

Sygn. akt: KIO 636/18

## WYROK

z dnia 23 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Mostostal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), 2. Acciona Construccion S. A., z siedzibą w Madrycie (Hiszpania) - (Partner Konsorcjum),** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, reprezentowanemu przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
  - b) ujawnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Mostostal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), 2. Acciona Construcción S. A., z siedzibą w Madrycie (Hiszpania) - (Partner Konsorcjum) w następującym zakresie:
    - Część druga lit. A (Wykaz płatności: I. Wymagania ogólne) w zakresie odpowiedzi: A.2 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
    - Część druga lit. B (Wykaz płatności: II. Dokumenty Wykonawcy) w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
    - Część druga lit. C (Wykaz płatności: III. Roboty) w zakresie odpowiedzi: C.1, C.2, C.7, C.12, C.13 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie i:
  - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2 zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, reprezentowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad**

**Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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**

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający” lub „GDDKiA”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie „C” od węzła „Kamień ” (z węzłem) do węzła Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) o długości około 7,9 km. Nr postępowania: O/RZ.D-3.2410.4.2015.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 184-333303 w dniu 23 września 2015 r.

W dniu 22 marca 2018 r. Zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, powiadomił wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „Budimex”) o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania „C” od węzła „Kamień ” (z węzłem) do węzła Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) o długości około 7,9 km. Za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Mostostal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), 2. Acciona Construccion S. A., z siedzibą w Madrycie (Hiszpania) - (Partner Konsorcjum) – dalej: „Konsorcjum Mostostal” lub „Przystępujący”.

W dniu 3 kwietnia 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu ujawnienia całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Mostostal w dniu 22 stycznia 2018 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, których fragmenty zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- zaniechaniu wezwania Konsorcjum Mostostal do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dale: „siwz” lub „specyfikacja”),
- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal.

Odwołujący zarzucał czynności Zamawiającego naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez odmowę ujawnienia informacji, które Przystępujący zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy zastrzeżone informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, względnie okoliczność ta nie została przez Konsorcjum Mostostal wykazana, czym Zamawiający w znacznym stopniu ograniczył realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących jemu na mocy ustawy środków ochrony prawnej,
2. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 7 Pzp, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mostostal do złożenia wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w sytuacji, gdy po stronie Zamawiającego winny zająć wątpliwości, czy cena zaoferowana przez Przystępującego ma charakter rynkowy i obejmuje wszystkie koszty wykonania zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal, mimo że jej treść nie odpowiada treści siwz,
4. art. 7 ust. 1 Pzp, przez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Mostostal jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. całości wyjaśnień Przystępującego, złożonych w dniu 22 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2018 r.
- wezwanie Konsorcjum Mostostal do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, względnie odrzucenie oferty Konsorcjum Mostostal bez skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jako niezgodnej z treścią siwz.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że po czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, stosownie do art. 96 ust. 3 Pzp uzyskał możliwość wglądu do protokołu postępowania, w tym dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania, a powstałych w wyniku korespondencji, prowadzonej przez Zamawiającego z Konsorcjum Mostostal i z możliwości tej skorzystał bez zbędnej zwłoki, tj. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów. Z udostępnionych Odwołującemu w dniu 26 marca 2018 r. informacji wynika, że Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2018 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Konsorcjum Mostostal do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Pismem z dnia 22 stycznia 2018 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi na wezwanie.

Kolejno Odwołujący podnosił, że treść samych wyjaśnień Konsorcjum Mostostal nie została jemu udostępniona w całości z uwagi na okoliczność, że:

- Część druga lit. A (Wykaz płatności: I. Wymagania ogólne) w zakresie odpowiedzi: A.2 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
- Część druga lit. B (Wykaz płatności: II. Dokumenty Wykonawcy) w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
- Część druga lit. C (Wykaz płatności: III. Roboty) w zakresie odpowiedzi: C.1, C.2, C.7, C.12, C.13 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części,

stanowią - w ocenie Zamawiającego - tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum Mostostal.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający w dniu 29 marca 2018 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania równoległego (Zadanie „B” od węzła „Podgórze ” (z węzłem) do węzła „Kamień” (bez węzła) o długości około 10,5 km) w ramach tego samego zamówienia. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego. Oferta Konsorcjum Mostostal została

odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z uzasadnienia odrzucenia oferty (str. 5 zawiadomienia) wynika, że Zamawiający stwierdził niezgodność treści oferty Konsorcjum z siwz, przede wszystkim na podstawie analogicznych wyjaśnień złożonych w trybie art. 87 Pzp. Zamawiający twierdził, że stwierdził niezgodność treści oferty z siwz na podstawie pytań dot. Zadania B (analogicznych do Zadania C, czyli przedmiotowego odwołania): A. 1 (odpowiedź utajniona), A.2 (odpowiedź utajniona), B.2, B.4, B.8, C. 1 (odpowiedź utajniona), C.3 (odpowiedź utajniona), C.6 (odpowiedź utajniona), C.9. C.10., C.11., C. 13 (odpowiedź utajniona).

Zdaniem Odwołującego powyższe wskazuje, że utajnione w postępowaniu wyjaśnienia mają kluczowy charakter i uniemożliwienie Odwołującemu dostępu do tych wyjaśnień rażąco ogranicza jego możliwości dotyczące weryfikacji oferty Konsorcjum Mostostal. W ocenie wykonawcy Budimex wątpliwości co do prawidłowości tej oferty są tym bardziej uzasadnione, że Konsorcjum Mostostal składało łącznie oferty na oba Zadania, więc skoro jego oferta zostaje odrzucona tylko w jednym Zadaniu, a w drugim zostaje wybrana jako najkorzystniejsza, to nie można odebrać innym wykonawcom prawa do merytorycznej jej weryfikacji. Ponadto, drugą przesłanką odrzucenia oferty Konsorcjum w Zadaniu B była rażąco niska cena tej oferty, odnosząca się do nie zawarcia w pozycji „Koszty ogólne Wykonawcy” kluczowych elementów składających się na koszty ogólne wykonawcy. Odwołujący podnosił, że w zawiadomieniu nie wskazano szczegółów, powołując się znów na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał jedynie, że Konsorcjum podało wyłącznie kwoty ryczałtowe, bez poparcia w jakichkolwiek dokumentach potwierdzających koszty, źródłach oraz podstawach przyjętych cen (str. 6 zawiadomienia). Odwołujący twierdził że Konsorcjum Mostostal nie pokazało również kosztów na „utrzymanie odcinków dróg kolidujących z inwestycją” oraz „zaplecza pomocniczego nr 1 i 2”, mimo że koszty te zostały podane w innych miejscach, ale nie w zestawieniu. Konsorcjum Mostostal nie wykazało także jakie koszty ogólne zawarło w pozycji „pozostałe koszty ogólne”. Ponadto, Konsorcjum Mostostal nie dokonało prawidłowej wyceny „Kalkulacji zaplecza Wykonawcy” oraz elementów wskazanych w WWiORB DM-00-00-00 ze wskazaniem zakładanego poziomu zysku. Konsorcjum nie wyceniło również wszystkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia. W ocenie Budimex takie działanie Zamawiającego świadczyło o naruszeniu obowiązujących przepisów prawa.

1. Brak wykazania przez Przystępującego, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Mostostal nie wykazało, że zastrzegane przez nie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. przedstawiło wprawdzie Zamawiającemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego treść w zasadzie jest tak ogólna że może być stosowana w każdym postępowaniu, a co za tym idzie – w opinii Odwołującego - nie można przyjąć, że przedstawiając je, wykonawca zrealizował ciążący na nim obowiązek wykazania określonych okoliczności faktycznych. Odwołujący wskazywał, że Przystępujący w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poza przytoczeniem obszernych fragmentów z orzecznictwa oraz opinii UZP, skupiło się na podaniu różnorodnych definicji i cech tajemnicy przedsiębiorstwa zamiast wykazać, że konkretne, przedkładane przez Konsorcjum Mostostal dokumenty, te definicję spełniają. Odwołujący podnosił, że nie przedstawiano żadnych dowodów, a zatem zastrzeżenie sprowadzało się w zasadzie do oświadczenia - co w żaden sposób nie spełniało obowiązku „wykazania” spełniania przesłanek.

Odwołujący twierdził, że samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić - i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” - iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Budimex przywołane stwierdzenia wykonawcy są ogólne (jakie istotne aspekty działalności gospodarczej można poznać zapoznając się z wyjaśnieniami, dlaczego aspekty te są ważne dla konkurencyjności przedsiębiorstwa wykonawcy, dlaczego dane są „doniosłe” z gospodarczego punktu widzenia, o jakiej przewadze konkurencyjnej świadczą zastrzeżone informacje itd.), przez co trudno ocenić wiarygodność przedstawionych informacji i to, czy ujawnienie zastrzeżonych informacji faktycznie może spowodować po stronie wykonawcy szkodę.

Odwołujący zarzucał, że tak ogólnie sformułowanie uzasadnienia jedynie potwierdza, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było utrudnienie konkurencyjnym wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie weryfikacji oferty wykonawcy. Odwołujący wskazywał, że Przystępujący przytoczył szereg wyroków KIO i Sądu Najwyższego, jednak nie odniósł się do meritum, tj. nie wskazał szczegółowo przyczyny zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegł informacje, które nie mogą zostać określone mianem tajemnicy przedsiębiorstwa ze względu na ich kazuistyczny charakter i związek z bieżącym postępowaniem. Podkreślał, że ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających



utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym - w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący twierdził, że Przystępujący poprzestał na złożeniu dość ogólnych wyjaśnień dokonanego przez siebie zastrzeżenia, poprzestając na przywołaniu kilku ogólnych stwierdzeń wprost nie odniesionych do treści i specyfiki zastrzeganych informacji, a nadto nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na to, że przedstawione przez niego okoliczności faktyczne mają w rzeczywistości miejsce. W szczególności wykonawca nie wykazał, że został zobowiązany do zachowania poufności danych przez swoich kontrahentów oraz, że podjął odpowiednie kroki ku temu by zachować zastrzegane informacje w poufności. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego ocena tego zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy.

## 2. Zastrzegane informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący podnosił, że nie znając treści informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum, nie może udowodnić, iż wykonawca ten nie zastrzegł informacji o walorze tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednak jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Izby, to na wykonawcy zastrzegającym informację, jak również na Zamawiającym w przypadku, gdy uznał on skuteczność zastrzeżenia, spoczywa ciężar dowodu, że informacje te spełniają warunki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone w wyjaśnieniach dla Zamawiającego informacje nie mają charakteru technicznego, technologicznego, czy organizacyjnego przedsiębiorstwa, przede wszystkim wartości gospodarczej. Budimex wskazywał, że wyjaśnieniami objęte są także informacje kluczowe z punktu widzenia tego jednego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Know-how wykonawcy jest informacja, z jakich względów dane rozwiązanie zostało wybrane dla danych zapisów siwz, a ta informacja z zastrzeżonych dokumentów nie wynika. Odwołujący nie zakładał przy tym, aby Konsorcjum Mostostal w wyjaśnieniach, w częściach nieudostępnionych Odwołującemu, wykazało, że zastosowało w niniejszym postępowaniu

nowe, nieznane konkurentom rozwiązania techniczne, w szczególności rozwiązania o charakterze innowacyjnym, zaś informacje o rozwiązaniach znanych i powszechnie stosowanych na rynku, waloru tajemnicy nie ma. W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie mamy do czynienia w istocie z przeciwną sytuacją, w odpowiedziach na pytania wykonawca potwierdził, że założył rozwiązania zgodne z dokumentacją postępowania (siwz), a skoro tak, to trudno mówić by uszczegółowienie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego informacji o dostosowaniu się do wymogów siwz miało stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum Mostostal objęło tajemnicą przedsiębiorstwa odpowiedzi na pytania dotyczące ceny, zaś Zamawiający ich nie upublicznił. Wykonawca Budimex podkreślał, że informacje te nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie 2 Pzp, wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp. Przemawia za tym również argument, że ilekroć w ustawie jest mowa o cenie to, według art. 2 pkt 1 tej ustawy, należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Natomiast przygotowanie cen jednostkowych dla warunków danego postępowania jest zjawiskiem naturalnym i samo w sobie nie uzasadnia objęcia informacji na temat tych cen ochroną wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa. Oceny tej nie zmienia fakt, że podczas otwarcia ofert odczytuje się cenę oferty, bez ujawniania elementów składowych, a więc cen jednostkowych za poszczególne zadania (usługi), których suma stanowi cenę całkowitą oferty.

Wobec tego, zdaniem Odwołującego, stosującego zawężającą wykładnię przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji z uwagi na zasadę jawności oraz szeroko rozumiane pojęcie „informacji dotyczących ceny”, które z zasady są jawne, nie było podstaw do utajnienia informacji o cenach jednostkowych, przyjętych przez Konsorcjum Mostostal, jeśli takie znalazły się w zastrzeżonych dokumentach.

Odwołujący twierdził również, że podjęte przez Konsorcjum środki mające na celu zachowanie poufności nie są wystarczające. W ocenie Odwołującego w „uzasadnieniu” przedstawionym przez Przystępującego brak jest dostatecznych informacji, które mogłyby wskazywać na spełnienie przez wykonawcę wymogów formalnych wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp, a ocena tego zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Zastrzeżone informacje nie miały wartości gospodarczej, były związane ściśle z przedmiotowym zamówieniem, a ich utajnienie

miało służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum Mostostal.

Zdaniem Odwołującego warto w tym miejscu odwołać się także do uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum dla Zadania „B” zamówienia. Z uzasadnienia tego wynika m. in., że Konsorcjum:

- nie przedstawiło umów zawartych z podwykonawcami, a jedynie wstępne oferty podmiotów, które zadeklarowały gotowość bycia podwykonawcą Konsorcjum Mostostal na danym zadaniu,
- nie przedstawiło dla szeregu zakresów zamówienia szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej, poprzestając na przedstawieniu „rozbita” ceny ryczałtowej na kolejne ryczałty cząstkowe lub deklaracji, że dany zakres został skalkulowany na podstawie wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Wykonawca Budimex twierdził, że zakres pytań zadanych Konsorcjum Mostostal w wezwaniu z art. 87 ust. 1 Pzp dla obu Zadaniach był podobny, jak i uwzględniając, że w Zadaniu B ze względu na to, że podstawą wezwania był także przepis art. 90 ust. 1 Pzp (co wiąże się z przerzuceniem na wykonawcę ciężaru dowodu i zazwyczaj wymusza większą szczegółowość składanych wyjaśnień), można założyć, że dla Zadania C poziom szczegółowości wyjaśnień Konsorcjum Mostostal był podobny lub nawet mniejszy niż dla Zadania B. Jeśli tak jest w istocie, to w ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Mostostal dla Zadania C nie zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Konsorcjum Mostostal w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dużo uwagi poświęciło zachowaniu w poufności danych pozyskanych od podwykonawców. Wykonawca Budimex zaznaczał, że jeżeli jednak tak, jak w przypadku Zadania B, mamy do czynienia tylko z ofertami wstępnymi podwykonawców, ze swoistym badaniem rynku, nie zaś z wynegocjowanymi umowami podwykonawczymi, to informacje o podwykonawcach i złożonych przez nich ofertach nie mają wartości gospodarczej, którą próbuje przypisać im wykonawca. Odwołujący twierdził, że oferty o podobnym stopniu szczegółowości i zapewne cenach uzyskałby każdy wykonawca działający w branży. Dopiero bowiem proces negocjacji tych ofert pokazuje, jaką faktyczną przewagę konkurencyjną ma dany wykonawca i jakie ostatecznie warunki realizacji umowy z podwykonawcą może uzyskać. Na wstępnym etapie - na etapie składania wstępnych ofert podwykonawczych, podwykonawcy nie deklarują z założenia współpracy z wykonawcą na zasadzie wyłączności

(a przynajmniej jak zakłada Odwołujący okoliczność taka nie została wykazana przez Konsorcjum Mostostal), a co za tym idzie ujawnienie ofert samo w sobie nie doprowadzi do „przejęcia” podwykonawców Konsorcjum Mostostal przez konkurentów. Jeśli bowiem Konsorcjum Mostostal chciałoby uniemożliwić konkurentom zawarcie umów ze swoim podwykonawcami, powinno było zawrzeć z nimi stosowne umowy wyłączające możliwość współpracy z konkurencją.

Odwołujący twierdził, że jeśli Konsorcjum Mostostal odpowiadając na pytania związane z wyceną podało tylko ogólne informacje, rozbicia ryczałtów na składowe, to informacje te - ze względu na wysoki poziom swojej ogólności - nie mogą mieć wartości gospodarczej dla konkurentów i w ślad za tym mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego odnotowania również wymaga, że jeśli Konsorcjum Mostostal nie wykazało, że dla potrzeb realizacji zamówienia przyjęło autorskie, nieznane na rynku rozwiązania projektowe, to także informacje o przyjętych przez wykonawcę założeniach projektowych nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazywał przy tym, że takiego dowodu brak w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum Mostostal w uzasadnieniu dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sugerował wprawdzie, że rozwiązania projektowe przyjęte przez niego mają charakter autorski, niemniej - zdaniem Odwołującego - nie sposób oprzeć się wrażeniu, że założenie to zostało przyjęte a priori i wynika z faktu, że są to wyjaśnienia własne wykonawcy.

### 3. Rażąco niska cena - brak wezwania.

Zdaniem wykonawcy Budimex przede wszystkim należało wskazać, że cena Konsorcjum Mostostal jest aż o 22,5% niższa od średniej ceny złożonych ofert. Znamienne przy tym pozostaje, że cena Konsorcjum Mostostal od ceny Odwołującego, kolejnej w tzw. rankingu ofert, odbiega o przeszło 40 mln zł. Z kolei cena Odwołującego i kolejnego wykonawcy firmy POLAQUA są do siebie bardzo zbliżone i wraz z kolejnymi dwoma ofertami tworzą pewien zespół cen o zbliżonej wartości. Odnotowania wymaga także i to, że w przypadku równoległe prowadzonego postępowania dla Zadania B - Zadanie „B” od węzła „Podgórze ” (z węzłem) do węzła „Kamień” (bez węzła) o długości około 10,5 km) - Zamawiający zdecydował się na wezwanie Konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a po zapoznaniu się z ich treścią, odrzucił ofertę Konsorcjum Mostostal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Zamawiający obszernie przedstawił uzasadnienie odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal dla Zadania B - część dot. ceny oferty Mostostal, zawierająca 20 punktów znajduje się na stronach 6-17 Zawiadomienia przesłanego Odwołującemu, jednakże z treści pisma wynika, że pełna wersja (bez utajnienia niektórych fragmentów jako tajemnica przedsiębiorstwa) jest jeszcze obszerniejsza i bardziej szczegółowa. Poszczególne punkty odnoszą się do:

1. Kosztów ogólnych Wykonawcy;
2. Zaplecza Wykonawcy;
3. Kalkulacji elementów (WWiORB DM-00-00-00);
4. Wyceny zagrożeń związanych z protestami mieszkańców, instytucji, stowarzyszeń i komitetów związanych z ochroną środowiska;
5. Zamierzeń w przypadku przekroczenia ścieżki krytycznej;
6. Weryfikacji zgodności map ze stanem rzeczywistym;
7. Rezerwy na wypadek znacznego przekroczenia kosztów rozwiązań lub zakresów wynikających z uzgodnień z gestorami sieci lub zarządcami dróg;
8. Oszczędności w zakresie ceny wybudowania 1 km drogi ekspresowej;
9. Wskazania cen materiałów, przyjęte do kalkulacji oferty;
10. Kalkulacji rozwiązań projektowych dla branży drogowej;
11. Kalkulacji rozwiązań projektowych dla branży mostowej;
12. Kalkulacji rozwiązań projektowych dla poszczególnych branż infrastruktury technicznej;
13. Potencjału sprzętowego;
14. Podwykonawstwa;
15. Zasobów ludzkich;
16. Umów ramowych/przedwstępnych na dostawę materiałów;
17. Laboratorium dla potrzeb zapewnienia jakości materiałów i robót;
18. Odległości kopalni materiałów przeznaczonych na nasypy;
19. Rezerwy dotyczące ryzyka przekroczenia kosztów w związku z uzgodnieniami z gestorem sieci lub zarządcami dróg;
20. Zakres zespołów projektowych drogowych, mostowych i branżowych do zaangażowania.

Zdaniem Odwołującego z uzasadnienia tego wynika, że Zamawiający stwierdził bardzo liczne nieprawidłowości w wycenie oferty Konsorcjum Mostostal dla Zadania B, na tyle istotne, że oferta ta została odrzucona w Zadaniu B. Wykonawca Budimex twierdził, że tylko pobieżna

analiza tego uzasadnienia (bez wiedzy o treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp, które zostały utajnione) zdaniem Odwołującego prowadzi do oczywistego wniosku, że w obu Zadaniach Konsorcjum Mostostal przyjęło takie same założenia do wyceny, a Zamawiający w obu postępowaniach miał w zasadzie ta same wątpliwości co do treści oferty wykonawcy (zadawał takie same pytania i jak można założyć uzyskał te same lub bardzo podobne odpowiedzi). Zamawiający nie wezwał mimo to Konsorcjum Mostostal do wyjaśnienia swojej oferty w zakresie prawidłowości ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący twierdził, że Konsorcjum Mostostal zostało wezwane do złożenia wyjaśnień ceny w Zadaniu B, ponieważ cena jego oferty była o 30,43% niższa od średniej. W przedmiotowym postępowaniu (Zadanie C) cena oferty była niższa od średniej tylko (zdaniem Odwołującego aż) o 22,5%, a mimo to Zamawiający wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp nie wystosował. Odwołujący twierdził, że przekroczenie granicy wyznaczonej art. 90 Pzp - granicy 30% - rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Jednak obowiązek ten istnieje także w innych przypadkach, tj. zawsze, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wykonawca Budimex podnosił, że Zamawiający, widząc dysproporcję między cenami dla Zadania C, ale przede wszystkim zapoznając się z wyjaśnieniami dla Zadania B, musiał powziąć wątpliwości co do tego, czy cena Konsorcjum Mostostal dla Zadania C jest rynkowa, czy uwzględnia wszystkie wymagania siwz. Zdaniem Odwołującego zadziwiające jest, że okoliczności, które w Zadaniu B zdecydowały o odrzuceniu oferty Konsorcjum (np. brak możliwości przyjęcia, że ceny materiałów podane w wyjaśnieniach Mostostal są stałe, pewne i zagwarantowane na cały okres realizacji zamówienia) w przypadku Zadania C nawet nie doprowadziły do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazywał, że w rozpoznawanej sprawie, nie sposób było znaleźć uzasadnienia dla odstąpienia Zamawiającego od wezwania Konsorcjum Mostostal do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Instytucja wezwania do złożenia wyjaśnień ceny ma służyć weryfikacji tego, czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę, nie jest zaś wyłącznie wymogiem formalnym - elementem koniecznym, gdy spełnią się przesłanki wprost wynikające z art. 90 ust. 1a Pzp - do zakończenia etapu

badania i oceny ofert. Na tej zasadzie, w ocenie Odwołującego, nawet w przypadku gdy cena całkowita oferty nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, czy średniej złożonych ofert, ale zachodzą - tak, jak w niniejszej sprawie - inne okoliczności faktyczne, które wskazują na rażąco niski charakter ceny ofertowej wykonawcy, Zamawiający od wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp odstąpić nie może.

#### 4. Niezgodność treści oferty Konsorcjum Mostostal z treścią siwz.

Odwołujący wyjaśniał, że nie ma pełnej wiedzy o treści oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal, ale stawiając zarzuty kierował się treścią uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum Mostostal dla Zadania B i treścią udostępnionych wykonawcy wyjaśnień Konsorcjum Mostostal dla Zadania C. Wykonawca Budimex podnosił, że Konsorcjum Mostostal składając wyjaśnienia na Zadanie B oświadczyło, że zamierza wystąpić do stosownych organów administracji o aktualizację warunków technicznych, które straciły ważność, co Zamawiający uznał za niezgodność z treścią siwz. W Zadaniu C, Konsorcjum odpowiadając na pytanie B.2 udzieliło takiej samej odpowiedzi, przy identycznych wymogach siwz. Odwołujący zarzuca więc, że treść oferty Konsorcjum Mostostal jest niegodna z siwz także w zakresie Zadania C.

Odwołujący wskazywał, że opisane zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp biorą w istocie swój początek w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum Mostostal. Trudno jednak formułować zarzuty bez odniesienia się do realnej, a jedynie „podejrzewanej” przez Odwołującego treści wyjaśnień. Taki stan rzeczy przeczy podstawowym zasadom ustanowienia środków odwoławczych. Wobec tego zarzut rażąco niskiej ceny będzie mógł być sformułowany po uzyskaniu możliwości zapoznania się z przedmiotowymi wyjaśnieniami.

Odwołujący prezentując ww. pogląd stwierdził, że formułuje wskazane zarzuty jedynie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, tj. na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę zarzutów i żądań związanych z odtajnieniem wyjaśnień Konsorcjum Mostostal. I tak, zdaniem Odwołującego, przyjęć można, że treść oferty Konsorcjum Mostostal nie odpowiada treści siwz także w następującym zakresie:

1. Konsorcjum Mostostal nie uwzględniło w swojej ofercie kosztów ochrony i utrzymania Robót oraz kosztów nadzoru geologicznego (nie objęło tego zakres zamówienia ofertą), jak ma to miejsce w Zadaniu B,
2. Konsorcjum Mostostal założyło weryfikację mapy dla celów projektowych na niewłaściwym etapie procesu projektowania, jak ma to miejsce w Zadaniu B,
3. Konsorcjum Mostostal nie zaoferowało utrzymania pomocniczych zapleczy budowy, jak ma to miejsce w Zadaniu B,
4. Konsorcjum Mostostal przerzuciło część kosztów ogólnych do pozycji dotyczących robót, jak ma to miejsce w Zadaniu B, co jest przejawem niedozwolonego przepisami Pzp mechanizmu przeliczania kosztów,
5. Konsorcjum Mostostal nie zaoferowało pełnego zakresu badań laboratoryjnych, jak ma to miejsce w Zadaniu B.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2018 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron i Przystępującego złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie. W treści pisma Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w calosci jako niezasadnego. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wyjaśnił m. in., że pismem z dnia 11 kwietnia 2018 r. poinformował Odwołującego, że po dniu 23 kwietnia 2018 r. odtajni informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w piśmie wykonawcy z dnia 22 stycznia 2018 r., ponieważ nie spełniają one przesłanek z przywołanego wyżej przepisu art. 11 uznk. W związku z tym w ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego o naruszeniu art. 8 ust. 3 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Jeśli zaś chodzi o zarzut dotyczący wezwania Konsorcjum Mostostal do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny to Zamawiający wyjaśnił, że cena oferty złożonej przez Przystępującego była jednak niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w postępowaniu o ok. 22 %. Zamawiający twierdził, że w celu skorzystania z możliwości zastosowania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny konieczne jest więc wystąpienie uzasadnionych wątpliwości po stronie Zamawiającego.

Zamawiający podnosił, że w dniu 24 listopada 2017 r. dokonał badania wstępnego możliwości pojawienia się rażąco niskiej ceny w oparciu o trzy zasadnicze kryteria:

1. Kryterium arytmetyczne, gdzie punktem odniesienia była ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością szacunkowa wartość zamówienia, powiększona o podatek od towarów i



usług, tj. 280 321 137,71 PLN brutto — wartość szacunkowa zamówienia dokonana na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU”).

Numer Oferty	Wartość oferty brutto (PLN)	Różnica pomiędzy złożoną ofertą a wartością kosztorysu inwestorskiego (PLN brutto)	Różnica oferty w stosunku do kosztorysu inwestorskiego w (%)
1.	366 490 800,00	86 169 662,29	130,74
2.	304 649 787,22	24 328 649,51	108,68
3.	328 078 288,95	47 757 151,24	117,04
4.	290 559 535,09	10 238 397,38	103,65
5.	297 251 599,71	16 930 462,00	106,04
<b>6.</b>	<b>234 491 646,18</b>	<b>-45 829 491,53</b>	<b>83,65</b>
7.	316 976 979,79	36 655 842,08	113,08
8.	286 403 716,50	6 082 578,79	102,17
9.	299 511 684,14	19 190 546,43	106,85

Zdaniem Zamawiającego z powyższego zestawienia wynika, że oferta Konsorcjum Mostostal w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego z należytą starannością, stanowi 83,65% tej wartości i jest niższa o ok. 16%.

2. Kryterium cen ofert, gdzie punktem odniesienia jest średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert w odniesieniu do ceny danej oferty, tj. 302 712 670,84 PLN brutto - średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert.

Numer Oferty	Wartość oferty brutto (PLN)	Różnica pomiędzy złożoną ofertą a średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert (PLN brutto)	Różnica oferty w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w (%)
1.	366 490 800,00	63 778 129,16	121,07
2.	304 649 787,22	1 937 116,38	100,64
3.	328 078 288,95	25 365 618,11	108,38
4.	290 559 535,09	-12 153 135,75	95,99
5.	297 251 599,71	-5 461 071, 13	98,20
<b>6.</b>	<b>234 491 646,18</b>	<b>-68 221 024,66</b>	<b>77,46</b>
7.	316 976 979,79	14 264 308,95	104,71
8.	286 403 716,50	-16 308 954,34	94,61
9.	299 511 684,14	-3 200 986,70	98,94

Zamawiający wskazywał, że z powyższego zestawienia wynika, że oferta Konsorcjum w odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, stanowi **77,46% tej wartości i jest niższa o ok. 22%**.

3. Kryterium podobieństwa, gdzie punktem odniesienia jest porównanie z cenami ofert złożonych w podobnym czasie dla zadań o podobnym charakterze.

Zamawiający wyjaśniał, że w tym przypadku, punktem odniesienia był koszt budowy drogi ekspresowej S 19 w przeliczeniu na 1 km drogi ekspresowej S19 (w systemie zaprojektuj i zbuduj) na jednym z odcinków zrealizowanych przez GDKiA Oddział Rzeszowie w latach 2014-2017 oraz na trzech odcinkach budowy drogi ekspresowej S 19 (zaprojektuj i zbuduj), prowadzonych przez Oddział w Lublinie, na realizację których zawarto umowy w październiku 2017 r.

Lp.	Nazwa Zadania	Długość odcinka S19 (km)	Wartość Umowy (zł brutto)	Koszty przeliczeniu na 1 km drogi S19 (mln/km)
1.	„Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S 19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) — Stobierna”	12,5	289 978 814,46	23,2
2.	Projekt i budowa drogi ekspresowej S 19 Lublin — Rzeszów, odc. od węzła Kraśnik Południe do węzła Janów Lubelski Północ	18,0	389 936 041,56	21,6
3.	Projekt i budowa drogi ekspresowej S 19 Lublin — Rzeszów, Obwodnica Janowa Lubelskiego	7,0	148 543 963,51	21,2
4.	Projekt i budowa drogi ekspresowej S 19 Lublin — Rzeszów, odc. od węzła Janów Lubelski Południe do węzła Lasy Janowskie	8,0	183 549 848,37	22,9

W opinii Zamawiającego z powyższego zestawienia wynikają koszty budowanych odcinków ciągu drogi ekspresowej S 19 (o tych samych lub zbliżonych parametrach i lokalizacji) w przeliczeniu na jeden kilometr, które oscylują w przedziale od 21,2 do 23,2 mln/km, podczas gdy Konsorcjum Mostostal zaoferowało wykonanie przedmiotowego odcinka drogi ekspresowej S 19 za 29,7 mln brutto za 1 km.

Zamawiający twierdził, że powyższe analizy przeprowadzone przez Zamawiającego nie wykazały, że może zaistnieć podejrzenie, że zaoferowana przez Konsorcjum Mostostal cena może być rażąco niska.

Zmawiający wskazywał, że dodatkowo dokonał porównania ceny złożonej oferty do cen rynkowych podobnych zamówień, tzn. zamówień prowadzonych w podobnym okresie czasu na pozostałe odcinki tej samej drogi ekspresowej S 19 na terenie województwa podkarpackiego i lubelskiego oraz tak jak w badaniu wstępnym dokonał porównania tych ofert

w przeliczeniu na koszt wybudowania 1 km takiej samej drogi o identycznych parametrach.  
Przedmiotowa analizę przedstawiają poniższe tabele:

Lp.	Nazwa Zadania	Długość odcinka S19 (km)	Wartość Umowy (zł brutto)	Koszty przeliczeniu na 1 km drogi S19 (mln/km)
Projekt i budowa drogi ekspresowej S 19 Lublin — Rzeszów, odc. Lublin — koniec obw. Kraśnika w podziale na następujące części:				
1.	Część nr 1: odc. realizacyjny Lublin (węzeł „Konopnica obecnie „Lublin Węglin - bez węzła) - węzeł „Niedzwica D. obecnie „Niedzwica Duża z węzłem	12,0	312 298 173,42	26,0
2.	Część nr 2: odc. realizacyjny węzeł Niedzwica D. obecnie Niedzwica Duża bez węzła - Kraśnik (węzeł „Kraśnik obecnie „Kraśnik Północ - bez węzła) oczątek obwodnic	20,0	498 028 294,99	24,9
3.	Część nr 3: odc. realizacyjny obwodnica m. Kraśnik (węzeł „Kraśnik obecnie „Kraśnik Północ - węzeł „Słodków obecnie „Kraśnik Południe z węzłami	10,0	319 457 083,38	31,9

Zamawiający wyjaśniał, że na powyższe zamówienia w miesiącu lutym 2018 r. zostały podpisane umowy z wykonawcami tych zadań.

Lp.	Nazwa Zadania	Długość odcinka S19 (km)	Wartość Umowy (zł brutto)	Koszty w przeliczeniu na 1 km drogi S19 (mln/ km)
-----	---------------	--------------------------	---------------------------	---

Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S 19 na odcinku od węzła „Lasy Janowskie” do węzła „Nisko Południe” z podziałem na trzy zadania:				
1.	Zadanie „A” od węzła „Lasy Janowskie” (bez węzła) do węzła „Zdzia z węzłem	9,3	239 328 298,82	25,4
2.	Zadanie „B” od węzła „Zdziary” (bez węzła) do węzła „Rudnik nad Sanem” bez węzła	9,0	286 886 390,59	31,9
3.	Zadanie „C” od węzła „Rudnik nad Sanem” (z węzłem) do węzła „Nisko Południe” z węzłem	6,0	196 339 975,77	32,7

Zdaniem Zamawiającego dla Zadania „B” i Zadania „A” w postępowaniu zostały wybrane oferty, do których można również dokonać porównania cenowego jak powyżej:

Lp.	Nazwa Zadania	Długość odcinka S19 (km)	Wartość Umowy (zł brutto)	Koszty w przeliczeniu na 1 km drogi S19 (mln/ km)
Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S 19 na odcinku od węzła „Nisko Południe” ( bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ ”( z węzłem) z odziałem na trzy zadania:				
1.	Zadanie „A” od węzła „Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła „Podgórze” bez węzła	11,5	295 498 831,62	25,7
2.	Zadanie „B” od węzła „Podgórze ” (z węzłem) do węzła „Kamień” bez węzła	10,5	333 520 613,10	31,8
3.	Zadanie „C” od węzła „Kamień ” (z węzłem) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” z węzłem	7,9	234 491 646,18	29,7

Zamawiający podkreślał, że przeprowadzone przez niego analizy wskazują, że cena złożona przez Konsorcjum Mostostal w postępowaniu, w przeliczeniu na 1 km tej samej drogi

ekspresowej S 19 o tych samych parametrach i stopniu skomplikowania na całym odcinku tej trasy pomiędzy Rzeszowem a Lublinem, nie odbiega od złożonych najkorzystniejszych ofert lub podpisanych umów a wręcz przeciwnie jest ofertą z ceną zbliżoną do odcinków, które zostaną wybudowane za najwyższą cenę. Zamawiający twierdził, że powyższe analizy nie mogły doprowadzić GDDKiA do wniosków, które spowodowałyby u niego powzięcie jakichkolwiek wątpliwości, że zaoferowana przez Konsorcjum Mostostal cena może być rażąco niska. Przy tym twierdził, że cena oferty Odwołującego wynosząca 286 403 716,50 PLN brutto, w przeliczeniu na 1 km drogi S 19 wynosi 36,3 mln zł, co na tle innych odcinków tej samej drogi ekspresowej na całej trasie pomiędzy Rzeszowem a Lublinem, jest ceną bardzo wysoką i znacznie odbiegającą od pozostałych zadań. Przy czym Zamawiający zauważał, że stopień trudności realizacji odcinka drogi S 19 nie różni się znacząco od stopnia trudności realizacji pozostałych odcinków a wręcz przeciwnie, ponieważ przebiega przez tereny niezabudowane i nie zawiera trudnych i dużych obiektów mostowych.

Zarzut Odwołującego, gdzie w piśmie procesowym stwierdził, że dokonał tylko pobieżnej analizy uzasadnienia odrzucenia oferty w zakresie Zadania „B” (bez wiedzy o treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które zostały utajnione), która doprowadziła go do oczywistych (zdaniem Odwołującego) wniosków, że w obu zadaniach Konsorcjum Mostostal przyjęło takie same założenia do wyceny, Zamawiający miał w zasadzie takie same wątpliwości co do treści oferty Wykonawcy (zadawał takie same pytania i jak można założyć uzyskał takie same lub bardzo podobne odpowiedzi) - zdaniem GDDKiA - jest zarzutem co najmniej błędnym jak i nieprawdziwym.

Zamawiający podnosił, po pierwsze, że przesłane do wykonawców zapytania dla Zadania „C” i „B” nie są w większości takie same, a jeśli nawet Odwołujący dopatruje się w nich podobieństw, to należy stwierdzić, że w przypadku Zadania „B” Zamawiający zadawał pytania bardziej szczegółowe, nakierowane na uzyskanie od wykonawcy odpowiedzi, dotyczących kształtowania ceny oferty. Natomiast w przypadku Zadania „C” były to pytania czysto techniczne, nie nakierowane na wykazanie przez wykonawcę czynników kształtujących cenę oferty a jedynie na ustalenie stopnia gotowości wykonawcy do realizacji kontraktu (pismo z dnia 8 stycznia 2018 r.). Zamawiający twierdził, że wezwał wykonawcę do złożenia wyczerpujących informacji dotyczących sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji zamówienia, nie zaś na zaoferowaną przez niego cenę (jak próbuje tego dowieść Odwołujący), w celu upewnienia się że Konsorcjum Mostostal jest gotowe do realizacji zamówienia. Zdaniem GDDKiA nie jest więc polegającym na prawdzie twierdzenie

Odwołującego, że „Zamawiający w obu postępowaniach miał w zasadzie te same wątpliwości co do treści oferty ponieważ w przypadku Zadania „C” Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości i takiej nie miał, ponieważ przeprowadzone analizy zarówno na etapie wstępnym badania podejrzenia rażąco niskiej ceny jak i na etapie późniejszym, co wykazano wyżej, nie mogły doprowadzić do podejrzenia, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Mostostal może być rażąco niska.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł także, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum jest niezgodna z treścią siwz. W ocenie Zamawiającego przedmiotowy zarzut jest przedwczesny, gdyż Odwołujący nie miał bowiem wglądu na dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. O niezgodności oferty z treścią siwz wnioskuje jedynie z uzasadnienia o odrzuceniu oferty Konsorcjum Mostostal w zakresie Zadania „B” oraz udostępnionej treści wyjaśnień. Jedynie na marginesie Zamawiający wskazywał, że Konsorcjum Mostostal potwierdziło zgodność zaoferowanych rozwiązań z dokumentacją postępowania. Zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucenie oferty jest natomiast uprawnione jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią siwz.

Zamawiający wyjaśniał, że działając na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy pismem z dnia 8 stycznia 2018 r. zwrócił się do Konsorcjum Mostostal o udzielenie wyjaśnień, dotyczących treści złożonej oferty. W celu ustalenia stopnia gotowości firmy do realizacji kontraktu, Zamawiający poprosił m.in. w pkt. B.2 ww. pisma o złożenie wyjaśnień czy wykonawca przeanalizował tryby i procedury działania organów administracji, gestorów sieci i zarządów dróg w celu znalezienia ścieżki krytycznej dla realizacji kontraktu w części projektowej oraz jakie działania zaradcze zamierza podjąć wykonawca w przypadku przekroczenia terminów wynikających ze ścieżki krytycznej. W piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. wykonawca udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, wskazując, że przeanalizował tryby i procedury działania administracji, gestorów sieci i zarządów dróg w celu określenia ścieżki krytycznej dla realizacji zamówienia publicznego w części projektowej oraz wskazał, że podjęcie działania zaradcze, w celu uniknięcia przekroczenia ścieżki krytycznej, w tym celu zamierza m.in. w pierwszej kolejności wystąpić o aktualizację warunków technicznych, które straciły ważności.

Postanowienia PFU wskazują w pkt 2.1.17.3, że „(...) na etapie wykonywania Projektu Budowlanego i Wykonawczego, należą wystąpić o wydanie warunków technicznych na budowę, przebudowę, zabezpieczenie i likwidację sieci do wszystkich

właścicieli/administratorów sieci, a następnie o uzgodnienie ostatecznych rozwiązań projektowych w tym zakresie".

Zamawiający pismem z dnia 31 stycznia 2018 r. zwrócił się do wykonawcy z ponownym wezwaniem o uzupełnienie i doprecyzowanie złożonych w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. wyjaśnień, m.in. w zakresie udzielonych w zakresie pkt. B2 wskazując, że „z udzielonych wyjaśnień wynika, że wykonawca przeanalizował tryby i procedury działania organów administracji, gestorów sieci i zarządów dróg w celu znalezienia ścieżki krytycznej dla realizacji kontraktu w części projektowej. Wykonawca nie wykazał jednak, jakie działania zaradcze zamierza podjąć w przypadku przekroczenia terminów wynikających ze ścieżki krytycznej — prosimy o uzupełnienie wyjaśnień w przedmiotowym zakresie".

W piśmie z dnia 7 lutego 2018 r. wykonawca udzielił Zamawiającemu dodatkowych wyjaśnień, wskazując, że w przypadku przekroczenia terminów ze ścieżki krytycznej, podjąć działania zaradcze polegające na wdrożeniu działań naprawczych polegających m.in. na „dołożeniu wszelkich starań w celu uzyskania wymaganych warunków technicznych, uzgodnień, decyzji, pozwoleń etc. w zakładanym terminie, aby nie dopuścić do przekroczenia umownych terminów".

Zamawiający wyjaśniał, że w złożonych uzupełniających wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że uzyska wymagane warunki techniczne. W piśmie wcześniejszym z dnia 22 stycznia 2018 r. wskazał, że w pierwszej kolejności wystąpi o aktualizację warunków technicznych, które utraciły ważności. Skoro więc wykonawca wykazał, że uzyska wymagane warunki techniczne to znaczy, że wcześniej musi o nie wystąpić czyli wypełnić PFU z pkt. 2.1.17.3, który stanowi, że „(...) na etapie wykonywania Projektu Budowlanego i Wykonawczego, należą wystąpić o wydanie warunków technicznych (...)” Zamawiający nie dopatrył się w tym zakresie jakichkolwiek niezgodności treści złożonych wyjaśnień z treścią siwz (w tym przypadku z PFU). Zdaniem Zamawiającego powyższe potwierdzają również wyjaśnienia wykonawcy złożone na zadane przez Zamawiającego pytanie B. 1 z którego wynika, że wykonawca w ofercie uwzględnił niezbędne terminy do uzgodnień dokumentacji a ponadto przyjął czas potrzebny na „pozyskanie warunków i uzgodnień z gestorami sieci”, co jednoznacznie wskazuje na fakt, że wcześniej musi o nie wystąpić, zgodnie z wymaganiami siwz. Zamawiający stwierdził, że w świetle powyższego nie dopatrył się niezgodności oferty Konsorcjum Mostostal z treścią siwz w tym zakresie, a tym samym nie znalazł podstaw do jej odrzucenia.



Zamawiający wyjaśniał również, że nie podziela poglądu Odwołującego w zakresie pozostałych zarzutów, dotyczących niezgodności oferty Konsorcjum z treścią siwz. Zarzut, że Konsorcjum Mostostal nie uwzględniło w swojej ofercie kosztów ochrony i utrzymania robót oraz kosztów nadzoru geologicznego (nie objęto tego zakresu zamówienia ofertą), jak ma to miejsce w Zadaniu „B”, zdaniem Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Zamawiający wyjaśniał, że działając na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, pismem z dnia 8 stycznia 2018 r., zwrócił się do Konsorcjum Mostostal o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W treści zadanych wykonawcy pytań, nie można odnaleźć stwierdzenia, że Zamawiający zwracał się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, czy uwzględnił on w swojej ofercie koszty ochrony i utrzymania robót oraz koszty nadzoru geologicznego. Zamawiający wskazywał, że może jedynie domniemywać, że Odwołujący odnosi swoje zarzuty do odrzucenia oferty w zakresie Zadania „B” w ramach złożonych wyjaśnień na pytanie B.4 dla Zadania „B”, podczas gdy w zakresie Zadania „C” Zamawiający w celu ustalenia stopnia gotowości firmy do realizacji kontraktu, poprosił m.in. w pkt. A. 1 przedmiotowego pisma o złożenie wyjaśnień w jaki sposób wykonawca dokonał kalkulacji ceny związanej z zapewnieniem zaplecza wykonawcy na czas projektowania i robót budowlanych oraz w pkt. A.2 przedmiotowego pisma o złożenie wyjaśnień w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji elementów ceny w/w pozycji związanej z wymaganiami zawartymi w WWiORB DM-00-00-00.

Zamawiający wyjaśniał, że wykonawca w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia przedstawiając szczegółową kalkulację kosztów związanych z zapleczem wykonawcy w postaci załącznika nr 1 „Kalkulacja zaplecza wykonawcy — załącznik nr 1”, które to wyjaśnienia nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odpowiedź na pytanie A.2 wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający w udzielonej odpowiedzi nie dopatrywał się niezgodności złożonych wyjaśnień z treścią siwz w aspekcie podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, tzn. nieuwzględnienia w ofercie kosztów ochrony i utrzymania robót oraz kosztów nadzoru geologicznego, ponieważ zapytanie A.2 dotyczyło złożenia wyjaśnień w jaki sposób wykonawca dokonał kalkulacji elementów ceny w/w pozycji (tzn. pozycji A.1, która dotyczyła tylko zaplecza wykonawcy na czas projektowania i wykonywania robót budowlanych w aspekcie wymagań zawartymi w WWiORB DM-00-00-00, co wykonawca uczynił udzielając odpowiedzi na pytanie A.1. W ocenie Zamawiającego trudno więc podzielić zarzut Odwołującego, że Konsorcjum nie uwzględniło w swojej ofercie kosztów

ochrony i utrzymania robót oraz kosztów nadzoru geologicznego, skoro nawet zadane przez Zamawiającego pytanie nie dotyczyło tego zakresu oferty.

Natomiast zarzut, że Konsorcjum Mostostal założyło weryfikację mapy do celów projektowych na niewłaściwym etapie procesu projektowania, jak ma to miejsce w Zadaniu „B”, w opinii GDDKiA nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym.

Pytanie nr B.8: „ W jaki sposób Wykonawca będzie weryfikował zgodność mapy do celów projektowych ze stanem rzeczywistym?”, które zostało zadane Konsorcjum w zakresie Zadania „B”, nie zostało zadane przez Zamawiającego w zakresie Zadania „C”, o czym Odwołujący powinien wiedzieć, ponieważ zapoznał się z treścią pisma Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2018 r., na co wskazał w treści odwołania, błędnie podając jego datę jako 7 stycznia 2018 r.

Również zarzut, że Konsorcjum Mostostal nie zaoferowało utrzymania pomocniczych zapleczy budowy, jak ma to miejsce w Zadaniu „B”, zdaniem Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym.

Pytanie nr A.3: „Prosimy o szczegółowe wskazanie, w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji ceny związanej z zapewnieniem zaplecza Wykonawcy na czas wykonywania robót budowlanych wraz z udzieleniem wyjaśnień, iż takie zaplecze Wykonawca będzie posiadał? ”, które zostało zadane Konsorcjum w zakresie zadania „B”, nie zostało zadane przez Zamawiającego w zakresie Zadania „C”, o czym Odwołujący powinien wiedzieć, ponieważ zapoznał się z treścią pisma Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2018 r.

Zamawiający wskazywał, że w zakresie Zadania „C” zadał natomiast podobne pytanie A.1: „Prosimy o szczegółowe wskazanie w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji ceny związanej z zapewnieniem zaplecza Wykonawcy na czas projektowania i wykonywania robót budowlanych”. Wykonawca w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia, przedstawiając szczegółową kalkulację kosztów związanych z zapleczem wykonawcy w postaci załącznika nr 1 „Kalkulacja zaplecza wykonawcy — załącznik nr 1”, które to wyjaśnienia nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający stwierdził, że w udzielonej odpowiedzi nie dopatrywał się in fine niezgodności treści oferty z treścią siwz w aspekcie podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, tzn. niezaoferowania utrzymania pomocniczych zapleczy budowy, ponieważ Konsorcjum Mostostal w załączniku nr 1 nie wykazało rozbicia zaplecza wykonawcy na zaplecze główne oraz zaplecza pomocnicze jak to ma miejsce w Zadaniu „B”, lecz wskazało ogólne koszty związane z zapleczem wykonawcy,

co w ocenie Zamawiającego nie przesądza o tym, że wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie utrzymania pomocniczych zapleczy budowy. W załączniku nr 1 do wyjaśnień podał natomiast koszty pozycji, z których że koszty utrzymania zapleczy wykonawcy zostały uwzględnione w ofercie Konsorcjum Mostostal (np.: media, ochrona, sprzątanie itp.).

Kolejno Zamawiający wskazywał, że zarzut, że Konsorcjum Mostostal przerzuciło część kosztów ogólnych do pozycji dotyczących robót, jak ma to miejsce w Zadaniu „B”, co jest przejawem niedozwolonego przepisami Pzp mechanizmu przerzucania kosztów, nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Zamawiający podnosił, że w zakresie Zadania „C” w piśmie z dnia 8 stycznia 2018 r. nie wzywał Konsorcjum Mostostal do przedstawienia szczegółowego rozbitcia ceny zarówno kosztów ogólnych jak i kosztów robót, jak to miało miejsce w zakresie Zadania B”, a tym samym wykonawca takiego rozbitcia Zamawiającemu nie przedłożył.

Zdaniem Zamawiającego również zarzut, że Konsorcjum Mostostal nie zaoferowało pełnego zakresu badań laboratoryjnych, jak ma to miejsce w Zadaniu „B”, nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Zamawiający podnosił, że pismem z dnia 8 stycznia 2018 r. zwrócił się do Konsorcjum Mostostal o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W celu ustalenia stopnia gotowości firmy do realizacji kontraktu, Zamawiający poprosił m.in. w pkt B.11 przedmiotowego pisma o złożenie wyjaśnień na następujące pytanie: „Czy Wykonawca będzie w posiadaniu laboratorium dla potrzeb zapewnienia jakości materiałów i robót dla przedmiotowego zamówienia? Czy jest ono własnością Wykonawcy czy będzie wynajmowane?” Wykonawca w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. w części jawnej złożył wyjaśnienia, że będzie posiadał laboratorium dla potrzeb zapewnienia jakości materiałów wraz z kontrolą robót dla przedmiotowego zamówienia i że przewiduje zatrudnienie zewnętrznego certyfikowanego, akredytowanego laboratorium. Ponadto w załącznikach do wyjaśnień, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, przedłożył ofertę i oświadczenie firmy, która zadeklarowała gotowość wykonania kompleksowej obsługi laboratoryjnej dla przedmiotowego kontraktu. Zdaniem Zamawiającego ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie wynika, że nie zaoferował on w swojej ofercie pełnego zakresu badań laboratoryjnych, jak podnosi to Odwołujący, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów.

W dniu 18 kwietnia 2018 r. do Izby wpłynęło ze strony Przystępującego pismo procesowe zawierające stanowisko Konsorcjum Mostostal, w którym wykonawca wnosił o:

1. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie; a w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania o:
2. nierozpoznawanie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i oddalenie w pozostałym zakresie; ewentualnie o:
3. oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu pisma wyjaśniał m. in., że:

Argumentacja w przedmiocie odrzucenia odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

Zdaniem Przystępującego przedmiotowy zarzut jest zarzutem spóźnionym w świetle przepisów regulujących terminy wnoszenia odwołań. W ocenie Przystępującego jedynym przepisem, który może stanowić podstawę do określenia terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, może być przepis art. 182 ust. 3 Pzp. W opinii Konsorcjum Mostostal w tym miejscu wskazać należy, iż Odwołujący miał pełną świadomość składania przez Konsorcjum Mostostal wyjaśnień treści oferty (lub przynajmniej, jako profesjonalista winien ją mieć). Sam był wzywany do wyjaśnień, a nadto informacja o wyjaśnieniach ofert zawarta była w protokole postępowania, który Zamawiający prowadził na bieżąco. Nie było zatem żadnych przeszkód ani prawnych, ani faktycznych, aby Odwołujący mógł wnieść odwołanie już w lutym. Zdaniem Przystępującego podkreślenia wymaga, iż Odwołujący miał pełną świadomość składania wyjaśnień przez Konsorcjum Mostostal. W dniu 22 marca 2018 r., po powiadomieniu o wynikach Postępowania i dokonaniu wyboru oferty Przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu kopii całej korespondencji wraz z protokołem z postępowania o udzielenie zamówienia z załącznikami prowadzone po złożeniu ofert oraz z wyjaśnieniami, które zostały złożone przez Konsorcjum Mostostal. Z powyższego Przystępujący wywodził, że Odwołujący był zatem w pełni świadomy istnienia takich wyjaśnień, lecz pomimo to zaniechał najbardziej podstawowych aktów staranności w zakresie powzięcia informacji, która mogłaby stanowić dla niego podstawę faktyczną do wniesienia środka ochrony prawnej. Odwołujący podniósł omawiany zarzut dopiero w odwołaniu na wybór oferty najkorzystniejszej, a zatem znacząco po terminie

wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. W związku z powyższym, w ocenie Konsorcjum Mostostal w odniesieniu do tego zarzutu odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Argumentacja w przedmiocie braku substratu zaskarżenia w zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

Przystępujący z ostrożności, wskazywał, że gdyby jednak Izba uznała, iż przedmiotowy zarzut nie jest spóźniony, to Konsorcjum Mostostal wskazywało, iż w jego ocenie formułowanie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp przez zaniechanie Zamawiającego ujawnienia całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Mostostal w dniu 22 stycznia 2018 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, których fragmenty zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa jest zarzutem bezprzedmiotowym, a to z uwagi na brak jego substratu zaskarżenia (tj. nieistnienie czynności lub zaniechania, które miałyby stanowić przedmiot środka ochrony prawnej).

Przystępujący zwracał uwagę na następującą sekwencję zdarzeń zaistniałych w postępowaniu. W dniu 22 marca 2018 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu kopii całej korespondencji wraz z protokołem z postępowania o udzielenie zamówienia z załącznikami prowadzone po złożeniu ofert oraz z wyjaśnieniami, które zostały złożone przez Konsorcjum Mostostal. W odpowiedzi na to pismo Odwołującego, Zamawiający poinformował Odwołującego, iż przesyła drogą elektroniczną dokumenty, tj. protokół z postępowania o udzielenie zamówienia wraz z wyjaśnieniami, które zostały złożone przez Konsorcjum Mostostal. Następnie, w dniu 11 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego i Przystępującego o odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych w wyjaśnieniach Konsorcjum Mostostal, a objętych żądaniem odwołania. Zamawiający wskazał, że informacje zawarte w piśmie Przystępującego z dnia 22 stycznia 2018 r. .

- w Części drugiej lit. A (Wykaz płatności: I. Wymagania ogólne) w zakresie całej treści odpowiedzi A2 oraz w zakresie wszystkich załączników;
- w Części drugiej lit. B (Wykaz płatności: II. Dokumenty Wykonawcy) w zakresie wszystkich załączników;

- w Części drugiej lit. C (Wykaz płatności: III. Roboty) w zakresie całej treści następujących odpowiedzi C1, C2, C7, CI 2 i CI 3 oraz w zakresie wszystkich załączników,

nie spełniają wymagań definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 uznk).

Zdaniem Przystępującego Zamawiający dokonał zatem czynności, która powoduje, iż pomiędzy nim a Odwołującym nie istnieje spór w zakresie czynności stanowiącej podstawę faktyczną odwołania. Przystępujący wskazywał, że aby zarzut zawarty w odwołaniu mógł być merytorycznie rozpoznawany przez Izbę niezbędne jest istnienie substratu zaskarżenia.

Zdaniem Konsorcjum Mostostal w niniejszej sprawie, w związku z decyzją z dnia 11 kwietnia 2018 r. nie istnieje już substrat zaskarżenia, a zaniechanie Zamawiającego objęte podstawą faktyczną omawianego zarzutu odwołania utraciło swój byt prawny. Przystępujący twierdził, że stosownie do postanowień art. 191 ust. 2 Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania co oznacza to, że musi istnieć materialnoprawny substrat zarzutów odwołania, a Izba bierze pod uwagę czynności Zamawiającego dokonane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ocenia ich wpływ na zakres rozpoznawanego przez nią sporu. Zdaniem Przystępującego w niniejszej sprawie czynność Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2018 r. doprowadziła do bezprzedmiotowości omawianego zarzutu odwołania. Zgodnie bowiem z art. 191 ust. 2 Pzp w tym zakresie Izba nie powinna wyrokować w niniejszej sprawie. Interes Odwołującego nie doznaje przy tym żadnego uszczerbku, gdyż w stosunku do nowej czynności Zamawiającego wykonawcom przysługują przecież środki ochrony prawnej.

#### Argumentacja w przedmiocie braku zasadności zarzutu w zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

Jedynie z ostrożności procesowej Przystępujący stwierdził, że wszystkie informacje, które zastrzegł w wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2018 r. mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Wskazywał, że Odwołujący powoływał się na dość standardowy zakres orzeczeń próbując wykazać, iż zastrzeżone przez Konsorcjum Mostostal informacje zostały zastrzeżone zbyt ogólnikowo i nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Przystępującego równie ogólnikowo Odwołujący starał się wskazać niezasadność zastrzeżenia dokumentów Konsorcjum Mostostal, upatrując intencji

Przystępującego do utrudnienia konkurencji. Argumentacja Odwołującego oparta jest wyłącznie na założeniu hipotetycznych nadużyć ze strony Przystępującego i eksponowaniu orzecznictwa w zakresie rozkładu ciężaru dowodu w odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący podnosił, że Odwołujący pominął jednak obszernie wyjaśnienia Konsorcjum Mostostal wskazujące, że wszelkie zastrzeżone informacje znajdujące się w dokumentach wyspecyfikowanych powyżej zawierają informacje techniczne, technologiczne, finansowe bądź też o charakterze organizacyjnym i komercyjnym. Zdaniem Przystępującego zastrzeżone informacje zawierają autorskie rozwiązania i koncepcje techniczne gwarantujące prawidłową realizację zamówienia, uwzględniając wytyczne formułowane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Przystępujący ponadto wyjaśniał, że w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. wskazywał, że informacje zamieszczone w treści wyjaśnień opracowane zostały przez wykwalifikowany zespół ekspertów, których wykorzystany potencjał intelektualny, tj. wiedzy i doświadczenia, mający istotny wpływ na ukształtowanie przyjętych przez wykonawcę, rozwiązań technicznych i logistycznych wykonania przedmiotu zamówienia, objęte zostały klauzulą "poufne".

Zaniechanie wezwania Konsorcjum Mostostal do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp

Zdaniem Przystępującego przedmiotowy zarzut jest całkowicie niezasadny, gdyż Odwołujący nie podał żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających konieczność wezwania Konsorcjum Mostostal do wyjaśnień. Odwołujący wskazuje jedynie, że cena Konsorcjum Mostostal jest aż o 22,5% niższa od średniej ceny złożonych ofert. (...) Znamienne przy tym pozostaje, że cena Konsorcjum Mostostal od ceny Odwołującego, kolejnej w tzw. rankingu ofert, odbiega o przeszło 40 mln zł. Dodatkowo Odwołujący wskazywał, że Zamawiający stwierdził bardzo liczne nieprawidłowości w wycenie oferty Konsorcjum Mostostal dla Zadania B. na tyle istotne, że oferta ta została odrzucona w Zadaniu B(...) prowadzi do oczywistego wniosku, że w obu Zadaniach Konsorcjum Mostostal przyjęło takie same założenia do wyceny, a Zamawiający w obu postępowaniach miał w zasadzie te same wątpliwości co do treści oferty wykonawcy.

Przystępujący wyjaśniał, że Odwołujący, w oparciu o postępowanie dotyczące zupełnie innej części zamówienia (Zadanie B) przeprowadza wnioskowanie, iż analogiczna sytuacja

faktyczna musi mieć miejsce również w niniejszej części zamówienia (Zadanie C). Zdaniem Konsorcjum Mostostal już tylko z tego powodu zarzut powinien być traktowany jako niezasadny. Przystępujący wyjaśniał, że w Zadaniu B jego oferta przekraczała próg 30%, o którym mowa w art. 90 Pzp, co stanowiło podstawę do wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Poza tym do odrzucenia oferty Przystępującego w ramach Zadania B doszło nie z powodu udowodnienia ceny rażąco niskiej, lecz z powodu złożenia niewystarczających, zdaniem Zamawiającego, wyjaśnień w sprawie ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 3 Pzp). Przystępujący zwracał uwagę, iż jedynym argumentem faktycznym podnoszonym w odwołaniu jako uzasadnienie konieczności wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej jest różnica cenowa w stosunku do innych ofert.

Konsorcjum Mostostal twierdziło, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie powziął wątpliwości, aby oferta złożona przez Konsorcjum Mostostal była nierealna. Zdaniem Przystępującego sam Odwołujący również nie wskazał na żadne konkretne wątpliwości i nie uprawdopodobnił nawet, że którekolwiek z pozycji Wykazu Płatności Przystępującego były niedoszacowane, a ponadto, aby niemożliwe było zrealizowanie zamówienia w granicach ceny zaoferowanej przez Przystępującego. W ocenie Przystępującego sama tylko różnica w cenach zaoferowanych przez wykonawców nie może być jedyną przesłanką wykazania, iż cena jednego z nich jest nierealistyczna w warunkach rynkowych.

#### Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal z uwagi na niezgodność jej treści z treścią siwz

Przystępujący wyjaśniał, że w zakresie zarzutu sprzeczności treści oferty z treścią siwz jako zasadniczą przyczynę rzekomej sprzeczności Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Mostostal składając wyjaśnienia w innym postępowaniu, tj. w postępowaniu pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S 19 na odcinku od węzła „Nisko-Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania - Zadanie B Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Podgórze” (z węzłem) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) na odcinku o długości około 10,5 „Zadanie B”) oświadczyło, że zamierza wystąpić do stosownych organów administracji o aktualizację warunków technicznych, które straciły ważność, co w owym postępowaniu Zamawiający uznał za niezgodność z treścią siwz.



Przystępujący wskazywał, że Odwołujący niezgodność oferty Konsorcjum Mostostal złożonej w postępowaniu upatruje w tym, iż Konsorcjum Mostostal składając w postępowaniu wyjaśnienia w dniu 22 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na pytanie sformułowane przez Zamawiającego nr B.2 udzieliło takiej samej odpowiedzi jak we wspomnianym wyżej Zadaniu B. Zdaniem Konsorcjum Mostostal należy jednak wskazać, że w obu przypadkach (tj. w wezwaniu Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2018 r. wystosowane w postępowaniu oraz wezwaniu z dnia z dnia 5 stycznia 2018 r. sformułowane w Zadaniu B). Zamawiający zapytał „Czy Wykonawca przeanalizował tryby i procedury działania organów administracji, gestorów sieci i zarządów dróg w celu ustalenia ścieżki krytycznej dla realizacji Kontraktu w części projektowej? Jakie działania zaradcze zamierza podjąć Wykonawca w przypadku przekroczenia terminów wynikających ze ścieżki krytycznej?”. Jednakże w odniesieniu do Zadania B Zamawiający wezwał Konsorcjum Mostostal do wyjaśnień w zakresie ceny oferty, natomiast w ramach rozpoznawanego postępowania zwracał się do Konsorcjum Mostostal o wyjaśnienie treści oferty. W istocie w odniesieniu do Zadania B Zamawiający wskazał odpowiedź Przystępującego jako niewystarczającą i uznał, że nie złożył wyjaśnień w sprawie ceny rażąco niskiej. Z tego też względu zdaniem Przystępującego błędem jest doszukiwanie się analogii w odniesieniu do wyjaśnień składanych w dwóch różnych postępowaniach.

Z ostrożności procesowej Przystępujący wskazywał, że przedmiotowe pytanie Zamawiającego oznaczone nr B.7 nie dotyczyło ani treści oferty, ani też ceny oferty. W tym miejscu jego zdaniem należy przywołać powyżej zawartą argumentację, dotyczącą kwestii odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o odpowiedzi na pytania nie dotyczące ani treści oferty ani też ceny tej oferty. Przystępujący twierdził, że specyfikacja postępowania nie wskazywała na konieczność kalkulowania ryzyk związanych z przekroczeniem ścieżki krytycznej, z tego względu doprecyzowywanie zakresu realizacji zamówienia na etapie wyjaśnienia treści oferty lub ceny oferty nie może dotyczyć elementów niewskazanych w siwz. Oczekiwanie Zamawiającego, do kalkulowania ryzyk, których nie wymienił, nie ma żadnego uzasadnienia, zwłaszcza w świetle orzecznictwa KIO, dającego wykonawcy swobodę i w zakresie sposobu sporządzania kalkulacji ceny ofertowej, i doboru środków dowodowych na etapie składania wyjaśnień odnośnie tejże kalkulacji. Z ostrożności jednak Przystępujący wyjaśniał, że udzielił wyjaśnień na ww. zagadnienie.

Odwołujący wskazał również, że Konsorcjum Mostostal nie uwzględniło w swojej ofercie kosztów ochrony i utrzymania Robót oraz kosztów nadzoru geologicznego (nie objęło tego zakres zamówienia ofertą), jak ma to miejsce w Zadaniu B. Zdaniem Konsorcjum

Mostostal zarzut jest w całości niezasadny. Odwołujący twierdził, że w wezwaniu do wyjaśnienia treści oferty złożonej w postępowaniu Zamawiający nie zwrócił się z pytaniem do Przystępującego w tym zakresie. Odwołujący podniósł także, że Konsorcjum Mostostal założyło weryfikację mapy dla celów projektowych na niewłaściwym etapie procesu projektowania. Również w tym zakresie Odwołujący ocenił ofertę Przystępującego na podstawie informacji zaczerpniętych w innym postępowaniu. Przystępujący twierdził, że Zamawiający nie zwrócił się z pytaniem do Przystępującego w tym zakresie. Nie jest tym samym dopuszczalna ocena oferty i w konsekwencji jej odrzucenie na podstawie informacji uzyskanych w innym postępowaniu.

Przystępujący wskazywał, że w odwołaniu podniesiono również zarzut, iż Konsorcjum Mostostal nie zaoferowało utrzymania pomocniczych zapleczy budowy, jak ma to miejsce w Zadaniu B. Zdaniem Przystępującego zarzut jest niezasadny. W wezwaniu do wyjaśnienia treści oferty sformułowanym w postępowaniu Zamawiający nie zwrócił się do Przystępującego z pytaniem w tym zakresie. W ocenie Przystępującego podobnie należy ocenić zarzuty Odwołującego, dotyczące skalkulowania przez Przystępującego części Kosztów ogólnych Wykonawcy (poz. 1.1 Wykazu Płatności stanowiącego Załącznik do Formularza oferty) w Pozycji III Wykazu Płatności, dotyczącej Robót jak również niezaoferowania przez Konsorcjum Mostostal pełnego zakresu badań laboratoryjnych. Zarzuty te są zdaniem Przystępującego niezasadne z uwagi na fakt, iż w ww. kwestie nie były przedmiotem żadnego z wezwań Zamawiającego sformułowanych w postępowaniu.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone w pisma procesowych oraz na rozprawie, Izba ustaliła co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba rozpoznała zarzuty zgłoszone w odwołaniu w następującej kolejności:

1. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, dotyczący zaniechania ujawnienia w całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Mostostal w dniu 22 stycznia 2018 r.

Na wstępie Izba uznała za konieczne odniesienie się do wniosków złożonych przez Przystępującego, w zakresie odrzucenia odwołania, w odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a w przypadku jego nie podzielenia przez Izbę nierozpoznawania odwołania, w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na braku substratu zaskarżenia.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, który wnosił o odrzucenie odwołania, w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że powyższy zarzut należy uznać za spóźniony.

W omawianym zakresie należy przede wszystkim zwrócić uwagę sekwencję zdarzeń, opisanych przez Konsorcjum Mostostal. Otóż, w dniu 22 marca 2018 r., a więc po uzyskaniu od Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie jemu kopii protokołu postępowania wraz z załącznikami, w tym całej korespondencji dotyczącej Konsorcjum Mostostal. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający, pismem z dnia 26 marca 2018 r. poinformował Odwołującego, iż przesyła drogą elektroniczną dokumenty, tj. protokół z postępowania o udzielenie zamówienia wraz z wyjaśnieniami, które zostały złożone przez Konsorcjum Mostostal. W dniu 3 kwietnia 2018 r wykonawca Budimex wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej m. in. w zakresie zaniechania ujawnienia w całości wyjaśnień Konsorcjum Mostostal z dnia 22 stycznia 2018 r. W związku z tym za nietrafną Izba uznaje argumentację prezentowaną przez Przystępującego jakoby wykonawca Budimex, przy zachowaniu należytej staranności, mógł pozyskać wcześniej szczegółowe informacje o wyjaśnieniach, składanych przez Konsorcjum Mostostal na podstawie art. 87 ust. 1 Pz, tj. przed wyborem najkorzystniejszej oferty i złożyć odwołanie już w miesiącu lutym 2018 r. Przystępujący opierał prezentowaną argumentację na konieczności prowadzenia przez Zamawiającego protokołu postępowania na bieżąco, czego

konsekwencją powinna być adnotacja o wystąpieniu przez Zamawiającego i złożeniu przez Konsorcjum Mostostal wyjaśnień pismem z dnia 22 stycznia 2018 r. W tym miejscu koniecznym jest przede wszystkim wskazanie, że po pierwsze, nie wykazano, iż w ramach rozpoznawanego postępowania protokół postępowania był prowadzony przez Zamawiającego na bieżąco i istniała wcześniejsza możliwość pozyskania przez Odwołującego informacji o wyjaśnieniach, złożonych przez Konsorcjum Mostostal. Jednak nawet gdyby przyjąć, że faktycznie Zamawiający w toku postępowania sposób prawidłowy wywiązywał się z nałożonego na niego obowiązku prowadzenia na bieżąco protokołu postępowania to stwierdzić należy, że wiedza pozyskana z protokołu postępowania byłaby i tak niewystarczającą do prawidłowego postawienia zarzutów odwołania. Co istotne przepisy Pzp nie zawierają definicji legalnej zarzutu odwołania, nie mniej jednak z orzecznictwa Izby jednoznacznie wynika, że zarzut odwołania to „zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne”. Wobec tego, aby prawidłowo postawić zarzut w treści odwołania konieczne jest posiadanie informacji nie tylko prawnych ale również faktycznych, a tych nie sposób wywieść z lakonicznych informacji, zawartych w protokole prowadzonego postępowania.

W tym miejscu wyjaśnić również należy, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Natomiast załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanym stanie faktycznym Odwołujący otrzymał całości informacji, niezbędnych do postawienia zarzutów dopiero w momencie udostępnienia jemu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Mostostal, w tym części wyjaśnień Przystępującego z dnia 22 stycznia 2018 r., które zostały udostępnione po wyborze najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że stanowiły załączniki do protokołu postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie 10-dniowy termin na wniesienie odwołania w zakresie czynności zaniechania ujawnienia informacji, zastrzeżonych przez Konsorcjum Mostostal rozpoczyna bieg od momentu odmowy ujawnienia Odwołującemu udostępnienia całości wyjaśnień, zawartych w piśmie z dnia 22 stycznia

2018 r., tj. od dnia 26 marca 2018 r. Tym samym termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 5 kwietnia 2018 r., natomiast odwołanie zostało wniesione w dniu 3 kwietnia 2018 r.

Za nietrafne Izba uznaje również twierdzenia Przystępującego, który twierdził, że właśnie wykonawców obciąża obowiązek stałego kontrolowania czynności Zamawiającego i taką kontrolą powinna być objęta m. in. czynność związana z zachowaniem poufności informacji zastrzeżonych przez poszczególnych wykonawców. Idąc takim tokiem rozumowania Przystępującego stwierdzić należy, iż aby wykonawca mógł na bieżąco dysponować stosowną wiedzą byłby zmuszony do nieustannego dopytywania Zamawiającego o okoliczności, związane z procedurą kierowania prośby o wyjaśnienia do poszczególnych wykonawców, a następnie permanentnego ustalania z udziałem Zamawiającego, czy i kiedy takie wyjaśnienia zostały złożone. Wydaje się, że taki sposób ciągłego „dopytywania” i „zasypywania” Zamawiającego korespondencją nakierowaną na ustalenie okoliczności, związanych ze stosowaniem procedury wyjaśniającej z strony wykonawców nie tylko nie jest działaniem nacechowanym należyłą starannością, wskazaną w art. 182 ust. 3 Pzp, do którego odwoływał się Przystępujący ale jest działaniem nadmiernym, przesadnym i przekraczającym ogólnie przyjęte wymogi należytej staranności.

Podsumowując stwierdzić należy, że zarzut zaniechania ujawnienia całości wyjaśnień, złożonych przez Konsorcjum Mostostal w dniu 22 stycznia 2018 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, których fragmenty zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa nie został uznany przez Izbę za spóźniony. Tym samym został zakwalifikowany jako zarzut, podlegający rozstrzygnięciu Izby.

Izba nie przychyliła również do stanowiska Przystępującego w kwestii wniosku, dotyczącego nie rozpoznawania przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia dokumentów, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

Z ustaleń poczynionych przez Izbę wynika, że Zamawiający pismem z dnia 11 kwietnia 2018 r., tj. 8 dni po złożeniu odwołania, poinformował Odwołującego i Przystępującego o tym, że po dniu 23 kwietnia 2018 r. ujawni określoną część informacji, zastrzeżonych w wyjaśnieniach Konsorcjum Mostostal. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że wyznaczył termin na dokonanie ww. czynności po dniu 23 kwietnia 2018 r., „aby wykonawcy mieli czas na

zajęcie stanowiska w tej sprawie". Posiedzenie i rozprawa w niniejszej sprawie została przeprowadzona w dniu 18 kwietnia 2018 r.

W kontekście tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że treść pisma z dnia 11 kwietnia 2018 r. nie może być postrzegana - jak twierdził Przystępujący - jako dokonanie czynności ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Mostostal, które zostało jedynie zawieszono w czasie. Izba uznała, że treść pisma stanowi dopiero zapowiedź dokonania czynności ujawnienia określonych informacji, co nie jest równoznaczne z realizacją tych czynności. Wobec stwierdzenia ponad wszelką wątpliwość, że czynność ujawnienia zastrzeżonych informacji nie została dokonana przez Zamawiającego, w ocenie Izby, nie sposób uznać, że brak jest przedmiotu sporu pomiędzy Stronami. Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że zgłoszony przez Przystępującego wniosek, dotyczący nie rozpoznawania przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia dokumentów, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, z uwagi na brak substratu zaskarżenia należy uznać za bezzasadny i podlegający oddaleniu.

Wobec powyższego Izba stanęła na stanowisku, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, dotyczący zaniechania ujawnienia całości wyjaśnień, złożonych przez Konsorcjum Mostostal w dniu 22 stycznia 2018 r. jako prawidłowo zgłoszony podlega rozpoznaniu Izby. Po analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, że zgłoszony zarzut potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, że Przystępujący, odpowiadając pismem z dnia 22 stycznia 2018 r. na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zastrzegł treść składanych wyjaśnień w następującym zakresie:

- Część druga lit. A (Wykaz płatności: I. Wymagania ogólne) w zakresie odpowiedzi: A.2 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
  - Część druga lit. B (Wykaz płatności: II. Dokumenty Wykonawcy) w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
  - Część druga lit. C (Wykaz płatności: III. Roboty) w zakresie odpowiedzi: C.1, C.2, C.7, C.12, C.13 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
- uwagi na znajdującą się w tej części tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z tym Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego w powyższym zakresie. Z ustaleń Izby wynika również, że Konsorcjum Mostostal w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. zawarło wyjaśnienia dotyczące przyczyn zachowania określonego katalogu informacji w poufności. W toku rozprawy Przystępujący potwierdził, że wraz z wyjaśnieniami nie zostały złożone żadne dowody na potwierdzenie wykazania zasadności zastrzeżenia.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż treść art. 8 ust. 1 Pzp formułuje zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Wyjątek od powyższej zasady wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

W świetle art. 11 ust. 4 ustawy uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wobec tego aby określoną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp zasadą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wobec tego, wyjątki od tej zasady winny być ściśle

uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że treść przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa, nakłada na wykonawcę, już na etapie składania oferty, obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Podkreślić należy, że jednocześnie ze złożeniem oświadczenia wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 uznk. Zatem niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż posiada ona konkretną wartość gospodarczą oraz, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie w poufności takiej informacji. Rolą Zamawiającego w takim przypadku jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania, odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie kwestii, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcia wymaga kwestia związana z tym, czy Przystępujący zastrzegając określony katalog informacji w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. w sposób wystarczający wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje w złożonym na żądanie Zamawiającego, piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy uznk a w konsekwencji Zamawiający był uprawniony do pozostawienia ich w poufności ? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Na wstępie wskazać należy, że ocenie Izby w ramach postępowania odwoławczego, podlegała prawidłowość czynności Zamawiającego, polegająca na ocenie tego, czy Przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazał Zamawiającemu, czego wymaga art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zasługują na ochronę.



W ocenie Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał w sposób prawidłowy, że informacje zawarte w dokumentach w części zastrzeżonych spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia w nich, określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i brak w nim konkretnych, precyzyjnych informacji, które uprawniałby Konsorcjum Mostostal do zachowania w poufności części dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Po drugie wykonawca nie podał jaką wymierną wartość mają dla niego ww. informacje. Ponadto do złożonych wyjaśnień wykonawca nie załączył jakiegokolwiek dowodów, które potwierdzałyby okoliczności na które powoływał się Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach. W związku z tym należy przyznać rację Odwołującemu, który twierdził, że „uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego treść w zasadzie jest tak ogólna że może być stosowana w każdym postępowaniu, a co za tym idzie nie można przyjąć, że przedstawiając je, wykonawca zrealizował ciężący na nim obowiązek wykazania określonych okoliczności faktycznych.

W uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poza przytoczeniem obszernych fragmentów z orzecznictwa oraz opinii UZP Konsorcjum Mostostal w zasadzie skupiło się jedynie na podaniu różnorodnych definicji i cech tajemnicy przedsiębiorstwa zamiast wykazać, że konkretne, przedkładane przez Konsorcjum Mostostal dokumenty, te definicję spełniają. Ponadto Przystępujący, poza lakonicznymi wyjaśnieniami nie przedstawił żadnych dowodów, co w żaden sposób nie realizuje obowiązku wykazania przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Słusznie twierdził Odwołujący, że samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić - i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” - iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu nie sposób również pominąć stanowiska Zamawiającego, wyrażonego w piśmie z dnia 11 kwietnia 2018 r., w którym Zamawiający wprost stwierdził, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Mostostal, w zakresie wskazanym w treści odwołania w ocenie Zamawiającego nie stanowią informacji podlegających ochronie na podstawie art. 11 ust. 4 uznk, dlatego też Zamawiający zapowiedział ich ujawnienie po dniu 23 kwietnia 2018 r. W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że treść pisma stanowi co prawda jedynie obietnicę przeprowadzenia pewnych działań przez

Zamawiającego, która wcale nie musi się ziścić, nie mniej jednak w sposób jasny i klarowny obrazuje stanowisko zajmowane przez Zamawiającego.

Reasumując, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że wykonawca Konsorcjum Mostostal nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 Pzp i nie wykazał w sposób wystarczający, że zastrzeżone w wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2018 r. określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym za niewłaściwą należy uznać czynność Zamawiającego, który nie ujawnił tych informacji na żądanie Odwołującego. Wobec tego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu ujawnienie następujących dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum Mostostal:

- Część druga lit. A (Wykaz płatności: I. Wymagania ogólne) w zakresie odpowiedzi: A.2 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
- Część druga lit. B (Wykaz płatności: II. Dokumenty Wykonawcy) w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
- Część druga lit. C (Wykaz płatności: III. Roboty) w zakresie odpowiedzi: C.1, C.2, C.7, C.12, C.13 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum Mostostal do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny. Podniesiony zarzut Izba uznała za niepotwierdzony.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania jak również odpowiedzi na odwołanie (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

W myśl znajdującego zastosowanie w analizowanej sprawie - z uwagi na moment wszczęcia postępowania (23 września 2015 r.) - art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert,

zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przekładając powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że w omawianym stanie faktycznym cena oferty Przystępującego była niższa o 22,5 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Natomiast jeśli zaś chodzi wartość szacunkową to Zamawiający ustalił jej wartość z należytą starannością i powiększył o kwotę podatku od towarów i usług co dało kwotę 280 321 137,71 PLN brutto. Zamawiający wyjaśnił, że ustalenie wartości szacunkowej zamówienia dokonał na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w PFU. Opierając się na ustaleniach Zamawiającego, które nie zostały podważone przez Odwołującego stwierdzić należy, że cena zawarta w ofercie Konsorcjum Mostostal, w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia, określonej przez Zamawiającego stanowi 83,65% tej wartości i jest od niej niższa o ok. 16%. W kontekście powyższego Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania Konsorcjum Mostostal na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnienia w zakresie występowania w ofercie Przystępującego ceny rażąco niskiej. Za wiarygodną i przekonującą Izba uznała także argumentację Zamawiającego, wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, opierającą się o kryterium podobieństwa, w której jako punkt odniesienia ceny ofert, złożonych w podobnym czasie dla zadań o podobnym charakterze.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu analizie należy poddać również pozostałe okoliczności, które mogłyby powodować wystąpienie uzasadnionych wątpliwości po stronie Zamawiającego co do ceny oferty Przystępującego, które skutkowałyby koniecznością wezwania wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. W tym miejscu wskazać należy, że ciężar wykazania wystąpienia ww. okoliczności obciąża Odwołującego,

który poza własnymi twierdzeniami nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, potwierdzającego czy też uprawdopodobniającego słuszność stawianych tez. Izba podkreśla, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Bez wątplenia wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Co istotne przepis art. 14 ustawy stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: „k.c”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zatem należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

W kontekście powyższego Izba uznała twierdzenia Odwołującego o podejrzeniu występowania w ofercie Przystępującego ceny rażąco niskiej, oparte jedynie o informacje z postępowania dotyczącego innej części zamówienia (tj. Zadania B) za niewystarczające. Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanym stanie faktycznym analogiczna sytuacja faktyczna jak w zakresie Zadania B wcale nie musi mieć miejsca. W szczególności wskazać należy, że w Zadaniu B oferta Przystępującego przekraczała próg 30%, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, co stanowiło podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej podczas, gdy w ramach Zadania C oferta Przystępującego nie przekracza tego progu. Ponadto podstawą odrzucenia oferty Przystępującego w ramach Zadania B był brak

udowodnienia ceny rażąco niskiej, lecz z powodu złożenia niewystarczających, zdaniem Zamawiającego, wyjaśnień w sprawie ceny rażąco niskiej.

Podsumowując, stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający, że po stronie Zamawiającego powinna wystąpić wątpliwość w zakresie poziomu ceny ofertowej Przystępującego w aspekcie jej zniżenia, co powinno wprost prowadzić do konieczności wezwania przez Zamawiającego Konsorcjum Mostostal na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. Tym samym Izba nie stwierdziła w tym zakresie zaniechania Zamawiającego, skutkującego naruszeniem przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

Jeśli zaś chodzi o zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp to Odwołujący w toku rozprawy potwierdził, że powyższy zarzut należy traktować jako ewentualny, postawiony z ostrożności na wypadek, gdyby Izba oddaliła zarzut, odnoszący się do zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia całości wyjaśnień, złożonych przez Konsorcjum w dniu 22 stycznia 2018 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W ramach rozpoznawanego postępowania Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu:

- c) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- d) ujawnienie informacji zastrzeżonych Konsorcjum Mostostal w następującym zakresie:
  - Część druga lit. A (Wykaz płatności: I. Wymagania ogólne) w zakresie odpowiedzi: A.2 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
  - Część druga lit. B (Wykaz płatności: II. Dokumenty Wykonawcy) w zakresie wszystkich załączników w tej Części,
  - Część druga lit. C (Wykaz płatności: III. Roboty) w zakresie odpowiedzi: C.1, C.2, C.7, C.12, C.13 oraz w zakresie wszystkich załączników w tej Części.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2, § 5 ust 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....