

Sygn. akt: KIO 1678/20

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę: **Firma Budowlano-Drogowa MTM Spółka Akcyjna**, ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna**, ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, NDI SOPOT Spółka Akcyjna** z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Firma Budowlano-Drogowa MTM Spółka Akcyjna**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - **Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna** kwotę 4 235 zł 78 gr (słownie: cztery tysiące dwieście trzydzieści pięć złotych siedemdziesiąt osiem groszy) tytułem uzasadnionych kosztów strony, w tym kosztu dojazdu na rozprawę w kwocie 635 zł 78 gr (słownie: sześćset trzydzieści pięć złotych siedemdziesiąt osiem groszy) oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Budowa placów manewrowo- składowych na terenie Centrum Logistycznego w Porcie Gdynia w , ramach zadania inwestycyjnego „Budowa infrastruktury, intermodalnej na terenie Centrum Logistycznego Portu Gdynia”, numer referencyjny: ZTR-227/14/JG/2020.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 marca 2020 r., nr ogłoszenia: 2020/S 060-144520.

W dniu 10 lipca 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 20 lipca 2020 r. wykonawca: Firma Budowlano - Drogowa MTM Spółka Akcyjna z siedzibą w z siedzibą w Gdyni wniosła odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców występujących wspólnie w ramach Konsorcjum NDI sp. z o.o. i NDI SOPOT S.A. (dalej: „Konsorcjum NDI”) pomimo, iż wykonawcy ci nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, określonych w Rozdz. IX ust 2pkt 3a) SIWZ - dotyczących wykonania w okresie 10 lat przed usuwem terminu składania ofert, a jeżeli okres, prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w sposób należyty i zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowego ukończenia co najmniej jednej budowy, przebudowy lub remontu (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) nawierzchni o obciążeniu min 100kN/m² wraz z uzbrojeniem podziemnym, o konstrukcji betonowej wylewanej „na mokro” i o powierzchni co najmniej 10.000 m²;
- 2) art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp i art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NDI oraz zaniechania uznania jego oferty za, odrzuconą pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd, przedstawiając informacje na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz pomimo, że wykonawcy ci w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum NDI pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę, czego skutecznym »wykonawcy nie zakwestionowali w swoich wyjaśnieniach;
- 4) art. 26 p. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków określonych w Rozdziale IX ust 2 pkt 3a) SIWZ, a w szczególności warunku wykonania nawierzchni o konstrukcji betonowej wykonanej na mokro oraz złożenia wyjaśnień do co rozbieżności pomiędzy poszczególnymi dokumentami złożonymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 5) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NDI pomimo, że treść wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny oferty jest tak ogólnikowa, że odpowiada treściowo sytuacji w której wykonawca nie złożył żadnych wyjaśnień, oraz że pomimo, że złożone wyjaśnienia i złożone dowody potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 6) art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum NDI, która podlegała odrzuceniu na podstawie art. 24 ust 4 oraz art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- 7) art. 8 ust 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk) w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum NDI, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a w szczególności wyjaśnień wykonawcy dotyczących oferty i zaoferowanej ceny - część II pisma z dnia 4 czerwca 2020 r. oraz wszystkich załączników do ww. pisma, pomimo tego, że złożone zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniają wszystkich ustawowych przesłanek.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący m.in. wskazał, że Zamawiający w rozdziale IX ust. 2 pkt 3 a) SIWZ określił warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, które muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielnie zamówienia. Natomiast, w rozdziale X ust 10 pkt 1 SIWZ określił w jaki sposób wykonawcy powinni potwierdzić spełnienie warunku, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX ust 2 pkt 3 SIWZ. Dokonując modyfikacji, treści SIWZ w dniu 7 kwietnia 2020 r.. Zamawiający ostatecznie w rozdziale IX ust 2 pkt 3 a) SIWZ, wskazał, że wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 (słownie dziesięciu) lat przed upływem, terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, wykonał w sposób należyty i zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej jedną budowę, przebudowę, lub remont (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) nawierzchni o obciążeniu min 100kN/m² wraz z uzbrojeniem podziemnym, o konstrukcji betonowej wylewanej „na mokro” i o powierzchni co najmniej 10.000 m².

Jednocześnie w dniu 7 kwietnia 2020 r. Zamawiający zmodyfikował także zapis rozdziału X ust 10 pkt. 1 SIWZ określającego sposób potwierdzania przez wykonawców spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej, o którym mowa w rozdziale IX ust 2 pkt 3 SIWZ. Zamawiający wskazał, że żąda w tym zakresie „wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 10 (słownie dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem, ich rodzaju, funkcji, parametrów technicznych, powierzchni, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ.

Konsorcjum NDI celem wykazania spełnienia warunku określonego w rozdziale IX ust 2 pkt 3 a) SIWZ, w złożonym zamawiającemu „Wykazie robót” sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ, wykazało „budowę nawierzchni o obciążeniu ponad 100 kN/m² wraz z uzbrojeniem podziemnym, o konstrukcji betonowej wylewanej „na mokro” i powierzchni 10 144 m² na inwestycji pn. „Przebudowa Placu Składowego wraz z infrastrukturą Towarzystwającą - Terminale Przeładunkowe Sławków - Medyka”, wykonywaną przez DROMAXX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzku, (która zobowiązała się do udostępnienia NDI Sp. z o.o. tj. liderowi Konsorcjum NDI zasobów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej), na rzecz Generalnego Wykonawcy BWP Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej dla inwestora Terminale Przeładunkowe Sławków-Medyka Sp. z o.o. z siedzibą w Sławkowie. Jako miejsce wykonywania robót wskazano Terminale Przeładunkowe Sławków - Medyka. Do „Wykazu robót” załączone zostały referencje wystawione w dniu 30 stycznia 2020 r. przez BWP Sp. z o. o (Generalny wykonawca) z siedzibą w Dąbrowie Górniczej dla DROMAXX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzku.

W związku z treścią ww. referencji, Zamawiający pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. wezwał Konsorcjum NDI do ich uzupełnienia i złożenia wyjaśnień, wskazując że z załączonych referencji nie wynika spełnienie warunku wykonania, nawierzchni o wymaganym obciążeniu tj. min 100 kN/m².

W piśmie z dnia 29 czerwca 2020 r. Konsorcjum NDI ponownie złożyło oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, a celem wykazania wykonania nawierzchni o wymaganym obciążeniu tj. min 100 kN/m² zostały złożone: „Projekt technologiczny wykonania nawierzchni betonowej” dla obiektu, budowlanego „Przebudowa drogi dojazdowej na terenie Terminali Przeladunkowych Sławków-Medyka” oraz wyciąg z Dziennika Budowy, który na stronie tytułowej zawierał informację, iż dotyczy budowy pn. „Utwardzenie placu składowego wraz z odwodnieniem i uzupełnieniem instalacji wodociągowej i oświetleniowej”. W treści złożonych wyjaśnień wskazano, że spełnienie wymogu obciążenia nawierzchni powyżej 100 KN/m² wynika z obliczeń zawartych w załączniku nr 2 do ww. projektu. Na podstawie takich wyjaśnień Zamawiający błędnie w ocenie Odwołującego uznał, że Konsorcjum spełnia określone w SIWZ warunki techniczne, czym naruszył art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp, w związku z art. 24 ust 4 ustawy Pzp, w związku z art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedstawione przez Konsorcjum NDI wyjaśnienia i dowody nie tylko nie potwierdzają spełniania warunków technicznych udziału w postępowaniu, ale dodatkowo zawierają liczne wzajemne niezgodności/sprzeczności dyskwalifikujące je jako wiarygodne dowody potwierdzające spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Ponadto złożone przez Konsorcjum NDI wyjaśnienia nie tylko nie rozwiały wątpliwości wynikających ze złożonych wcześniej referencji, ale wręcz potwierdziły i wykazały, że wykonawca ten nie spełnia także innych, niż wymagane obciążenie min 100 kN/m², warunków technicznych udziału w postępowaniu, określonych w rozdziale IX ust 2 pkt 3a. Zdaniem Odwołującego wskazują na to następujące okoliczności:

1) Zamawiający opisując wymagania odnośnie, technicznych, warunków udziału w postępowaniu, jako jeden z warunków dotyczących zrealizowanych budów wskazał „wykonanie nawierzchni o konstrukcji betonowej wylewanej na mokro”. Celem wyjaśnienia tego pojęcia Odwołujący wskazał, że pojęcie to obejmuje, wykonanie konstrukcji betonowej z betonu o konsystencji oznaczonej w przedziale od 3 do S4. Powyższa kwestia dotycząca oznaczenia, poszczególnych, konsystencji, betonu uregulowana została Polską Normą PN-EN 206+A1, pn. „Beton, Wymagania, właściwości, produkcja i zgodność” zgodnie z którą oznaczenie konsystencji betonu zawarte zostało w przedziale od S1 do S5, przy czym S1 oznacza beton suchy, S2 - beton wilgotny, S3 - S4 beton mokry, S5 beton płynny. Potwierdzeniem powyższego są także zapisy w załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej, a konkretnie w Specyfikacji technicznej SST 3.12 (Nawierzchnia z betonu cementowego) pkt 5.2 (Wykonanie robót), w myśl których „Przy metodzie wbudowania na mokro dopuszcza się zakres konsystencji w przedziale od S-;3 do S4. (Dowód: Specyfikacja

techniczna SST 3.12 Nawierzchni z, betonu cementowego; Polska Norma PN-EN 206+A1 pn. „Beton. Wymagania, właściwości, produkcja i zgodność”.)

Natomiast z załączonego do wyjaśnień z 29 czerwca 2020 r. „Projekt, technicznego-Przebudowa drogi dojazdowej na terenie Terminali Przeladunkowych Sławków- Medyka” wynika, że ww. projekt obejmuje wykonanie nawierzchni o konstrukcji betonowej wylewanej na sucho, gdyż przewiduje on (w pkt 4 Konstrukcja nawierzchni, część dotycząca Nawierzchni betonowej), że: „Nawierzchnia betonowa, zostanie wykonana rozkładarką Wirtgen SP 500 (lub inną) (w szalunkach stacjonarnych lub metodą ślizgową-beton konsystencji S1 lub V0 - w zależności od metody badania”.

Zgodnie z zapisami ww. projektu załączonego przez Konsorcjum NDI beton o konsystencji S2 lub S3 (S3 oznacza wylewanie na mokro) został zastosowany jedynie w „miejscach trudnodostępnych jak i o nieregularnych kształtach. Biorąc pod uwagę fakt, że zgodnie z referencjami z dnia 31 stycznia 2010 r. cały obszar wykonywanych robót nieznacznie przekraczał 10.000,00 m² trudno uznać, że miejsca trudno dostępne i o nieregularnych kształtach obejmowały powierzchnię co najmniej 10.000 m² tj. zgodną z warunkiem określonym w rozdziale IX ust 2 pkt 3a SIWZ.

Zamawiający na etapie wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień pominął całkowicie kwestię spełniania warunku polegającego na wykonaniu nawierzchni o konstrukcji betonowej wylewanej na mokro, pomimo iż złożone przez Konsorcjum NDI referencje nie odnosiły się do tych okoliczności. Zamawiający nie wezwał w/w wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a następnie pomimo uzyskania dokumentów, z których jednoznacznie zdaniem Odwołującego wynikało, iż wykazywane roboty nie obejmowały wykonania nawierzchni o konstrukcji betonowej wylewanej na mokro, zaniechał wykluczenia tego wykonawcy.

2) Wyliczenia zawarte w załączniku nr 2 do Projektu technologicznego wykonania nawierzchni betonowej dla obiektu budowlanego „Przebudowa drogi dojazdowej na terenie Terminali Przeladunkowych Sławków-Medyka” mające stanowić główny dowód na spełnienie warunku dotyczącego budowy nawierzchni o obciążeniu: ponad 100 kN/m², pozostają w sprzeczności z treścią samego ww. projektu, a dodatkowo nie zostały nawet podpisane. W części opisowej projektu dotyczącej wariantu, który zgodnie z oświadczeniem wykonawców zawartym w piśmie z dnia 29 czerwca 2020 r. został wybrany do, realizacji przez inwestora, wskazane są inne wartości niż w obliczeniach stanowiących załącznik nr 2. W pkt 3.2 (Konstrukcje nawierzchni) w/w projektu, opisującej konstrukcję, nawierzchni dla wybranego do realizacji Wariantu 1 wskazano, że dotyczy on konstrukcji nawierzchni dla obciążenia do 300 kN/oś. Natomiast w wyliczeniach stanowiących załącznik nr 2 (które Konsorcjum NDI wskazało jako obowiązujące dla przyjętego wariantu 1) jako maksymalne obciążenie dla osi wskazano

150 kN. Powyższe rozbieżności wskazują wyraźnie, że obliczenia nie zostały, wykonane dla obiektu opisanego, w części opisowej projektu i nie stanowią wraz z nią integralnego. Dokumentu i jako takie, nie mogą stanowić dowodu spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu, zawartego, w rozdziale IX ust 2 pkt 3a SIWZ, polegającego na wybudowaniu nawierzchni o obciążeniu minimum 100 kN/m².

3) W części opisowej projektu załączonego do wyjaśnień Konsorcjum NDI w pkt 3.2 (Konstrukcje nawierzchni) opisującej konstrukcję nawierzchni wybranego do realizacji Wariantu 1 (zgodnie z treścią złożonych przez, Konsorcjum wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2020 r.) opisano warstwę górną konstrukcji nawierzchni jako warstwę nawierzchniową z betonu cementowego C30/37 niedyblowaną i niezbrojoną włóknami pomiarowymi. Ponadto w pkt 4 (Konstrukcja nawierzchni) wyraźnie wskazano, że „dobór warstw konstrukcyjnych uniemożliwia klawiszowaniu płyt nawierzchni w związku z czym nie zachodzi konieczność dyblowania ani kotwienia w żadnym kierunku. Natomiast zgodnie z treścią referencji z dnia 30 stycznia 2020 r. na obiekcie, wykonywanym przez DROMAXX Sp. z o.o. zastosowany został „beton nawierzchniowy o konstrukcji dyblowanej. Nawierzchnia wykonana mechanicznie w szalunku ślizgowym, układarką do betonu Wirtgen SP 500 wyposażoną w dyblarkę mechaniczną”

4) Zgodnie z treścią referencji złożonych przez Konsorcjum NDI objęte nimi roboty budowlane obejmowały „roboty przygotowawcze konstrukcyjne - tj wzmocnienie podłoża, stabilizację wgłębną cementem na miejscu (Rm2,5-5,0MpA)” o grubości 30 cm. Natomiast jak to wynika z projektu załączonego do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2020 r. pkt 3.2 (Konstrukcja nawierzchni – Wariant I- dla obciążenia 300 kN/oś) - dla robót wykonywanych na podstawie ww. projektu przewidziano warstwę podłoża o grubości 50 cm

5) Zgodnie z zapisem z dnia 25 października 2019 r. dokonany przez Kierownika: budowy w załączonym do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2020 r. Wyciągu z Dziennika Budowy, w dniu 25 października 2019: r. zgłoszony został wniosek „Proszę o zgodę na wykonanie doziarnienia warstwy o grubości 20 cm”. Natomiast załączony do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2020 r. Projekt technologiczny wykonania nawierzchni betonowej dla obiektu budowlanego „Przebudowa drogi dojazdowej na terenie Terminali Przeładunkowych Sławków-Medyka” w wybranym do realizacji (zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 29 czerwca 2020 r.) nie zakłada doziarnienia gruntu.

6) Zgodnie z zapisem z dnia 10 października 2020 r. dokonany przez Kierownika budowy oraz z dnia oraz z dnia 25 października 2020 r. dokonany przez Inwestora zastępczego w załączonym do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2020 r. wyciągu z Dziennika Budowy, w dniu 10 października 2019 r. zgłoszone zostały odmienne warunki, geologiczne w odniesieniu do

dokumentacji projektowej determinujące kontynuację robót podstawie projektu zamiennego. Natomiast załączony do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2020' r. Projekt technologiczny wykonania nawierzchni betonowej dla obiektu budowlanego „Przebudowa drogi dojazdowej na terenie Terminali Przeładunkowych Sławków-Medyka" jako datę wykonania opracowania wskazuje - wrzesień 2019 r. Zestawienie powyższych dat tj. daty stwierdzenia wystąpienia okoliczności (odmiennych warunków geodezyjnych-10.10.2019), powodujących konieczność wykonania projektu zamiennego oraz daty wykonania projektu zamiennego (wrzesień 2019 r.), a także daty przekazania placu budowy (wpis z dnia 9 października 2019r. nasuwać musi liczne wątpliwości, co do tego czy sporządzony we wrześniu 2019 r. projekt zamienny dotyczy robót rozpoczętych w październiku 2019 r. i co do których konieczność sporządzenia projektu zamiennego z uwagi na odmienne warunki geologiczne ustalona, została dopiero 10 października 2019 r. Ponadto w załączonym do wyjaśnień z dnia 29 czerwca.2020 r. Dzienniku Budowy, który zgodnie z brzmieniem art. 45 ust 1.ustawy z dnia 7 lipca 1994 r, Prawo budowlane, jest dokumentem urzędowym, nie dokonano w pkt 6 (str. 4) wpisu odnośnie osób pełniących funkcję nadzoru autorskiego, a w szczególności autorów projektu załączonego do wyjaśnień wykonawców z dnia 29 czerwca 2020 r., co stanowiłoby potwierdzenie, że ww. projekt miał zastosowanie przy realizacji inwestycji i został dopuszczony jako projekt zamienny.

7) Konsorcjum NDI jako dowód spełniania warunków technicznych udziału w postępowaniu, w tym także wykonania robót w sposób należyty i zgodnie z przepisami prawa budowlanego, a także jej prawidłowe ukończenie, przedstawiło referencje wystawione firmie DROMAXX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzku przez firmę BWP Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (Generalnego wykonawcę) w dniu 30 stycznia 2020 r. Natomiast z treści zapisów wyciągu z Dziennika Budowy załączonego do wyjaśnień Konsorcjum NDI z dnia 29 czerwca 2020 r. wynika, że w dniu 30 stycznia 2020 r. doszło wyłącznie do zgłoszenia wykonywanych robót do odbioru i potwierdzenia ich zakończenia przez inspektora nadzoru, co nie stanowi potwierdzenia wykonania robót zgodnie z projektem, przepisami prawa budowlanego.

Odwołujący stwierdził, że pomimo zaistnienia wszystkich ww. okoliczności, potwierdzających jego zdaniem, brak spełniania przez Konsorcjum NDI warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie wykluczył ww. wykonawców z postępowania, czym naruszył wskazane w petitum odwołania przepisy Pzp. Zamawiający nie uczynił tego nawet pomimo, że Konsorcjum NDI na - wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, dotyczących spełniania warunku wykonania nawierzchni o wymaganym obciążeniu, złożyło dokumentację projektową i obliczenia - przy czym żaden z tych dokumentów nie potwierdzał spełnienia ww. warunku, gdyż każdy dotyczył obiektu o innych parametrach, niż opisany w referencjach. Żadna z wyżej opisanych, okoliczności nie wzbudziła

nawet wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający nie tylko nie wykluczył Konsorcjum NDI z uwagi niespełnianie warunków udziału w postępowaniu polegających na wykonaniu konstrukcji betonowej, na mokro oraz na wykonaniu nawierzchni o obciążeniu minimum 100 kN/m², ale nawet nie wezwał, ich do złożenia wyjaśnień (z wyjątkiem wezwania do, złożenia wyjaśnień dotyczących wymaganego obciążenia). Nie uczynił tego pomimo, że istnieją znaczne rozbieżności pomiędzy opisem wykonanych robót zawartym w wykazie robót oraz w referencjach, które stwierdzają wykonanie robót zgodnie z projektem, a zapisami wynikającymi z przedłożonej dokumentacji projektowej, (wskazane przez odwołującego powyżej w pkt 3, 4) oraz Dziennikiem Budowy przedłożonym przez Konsorcjum NDI (wskazane przez odwołującego powyżej w pkt 5-7). Ponadto załączony do wyjaśnień Konsorcjum NDI z dnia 29 stycznia 2020 r. projekt stanowi raczej koncepcję, a nie dokumentację projektową mogącą świadczyć o zrealizowaniu na jego podstawie robót budowlanych. Nie posiada on jakiegokolwiek uwierzytelnienia w postaci podpisu kierownika budowy lub/i inspektora nadzoru czy też inwestora, a brak informacji, że stanowi on projekt zastępczy, czy chociażby brak ujawnienia w Dzienniku Budowy autorów ww. projektu jako osób pełniących nadzór autorski oraz liczne wskazane wyżej rozbieżności w stosunku treści referencji z dnia 30 stycznia 2020 r. oraz wyciągu z Dziennika Budowy świadczą o tym, że nie jest to ten sam projekt zamienny, według którego wykonywane były roboty wykazane przez Konsorcjum NDI w wykazie robót i referencjach. Oznacza to, że nie ma on żadnej wartości dowodowej nie tylko w zakresie wykazania spełnienia warunku wykonania nawierzchni o obciążeniu ponad 100 kN/m², ale także wszystkich pozostałych technicznych warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że wykaz robót złożony przez Konsorcjum NDI zawiera nieprawdziwe, informacje, które zostały złożone w celu uzyskania zamówienia. Z załączonej do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2020 dokumentacji projektowej pn .Projekt, technologiczny wykonania nawierzchni betonowej dla obiektu budowlanego pn. Przebudowa drogi dojazdowej na terenie terminali przeładunkowych Sławków-Medyka (pkt 4 części opisowej pn. Konstrukcja nawierzchni), nawierzchnia betonowa na tym obiekcie budowlanym wykonana została zdaniem Odwołującego, jak wyżej opisał, na sucho. Oznacza to, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, co do posiadania przez Konsorcjum z NDI zdolności technicznych warunkujących udział w postępowaniu. Ponadto Odwołujący wskazał wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd składając na dowód spełniania warunków udziału w postępowaniu referencje z dnia 30 stycznia 2020 r. oraz wyjaśnienia z dnia 29 czerwca 2020 r. wraz z ww. dokumentacją projektową, które są wzajemnie sprzeczne w swej treści i z których wynika, że załączona dokumentacja nie jest to dokumentacja, na podstawie której realizowana była budowa zamieszczona w wykazie robót potwierdzających spełnianie warunków, udziału, w

postępowaniu, albo że nieprawdziwe informacje podane zostały w referencjach. Potwierdzają to opisane znaczne rozbieżności pomiędzy treścią tej dokumentacji, a treścią referencji z dnia 30 stycznia 2020 r. oraz treścią Dziennika Budowy, także załączonego do wyjaśnień Konsorcjum NDI. Nie bez znaczenia jest tu także fakt, że ww. referencje wystawione zostały przed datą odbioru, czyli stwierdzenia należytego wykonania robót wskazanych w wykazie robót potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd i przedstawił nieprawdziwe informacje w wyniku rażącego niedbalstwa, a już z całą pewnością na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa, polegających na zaniechaniu przez nich weryfikacji zarówno referencji jak i dokumentacji projektowej otrzymanej od wykonawcy, którego zasobami posłużyli się w niniejszym postępowaniu.

Uzasadniając trzeci zarzut, Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożonych zostało dziewięć ofert. Oferta Odwołującego jako jedyna obejmowała dopuszczalne zgodnie z SIWZ rozwiązanie równoważne, które pozwoliło na znaczne obniżenie kosztów wykonania robót objętych zamówieniem i umożliwiło złożenie oferty na kwotę 94. 290.000,00 zł netto (115 976 700,00 zł brutto). Wprawdzie Konsorcjum NDI w złożonych wyjaśnieniach z dnia 4 czerwca 2020 r. odnośnie rażąco niskiej ceny w części III tych wyjaśnień z niezrozumiałych przyczyn wskazali, że złożyli ofertę „na realizację zamówienia opcjonalnego” to pojęcie to nie jest tożsame, z ustawowym pojęciem, „rozwiązanie równoważne”. Ponadto zgodnie z zapisami w rozdziale IV ust 3 pkt . 53-55 SIWZ Zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązania równoważnego pod warunkiem, wykazania, że oferowane rozwiązania, spełniają określone wymagania, w tym parametry techniczne i standard nie gorszy niż przyjęty w dokumentach technicznej, czego Konsorcjum NDI nie wykazało w złożonej przez nich ofercie. (Dowód: oferta Odwołującego, oferta Konsorcjum NDI) Pozostałe oferty opiewały na kwoty od 98.685402,25 netto (121.383 004,77 zł brutto) do kwoty 163.966.700,34 zł netto (201.679 041,42 zł brutto). Konsorcjum NDI złożył ofertę na kwotę netto 70.727 646,55 (86. 995 005,26 zł brutto).

W związku ze złożeniem oferty tak znacznie odbiegającej od pozostałych oraz stanowiącej wyłącznie 56 % kwoty przeznaczonej na wykonanie zamówienia przez Zamawiającego, wynoszącej 153 750 000 zł, zamawiający pismem z dnia 25 maja 2020 r. wezwał Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień, celem ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które, zdaniem Odwołującego, niemal w całości miały charakter ogólnikowy, bez poparcia tych twierdzeń wystarczającymi, wiarygodnymi dowodami. W szczególności niewskazane zostało, którego wykonawców występujących wspólnie dotyczą podane okoliczności i powołano się ogólnikowo na „funkcjonowanie na krajowym i lokalnym, rynku budowlanym od kilkudziesięciu lat, w trakcie których ukończyli skomplikowane i wymagające inwestycje budowlane” różnych branż, „opracowanie szeregu rozwiązań

organizacyjnych i ekonomicznych", „maksymalną optymalizację procesów budowlanych". Wykonawca nie wykazał jednak żadnego przełożenia tych ogólnikowych okoliczności na konkretne wartości oszczędności, które miałyby z tego wynikać. O ogólnikowości i słabości merytorycznej wyjaśnień najlepiej świadczy powoływanie się w nich na inwestycje aktualnie realizowane przez wybranych wykonawców z których żadna nie została jeszcze zakończona. Co za tym idzie brak jest możliwości, realnej oceny nie tylko, jakości i terminowości robót wskazanych w wyjaśnieniach, ale przede wszystkim ich ostatecznej opłacalności (rentowności) zarówno dla wykonawcy jak i zamawiającego. Fakt niezakończenia żadnej z robót, na które powołano się w wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny wskazuje, że twierdzenia o nabytej wiedzy i doświadczeniu w zakresie specyfiki prac objętych przedmiotowym zamówieniem, nie zostały jeszcze zweryfikowane, co w szczególności odnosi się do, umiejętności właściwego oszacowania ceny realizacji prac i wygospodarowania oszczędności. W związku z tym nie można na ich podstawie wiarygodnie zweryfikować skuteczności i pożądanego wpływu uzyskanego doświadczenia na możliwość oferowania cen, które tak jak w przypadku ceny zaproponowanej w przedmiotowym postępowaniu, wyraźnie odbiega od cen rynkowych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów powszechnych oraz KIO uzasadnione wezwanie do złożenia wyjaśnień stwarza domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, którego obalenie obciąża wykonawcę, do którego skierowano, wezwanie To on winien, wykazać, że jest możliwe wykonanie zamówienia za podaną w ofercie cenę. Złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę."- wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2019 r. KIO 691/19. Natomiast obowiązek zamawiającego nie ogranicza się wyłącznie do wystosowania wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdyż polega on przede wszystkim na weryfikacji złożonych przez wykonawców wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie przeprowadził rzetelnej weryfikacji otrzymanych wyjaśnień, gdyż gdyby taka weryfikacja została przeprowadzona, Zamawiający łatwo ustaliłby, że złożone przez Konsorcjum NDI wyjaśnienia, nie uzasadniają, ani nie potwierdzają możliwości wykonania przedmiotowych robót budowlanych za cenę zaoferowaną przez tego wykonawcę.

Odwołujący odnosząc się do ceny oferty Konsorcjum NDI, w szczególności do jej istotnej części składowej tj. do ceny za wykonanie robót branży drogowej, w wysokości łącznie netto 47.048.262,63 zł (24.729.632,77 zł dla zadania nr 1, 22.318.629,86 zł dla zadania nr 2) wskazał, że ww. kwoty z uwagi na to, że są rażąco niskie nie dają możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie, z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że celem wykazania, że brak jest możliwości należytego wykonania robót drogowych objętych zamówieniem, w oparciu o wskazane w dokumentacji projektowej

dane ilościowe oraz najniższe osiągalne na rynku lokalnym, ceny, dokonał kalkulacji koniecznych do poniesienia kosztów na wykonanie robót drogowych, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i zgodnie z dokumentacją projektową, uwzględniając najniższe z możliwych do uzyskania ceny, ustalone na podstawie ofert zebranych z rynku lokalnego (uwzględniające, maksymalne rabaty i upusty) na: materiały niezbędne do wykonania robót drogowych zgodnie z projektem, w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem, na łączną kwotę 46.086.612,63 zł; wykonanie robót ziemnych niezbędne do wykonania robót drogowych zgodnie z projektem, w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem, na łączną kwotę 5.770.575,00 zł; kosztów ułożenia dylatacji niezbędne do wykonania robót drogowych zgodnie z projektem, w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem, na łączną kwotę 4.630.178,28 zł, kosztów wibroflotacji (wzmocnienia) niezbędne do wykonania robót drogowych zgodnie z projektem, w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem bez robót ziemnych i towarzyszących (takich jak platforma robocza, uzupełnienie ubytków, dogęszczanie - których minimalny koszt można oszacować na kwotę ponad 3.000.000,00 zł) na łączną kwotę 4.500.000,00 zł. (Dowód: kalkulacja wraz ofertami). Odwołujący zaznaczył, że ograniczył się w kalkulacji wyłącznie do wyliczenia: 1) kosztów materiałów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, 2) kosztów wykonania robót ziemnych, 3) kosztów wykonania dylatacji, 4) kosztów wykonania wibroflotacji, nie uwzględniając wielu koniecznych jeszcze do wyliczenia elementów ceny tj. kosztów platformy roboczej, uzupełnienia ubytków, dogęszczania), a przede wszystkim nie uwzględniając kosztów wykonania robót rozbiórkowych, robocizny i sprzętu oraz zysku. Pomimo tego, zestawienie kosztów niezbędnych do wykonania robót branży drogowej, nawet nieuwzględniające istotnych składowych ceny takich jak: wartość robocizny i sprzętu, minimalna nawet marża dla wykonawcy wskazuje, że kwota przedstawiona w ofercie konsorcjum NDI za wykonanie całości robót drogowych (tj. dla zadania 1 i 2) w wysokości 47.048.262,63 zł jest tylko nieznacznie (w stosunku do wartości zamówienia) wyższa od kosztów samych materiałów niezbędnych do wykonania robót drogowych zgodnie z projektem (46.086.612,63, zł). Suma zawartych w kalkulacji składowych (kosztów materiałów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, kosztów wykonania robót ziemnych, kosztów wykonania dylatacji, kosztów wykonania wibroflotacji w wysokości 60.987.365,91 zł, pokazuje minimalną wartość, jaką każdy wykonawca z wyjątkiem tego, który na skutek świadomego działania lub nierzetelnej kalkulacji oferuje cenę rażąco niską, musi przeznaczyć aby zrealizować zamówienie zgodnie z projektem. Powyższa wartość jest i tak dalece niekompletna, gdyż nie obejmuje kosztów robocizny i sprzętu, które należy dodać do cen materiałów, robót ziemnych i towarzyszących przy wzmocnieniu podłoża gruntowego, jak również minimalnego chociażby zysku wykonawcy.

Odwołujący wniósł o powołanie biegłego sądowego, na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót branży drogowej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Odwołującego zastosowanie przez Konsorcjum NDI rażąco niskiej ceny za wykonanie robót branży drogowej, a w konsekwencji rażąco niskiej, ceny za wykonanie całego zamówienia na skutek świadomego działania, albo nierzetelnego sporządzenia kalkulacji przez tych wykonawców, potwierdza także zestawienie przyjętych przez nich kosztów wykonania robót drogowych z kosztami robót branży drogowej oferowanymi przez pozostałych wykonawców występujących w przetargu. Kwoty zaoferowane przez pozostałych wykonawców za wykonanie robót branży drogowej mieszczą się w przedziale od 63.014.924,96 do 126.994.037,55 zł przy czym kwota 63.014.924,96 zł została zaproponowana przez Odwołującego, który jako jedyny zaoferował w tym zakresie inne rozwiązanie równoważne, z uwagi na odmienną technologię, znacznie bardziej oszczędne. Wykonawcy, którzy tak jak Konsorcjum NDI złożyli oferty obejmujące ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia na podstawie rozwiązań zawartych w dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego, zaoferowali za wykonanie robót drogowych ceny od 72.693.571,71 zł do 126.994.037,55 zł. Wartość robót drogowych w ofercie Konsorcjum NDI różni się od wartości robót drogowych zaoferowanych przez pozostałych wykonawców o kwoty w przedziale, od 16.866.662,33 zł do 79.945.774,92 zł, przy czym 16.866.662,33 zł to różnica pomiędzy kosztami wykonania robót branży drogowej oferowanymi przez Odwołującego. Procentowe różnice wartości robót branży drogowej pomiędzy ofertą złożoną przez Konsorcjum NDI, a pozostałych wykonawców (przy braku uwzględnienia oferty odwołującego), mieszczą się w granicach od 35,28% do 62,95 %. W odniesieniu do pozostałych robót, różnica kwotowa za ich wykonanie w ofercie złożonej przez Konsorcjum NDI różni się od wartości robót zaoferowanych przez pozostałych wykonawców o kwoty w przedziale od 2.312 446,62 Zł do 31.813 892,54 zł (Dowód: zestawienie kosztów na wykonanie placów manewrowo - składowych dla zadania nr 1 i zadania nr 2 dla wszystkich wykonawców, zestawienie kwotowych i procentowych różnic wartości robót branży drogowej pomiędzy ofertą złożoną przez Konsorcjum NDI Sp. z o.o. oraz NDI SOPOT, a ofertami pozostałych wykonawców, zestawienie kwotowych i - procentowych różnic wartości pozostałych robót pomiędzy ofertą złożoną przez Konsorcjum NDI, a ofertami pozostałych wykonawców. Zamawiający, opierając się na przepisie art. 90 ust 3 ustawy Pzp powinien stwierdzić, że wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie ma znamion rażąco niskiej ceny, które to domniemanie powstało w momencie skierowania zapytania w tej sprawie. Nie było także dopuszczalne ewentualne skierowanie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. Skoro wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum NDI z uwagi na ich ogólnikowość musiały pozostawić istotne

wątpliwości co do tego, czy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Następnie Odwołujący podniósł, że pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NDI Zamawiający w dniu 10 lipca 2020 r. dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, czym naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do dopuszczenia do realizacji zamówienia wykonawcy, który winien zostać wykluczony i którego oferta podlegała odrzuceniu, na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust 4 oraz 89 ust 1 pkt 4 i pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 8 ust 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał m.in., że jawność postępowania jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przejawia się ona w szeregu czynności, do których zobowiązany jest zamawiający i oznacza obowiązek zapewnienia wszystkim zainteresowanym podmiotom dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji, związanych z, postępowaniem tylko w przypadkach określonych w, ustawie. Zasada ta doznaje ograniczenia tylko w przypadkach określonych w art. 8 ust 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle ustawy uznk (art. 11 ust 2) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile ^uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej, staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Do obowiązków Zamawiającego należy zbadanie czy wszystkie wskazane wyżej przesłanki wystąpiły łącznie (uchwała SN z 21 października 2005 r. sygn. akt; IIICZP 74/05). W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie sprostął temu obowiązkowi, gdyż pomimo, iż wykonawca Konsorcjum NDI nie wykazał w czym upatrywać należy wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a także pomimo załączenia takich dokumentów jak „Polityka bezpieczeństwa informacji” „Procedura 3 - Zarządzanie zasobami informatycznymi- wyciąg” oraz „Regulamin użytkowania zasobów TT- wyciąg” nie wskazali jednak jak ww. dokumenty odnoszą się do konkretnych zastrzeżonych informacji.

Złożone przez Konsorcjum NDI zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 4 czerwca 2020 r. pomimo swej obszerności ogranicza się do ogólnikowych stwierdzeń. Brak wykazania zaistnienia wszystkich ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

winien skutkować ujawnieniem dokumentów, co do których Konsorcjum NDI złożyło zastrzeżenia.

Do odwołania zostało załączone zestawienie kosztów na wykonanie placów manewrowo - składowych dla zadania nr 1 i zadania nr 2 dla wszystkich wykonawców oraz kwotowych i procentowych różnic wartości robót branży drogowej, a także kwotowych i procentowych różnic wartości pozostałych robot pomiędzy ofertą złożoną przez Konsorcjum NDI, a ofertami pozostałych wykonawców.

Pismem z dnia 23 lipca 2020 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum NDI Sp. z o.o. i NDI SOPOT S.A. (dalej również: „Przystępujący”), wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając swoje stanowisko w sprawie w odniesieniu do zarzutu nr 7, następnie uzupełniając swoje stanowisko w odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania w piśmie dnia 6 sierpnia 2020 r.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2020 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości z uwagi na jego bezzasadność.

Izba dopuściła w poczet dowodów dokumentację postępowania przedłożoną przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez strony załączone do pism oraz złożone na rozprawie, w tym z złożone przez:

- Odwołującego w postaci: kalkulacji: Port Gdynia – place manewrowo-składowe, Koszt materiałów wraz ofertami materiałowymi wg zestawienia, Koszt wykonania robót ziemnych wraz z ofertami wg zestawienia, Koszt wykonania dylatacji wraz z ofertami wg zestawienia, Koszt wykonania wibroflotacji wraz z ofertami wg zestawienia, oraz: Polskiej Normy PN-EN 206+A1 Beton Wymagania, właściwości, produkcja, zgodność, SST 3.12 Nawierzchnia z betonu cementowego, Oświadczenia p. M. M., Oświadczenia p. O. H., zdjęć dot. betonu, dwóch oświadczeń CHRYSO, Projektu wykonawczego nawierzchni dla inwestycji Budowa zasobni wraz z infrastrukturą towarzyszącą, Wniosku o udostępnienie informacji publicznej skierowanego do PINB w Będzinie wraz m.in. z oświadczeniem Kierownika budowy z dnia 14.02.2020 r. i zawiadomieniem o braku sprzeciwu;

- Przystępującego w postaci: Polskiej Normy PN-EN 206+A1 Beton Wymagania, właściwości, produkcja, zgodność, wyciągu z Praktycznego poradnika według firmy Silka, korespondencji e-mail zawierającej potwierdzenia ofert.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego w sprawie powołanie biegłego na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót branży drogowej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, zawartego w odwołaniu, uznając, iż przeprowadzenie takiego dowodu w okolicznościach analizowanej sprawy nie jest konieczne i uwzględnienie wniosku prowadziłyby do zwłoki w rozpoznaniu odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Może zatem ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, dotyczącymi zaniechania wykluczenia Konsorcjum NDI i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a na co mógłby w przeciwnym razie liczyć. Ewentualne nieuwzględnienie niniejszego odwołania pozbawi odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum NDI Sp. z o.o. i NDI SOPOT S.A., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stali się uczestnikami postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w ust. 1 pkt. 2) c) tego rozdziału SIWZ jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał w sposób należyty i zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) nawierzchni o obciążeniu min. 100 kN/m² wraz z uzbrojeniem podziemnym, o konstrukcji betonowej wylewanej „na mokro” i o powierzchni co najmniej 10.000 m²;

Na potwierdzenie spełniania tego warunku w wykonawcy, stosownie do rozdziału X ust 10 pkt 1 SIWZ, winni złożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, funkcji, parametrów technicznych, powierzchni, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Wzór wykazu został określony w załącznik nr 6 do SIWZ.

Wykonawca Konsorcjum NDI, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 9 czerwca 2020 r., złożył oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. W wykazie robót złożonym z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, Przystępujący wskazał: Budowa nawierzchni o obciążeniu ponad 100 kN/m² wraz z uzbrojeniem podziemnym, o konstrukcji betonowej wylewanej „na mokro” i powierzchni 10 155 m² na inwestycji pn.: „Przebudowa Placu Składowego wraz z Infrastrukturą Towarzystwą - Terminale Przeladunkowe Sławków - Medyka”. Miejsce wykonywania: Terminale Przeladunkowe Sławków – Medyka w okresie 08.10.2019-30.01.2020 Inwestor: Terminale Przeladunkowe Sławków - Medyka Sp. z o.o., ul. Groniec 1a, 41-260 Sławków Na rzecz Generalnego Wykonawcy: BWP Sp. z o.o. Dąbrowa Górnicza, ul. Strzemieszycka 248, 42-530. Do wykazu zostały załączone referencje wystawione przez BWP Sp. z o.o., na rzecz DROMAXX Sp. z o.o. potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych w ramach inwestycji wskazanej w tym wykazie, wraz ze wskazaniem niektórych z wykonanych robót.

W dniu 23 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum NDI do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących referencji, z uwagi na to, że nie wynika z nich spełnienie warunku wykonania nawierzchni o wymaganym obciążeniu tj. min. 100 kN/m².

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 29 czerwca 2020 r. wykonawca Konsorcjum NDI złożył pismo wyjaśniające oraz załączył dokumenty:

- 1) „Projekt technologiczny wykonania nawierzchni betonowej” (Projekt techniczny wykonania konstrukcji nawierzchni płyty magazynowej wraz z drogą dojazdową) dotyczący zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa Placu Składowego wraz z Infrastrukturą Towarzystwającą - Terminale Przeładunkowe Sławków - Medyka”, wrzesień 2019 r.;
- 2) Wyciąg z Dziennika Budowy dot. inwestycji „Przebudowa Placu Składowego wraz z Infrastrukturą Towarzystwającą-Terminale Przeładunkowe Sławków - Medyka”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba orzeka.

Zarzut nr 1 - dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego Przystępującego pomimo, iż Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że nie jest sporne, że, jak wyżej ustalono, dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (doświadczenia) Przystępujący złożył wymagany w SIWZ wykaz robót oraz referencje z dnia 30 stycznia 2020 r., potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych w ramach inwestycji wskazanej w wykazie, wystawione na podmiot, na którego zasobach polega. Z treści referencji wynika, że potwierdzają one należyte wykonanie robót budowlanych m.in. nowej konstrukcji nawierzchni wykonanej z betonu cementowego nawierzchniowego – gr 25 cm, o łącznej powierzchni 10 155,00m².

Zastrzeżenia Odwołującego odnoszą się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum NDI w piśmie z dnia 29 czerwca 2020 r., dotyczących spełnienia elementu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w odniesieniu do wykonania nawierzchni o wymaganym obciążeniu, tj. 100 kN/m². Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te nie rozwiąły zgłoszonych przez Zamawiającego wątpliwości, a nadto wynika z nich, że wykonawca nie spełnia innych warunków technicznych udziału w postępowaniu. Argumentację w tym zakresie

Odwołujący przedstawił w 7 punktach. Odnosząc się do tych argumentów, według chronologii przedstawionej w odwołaniu należy wskazać, co następuje:

Ad 1.

Odwołujący stwierdził, iż wykluczenie Przystępującego z postępowania jest uzasadnione tym, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego wykonania nawierzchni o konstrukcji betonowej wylewanej „na mokro” na referencyjnym zadaniu.

W tym zakresie zauważenia wymaga, iż pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym i Przystępującym istnieje różnica w sposobie rozumienia pojęcia: konstrukcja betonowa wylewana „na mokro”, a w konsekwencji rozumienia treści warunku udziału w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego pojęcie to obejmuje wykonanie konstrukcji betonowej z betonu o konsystencji oznaczonej w przedziale od S3 do S4, czego potwierdzeniem w jego ocenie jest treść Specyfikacji Technicznej 3.12. w analizowanym postępowaniu. Natomiast, jak zaznaczył, z treści załączonego przez Przystępującego ww. Projektu technologicznego, który przewiduje w pkt 4 Konstrukcja nawierzchni część dotycząca Nawierzchni betonowej, że: „Nawierzchnia betonowa zostanie wykonana rozkładarką Wirtgen SP 500 (lub inną) (w szalunkach stacjonarnych lub metodą ślizgową - beton konsystencji S1 lub VO - w zależności od metody badania”, wynika, że projekt ten obejmuje wykonanie nawierzchni o konstrukcji betonowej wylewanej na sucho.

Zdaniem Zamawiającego natomiast pojęcie to oznacza, że nie dopuszcza wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu nawierzchni betonowej za pomocą gotowych elementów, tj. prefabrykatów wykonanych poza miejscem wbudowania. W związku z tym dla Zamawiającego nie ma znaczenia przywoływana przez Odwołującego konsystencja betonu, ponieważ metoda wykonywania betonu „na mokro” jest ta sama, niezależnie od stopnia konsystencji betonu. Nie ma także według Zamawiającego znaczenia w tym zakresie treść Specyfikacji Technicznej 3.12. dla obecnego zadania.

Stanowisko Zamawiającego podziela Przystępujący, który dodatkowo wyjaśnił, że klasyfikacja konsystencji betonu klasy S1 - S5 w żaden sposób nie determinuje, iż konstrukcja betonowa wylewana „na mokro” może być wykonana tylko z betonu o konsystencji S3 lub S4, ani też, że prace wykonane przez DROMAXX Sp. z o.o., które były wykonane z betonu o konsystencji S1 lub VO były wykonane w metodzie „na sucho”. Z dokumentu pn. „POLSKA NORMA PN-EN 206+A1 Beton. Wymagania, właściwości, produkcja i zgodność.” wydanego przez Polski Komitet Normalizacyjny, wynika bowiem, iż: Norma PN-EN 206 - wyznacza następujące metody badania konsystencji betonu: metoda opadu stożka, metoda Vebe, metoda stopnia zagęszczalności, metoda stolika rozpliwowego. Metoda stożka opadowego - jest to najpopularniejsza metoda badania konsystencji betonu; S to oznaczenie klasy

konsystencji według metody badania opadu stożka i określa stopień zagęszczenia lecz nie rozróżnia betonu na „suchy - mokry” (str. 26 - Polskiej Normy PN-EN 206+A1); Norma nie rozróżnia i nie definiuje betonów w kategorii „suchy”, „mokry”. Do realizacji konstrukcji betonowej wylewanej na mokro można użyć betonu niezależnie od jego konsystencji. Z ww. dokumentu nie wynika, iż oznaczenie konsystencji betonu prezentuje się tak jak opisał Odwołujący: „S1 - oznacza beton suchy, S2 - beton wilgotny, S3 - S4 beton mokry, S5 beton płynny”. Polska Norma dot. Betonu nie wprowadza takiego podziału, jak również nie definiuje realizacji robót betonowych „na mokro” lub „na sucho”. Ze Specyfikacji Technicznej załączonej przez Zamawiającego do niniejszego postępowania również to nie wynika. W Specyfikacji technicznej SST 3.0 Nawierzchnia z betonu cementowego w pkt 5.2. Projektowanie mieszanki betonowej wskazano: Przy metodzie wbudowywania na mokro dopuszcza się zakres konsystencji w przedziale od S-3 do S- 4 (klasę konsystencji należy uwzględnić przy projektowaniu recepty jak również z odbiorcą betonu). Konsystencję mieszanki betonowej należy określać wg metody pomiaru opadu stożka zgodnie z PN-EN 12350-2:2011. Powyższy, w ocenie Przystępującego oznacza, że na przedmiotowym zamówieniu Zamawiający dopuszcza ww. zakres konsystencji betonu. Nie oznacza to, że tylko z betonu w przedziale S-3 do S-4 można wykonywać „metodę wbudowywania na mokro”. Ten zapis SST również w żaden sposób nie oznacza, tego co twierdzi błędnie Odwołujący, że „betonu klasy S1 lub VO nie można wbudować na mokro” lub że tylko beton w klasie S-3 lub S-4 można tylko używać w metodzie „na mokro”. Poza tym Zamawiający w ww. zapisie wskazał, iż „(klasę konsystencji należy uwzględnić przy projektowaniu recepty jak również z odbiorcą betonu)”, czyli Zamawiający nie przesądził o użyciu jedynie klasy S-3 lub S-4.

Stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego znajdują potwierdzenie w opinii prywatnej z dnia 5 sierpnia 2020r. Pana E. G. - głównego specjalisty z zakresu nawierzchni betonowych Politechniki Gdańskiej, Wydziału Inżynierii Lądowej i Środowiska z Katedry Budownictwa i Inżynierii Materiałowej, złożonej przez Przystępującego. Autor opinii zawarł w niej m.in. stwierdzenia: *„Beton powstaje w wyniku wiązania i stwardnienia mieszanki betonowej. Mieszanka betonowa to mieszanina spoiwa (cement), kruszywa, wody i ewentualnych dodatków (do 20% w stosunku do masy spoiwa) i domieszek (do 5% w stosunku do masy spoiwa). Jednym z parametrów mieszanki betonowej jest jej konsystencja. (...) W związku z powyższym należy przede wszystkim rozróżnić pojęcia metody wykonania nawierzchni betonowych (w zakładzie prefabrykacji lub „na mokro”) od sposobu oznaczania konsystencji betonu użytego do jej wykonania na budowie, jako dwa odrębne pojęcia.”*

W ocenie Izby treść SIWZ wskazuje, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, nie zawiera w swoim opisie ograniczenia do możliwości wykazania się wykonaniem nawierzchni konstrukcji betonowej wylewanej na mokro jedynie o konsystencji

betonu w przedziale od S3 – S5. W związku z tym zgodzić się należy z Zamawiającym, że fakt wykazania w Wykazie robót wykonania nawierzchni z betonu o konsystencji S1 nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby skoro określenia "na mokro" i "na sucho", nie są określeniami jednoznacznie zdefiniowanymi i w sposób jednolity interpretowany, na co wskazują stanowiska prezentowane przez uczestników postępowania, a jedynie, jak twierdzi Przystępujący, są ogólnymi określeniami, stosowanymi w dokumentach różnego typu i w zależności od autora, posiadają inny sens i znaczenie, w braku definicji podanej w SIWZ na potrzeby rozumienia tego elementu warunku udziału w postępowaniu, pojęcie to nie może być zawężane w sposób jaki to czyni Odwołujący. Tym bardziej, że skoro chodzi o określenia potocznie używane, to zastosowanie wyrazu „wylewany” trudno odnieść do innej metody niż na mokro.

Zauważenia wymaga również, że jeżeli przyjąć, że istnieje w tym zakresie możliwość różnej interpretacji tego pojęcia, to na obecnym etapie, tj. po terminie składania ofert nie jest dopuszczalne zawężanie rozumienia pojęć użytych w SIWZ, a ewentualne wątpliwości w tym zakresie nie mogą negatywnie skutkować dla wykonawcy.

Ad 2.

Odwołujący wskazując na pkt 3.2 (Konstrukcje nawierzchni) w/w projektu, opisujący konstrukcję nawierzchni dla wybranego do realizacji Wariantu I podaje, że dotyczy on konstrukcji nawierzchni dla obciążenia do 300 kN/oś, zaś w wyliczeniach stanowiących załącznik nr 2, które Konsorcjum NDI wskazało jako obowiązujące dla przyjętego wariantu maksymalne obciążenie dla osi wskazano 150 kN.

Tymczasem, jak słusznie zauważył Przystępujący, w pkt 3.2. projektu w zakresie wariantu nr 1, który został wykonany na spornym obiekcie zapisano: 3.2 Konstrukcje nawierzchni Projektowane konstrukcje nawierzchni są następujące: konstrukcja nawierzchni - Wariant 1 - dla obciążenia do 300 kN/oś, zaś w obliczeniach stanowiących załącznik nr 2 do projektu wskazano m.in. na obciążenia: ogólne: $W=100$ [kN/m², koła : $P_w= 150$ [kN]. W obliczeniach jest wskazane obciążenie 150 kN na koło, a nie jak wskazuje Odwołujący na oś. Jak natomiast wyjaśnił Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, na osi pojazdu znajdują się dwa koła, tj. 150 kN na koło $\times 2 = 300$ kN na oś.

W oświadczeniu DROMAXX Sp. z o.o. złożonym przez Przystępującego, znajduje się potwierdzenie, iż obliczenia zawarte w załączniku nr 2 do Projektu technologicznego wykonania nawierzchni betonowej" dla obiektu budowlanego „Przebudowa drogi dojazdowej na terenie Terminali Przeładunkowych Sławków-Medyka" otrzymał wraz z ww. projektem, zostały one wykonane dla obiektu opisanego w części opisowej projektu oraz stanowią wraz z ww. projektem integralny dokument. Nadto, jak zostało przedstawione przez

Przystępującego na rozprawie, poprzez okazanie faktury i korespondencji e-mail, obliczenia dla zadania zostały dokonane przez pana P. C., którego oświadczenie w imieniu Chryso, dotyczące programu do obliczeń płyt zbrojonych złożył Odwołujący.

Ad 3 ÷ 6

Na wstępie zauważyć należy, że warunek udziału w postępowaniu nie zawiera wymogów w zakresie dyblowania, grubości podłoża czy też doziarniania. W związku z tym argumenty w tym zakresie, należy uznać za niemające znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, podobnie jak argumentację Odwołującego dotyczącą różnicy dat tj., daty Projektu technologicznego i czynności opisanych w Dzienniku Budowy, dokonanych 10 i 25 października 2019 r.

Niezależnie od powyższego wskazuje, iż Zamawiający i Przystępujący przedstawili argumentację, która w ocenie Izby podważa zasadność twierdzeń Odwołującego.

Jak zauważył Zamawiający dla uznania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu za spełniony przez Przystępującego nie ma znaczenia, czy wykonana przez niego w przeszłości nawierzchnia w ramach przebudowy drogi dojazdowej na terenie Terminali Przeladunkowych Sławków-Medyka była dyblowana lub niedyblowana. Metoda wykonywania robót jest bowiem ta sama. Przystępujący natomiast stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego w projekcie dot. inwestycji „Przebudowa Placu Składowego wraz z Infrastrukturą Towarzystającą - Terminale Przeladunkowe Sławków - Medyka”, nie została wykluczona możliwość dyblowania, był jedynie zapis, iż „nie zachodzi konieczność dyblowania ani kotwienia”. Taki zapis oznacza, że jeżeli jednak taka konieczność by zaszła, to prace byłyby wykonane. Według przedstawionego przez Przystępującego Dziennika Budowy prace te były zatwierdzone w toku realizacji, co potwierdzają wpisy w Dzienniku Budowy - tj. wykonano komplet szczelin dylatacyjnych podłużnych oraz poprzecznych wraz z wypełnieniem (połączenie sinusoidalne).

Jeśli chodzi o argument dotyczący grubości warstwy podłoża, to jak zauważył Zamawiający, roboty wskazane przez Odwołującego dotyczyły podłoża, a nie warstw konstrukcyjnych nawierzchni. Wzmocnienie podłoża ma na celu zapobieżenie osiadaniu konstrukcji nawierzchni, a tym samym nie ma to wpływu na ocenę spełnienia przez Przystępującego warunku w zakresie wykonania w przeszłości nawierzchni o obciążeniu min. 100 kN/m². Przystępujący natomiast wskazał, iż DROMAXX Sp. z o.o. w ww. oświadczeniu potwierdził wykonanie podłoża gruntowego nawierzchni według Wariantu nr 1, co oznacza, że roboty zostały wykonane zgodnie z Projektem technologicznym. W ocenie Izby złożone przez Odwołującego oświadczenie Kierownika budowy z dnia 14 lutego 2020 r. o wykonaniu robót zgodnie z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę, w świetle różnej

terminologii stosowanej przez uczestników procesu budowlanego, nie stanowi wystarczającego przeciwdowodu dla takiego stwierdzenia.

Także, jak zauważył Zamawiający, roboty w zakresie doziarniania dotyczą wzmocnienia podłoża gruntowego (doziarnienie oznacza wymieszanie podłoża z pokruszonym betonem o odpowiedniej frakcji — poprawia to parametry podłoża). Przystępujący natomiast zauważył, że Projekt technologiczny nie zakładał doziarnienia gruntu na inwestycji. Jednakże podczas wykonywania robót ziemnych okazało się, iż grunt nieprzydatny jest o gr. 20 cm dlatego taką wykonano miejscową wymianę gruntu oraz doziarnianie warstwy o grubości 20cm. Tego typu incydentalne zmiany realizuje się wpisem do Dziennika Budowy, tak jak zostało to wpisane przez Kierownika budowy wpisem z dnia 25 października 2019 r., zacytowanym przez Odwołującego.

Z kolei odnosząc się do zarzutu dotyczącego daty sporządzenia dokumentacji pn. „Projekt technologiczny wykonania nawierzchni betonowej” (Projekt techniczny wykonania konstrukcji nawierzchni płyty magazynowej wraz z drogą dojazdową) dotyczącego zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa Placu Składowego wraz z Infrastrukturą Towarzystwą - Terminale Przeładunkowe Sławków - Medyka”, która jest wskazana na wrzesień 2019 r., Zamawiający stwierdził, że według niego ciąg zdarzeń jest logiczny. Fakt, iż ww. projekt jest datowany na wrzesień 2019 r. nie stoi w sprzeczności z dalszymi czynnościami opisanymi w Dzienniku Budowy w dniach 10 i 25 października 2019 r. Przystępujący natomiast wyjaśnił, że prace zostały wykonane przez DROMAXX Sp. z o.o. zgodnie z projektem zamiennym datowanym na miesiąc wrzesień 2019 r., a zatwierdzonym w miesiącu październiku 2019 r. (zgodnie z wpisami w Dzienniku Budowy dla przedmiotowej inwestycji). Data opracowania dokumentacji jest wrześnieowa, bo tak faktycznie została wykonana dokumentacja zamienna w oparciu o przekopy kontrolne podczas trwania prac zabezpieczających. Projekt technologiczny wykonania nawierzchni betonowej (Projekt techniczny wykonania konstrukcji nawierzchni płyty magazynowej wraz z drogą dojazdową) dotyczący zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa Placu Składowego wraz z Infrastrukturą Towarzystwą - Terminale Przeładunkowe Sławków - Medyka” został dopuszczony do realizacji, co jest potwierdzone wpisem Inwestora Zastępczego w Dzienniku Budowy z dnia 25.10.2019. Ponadto Kierownik Budowy informował wpisami do Dziennika Budowy, iż roboty realizuje zgodnie z projektem zamiennym w dniach: 25.10.2019 r., 26.10.2019r., 28.10.2019 r., 30.10.2019 r., 06.11.2019 r., 15.11.2019 r., 16.11.2019 r., 18.11.2019 r., 25.11.2019 r., 30.12.2019 r., 30.01.2020 r. Ww. wpisy były regularnie potwierdzane przez Inspektora Nadzoru. Potwierdza to Oświadczenie DROMAXX Spółka z o.o. z siedzibą w Kłodzku z dnia 5 sierpnia 2020 r. oraz „Projekt technologiczny wykonania nawierzchni betonowej” (Projekt techniczny wykonania konstrukcji nawierzchni płyty magazynowej wraz z drogą dojazdową) dotyczący zadania inwestycyjnego pn.

„Przebudowa Placu Składowego wraz z Infrastrukturą Towarzystwą-Terminale Przeladunkowe Sławków-Medyka”, wrzesień 2019 r. (w aktach postępowania - załączony do pisma Wykonawcy z dnia 29 czerwca 2020 r.), a także wyciąg z Dziennika Budowy dot. inwestycji „Przebudowa Placu Składowego wraz z Infrastrukturą Towarzystwą - Terminale Przeladunkowe Sławków - Medyka” załączony do pisma Wykonawcy z dnia 29 czerwca 2020 r.).

Ad 7.

Na wstępie zauważenia wymaga, iż referencje z dnia 30 stycznia 2020 r. wystawione przez Generalnego wykonawcę potwierdzają należyte wykonanie zakresu robót wykonanych przez DROMAXX Sp. z o.o. Warunek udziału w postępowaniu nie zawierał wymogu, aby nie tylko roboty, którymi legitymuje się wykonawca, ale też cała inwestycja, w ramach której były wykonywane, była zakończona

Jak zauważył Przystępujący Odwołujący błędnie utożsamia całą inwestycję „Przebudowa Placu Składowego wraz z Infrastrukturą Towarzystwą - Terminale Przeladunkowe Sławków - Medyka” z zakresem prac wykonywanym przez DROMAXX Sp. z o.o. Referencje były wystawione przez Generalnego Wykonawcę zaraz po zakończeniu wykonanego asortymentu robót. Przywoływany przez Odwołującego wpis w Dzienniku Budowy z dnia 30 stycznia 2020 r. rozpoczyna się od słów: „W nawiązaniu do wpisu z dnia 30.12.2019 (zakończenie robót) na podstawie badań laboratoryjnych zgłaszam do odbioru wykonanie nawierzchni betonowej z BC C30/37 (...)”. Ten wpis wskazuje, iż roboty wykonywane przez DROMAXX Sp. z o.o. zostały ukończone miesiąc wcześniej. Ponadto ww. wpis jest następnie potwierdzony przez Inspektora nadzoru.

Powyższe wskazuje, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że treść wyjaśnień i załączone do nich dokumenty powinny skłonić Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo, na podstawie złożonych przez Przystępującego dokumentów uznał, iż Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ.

Zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NDI oraz zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą pomimo tego, że Wykonawca ten, w ocenie Odwołującego w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z *postępowania o udzielenie zamówienia* wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Stosownie do z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z *postępowania o udzielenie zamówienia* wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzut ten pozostaje w związku z ww. zarzutem dotyczącym wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na brak spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 3 lit a) SIWZ, który jak wyżej wskazano, nie znalazł potwierdzenia. W związku z tym za niepotwierdzony należy uznać także zarzut dotyczący wykluczenia z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Ww. przepisy stanowią samodzielne podstawy wykluczenia. W obu tych przepisach wymienione w nich przesłanki muszą wystąpić łącznie. W pierwszej kolejności wymaga zatem zbadania czy podane przez wykonawcę informacje są nieprawdziwe.

W tym zakresie w analizowanym przypadku oznacza to potrzebę ustalenia, jaki był warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, oraz czy udzielone przez Przystępującego informacje nie odpowiadają rzeczywistości, i w związku z tym wprowadziły lub mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Podstawowe znaczenie mają postanowienia SIWZ zawierające opis warunku udziału w postępowaniu, w tym czy są jednoznaczne. Jak zostało wyżej, tj. w odniesieniu do zarzutu nr 1, przedstawione, element warunku udziału w postępowaniu odnoszący się do wykonania konstrukcji betonowej wylewanej „na mokro” jest inaczej interpretowany przez Odwołującego niż m.in. przez Zamawiającego i to z tej odmiennej interpretacji Odwołujący wywodzi podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania. Nie można zatem uznać, iż nastąpiło wprowadzenie w błąd Zamawiającego w sytuacji, gdy Przystępujący wykazał się doświadczeniem w wykonaniu konstrukcji zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu zawartym w SIWZ.

Nie zostało także wykazane, aby złożone przez Przystępującego dokumenty na dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych zawierały informacje wzajemnie się wykluczające, czy załączona dokumentacja nie stanowiła dokumentacji, na podstawie której realizowane były roboty wskazane w wykazie robót, bądź

w załączonych referencjach, jak również, że referencje, z uwagi na ich datę, są nieprawidłowe. Wskazywane przez Odwołującego różnice np. użytych sformułowań czy kwestie dat, zostały w toku postępowania wiarygodnie wyjaśnione przez Przystępującego. Nadto jak zostało wyżej wykazane sygnalizowane przez Odwołującego rozbieżności nie istnieją (kwestia obciążenia wykazywana za sprawą podania przez Odwołującego innej jednostki, niż w obliczeniach), lub są tego rodzaju, który nie ma wpływu na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym dowody złożone przez Odwołującego w tym zakresie nie mogą uznane za przydatne.

Zarzuty nr 3 i 5 dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę, czego skutecznie Przystępujący nie zakwestionował w swoich wyjaśnieniach.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Przez rażąco niską cenę rozumie się cenę, która nie pozwala na należyte wykonanie zamówienia, przy zabezpieczeniu zysku na zamówieniu dla wykonawcy, przy czym nie jest w tym zakresie wymagany ściśle określony poziom tego zysku. Nie jest to zatem cena niska, a rażąco niska, tj. nierealistyczna w danych warunkach realizacji konkretnego zamówienia. W związku z tym w przypadku powstania wątpliwości w tym zakresie i wystąpienia Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia, powstałe w wyniku takiego wystąpienia domniemanie istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny, powinno być obalone przez wykonawcę. Wykonawca, na którym ciąży dowód w tym zakresie, powinien zatem wykazać, że jego cena została poprawnie skalkulowana. Z tego powodu wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze.

Odwołujący formułując powyższy zarzut podnosi w szczególności, iż w jego ocenie wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny złożone w dniu 4 czerwca 2020 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 maja 2020 r., niemal w całości miały charakter ogólnikowy, bez poparcia twierdzeń wystarczającymi, wiarygodnymi dowodami.

Takie twierdzenie nie znajduje potwierdzenia w złożonych przez Konsorcjum NDI wyjaśnieniach. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wskazał w szczególności: zestawienie kosztów składających się na zaoferowaną cenę oraz przewidziany zysk. W odniesieniu do kosztów robót budowlanych przedstawił wyszczególnienie tych kosztów, a także przedstawił wyjaśnienia dla zastosowanej metody kalkulacji składników ceny, wymagań kontraktowych, kosztów ogólnych, kosztów finansowych i zysku.

Przystępujący nadto powołał szereg okoliczności wpływających na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. Wśród tych okoliczności wymienił w szczególności dłużejletnie pozytywne relacje z kontrahentami (podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami), które to przekładają się na możliwość uzyskania znaczących upustów cenowych i rabatów w zakresie materiałów i sprzętu oraz uzyskania korzystnych warunków oferowanych przez podwykonawców robót. Potwierdzają to oferty załączone do wyjaśnień, z których część pochodzi od tych samych podmiotów, których oferty przedłożył Odwołujący wraz ze sporządzonymi przez siebie kalkulacjami.

Zauważenia przy tym wymaga, iż Odwołujący twierdzi, iż w swojej kalkulacji uwzględnił najniższe z możliwych do uzyskania ceny, ustalone na podstawie zebranych ofert z rynku lokalnego (uwzględniające maksymalne rabaty i upusty), a tymczasem, jak zauważył na rozprawie Przystępujący, oferty przez niego złożone wraz z wyjaśnieniami, które zachowują swoją aktualność, pochodzące od tych samych wykonawców, zawierają niższe ceny. Stwierdzenie Przystępującego znajduje potwierdzenie w złożonych dowodach.

Wykonawca przytoczył także fakt posiadanego przez siebie dłużejletniego doświadczenia w realizacji kontraktów budowlanych, które umożliwiło mu skalkulowanie optymalnej ceny oraz wskazał na aktualnie realizowane przez niego projekty branży infrastrukturalnej/hydropotechnicznej na terenie Trójmiasta, w ramach których wykonywane są specjalistyczne nawierzchnie betonowe i bitumiczne oraz roboty ogólnobudowlane i hydropotechniczne, co pozwala mu na precyzyjne oszacowanie kosztów wykonania zadania. Powołał się także na korzyści płynące z bliskości lokalizacji aktualnie realizowanych kontraktów z miejscem gdzie ma być realizowane zamówienie Zamawiającego.

Przystępujący załączył liczne dowody w postaci uzyskanych od podwykonawców ofert na realizację przedmiotu zamówienia, zawartych umów ramowych z dostawcami sprzętu budowlanego oraz zawartych umów leasingu, umów sprzedaży, umów najmu, ofert sprzętu budowlanego.

Konsorcjum NDI zaznaczyło, iż ww. inwestycje są dobrym przykładem na to, iż Przystępujący zna aktualne ceny na rynku trójmiejskim, jak również realizuje obecnie

inwestycje o zbliżonym charakterze jak prace objęte przedmiotowym postępowaniem przetargowym. Inwestycje są realizowane w tym samym regionie Polski (województwo pomorskie), ponadto są realizowane obecnie i ta okoliczność wskazuje na dobrą i aktualną znajomość przez Konsorcjum NDI cen rynkowych oraz dowód na możliwość uzyskania znacznych upustów cenowych od podmiotów, z którymi Konsorcjum NDI prowadzi stałą współpracę lub ma zawarte umowy ramowe ze stałymi Podwykonawcami, Dostawcami i Usługodawcami.

Jak stwierdził Zamawiający, w jego ocenie, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia rozwiały uprzednio powzięte wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny złożonej przez niego w ofercie tego wykonawcy. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach szczegółowo bowiem uzasadnił wysokość zaofferowanej ceny, popierając swoje stanowisko dowodami, które zostały przez Zamawiającego uznane za wiarygodne. Wyjaśnienia zaprezentowane przez Przystępującego były dla Zamawiającego wystarczające do uznania, iż zaofferowana cena nie zagraża prawidłowemu wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się uchybień w tym zakresie po stronie Zamawiającego. Zostało wykazane, że zostały złożone rzeczowe wyjaśnienia, wskazujące na możliwości Przystępującego w zakresie zaofferowania niższych cen, niż ceny konkurencyjnych wykonawców, w tym Odwołującego, który otrzymał droższe oferty. Zamawiający dokonał oceny tych wyjaśnień i uznał, że są wystarczające do uznania, że jest możliwe wykonanie zamówienia za zaofferowaną cenę, rozwiały one wcześniej powstałe po jego stronie wątpliwości w tym zakresie. Należy przy tym mieć na uwadze, że kalkulacja ceny jest sprawą indywidualną każdego z wykonawców, uwzględnia jego specyfikę działania i obciążenia jakie z tego tytułu ponosi, które mogą się kształtować u poszczególnych wykonawców odmiennie. W związku z tym nie każda niska cena może być uznana za cenę rażąco niską.

W ocenie Izby w sprawie nie zostało wykazane, aby za cenę określoną w ofercie Przystępującego nie było możliwe wykonanie zamówienia. Kalkulacje przedłożone przez Odwołującego nie stanowią wystarczającego dowodu na to, iż cena oferty Przystępującego jest nierealistyczna. Wynika to nie tylko ze wskazanej wyżej okoliczności wskazującej, że załączone przez niego oferty, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie są najniższe z możliwych do uzyskania na rynku, ale także z faktu braku znajomości zakresu i specyfiki funkcjonowania Przystępującego i jego możliwości w zakresie optymalizowania kosztów przy zachowaniu wymogu należytego wykonania zamówienia.

Zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających

spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale IX ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ, a w szczególności warunku wykonania nawierzchni o konstrukcji betonowej wykonanej na mokro oraz złożenia wyjaśnień co do rozbieżności pomiędzy poszczególnymi dokumentami złożonymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. wezwał Konsorcjum NDI do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W dniu 19 czerwca 2020 r. Przystępujący złożył oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Z uwagi na powzięte wątpliwości co do przedłożonych dokumentów, co do wykonania nawierzchni o wymaganym obciążeniu min. 100 kN/m² Zamawiający wezwał pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W dniu 29 czerwca 2020 r. Przystępujący przedłożył dokumenty potwierdzające, iż wskazane w jego wykazie zadanie inwestycyjne obejmowało wykonanie nawierzchni o wymaganym w SIWZ obciążeniu.

Jak stwierdził Zamawiający, inne wymagania techniczne, o których stanowi warunek określony w Rozdziale IX ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ zostały przez niego uznane za spełnione już na podstawie dokumentacji złożonej przez Przystępującego w dniu 19 czerwca 2020 r. Wobec tego Zamawiający nie wzywał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i dodatkowych dokumentów w zakresie spełniania innych wymogów technicznych, w tym wymogu wykonania nawierzchni o konstrukcji betonowej wykonanej na mokro). Z kolei przedłożone przez Przystępującego dokumenty w postaci Projektu technologicznego oraz Dziennika Budowy, a także referencje wystawione przez BWP sp. z o.o. oraz „Wykaz robót” w ocenie Zamawiającego nie zawierają sprzecznych informacji. Nie miał zatem podstaw, aby po

analizie otrzymanych dokumentów w tym wykazu i referencji, jak również Projektu technologicznego wzywać Przystępującego do złożenia wyjaśnień, co do spełnienia przez niego warunku technicznego wykonania nawierzchni o konstrukcji betonowej wylewanej na mokro, skoro dokumenty te w jego ocenie w wystarczającym stopniu wykazały spełnienie ww. warunku przez Przystępującego.

W ocenie Izby skoro, jak wskazano w części odnoszącej się do pierwszego zarzutu odwołania, Zamawiający w wyniku analizy otrzymanych od Konsorcjum NDI dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie miał podstaw do kwestionowania elementu warunku dotyczącego doświadczenia w wykonaniu nawierzchni o konstrukcji betonowej wykonanej na mokro, to nie miał podstaw występowania o wyjaśnienia w tym zakresie. W związku z tym brak takiego wystąpienia nie jest zaniechaniem po jego stronie. To samo dotyczy wskazywanych przez Odwołującego rozbieżności pomiędzy poszczególnymi dokumentami złożonymi w wyniku wezwania Zamawiającego, w związku z jego wątpliwościami w zakresie obciążenia. W sytuacji, gdy nie zostało wykazane, aby istniały rozbieżności wpływające na ocenę w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to Zamawiający nie był obowiązany do występowania o wyjaśnienia otrzymanych dokumentów. Powodem wystąpienia o wyjaśnienia są wątpliwości po stronie Zamawiającego. Skoro Zamawiający ich nie miał, a nie zostało wykazane przez Odwołującego, że powinien je mieć, to nie dopuścił się zaniechania nie występując o wyjaśnienia.

Zarzut nr 6 dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego, która podlegała odrzuceniu, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Stosownie do art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Jak zostało wyżej wskazane zarzuty postawione w odwołaniu dotyczące m.in. wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania czy odrzucenia oferty tego wykonawcy, z którymi Odwołujący łączy ww. zarzut, to należy uznać, że również ten zarzut nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach analizowanej sprawy. Nie zostało wykazane, aby wybór oferty Konsorcjum NDI dokonany przez Zamawiającego naruszał wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy

Pzp, jak też nie zostało wykazane, aby naruszał zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut nr 7 dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: uznk) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień złożonych przez Przystępującego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny pomimo tego, że złożone zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniają wszystkich ustawowych przesłanek.

Zgodnie z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. 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 do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Art. 11 stanowi: 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. 2. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. 3. Pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i wynika z nieuprawnionego dostępu, przywłaszczenia, kopiowania dokumentów, przedmiotów, materiałów, substancji, plików elektronicznych obejmujących te informacje lub umożliwiających wnioskowanie o ich treści. 4. Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji. 5. Ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi

czyn nieuczciwej konkurencji także wówczas, gdy w chwili ich ujawnienia, wykorzystania lub pozyskania osoba wiedziała lub przy zachowaniu należytej staranności mogła wiedzieć, że informacje zostały pozyskane bezpośrednio lub pośrednio od tego, kto wykorzystał lub ujawnił je w okolicznościach określonych w ust. 4. 6. Wykorzystywanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa polegające na produkowaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu, a także przywozie, wywozie i przechowywaniu w tych celach towarów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli osoba dokonująca wskazanej czynności wiedziała lub przy zachowaniu należytej staranności mogła wiedzieć o tym, że właściwości towarów, w tym estetyczne lub funkcjonalne, proces ich wytwarzania lub zbywania zostały w znacznym stopniu ukształtowane w następstwie czynu określonego w ust. 1, dokonanego w okolicznościach określonych w ust. 4. 7. Pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli nastąpiło w wyniku niezależnego odkrycia lub wytworzenia albo obserwacji, badania, rozłożenia na części, testowania przedmiotu dostępnego publicznie lub posiadanego zgodnie z prawem przez osobę, która pozyskała informacje i której uprawnienie do pozyskania informacji nie było ograniczone w chwili ich pozyskania. 8. Ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, gdy nastąpiło w celu ochrony uzasadnionego interesu chronionego prawem, w ramach korzystania ze swobody wypowiedzi lub w celu ujawnienia nieprawidłowości, uchybienia, działania z naruszeniem prawa dla ochrony interesu publicznego, lub gdy ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wobec przedstawicieli pracowników w związku z pełnieniem przez nich funkcji na podstawie przepisów prawa było niezbędne dla prawidłowego wykonywania tych funkcji.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, określonej w ust. 1, zatem możliwość jego stosowania powinna podlegać ścisłej wykładni tak, by zastrzeżenie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie było przez wykonawców nadużywane.

Dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą Konsorcjum NDI musiało zatem nie tylko zastrzec określone informacje nie później niż w terminie składania ofert, ale też spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji w przedmiotowej sprawie, Przystępujący zobowiązany był zatem wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Izba nie dopatrzyła się uchybień po stronie Zamawiającego, który w wyniku oceny zastrzeżonych przez Przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w zakresie Części II pisma z dnia 4 czerwca 2020 r. pn. „Wyjaśnienia szczegółowe” wraz z załączonymi

dowodami, stwierdził, iż Przystępujący w sposób prawidłowy, rzetelny i rzeczowy wykazał spełnienie ww. przesłanek z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, oceniając, że posiadają wymierną wartość gospodarczą.

Jak zauważył Zamawiający, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały bowiem wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny wskazanej w złożonej przez Przystępującego ofercie, w tym w zakresie kontrahentów. Wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, co do zasady mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje w tym zakresie stanowią bowiem cenne źródło wiedzy dla konkurencji. Informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, posiadają wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Nadto wskazał, iż informacje o kontrahentach, dostawcach, stosowanych przez nich rabatach mogą stanowić tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa i są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeżeli dotyczy m.in. wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z tykiem produkcyjnym (wyrok KIO z dnia 28 lutego 2020 r. KIO 322/20). Nie bez znaczenia pozostaje także okoliczność, iż wskutek odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny inni wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu, którzy przecież konkurują z Przystępującym na rynku, weszliby w posiadanie informacji, które ułatwiłyby im ocenę zastosowanych przez Przystępującego metod kalkulacji ceny oraz przyjętych poziomów składników cenotwórczych. Takie działanie dawałoby wykonawcom nieuzasadnioną przewagę kosztem Przystępującego, a tym samym zagroziłoby utratą przez niego aktualnej pozycji rynkowej. W ocenie Zamawiającego zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje w zakresie złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, jak również nie są łatwo dostępne dla takich osób. Zamawiający w powyższym zakresie dał wiarę twierdzeniom Przystępującego, że żadne spośród zastrzeżonych informacji w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny i załącznikach do owych wyjaśnień, nie zostały dotychczas ujawnione do publicznej wiadomości, tj. nie można ich uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów. Nadto Przystępujący zaznaczył, iż zobowiązał się wobec swoich kontrahentów, którzy złożyli mu oferty, na których oparł się on dokonując kalkulacji ceny, do zachowania wszelkich informacji ujawnionych w złożonych ofertach w poufności. Przystępujący wykazał również przesłankę podjęcia przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeganych jako tajemnica

przedsiębiorstwa informacji w poufności. W treści pisma z dnia 4 czerwca 2020 r. Przystępujący szczegółowo wymienił i opisał z należytą starannością środki, które podjął w celu zabezpieczenia informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem. Wśród przyjętych i stosowanych środków Przystępujący wskazał w szczególności na: wymóg podpisania przez pracowników oraz osób z którymi zawierane są umowy cywilnoprawne pisemnego zobowiązania do bezwzględnego zachowania tajemnicy służbowej w zakresie wszelkich informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych, w szczególności informacji o stosowanych cenach, kontrahentach, kadrze, strategii biznesowej, wykonanych inwestycjach - poparty przytoczeniem treści tego zobowiązania; postanowienia obowiązującego u Przystępującego Regulaminu pracy, zgodnie z którym do podstawowych obowiązków pracownika należy zachowanie tajemnicy służbowej oraz tajemnicy przedsiębiorstwa - poparte przytoczeniem fragmentu tego Regulaminu, fakt, iż dostęp do zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji posiada jedynie ograniczony i ściśle określony krąg osób, opracowanie szczegółowego i wielopłaszczyznowego systemu ochrony informacji, w tym procedury z zakresu polityki bezpieczeństwa informacji, indywidualne sposoby zabezpieczenia ich przed dostępem przez osoby nieuprawnione oraz środki prawnej, fizycznej i informatycznej ochrony zastrzeganych danych. Przystępujący swoje stanowisko poparł stosownymi dowodami w postaci „Polityki bezpieczeństwa informacji”, „Procedury nr 3 - Zarządzanie zasobami informatycznymi” oraz „Regulaminu użytkowania zasobów IT”.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ocenił dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W związku z tym zarzut odwołania nie potwierdził się. Wbrew stanowisku Odwołującego przedstawionemu w odwołaniu, Przystępujący wykazał w czym należy upatrywać wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, oraz wykazał za pomocą złożonych dokumentów sposób, w jaki je zabezpiecza. Załączniki do pisma Konsorcjum NDI, w którym zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa w postaci wyciągów z ww. dokumentów zostały złożone w celu udowodnienia, iż w stosunku do informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, podjęto przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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. z 2018 r. poz. 972), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 235 zł 78 gr tytułem uzasadnionych kosztów strony, w tym kosztu dojazdu na rozprawę w kwocie 635 zł 78 gr oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr zgodnie z rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: