., do przedmiotowego postępowania zastosowanie ma art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem 19 października 2014 r. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z tą regulacją podejrzenie występowania w konkretnej ofercie rażąco niskiej ceny nie zostało przez ustawodawcę precyzyjnie określone. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a także sądów okręgowych wskazywało wielokrotnie w takiej sytuacji, że Zamawiający w trakcie czynności badania i oceny ofert powinien zweryfikować każdą ofertę pod tym kątem (czy nie ma podejrzenia rażąco niskiej ceny). Podejrzenie takie u Zamawiającego powinno powstać, w sytuacji gdy cena oferty rażąco odbiega od wartości przedmiotu zamówienia, a więc wyceny faktycznego w danym przypadku przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego z należytą starannością przed wszczęciem postępowania. To oznaczało konieczność ustalenia rzeczywistego zakresu przedmiotu zamówienia – czyli zamówienia podstawowego bez wartości ewentualnych zamówień uzupełniających, które w ramach danego postępowania są jedynie przewidywane, a mogą być udzielone dopiero odrębnie, w wyniku odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w trybie zamówienia z wolnej ręki). Abyśmy mieli do czynienia z rzeczywistą wyceną przedmiotu zamówienia należy tę wartość szacunkową powiększyć o wartość podatku VAT. Przywołane orzecznictwo odnoszące się do dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp sprzed nowelizacji ustawy Pzp z sierpnia ubiegłego roku wskazywało również, że podstawą takiego porównania przez zamawiającego czy dana oferta nie budzi uzasadnionych wątpliwości (podejrzenia) co do rażącego jej zniżenia, nie powinna być tylko wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, w szczególności w sytuacjach, gdy ta wartość staje się nieadekwatna z uwagi na upływ czasu od jej ustalenia do terminu składania ofert. W takiej sytuacji zamawiający powinien także dokonać takiego porównania z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu oraz wyceną rynkową danych usług, produktów czy robót budowlanych.

W art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 19 października 2014 r. nie występowało wprost i literalnie bezwzględne odesłanie przy procedurze badania podejrzenia rażąco niskiej ceny do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, jakie to odesłanie funkcjonuje w aktualnie obowiązującym przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z tych też względów w poprzednim stanie prawnym, którego dotyczy rozpoznawana sprawa, w orzecznictwie wielokrotnie wskazywano na konieczność badania występowania podejrzenia rażąco niskiej ceny nie tylko w kontekście wartości szacunkowej przedmiotu

zamówienia, ale także w odniesieniu do wskazanych dwóch innych czynników: wartości ofert złożonych w danym postępowaniu i wyceny rynkowej w danym momencie (na moment składania ofert) konkretnego przedmiotu zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego niniejszej sprawy stwierdzić należało, że zasadnym było w przedmiotowej sprawie dokonanie przez Zamawiającego zaktualizowania wartości rynkowej zamówienia podstawowego na moment upływu terminu składania ofert. Powyższe jest w szczególności uzasadnione ze względu na znaczny upływ czasu pomiędzy momentem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wrzesień 2013 r.) i ustalenia na ten moment wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, a upływem terminu składania ofert (styczeń 2015 r.), kiedy to wykonawcy w oparciu o aktualną sytuację gospodarczą i swoją kondycję finansową dokonywali wyceny przedmiotu zamówienia w ofertach. Zamawiający, dokonując wskazanej aktualizacji wartości rynkowej zamówienia podstawowego powołał się na konkretne czynniki cenotwórcze, które legły u podstaw takiej, obiektywnej wyceny przedmiotu zamówienia. Mianowicie powołał się on na spadek cen ropy, który przekłada się na spadek cen paliw wykorzystywanych w transporcie, dostawie i montażu materiałów i elementów budowlanych, co pozwalało mu na określone oszczędności w tym zakresie na poziomie 4%. Zamawiający także powołał się na spadek i różnice pomiędzy ceną minimalną i średnią cen materiałów cenotwórczych, takich jak: stal, beton, materiały sypkie i robocizna, co z kolei pozwoliło mu na oszczędności o kolejne 6% (w stosunku do wyceny stali), kolejne 6% (w stosunku do wyceny betonu), kolejne 19% (w stosunku do wyceny kruszywa) i kolejne 4% (w stosunku do wyceny stawek roboczogodziny). Powyższe pozwoliło w efekcie Zamawiającemu na ustalenie w sposób obiektywny wartości rynkowej zamówienia podstawowego, które zostanie udzielone konkretnemu wykonawcy, na poziomie: 834 554 186,99 zł brutto. Ta też wycena zasadnie zdaniem Izby stała się podstawą przeprowadzonego przez Zamawiającego badania podejrzenia rażąco niskiej ceny w tym postępowaniu. Kwotę tę też Zamawiający postanowił, uwzględniając swoje możliwości budżetowe, przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia. Na marginesie tylko w tym miejscu Izba zauważa, że kwota na sfinansowanie zamówienia sama w sobie nie stanowi wprost podstawy do oceny czy cena ofertowa jest na rażąco niskim poziomie, czy też nie jest, gdyż jest to kwota wynikająca z analizy budżetu zamawiającego i jego możliwości finansowych, a nie z obiektywnej wyceny przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego faktycznie Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę, która stanowiła odzwierciedlenie wyceny rynkowej przedmiotu zamówienia i jako taka stanowiła podstawę do oceny pod kątem podejrzenia rażąco niskiej ceny, jednakże nie zawsze te wartości muszą być zbieżne.

W oparciu zatem o ustaloną przez Zamawiającego, na moment upływu terminu składania ofert w postępowaniu, wycenę rynkową przedmiotu zamówienia należało dokonać porównania ofert złożonych w tym postępowaniu. Wskazane porównanie pozwalało, w ocenie Izby, na ustalenie, że skierowanie wezwania do wyjaśniania rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Dragados nie było bezwzględnie konieczne. Samodzielnie okoliczność, iż dana oferta mieści się poniżej wartości, do której należy porównać wycenę przedmiotu zamówienia dokonaną przez Zamawiającego, nie jest okolicznością przesądzającą o podejrzeniu rażąco niskiej ceny w postępowaniu. Oferty złożone w niniejszym postępowaniu, z racji objęcia przedmiotem zamówienia nie tylko wykonania robót budowlanych, ale również opracowania dokumentacji związanej z wykonaniem robót cenowo mogą obiektywnie odbiegać od siebie.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż Zamawiający zwrócił się do Przystępującego Dragados dwukrotnie o wyjaśnienia, wskazując w tych wezwaniach dwie podstawy prawne: art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonując oceny treści tych wezwań można również dojść do wniosku, iż wezwania Zamawiającego miały także inny charakter – były wezwaniem do wyjaśniania treści oferty. Ewidentnie wiele ze szczegółowych pytań zadanych przez Zamawiającego Przystępującemu Dragados w treści obydwu wezwań ma charakter prośby Zamawiającego o ustalenie określonych elementów treści oferty, świadczeń, do których wykonania wykonawca zobowiązał się zgodnie z wymogami przetargowymi. Powyższe także wpływa na ocenę Izby, iż okoliczność skierowania w pismach z dnia 23 lutego 2015 r. i 10 kwietnia 2015 r. wezwań przez Zamawiającego do Przystępującego Dragados nie miała przesądzającego znaczenia dla uznania, iż w tym zakresie powstało bezwzględnie domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy. Taki sposób procedowania - przy uznaniu, że wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego Dragados mają charakter ogólnikowy - prowadziłby do konieczności odrzucenia oferty tego wykonawcy, co z kolei przy obiektywnym braku podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie wskazanego wykonawcy przy jednoczesnym nie wykazaniu tego podejrzenia ze strony Odwołującego i braku nawet minimalnego wykazania poziomu nierentowności jego oferty, byłby w ocenie Izby nieuzasadnione.

W tym kontekście warte zwrócenia uwagi jest także to, że wynagrodzenie przyjęte w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Niezależnie jednak od powyższego Zamawiający wymagał określenia kalkulacji ceny ofertowej przez wykonawców z wyszczególnieniem elementów ryczałtowych przedmiotu zamówienia. Analiza kalkulacji wyceny przedmiotu zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego i kalkulacji w ofertach Odwołującego i kwestionowanej oferty Przystępującego Dragados dokonana przez Izbę pokazuje, że wycena zasadniczej części robót budowlanych objętych przedmiotem

zamówienia w ofercie Przystępującego Dragados jest na podobnym poziomie co wycena szacunkowa dokonana przez Zamawiającego. Wycena kosztów ogólnych Przystępującego Daragados także jest zbliżona do wyceny Zamawiającego. Różnice pojawiają się natomiast w wycenie dokumentacji, która ze swej natury może być wyceniana różnie przez różnych wykonawców oraz wycena wykonania robót związanych z remontem istniejącej drogi krajowej nr 7 na odcinkach zastępowanych przez obwodnicę Radomia przewidzianych do przekazania gminom wraz z drogami zbiorczymi odtworzeniem organizacji ruchu. Z powyższego nie wynika w sposób rażąco, że wycena przedmiotu zamówienia dokonana przez Przystępującego Dragados uniemożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, a zatem nie uprawdopodobnia podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy.

Podstawą tej oceny, dokonanej przez Izbę, są przede wszystkim okoliczności niniejszej sprawy odwoławczej: zarzuty, argumentacja i dowody przedstawione przez Odwołującego. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący, podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Dragados, a także zarzut podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Konsorcjum Salini, powinien był wykazać, że obiektywnie ceny ofertowe obydwu wykonawców nie gwarantowały wykonania przedmiotu zamówienia bez podnoszenia przez nich strat. Odwołujący powinien był zatem przedstawić konkretne dowody potwierdzające, że ceny ofertowe obydwu wykonawców są nierynkowe. Odwołujący nie tylko nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, ale także żadnej argumentacji, która mogłaby powyższe choćby uprawdopodobnić. Podstawą zarzutu skierowanego wobec oferty Przystępującego Dragados było jedynie to, iż cena oferty tego wykonawcy odbiega od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz od średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu o określony procentowy poziom oraz to, iż Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a wyjaśnienia się niewystarczające, ogólne i nie przedstawiają żadnych dowodów. Odwołujący także powoływał się na argument wyceny swojej oferty na określonym poziomie. Odwołujący natomiast nie wykazał przed Izbą, jaki byłby obiektywnie właściwy i realny poziom wyceny rynkowej niniejszego przedmiotu zamówienia. Nie przedstawił żadnych dowodów, które podważałyby wycenę przedmiotu zamówienia uaktualnioną przez Zamawiającego na moment składania ofert. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje się natomiast na nieuprawnione uznanie, że dana oferta została złożona z rażąco niską ceną tylko z uwagi na określony procentowy poziom różnicy pomiędzy nią, a określonymi obiektywnymi wyznacznikami wyceny przedmiotu zamówienia. W każdej sprawie niezbędna jest indywidualna ocena konkretnego stanu faktycznego sprawy – konkretnej wyceny ofertowej i rynkowej wyceny danego przedmiotu zamówienia.

To na Odwołującym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, a także pomocniczo zgodnie z art. 6 KC, spoczywa ciężar wykazania konkretnymi dowodami określonych okoliczności, które stanowią podstawę jego twierdzeń i zarzutów. Odwołujący niewątpliwie kwestionuje określone czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu, wywodząc z nich określone skutki prawne – konieczność podważenia wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i jej odrzucenia oraz wezwania do złożenia wyjaśnień przez Przystępującego Konsorcjum Salini, zatem, zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp obowiązany był przedstawić konkretne dowody dla stwierdzenia wywodzonych faktów. Temu Odwołujący w niniejszej sprawie nie sprostał, nie wykazując przede wszystkim właściwego, obiektywnego punktu odniesienia (wyceny rynkowej przedmiotu zamówienia), który stanowiłby podstawę oceny, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska. Nie przedstawił też żadnych dowodów ani argumentacji, która choćby uprawdopodobniałaby, że Przystępujący Dragados za zaoferowaną cenę ofertową wykona przedmiotowe zamówienie z określonymi stratami albo nie podoła w ogóle wykonaniu zamówienia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie przedstawił nawet żadnej szczegółowej kalkulacji, która pozwalałaby na takie twierdzenia. Nie zaprezentował żadnych czynników gospodarczych, sytuacji rynkowej związanej z wyceną robót budowlanych zasadniczych oraz robót związanych z remontem istniejącej drogi, objętych przedmiotem zamówienia (zakupu określonych materiałów, stawek roboczogodzin, zaangażowania sprzętowego i ludzkiego), czy wyceną przygotowania dokumentacji związanej z tym zamówieniem. Taka szczegółowa kalkulacja, oparta o konkretne czynniki rynkowe, mogłaby stanowić punkt wyjścia do uznania, że wobec oferty Przystępującego Dragados istniało podejrzenie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazał zatem, że takie podejrzenie rażąco niskiej ceny w ogóle było obiektywnie uzasadnione. Nie zgadzając się na przygotowaną przez Zamawiającego kalkulację, uwzględniającą dynamiczną zmianę cen czynników cenotwórczych, dokonaną na moment otwarcia ofert, nie wykazał też, jaka była obiektywnie na wskazany moment uzasadniona wycena rynkowa przedmiotu zamówienia. Co do oferty Konsorcjum Salini jedynym argumentem, jaki został podniesiony w odwołaniu na poparcie zarzutu podniesionego w tym zakresie, była okoliczność, iż cena ofertowa Konsorcjum Salini jest jedynie o niecałe 4% wyższa od ceny ofertowej Przystępującego Dragados. Ponownie więc, Odwołujący opierał się jedynie na procentowej różnicy w cenach ofertowych i wycenie przedmiotu zamówienia, nie wykazując punktu odniesienia – właściwej według niego i obiektywnie wyceny rynkowej przedmiotu zamówienia, a także nie podważając wyceny oferty Przystępującego Konsorcjum Salini, iż za daną cenę ofertową wykonawca ten nie jest w stanie prawidłowo zrealizować przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu nieudostępnienia na wniosek Odwołującego załączników do protokołu, tj. załączników do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Dragados w piśmie z dnia 16 kwietnia 2015 r., tj. ofert od podwykonawców i cenników sprzętu, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła w przedmiocie tego zarzutu, że do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, również w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z sierpnia ubiegłego roku. W oparciu o wskazany przepis, także zgodnie z wytycznymi interpretacji tego przepisu określonymi przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 75/5), Zamawiający przy zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę powinien dokonać oceny prawidłowości tego zastrzeżenia. Zdaniem Izby ta ocena może być przeprowadzona poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień odnoszących się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z uwzględnieniem definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie jest to jednak obowiązkowa procedura oceny prawidłowości zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle uprzednio obowiązujących regulacji ustawy Pzp oraz przywołanej uchwały Sądu Najwyższego. Zamawiający w tym zakresie - o ile obiektywnie jest to możliwe i zasadne w konkretnej sytuacji - działając w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie oraz konkretne okoliczności faktyczne sprawy, może takie badanie przeprowadzić samodzielnie. W toku rozprawy Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie taka ocena i badanie zostało przeprowadzone bezpośrednio u Zamawiającego i doprowadziło ono do uznania, że wskazane, zastrzeżone w wyjaśnieniach Przystępującego Dragados dokumenty, stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba potwierdziła wskazane ustalenia Zamawiającego, uznając przede wszystkim, że sam fakt uzyskania określonych warunków zakupu konkretnych materiałów od danego podmiotu na szczególnych warunkach, a także fakt współpracy z określonym podmiotem mogą stanowić wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy i jego *know-how* i o ile nie zostały udostępnione do wiadomości innych podmiotów, czy wiadomości publicznej i zastosowano wobec tych informacji określone warunki poufności, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Tym samym Izba stwierdziła, że nie doszło od naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 20 000,00 zł oraz
- stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....