

Sygn. akt: KIO 616/16

## WYROK

z dnia 10 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Getinsa-Payma S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Getinsa-Payma S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Getinsa-Payma S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Getinsa-Payma S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) 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:** .....

## Uzasadnienie

I. PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „wykonanie dokumentacji projektowych dla odcinka Czyżew ~ Białystok od km 107.260 -do km 178.500, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i przygotowanie wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych pozwoleń, decyzji administracyjnych oraz materiałów przetargowych na roboty budowlane w ramach projektu POLiŚ 7.1-7.5 „Modernizacja linii E 75 na odcinku Sadowne ~ Białystok wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa - Rembertów - Sadowne - Prace przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 31 sierpnia 2013 r., poz. 2013/S 169-293297. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa).

W dniu 22 kwietnia 2016 r. Getinsa-Payma S.L. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (poprzednio: Getinsa ingenieria SL; dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 4) w związku z art. 7 ust 1 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Aecom, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Aecom nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust 2-3 Ustawy;
2. art. 7 ust 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Aecom wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca Aecom nie wykazał, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 24 ust 2 pkt 4) Ustawy w związku z art 7 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Aecom, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania

wezwania w trybie art 26 ust 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

4. art. 96 ust 3 Ustawy w związku z art. 8 ust 1 i w związku z art. 9 ust 1 Ustawy, poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami w wersji aktualnej i pełnej.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Ad 1. Odwołujący podnosił, że fakt, że oferta Aecom zawiera rażąco niską cenę wynika, poza porównaniem ceny oferty Odwołującego i Przystępującego, z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014 roku, KIO 397/14. Według wywodów Odwołującego, KIO nakazała odrzucenie 6 ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Przystępującego. Odrzucenie miało co prawda zostać poprzedzone przez wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (również nakazane przez KIO), ale zdaniem Odwołującego, wezwanie i złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, pozostają bez wpływu na nakazane przez KIO odrzucenie oferty. Odwołujący podnosił, że Sąd Okręgowy nie zmienił wyroku KIO 397/14 w zakresie nakazania odrzucenia m. in. oferty wykonawcy Aecom, a jedynie stwierdził: „Dopiero po otrzymaniu wyjaśnień winien dokonać oceny charakteru złożonych ofert pod kątem rażąco niskiej ceny” Jednakże ocena ta powinna zostać dokonana zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyroku Izby w części, w której wyrok nie został zmieniony. W szczególności zaś ocena ofert powinna zostać dokonana z uwzględnieniem opinii biegłego, powołanego przez Izbę z urzędu, która to opinia została uznana przez Sąd za prawidłową i dającą istotny wkład w materiał dowody sprawy.

Podsumowując, podstawie wyroków KIO i SO Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty wykonawcy Aecom, po uprzednim wezwaniu tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia, jakie złożył wykonawca Aecom nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny, nie wykazują, że jest to cena rynkowa. Wyjaśnienia te zostały złożone w styczniu 2016 roku, jednakże – nieprawidłowo w ocenie Odwołującego - odnosiły się do cen wykonania przedmiotu zamówienia z dnia złożenia ofert. Tym samym - mając na uwadze postanowienia SIWZ - są one wadliwe, nie spełniają przesłanek określonych w art. 90 Ustawy, a zatem także dokonując oceny oferty wykonawcy Aecom wyłącznie na podstawie tych wyjaśnień (choć jest to sprzeczne z w/w wyrokami Izby i Sądu Okręgowego) Zamawiający powinien odrzucić ofertę Aecom, gdyż wyjaśnienia nie okazały się wystarczające.

Wobec faktu długiego okresu trwania przedmiotowego postępowania Zamawiający w ramach powtórnej oceny ofert powinien oceniać oferty z uwzględnieniem stanu faktycznego oraz prawnego na dzień oceny ofert. W szczególności Zamawiający powinien przy ocenie ofert uwzględnić zmiany, jakie zaistniały od czasu pierwszej oceny ofert.

Odwołujący wyjaśniał, iż SIWZ w Tomie II Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 4.1.3 Warunki geotechniczne wskazano: „Badania geotechniczne należy prowadzić z dokładnością i starannością określoną obowiązującymi przepisami i normami, w tym wymaganiami Warunków technicznych utrzymania podtorza kolejowego Id-3.” oraz „Badania podtorza należy wykonać w niezbędnej gęstości, nie rzadziej jednak, niż co 100 m.” Jednakże Instrukcja Id-3 już nie obowiązuje, obecnie obowiązującą u Zamawiającego jest instrukcja Igo-1. A zatem w momencie prowadzenia prac powinny być one prowadzone według instrukcji Igo-1, ponadto całą dokumentację należy dostosować również do wymagań instrukcji Igo-1.

Odwołujący zestawiał zmiany wprowadzone kolejnymi instrukcjami, i podnosił, że nowowprowadzone zasady nie zwiększają ilość wymaganych odwiertów, ale również podwajają głębokość odwiertu.

Odwołujący uważa ponadto, że wyjaśnienia złożone przez Aecom nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny, które to czynniki nie istniałyby w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców, w tym w stosunku do samego Odwołującego. Należy bowiem podkreślić, iż wszystkie firmy startujące w przedmiotowym postępowaniu świadczą swoje usługi w oparciu o te same, stosowane na całym świecie metodyki i zasady, oferują swoim pracownikom czy podwykonawcom analogiczne wynagrodzenia oraz stosują te same rozwiązania techniczne. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowych wyjaśnieniach Aecom nie wskazał żadnych czynników, które są specyficzne tylko i wyłącznie dla tego wykonawcy. Odwołujący - wobec objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa - nie może wskazać konkretnych zapisów. Jednakże wobec treści zarzutu Izba, rozpatrując odwołanie, dokonuje analizy treści złożonych wyjaśnień także pod kątem wskazania w nich przesłanek określonych w art. 90 Ustawy.

Ad 2. Zarzut zaniechania odtajnienia złożonych przez wykonawcę Aecom wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; pomimo że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego dokonane zastrzeżenie wyjaśnień złożonych przez Aecom jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych wyjaśnieniach informacje nie realizują bowiem łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Ustawy, w szczególności zasadę jawności

postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego w stosunku do przedmiotowych zastrzeżonych informacji nie zostały spełnione co najmniej przesłanki nieujawnienia do informacji publicznej oraz posiadania charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazuje, iż jego zdaniem także trzecia przesłanka ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest spełniona. Otóż zdaniem Odwołującego Aecom nie wykazał, iż podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wobec braku wykazania spełnienia tej przesłanki w wyjaśnieniach - informacje nie mogą, zgodnie z definicją legalną, zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego, faktycznym powodem zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji, poprzez uniemożliwienie Odwołującemu weryfikacji złożonych wyjaśnień pod kątem zgodności z SIWZ i Ustawą.

Powyższa kwestia precyzyjnego wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł.

Odwołujący podkreślał, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady.

Ad 3. Zarzut zaniechania wykluczenia Aecom na podstawie przepisu art 24 ust 2 pkt 4) Ustawy ze względu na fakt, iż Aecom nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazywał, że Aecom złożył zamiast urzędowego zaświadczenia o niekaralności - oświadczenie złożone przed notariuszem, w sytuacji, gdy w Wielkiej Brytanii wydaje się przedmiotowe zaświadczenia. Zatem wykonawca Aecom nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie można bowiem dowolnie składać oświadczeń składanych przed notariuszem, podczas gdy w danym kraju zaświadczenia urzędowe są wydawane.

Odwołujący podnosząc tak sformułowany zarzut, miał świadomość (jak sam zauważył w odwołaniu), że „przedmiotowy zarzut był już podnoszony w przedmiotowym postępowaniu i że został on oddalony wyrokiem KIO 397/14. Przy czym uzasadnienie wyroku w przypadku oddalenia tego zarzutu nie zawiera żadnych argumentów, a sprowadza się do

sformułowania: „Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów odwołania, uznając je na podstawie dowodów za nieudowodnione i nieuprawnione. Odwołujący - wobec uwzględnienia odwołania - nie miał interesu we wniesieniu skargi (brak gravamenu), zatem nie mógł polemizować z wyrokiem w tym zakresie.” Następnie na rozprawie podnosił dodatkowo, że kolejnym argumentem przemawiającym za ponowieniem zarzutu, jest ustabilizowanie się linii orzeczniczej w KIO w tym zakresie.

Ad 4. Zarzut zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania w wersji aktualnej i pełnej.

Odwołujący już uprzednio, odwołaniem uwzględnionym wyrokiem z dnia 8 grudnia 2015 roku, KIO 2610/15, zarzucał Zamawiającemu bezprawne zaniechania w zakresie udostępnienia dokumentacji postępowania. W wyniku w/w odwołania Zamawiający przekazał Odwołującemu protokół postępowania, jednakże protokół ten nie był należycie wypełniony w punkcie 20 - Załączniki do protokołu. Potwierdziła to Izba stwierdzając wyroku: „Pomimo przesłania w dniu poprzedzającym rozprawę protokołu postępowania, na co wskazał sam Odwołujący, za zasadny należy uznać również zarzut zaniechania udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami odnośnie przebiegu postępowania po 16 kwietnia 2015 r. Zamawiający nie przesłał bowiem załączników do protokołu, a ich lista, sprowadzająca się do raptem czterech punktów, z pewnością jest zdaniem Odwołującego - niekompletna, również w odniesieniu do dokumentacji narosłej po tej dacie (brak jest np. oświadczeń o przedłużeniu związania ofertą, odpisu wyroku sądu okręgowego). Przede wszystkim Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się na rozprawie do tego zarzutu, a tym samym nie zaprzeczył że nie reagował na wnioski Odwołującego o udostępnienie dokumentacji. Znajduje to również potwierdzenie w dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego, w której znajdują się jedynie pisma kierowane w tym zakresie przez Getinsa.”

Sytuacja nienależytego sporządzenia przez Zamawiającego protokołu postępowania wciąż pozostaje aktualna. Co prawda obecnie lista załączników w punkcie 20 ma już 18 pozycji, jednakże nadal z tej listy nie wynika, co właściwie jest załącznikami do protokołu. Odwołujący nie może sprawdzić, czy udostępniono mu wszystkie załączniki do protokołu, czy też może udostępniono te załączniki w sposób wybiórczy. Jest to o tyle istotne, że nie udostępniono Odwołującemu żadnych protokołów z obrad komisji przetargowej czy też opinii sporządzanych w związku z czynnościami podejmowanymi przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego stan naruszenia przepisu art. 96 ust. 3 Ustawy PZP trwa nadal, zaś Zamawiający także w tym przypadku zaniechał wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego z postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca AECOM Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (poprzednio: URS Polska Sp. z o.o.), którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Izba z urzędu postanowiła dopuścić jako dowód w sprawie dokumentację postępowania sygn. akt KIO 397/14 i KIO 2610/15.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie. Przystępujący wnosił co prawda o odrzucenie odwołania, ponieważ jego zdaniem Odwołujący do odwołania nie załączył prawidłowych pełnomocnictw, jednak Izba nie dopatrzyła się braków w tym zakresie. Odwołujący zauważył, że taki sam sposób reprezentacji był przedstawiany przez niego w pozostałych postępowaniach odwoławczych, a analogiczny zarzut został podniesiony przez Zamawiającego w postępowaniu sygn. akt KIO 2610/15 i Izba w składzie trzyosobowym, po szczegółowej analizie dokumentów potwierdzających umocowanie, nie stwierdziła braków w ciągu pełnomocnictw. Skład orzekający w przedmiotowej sprawie pogląd ten podzielił.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Analizując argumentację Odwołującego odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4) w związku z art. 7 ust 1 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Aecom, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Aecom nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania



określone w art. 90 ust 2-3 Ustawy, Izba po pierwsze stwierdziła, że wbrew stanowisku Odwołującego, z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 397/14 i następnie wyroku Sądu Okręgowego Warszawie sygn. akt XXIII Ga 269/14 nie wynikał automatyczny nakaz odrzucenie oferty Przystępującego z postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała wyraźnie wezwanie Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Sąd Okręgowy stwierdził, że „Dopiero po otrzymaniu wyjaśnień winien dokonać oceny charakteru złożonych ofert pod kątem rażąco niskiej ceny”. Oznacza to, że wezwanie odnośnie zaoferowanej ceny i złożone wyjaśnienia muszą zostać podane autonomicznej ocenie Zamawiającego. Dopiero po analizie wyjaśnień Zamawiający może podjąć decyzję o ewentualnym odrzuceniu wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych. Nie jest trafne stwierdzenie Odwołującego, że Sąd Okręgowy, w ślad za opinią biegłego (wydana w sprawie sygn. akt KIO 397/14), uznał wszystkie oferty złożone w postępowaniu z ceną niższą, niż 42 000 000 zł, za rażąco niskie. Należy zauważyć, że wyrokiem sygn. akt XXIII Ga 269/14 Sąd Okręgowy zmienił wyrok KIO sygn. akt KIO 397/14 w ten sposób, że nakazał przywrócenie jednego z wykonawców do postępowania (Konsorcjum KV), z ceną również poniżej poziomu wskazanego w opinii biegłego.

Jak zauważył Sąd Okręgowy w wyroku sygn. akt XXIII Ga 269/14, „punktem odniesienia kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, winno być przede wszystkim: 1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia; 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców; 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

W sytuacji złożonych i dość skomplikowanych przedmiotów zamówienia (...), tylko łączna, wyważona ocena przedstawionych powyżej przesłanek może prowadzić do prawidłowej oceny zagadnienia rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo, w świetle art. 90 ustawy Pzp niezwykle istotne są kwestie: (-) prawidłowego wezwania oferentów, których cena wydaje się rażąco niska, do przedstawienia wyjaśnień; (-) same wyjaśnienia złożone przez oferentów; (-) ocena tych wyjaśnień przez zamawiającego.”

Reasumując, Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek, wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a następnie, w odparciu o złożone wyjaśnienia, do podjęcia decyzji, czy zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Izba wyjaśnienia Przystępującego oceniła, biorąc pod uwagę opisane wyżej wytyczne Sądu Okręgowego.

Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że na skutek doświadczeń z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia urealnił metodykę obliczania

wartości szacunkowej, co uwidocznili w analizach złożonych na rozprawie (wykaz innych postępowań podobnego rodzaju z ich wartością szacunkową i zaoferowanym poziomem cen) - przy obecnej metodyce wartość tego postępowania oszacowałyby na ok. 20 000 000 zł (w 2013 r. - 73 800 000,00). Odwołujący zasadniczo z powyższym stwierdzeniem nie polemizował.

W postępowaniu Zamawiający dokonał oceny 7 ofert z następującymi cenami: Konsorcjum KV - 15 236 639,76 zł, SYSTRA - 16 841 005,02 zł, Konsorcjum BBF - 17 982 600,00 zł, Przystępujący - 20 264 250,00 zł, OveArup - 23 369 987,70 zł, SENER - 29 071 398,09 zł, Odwołujący - 60 213 758,25 zł (ponadto oferta TEC CUATRO z ceną na poziomie 10 000 000 zł). Cena Odwołującego jest zbliżona do szacowanej wartości zamówienia, ale znacząco odbiega od pozostałych cen ofertowych. Ceny rynkowe w tym postępowaniu i w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego (wg złożonych przez niego na rozprawie analiz) kształtują się na poziomie 20 000 000 zł. Po wyroku KIO i Sądu Okręgowego Zamawiający wezwał Przystępującego w dniu 7 stycznia 2016 r. do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wyjaśnieniach z dnia 8 stycznia 2016 r. Przystępujący wskazał i opisał wyjątkowo sprzyjające warunki dotyczące realizacji zamówienia oraz podał szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów ceny, z wyczeniem cen elementów przedmiotu zamówienia, objętych ofertą. Załączył kalkulację zaangażowania personelu, oraz oferty podwykonawców (wyjaśnienia były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co było przedmiotem odrębnego zarzutu).

Biorąc pod uwagę powyższe, wobec wytycznych Sądu Okręgowego, a więc konieczności odniesienia się do wartości szacunkowej zamówienia, cen rynkowych i wyjaśnień Przystępującego – Izba uznała, że przedmiotowe wyjaśnienia są wystarczające, a w konsekwencji nie stwierdziła podstaw, aby cenę oferty Przystępującego uznać za rażąco niską. W ocenie składu orzekającego, w świetle jednoznacznych wskazówek zawartych w wyroku Sądu Okręgowego, nie zaistniała potrzeba powołania biegłego w zakresie oceny wyjaśnień Przystępującego i rażąco niskiej ceny (o co wnosili Odwołujący), dlatego Izba wniosek o powołanie biegłego oddaliła.

Wyjaśnienia Przystępującego nie tylko są przekonujące, ale odnoszące się do właściwego czasu – wbrew twierdzeniom Odwołującego, niezasadne byłoby domaganie się od Przystępującego, aby dokonywał ponownego obliczenia ceny oferty według cen obowiązujących na dzień składania wyjaśnień, prawie trzy lata po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem składu orzekającego wyjaśnienia odnośnie ceny powinny korespondować z dniem, w którym była składana oferta, a zgodnie z SIWZ odnosić się do planowanego wówczas (realnego) terminu realizacji zamówienia.

Co do zarzutów dotyczących naruszenia zasady jawności postępowania – tj. naruszenia: 1) art. 7 ust 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Aecom wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca Aecom nie wykazał, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 2) art. 96 ust 3 Ustawy w związku z art. 8 ust 1 i w związku z art. 9 ust 1 Ustawy, poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami w wersji aktualnej i pełnej;

Izba ustaliła, co następuje:

1. Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 8 stycznia 2016 r. zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.
2. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu ani wyjaśnień Przystępującego, ani pisma z dnia 26 stycznia 2016 r. (w odpisie akt przekazanym Izbie pismo to znalazło się w części oznaczonej jako „tajemnica przedsiębiorstwa”) w którym zawarto ocenę wyjaśnień wykonawców złożonych w trybie rażąco niskiej ceny. W piśmie tym naczelnik wydziału (wg Zamawiającego, zgodnie z protokołem – wewnętrzny biegły, powołany przez Zamawiającego do oceny zagadnienia rażącej ceny w postępowaniu) analizuje wyjaśnienia Konsorcjum KV i Przystępującego. Wobec Konsorcjum KV stwierdzono, że wyjaśnienia są niewystarczające. Wyjaśnienia Przystępującego uznano za przekonujące; w piśmie zawarto obszernie cytaty z wyjaśnień Przystępującego.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów Prawa zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania.

Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w części oferty bądź wyjaśnieniach możliwe jest w przypadku łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, 2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W ocenie Izby wyjaśnienia Przystępującego spełniają powyższe przesłanki – wyjaśnienia odnoszące się do wyjątkowo sprzyjających warunków, kalkulacji ceny, ofert podwykonawców mają wskazany wyżej w pkt 1 charakter, nie stwierdzono też (Odwołujący nie wykazał), aby były one upowszechniane publicznie

przez Przystępującego. Można się dopatrzeć, że niektóre elementy tych wyjaśnień – jak wyliczenie arytmetyczne średnich cen ofert złożonych w postępowaniu – nie zasługują na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa, niemniej jednak Izba nie nakazała Zamawiający dokonania żadnych czynności w tym zakresie, bowiem w ocenie Izby nie miałyby to wpływu na wynik postępowania (w pozostałej części wyjaśnienia są zasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). Analogicznie Zamawiający mógłby ujawnić wyniki analiz złożonych wyjaśnień, dokonanych w piśmie z dnia 26 stycznia 2015 - w zakresie końcowych wniosków dotyczących wyjaśnień Konsorcjum KV i Przystępującego (dwa ostatnie akapity pisma), tak samo jak sam fakt powołania wewnętrznego biegłego. Jednak Izba również powyższe ocenia jako irrelewantne dla wyniku postępowania. Izba samodzielnie doszła do takich samych wniosków, jak w przywoływanym piśmie (a mianowicie, że wyjaśnienia Przystępującego są przekonujące, a więc zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska), a więc nie ma ono wpływu na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy. Zaleca się jednak Zamawiającemu takie opisywanie w protokole załączników, aby wykonawca miał pewność, że zapoznał się z całością dokumentacji postępowania, w tym również, w tym z odpisem wyroku Sądu Okręgowego i oświadczeniami wykonawców składanych w postępowaniu.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4) Ustawy w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Aecom, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest wniesiony po terminie, a ponadto był już rozpatrywany przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 397/14, co zauważył sam Odwołujący w odwołaniu. Okoliczność, że Izba lakonicznie – wg Odwołującego - odniosła się do tak sformułowanego zarzutu, nie przywraca możliwości jego ponawiania. Gdyby zarzut ten był samodzielną podstawą odwołania, zostałoby ono odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby „ustabilizowanie się linii orzeczniczej” (czego zresztą Odwołujący nie wykazał) wobec określonego zagadnienia nie może być uznane za nową okoliczność, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Izba nie mogła rozpatrzyć tak sformułowanego zarzutu.

Wobec powyższych okoliczności. Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

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 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).

**Przewodniczący:** .....