

**WYROK**  
**z dnia 1 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący :** **Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 sierpnia 2011r.** w Warszawie odwołania wniesionego Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **18 sierpnia 2011r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Construccion Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Barcelonie, calle Balmes nr 36, Alpine Bau GmbH z siedzibą w Austrii Wals – Siezenheim koło Salzburga, Alte Bundesstraße 10, Alpine BeMo Tunnelling GmbH z siedzibą w Austrii w Innsbrucku, Bernhard-Höfel-Straße 11, Korporacja Budowlana Doraco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 i WAKOZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luzinie, ul. Gen. Sikorskiego 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdańska, - Prezydenta Miasta Gdańska – Urząd Miasta Gdańska reprezentowany przez Gdańskie Inwestycje Komunalne EURO 2012 spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **OBRASCON HUARTE LAIN Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Torre Espacio, Paseo Della Castellana 259D, Hydrobudowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, PBG Spółka Akcyjna z siedzibą Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, ARRIVIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 163** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1773/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru**

oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności oceny oferty i dokonanie czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia OBRASCON HUARTE LAIN Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Torre Espacio, Paseo Della Castellana 259D, Hydrobudowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, PBG Spółka Akcyjna z siedzibą Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, ARRIVIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 163 do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, co do technologii wykonania przejść między rurami tuneli drażonych tarczą TBM wobec wątpliwości, jakie rodzi oświadczenie złożone w ofercie w zgodności wykonania przedmiotu zamówienia z treścią siwz i dokonane przez odwołującego tłumaczenie zdania z załącznika nr 3 „The execution of the galleries starts at 100 m of distance to the TBM work front in the second tube”,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Gminę Miasta Gdańska, - Prezydenta Miasta Gdańska – Urząd Miasta Gdańska reprezentowany przez Gdańskie Inwestycje Komunalne EURO 2012 spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5 i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **FCC Construcccion Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Barcelonie, calle Balmes nr 36, Alpine Bau GmbH z siedzibą w Austrii Wals – Siezenheim koło Salzburga, Alte Bundesstraße 10, Alpine BeMo Tunnelling GmbH z siedzibą w Austrii w Insbucku, Bernhard-Höfel-Straße 11, Korporacja Budowlana Doraco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 i WAKOZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luzinie, ul. Gen. Sikorskiego 3** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Miasta Gdańska, - Prezydenta Miasta Gdańska – Urząd Miasta Gdańska reprezentowany przez Gdańskie Inwestycje Komunalne EURO 2012 spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Construcccion Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Barcelonie, calle Balmes nr 36, Alpine Bau GmbH z siedzibą w Austrii Wals – Siezenheim koło Salzburga, Alte Bundesstraße 10, Alpine BeMo Tunnelling GmbH z siedzibą w Austrii w Insbucku, Bernhard-Höfel-Straße 11, Korporacja Budowlana Doraco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 i WAKOZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luzinie, ul. Gen. Sikorskiego 3** kwotę **23 598 zł 98 gr**

(słownie: dwadzieścia trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

**Przewodniczący :**

.....

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na robotę budowlaną - Połączenie Portu Lotniczego z Portem Morskim Gdańsk - Trasa Słowackiego " Zadanie IV. Odcinek Węzeł Marynarki Polskiej - Węzeł Ku Ujściu w trybie przetargu ograniczonego zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Miasta Gdańska, - Prezydenta Miasta Gdańska – Urząd Miasta Gdańska reprezentowany przez Gdańskie Inwestycje Komunalne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej oraz opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2010r. za numerem 2010/S 142-218693.

W dniu 8 sierpnia 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia OBRASCON HUARTE LAIN Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Torre Espacio, Paseo Della Castellana 259D, Hydrobudowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, PBG Spółka Akcyjna z siedzibą Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, ARRIVIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 163 – zwanych dalej przystępującym.

W dniu 18 sierpnia 2011r. na czynność wyboru oferty przystępującego i zaniechanie odrzucenia tej oferty odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FCC Construcción Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Barcelonie, calle Balmes nr 36, Alpine Bau GmbH z siedzibą w Austrii Wals – Siesenheim koło Salzburga, Alte Bundesstraße 10, Alpine BeMo Tunnelling GmbH z siedzibą w Austrii w Innsbrucku, Bernhard-Höfel-Straße 11, Korporacja Budowlana Doraco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 i WAKOZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luzynie, ul. Gen. Sikorskiego 3 – zwani dalej odwołującym. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4, art. 90 ust. 3, art. 8 ust. 2 i 3, art. 9 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty przystępującego, nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto 885 600 000,00zł. Zamawiający sporządził kosztorys inwestorski na kwotę

1 137 000 000,00 zł. brutto, a pozostali biorący udział w postępowaniu wykonawcy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za kwoty brutto:

- Strabag sp. z o.o. Strabag AG – 1 532 802 499,66zł.,
- Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A. na kwotę 1 354 462 964,14zł.,
- Hochtief Polska S.A i Hochtief Solutions AG na kwotę 1 639 105 978,81zł.
- odwołujący na kwotę 1 180 049 540,08zł.

Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 28 lipca 2011r. Izba w sprawie sygn. akt KIO 1481/11 nakazała wyjaśnienie elementów oferty przystępującego mających wpływ na kalkulację ceny. Zamawiający wykonał wyrok i zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 3 ustawy pismem z dnia 28 lipca 2011r., zastrzegając, że będzie zmuszony odrzucić ofertę przystępującego, jeśli ten nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przystępujący przekazał wyjaśnienia w dniu 4 sierpnia 2011r. W wyjaśnieniach tych podał, że cena obliczona na podstawie szczegółowej analizy opisu przedmiotu zamówienia, uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia oraz ujmuje wszystkie koszty i ryzyka związane z realizacją zamówienia i nie jest rażąco niska. Według odwołującego takie wyjaśnienie nie może być uznane za wyjaśnienie elementów kalkulacyjnych oferty, gdyż wszyscy wykonawcy na tak samo kalkulowali swoje oferty. Przystępujący jako uzasadnienie swojej ceny podał, że posiada wieloletnie doświadczenie w branży budowlanej, szeroką bazę zaplecza technicznego, właściwą organizację pracy, know-how, znajomość rynku dostawców, wykonawców oraz indywidualne zaangażowanie wszystkich członków Konsorcjum w realizację zamówienia pozwoli na uzyskanie znaczących oszczędności w zakresie kosztów realizacji zamówienia; ponadto wszystkie podmioty przystępującego są profesjonalistami wykonującymi na co dzień podobne inwestycje, co daje świadomość kosztów. Odwołujący uważa, że to daje wyjaśnienia elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny, gdyż profesjonalizm i wieloletnie prowadzenie działalności nie przesądzają, że w każdym przypadku zostanie dochowana należyta staranność, a ponadto podobna argumentacja może być odniesiona do wszystkich firm uczestniczących w tym postępowaniu. Przystępujący twierdzi także, iż ustalił cenę na podstawie ofert otrzymanych od potencjalnych dostawców materiałów budowlanych i podwykonawców, z którymi Konsorcjum utrzymuje stałe kontakty biznesowe i którzy w ramach stałej współpracy są w stanie przedstawić oferty na dostawę lub podwykonawstwo robót budowlanych za ceny zdecydowanie niższe od średnich cen rynkowych oraz, iż zgodnie z doświadczeniem Konsorcjum możliwe będzie dalsze negocjowanie cen na dostawę urządzeń, materiałów oraz podwykonawstwo; dostawcy i podwykonawcy robót budowlanych decydują się na obniżenie swoich ofert wobec pewności uzyskania zamówienia przez potencjalnego kontrahenta; na rynku polskim pojawiają się nowi dostawcy materiałów budowlanych, którzy

oferują dużo atrakcyjniejsze ceny niż podmioty dotychczas funkcjonujące na rynku, których oferty mogły być brane do wyliczeń wartości zamówienia wskazanej przez Zamawiającego czy kalkulowania ceny pozostałych oferentów w przedmiotowym postępowaniu. Z tych oświadczeń przystępującego, nie wynika w ocenie odwołującego, jakie konkretnie upusty, obniżki czy oszczędności na materiałach może poczynić przystępujący, ponadto przystępujący używa pojęć nieostrych, co nie musi odzwierciedlać rzeczywistego przełożenia na cenę, ponadto przystępujący utożsamia możliwość negocjowania z faktem wynegocjowania. Przystępujący wskazał, że ma możliwość skorzystania z materiałów budowlanych już zakontraktowanych w związku z realizacją innych równoległych inwestycji, ale według odwołującego jest to tylko twierdzenie nie poparte konkretami i nie wykazano przełożenia tego czynnika na koszty, a ponadto przystępujący nie dowiódł, że materiały już zakontraktowane są zdecydowanie tańsze od tych, które wykonawca zamierza zakontraktować. Odwołujący uznał także za niewiarygodne oświadczenia przystępującego, że na obniżenie ceny ma wpływ możliwość wyprodukowania własnych tubingów na placu budowy oraz założenie, iż produkcja betonu będzie się odbywała na placu budowy; a przewidziane na potrzeby niniejszej inwestycji zasoby ludzkie pozyskane będą spośród kadry realizującej obecnie tunel pod Wisłą w Warszawie. Odwołujący podniósł, że przystępujący nie przedstawił konkretnych danych ani wyliczeń dotyczących możliwości uzyskania oszczędności oraz bezpodstawnie założył, że nie wystąpi kolizja obowiązków pracowników realizujących inwestycję w Warszawie i jednocześnie przedmiotową. Ponadto odwołujący zauważył, że nie sposób uznać za zgodne z zasadami doświadczenia życiowego oraz z wiedzą z zakresu realizacji inwestycji, twierdzenia, iż doświadczenie przy realizacji jednej, w dodatku nie zakończonej jeszcze inwestycji (nawet jeżeli drażnienie tunelu, jak twierdzi Przystępujący, jest wysoce zaawansowane) można uznać za bardziej wartościowe niż doświadczenie, nabyte wprawdzie poza granicami Polski, ale doświadczenie kompleksowe związane z realizacją kilku zakończonych inwestycji. W ocenie odwołującego, przystępujący nie zna jeszcze, w chwili obecnej, ostatecznych kosztów czy ryzyk jakie się pojawią lub mogą pojawić do czasu całkowitego zakończenia realizacji. Wskazał także, że bezpodstawne jest twierdzenie przystępującego o niższych kosztach wykonania tunelu w Polsce, gdyż w ocenie odwołującego, koszt taki jest porównywalny niezależnie od miejsca użycia, a w Polsce może być nawet wyższy z uwagi na koszty logistyki. Ponadto odwołujący wskazał, że część wyjaśnień przystępującego odnosząca się do porównania cen jednostkowych w poszczególnych ofertach nie ma znaczenia dla oceny wyjaśnień, gdyż z przygotowanego zestawienia wynika bowiem, iż wszyscy pozostali wykonawcy łącznie zaoferowali niższe ceny jedynie w 26 pozycjach (tj. Mostostal w 5 pozycjach, Hochtief w 2 pozycjach, FCC w 9 pozycjach oraz Strabag w 10 pozycjach) natomiast przystępujący zaoferował znacząco niższe ceny we wszystkich pozostałych 47 pozycjach. Wskazał także, iż wyjaśnienia przystępującego są wewnątrznie sprzeczne i niespójne a argumentacja chwiejna,

gdyż z jednej strony przystępujący twierdzi, iż cena przez niego określona została ustalona m.in. na podstawie ofert otrzymanych od potencjalnych dostawców materiałów budowlanych i podwykonawców, którzy są w stanie przedstawić oferty za ceny zdecydowanie niższe od średnich cen rynkowych (por. str. 1 wyjaśnień), następnie zaś twierdzi, iż miał możliwość przedstawienia bezkonkurencyjnej oferty cenowej przyjmując ceny rynkowe na poziomie ponegocjacyjnym zarówno na materiały jak i podwykonawstwo (por. str. 5 wyjaśnień) z kolei w innym miejscu twierdzi, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną i rynkową i nie stanowi ceny rażąco niskiej (por. str. 5 wyjaśnień) w innym zaś miejscu twierdzi (w odniesieniu do 26 pozycji skalkulowanych wyżej łącznie przez wszystkich pozostałych wykonawców), iż jeżeli kilku doświadczonych wykonawców przyjęło ceny jednostkowe zbliżone lub niższe od cen jednostkowych jakie przyjął przystępujący, to wycena przystępującego w tym zakresie jest prawidłowa i zgodna z realiami rynkowymi (por. str. 3 wyjaśnień), w jeszcze innym miejscu twierdzi, iż na rynku polskim pojawiają się nowi dostawcy, którzy oferują atrakcyjniejsze ceny niż podmioty dotychczas funkcjonujące na rynku, których oferty mogły być brane do wyliczeń wartości zamówienia wskazanej przez zamawiającego czy kalkulowania ceny pozostałych oferentów w przedmiotowym postępowaniu (por. str. 2 wyjaśnień) a w jeszcze innym miejscu twierdzi (w odniesieniu do wykonania tunelu tarczą TBM), iż pozostali wykonawcy zmuszeni byli bazować na wskaźnikach cenotwórczych z innych krajów, które znacząco odbiegają od realiów polskich (por. str. 5 wyjaśnień), przystępujący twierdzi również, iż mając na uwadze swoje doświadczenie oraz ceny rynkowe usług objętych przedmiotem zamówienia Konsorcjum dokonało określenia ceny, za którą gotowe jest je wykonać (por. str. 2 wyjaśnień).

Podsumowując odwołujący podniósł, że uzasadnienie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przystępującego jest ogólnikowe i nie ma jednoznacznego charakteru, a znaczenie podniesionych okoliczności nie zostało poparte stosowną i wystarczającą argumentacją lub dowodami. W szczególności, złożone wyjaśnienia nie dają odpowiedzi na pytanie dlaczego cena oferty przystępującego jest tak znacząco niższa zarówno od kwoty kosztorysu inwestorskiego (o 251 400 000,00 zł) oraz wszystkich, pozostałych ofert (w tym od naszej, tj. drugiej w kolejności oferty o kwotę 294 449 540,00 zł, a od kolejnej o kwotę 468 862 964,14 zł). Odwołujący powołał stanowisko doktryny i orzecznictwa, co do tego, że lakoniczne i niewyczerpujące wyjaśnienia powinny być ocenione jako niezłożenie wyjaśnień i w konsekwencji prowadzić do odrzucenia oferty (por. Babiarsz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2010, s. 428-429, por. Granecki P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2009, s. 291, por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., Sygn. akt KIO/UZP 1441/07, por. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., Sygn. akt V Ca 2214/06; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2009 r., Sygn. akt KIO/UZP 262/09). Według odwołującego z wyjaśnień przystępującego (tj. w szczególności

Załączników 1, 3 i 5) wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż powodem zaoferowania bardzo niskiej ceny za realizację przedmiotowego zamówienia były błędne założenia co do technologii wykonania i materiałów jakie winne być zastosowane podczas realizacji, względnie zamiar wykonania zamówienia w innej a zarazem tańszej technologii oraz z zastosowaniem innych, tańszych materiałów, tj. w sposób nie odpowiadający specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto złożone wyjaśnienia wskazują, iż zamiarem przystępującego jest odstępstwo od sztuki budowlanej oraz niewłaściwa organizacja procesu budowy, co grozi, co najmniej nienależytym wykonaniem zamówienia. Powyższe wskazuje, iż złożenie oferty przez przystępującego może także stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W poglądach doktryny, podkreśla się, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to więc definicja bardzo ogólna, którą ograniczają szczegółowo wskazane zachowania (art. 3 ust. 2), będące czynami nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca zalicza do nich w szczególności (m.in.): wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, utrudnianie dostępu do rynku. Odwołujący wskazał także, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto znaczna część złożonych wyjaśnień (załącznik nr 3 - badania OHL) została sporządzona w języku angielskim przy czym, wraz z wyjaśnieniami, nie złożono tłumaczenia wzmiankowanego dokumentu na język polski. Należy w tym miejscu zauważyć, iż zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, a zamawiający nie wyraził zgody na prowadzenie postępowania w innym języku – art. 9 ust. 3 ustawy w tym duchu wypowiedziało się także orzecznictwo (por. Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2010 r., Sygn. akt KIO/UZP 1526/09, wyrok KIO z dnia 23.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 698/08).

Odwołujący odniósł także, iż znaczna część wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, w związku z czym nie mógł zapoznać się z ich treścią w całości. Odwołujący wskazał, że nie sposób jednak przyjąć, że wszystkie informacje udzielone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stanowią czy mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Do takich informacji, zgodnie ze stanowiskiem doktryny nie można zaliczyć informacji dotyczących ceny, w tym cen jednostkowych, czy kosztorysu czy rachunku zysków i strat, informacji określającej obroty i zysk oraz zobowiązania i należności, dodatkowego formularza cenowego, dodatkowego kosztorysu, zaś w



orzecznictwie podkreśla się, że informacje dotyczące wynagrodzenia (czyli de facto ceny) są informacjami jawnymi (por. Wyrok Zespołu Arbitrów z 23 lutego 2005 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-302/05). Podkreślił, że w przedmiotowym przypadku, w szczególności nie było podstaw do przyjęcia, że przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji (brak informacji na ten temat w protokole postępowania wraz z załącznikami), co jest niezbędne, aby uznać daną informację za objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Uznał, że zamawiający nieprawidłowo ocenił charakter informacji zastrzeżonych przez przystępującego nie niezgodnie z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy odmówił odwołującemu ich udostępnienia. (por. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., Sygn. akt III CZP 74/05). Wskazał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego. Wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta w przypadku odrzucenia oferty przystępującego byłoby ofertą najkorzystniejszą, a odwołujący uzyskałby zamówienie.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika Lidera FCC Construcción S.A. – Miguela Angela Mayora Gamodziałającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 lutego 2011r. udzielonego przez pełnomocnika Baldomero Falcones Jaquotot, działającego na podstawie pełnomocnictwa notarialnego z dnia 20 lutego 2008r. udzielonego przez Felipe – Bernabe Garcia Perez Sekretarza Zarządu Spółki upoważniającego do udzielania dalszych pełnomocnictw. Lider działa na podstawie pełnomocnictw partnerów upoważniających także do udzielania dalszych pełnomocnictw tj.

- Alpine Bau GmbH z dnia 18.08.2010r. udzielonego przez dwóch prokurentów zgodnie z wyciągiem z Rejestru Firm Republiki Austrii nr 58237,
- Alpine BeMo Tunnelling GmbH z dnia 18.08.2010r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta, zgodnie z wyciągiem z Rejestru Firm Republiki Austrii nr 46175f,
- Korporacji Budowlanej Doraco sp. z o.o. z dnia 18.08.2010r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z odpisem z KRS spółki
- Wakoz sp. z o.o. z dnia 18.08.2010r. udzielonego przez prezesa zarządu, zgodnie z odpisem z KRS spółki.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 17 sierpnia 2011r., co potwierdził.

W dniu 18 sierpnia 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię oraz wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19 sierpnia 2011r. faksem, a w dniu 22 sierpnia 2011r. bezpośrednio do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia OBRASCON HUARTE LAIN Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie,

Torre Espacio, Paseo Della Castellana 259D, Hydrobudowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, PBG Spółka Akcyjna z siedzibą Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, ARRIVIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 163. Przystępujący wskazał, że przystępuje po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest wykonawcą wybranym, a w przypadku uwzględnienia odwołania zostałby pozbawiony możliwości jego uzyskania i poniesie szkodę w postaci utraty zysku z realizacji zamówienia. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika przystępującego, działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych mu przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. :

- pełnomocnictwa spółki Obrascon Huarte Lain S.A z dnia 13 lipca 2011r. udzielonego przez członka zarządu posiadającemu pełnię uprawnień zarządu zgodnie z zaświadczeniem notarialnym z dnia 2 lutego 2011r.

- pełnomocnictwa Hydrobudowy Polska S.A. z dnia 12 lipca 2011r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z odpisem z KRS,

- pełnomocnictwa PBG S.A. z dnia 12 lipca 2011r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z odpisem z KRS,

- pełnomocnictwa APRIVIA S.A. z dnia 12 lipca 2011r. udzielonego przez dwóch prokurentów, zgodnie z odpisem z KRS,

- pełnomocnictwa Przedsiębiorstwa Robót Górniczych „Merto” sp. z o.o. z dnia 12 lipca 2011r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z odpisem z KRS.

Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 19 sierpnia 2011r.

W dniu 29 sierpnia przystępujący złożył pismo, w którym przedstawił swoje stanowisko dotyczące zarzutów odwołania i podniósł przede wszystkim, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest spóźniony, gdyż powinien być podniesiony w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 1481/11, gdzie wprawdzie odwołujący taki zarzut podniósł ale następnie go cofnął. Z ostrożności przystępujący wskazał, że odwołujący nie uzasadnił, ani nie udowodnił tego zarzutu. Podobnie nie uzasadnił i nie udowodnił zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Podniósł, że przypuszczenia odwołującego, co do odmiennej technologii czy tańszych materiałów, niezgodnych z siwz zaoferowanych przez przystępującego, nie znajdują potwierdzenia w ofercie przystępującego. Podkreślił, iż złożył oświadczenie, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z treścią siwz. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy, to podniósł, że zarzuty są nietrafne. O rażąco niskiej cenie można mówić, gdy cena jest nierealna, wyraźnie wskazuje na

wykonanie poniżej kosztów i bez zysku, podczas gdy takiego wniosku, w ocenie przystępującego z jego wyjaśnień nie można wywieść. Przystępujący podniósł, że wskazał swoją kalkulację ceny, ceny podwykonawców, z którymi zamierza współpracować, sposób wykonania zamówienia, wykazał, że ma możliwość pozyskania materiałów po cenach, umożliwiając mu wykonanie zamówienia za ceny podane w ofercie, powołał się na swoje doświadczenia oraz wykonywanie innych robót i możliwość wykorzystania materiałów, a także kontaktów z dostawcami, na produkcję Tubingów i betonu na palcu budowy, a argumentację te przy wyjaśnieniach poparł szczegółowymi kalkulacjami i ofertami. Podkreślił, że cena oferty jest realna i umożliwia wykonanie zamówienia. Nadto wskazał, że miał prawo zastrzec załączniki do wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż dotyczą one sposobu wykonania jaki zamierza wykorzystać przystępujący oraz rynków zaopatrzenia i potencjalnych dostawców i podwykonawców. Przywołał orzecznictwo Izby i sądów powszechnych potwierdzających możliwość zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a także wskazał, że poczynił starania o zachowanie ich w poufności. Wskazał, że kwestionowane przez odwołującego załączniki do wyjaśnień tj., załącznik nr 3 złożone w języku angielskim nie stanowią o prowadzeniu postępowania w języku obcym. Oferta została przez przystępującego przygotowana w języku polskim, również wyjaśnienia złożył w języku polskim, jedynie swoje wyliczenia i kalkulacje przedłożył w języku angielskim, ale miały one jedynie służyć unaocznieniu zamawiającemu sposobu dojścia przez odwołującego do podanej ceny i elementów kosztów jakie brał pod uwagę przystępujący. Podniósł, że zamawiający w jego ocenie nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2011r. złożył odpowiedź na odwołania wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy ewentualnie o oddalenie w całości. W zakresie żądania oddalenia odwołania argumentacja zamawiającego jest w dużej mierze zbieżna z argumentacją przedstawioną przez przystępującego. Zamawiający wskazał, że za obiektywne czynniki mające wpływ na kalkulację ceny uznał przede wszystkim rozwiązania techniczne – korzystanie z istniejącego zaplecza technicznego i magazynowego, indywidualne zaangażowanie członków konsorcjum OHL dzięki własnemu wykonaniu robót specjalistycznych, produkcja tubingów i betonu bezpośrednio i samodzielnie na placu budowy, a także wyjątkowość warunków wykonania zamówienia tj. unikatowe doświadczenie w wykonaniu tak specyficznego zamówienia w warunkach polskich, co pozwala na dokładniejszą ocenę ryzyk i możliwych kosztów dodatkowych, bazowanie na precyzyjnych i realnych warunkach polskich wskaźnikach cenotwórczych, trwającą realizacją dwóch innych przedsięwzięć budowlanych w Gdańsku, co pozwala na korzystanie z zaplecza budowy, sprzętu oraz personelu oraz na zwiększenie wielkości dostaw materiałów, lepsze i wydajniejsze wykorzystania maszyn i ludzi przy pracy w systemie ciągłym, co niweluje przestoje i koszty utrzymania. Zamawiający podniósł, że wykonawcy w ramach tabeli

elementów scalonych różne elementy tej tabeli różnie wyliczali i znaczna część kwestionowanych przed odwołującego elementów tabeli przystępującego, u innych wykonawców np. Konsorcjum Strabag, Konsorcjum Hochtief, Konsorcjum Mostostal zostały wycenione jeszcze niżej niż u przystępującego dotyczy to przykładowo instalacji monitoringu video, instalacji SAP i DSO, pomiarów stężeń CO, oświetlenia ewakuacyjnego tunelu T1 i T2. Ponadto zamawiający dysponuje w ramach Komisji przetargowej specjalistami budowlanymi i jest w stanie ocenić realność oferty przystępującego. Wskazał także, iż cena przystępującego stanowi 78% kosztorysu, a zatem mieści się w granicach ceny realne w budownictwie, na dowód czego oświadczył, że załącza pismo nr Euro/113/672/BS (pismo nie zostało załączone do odpowiedzi na odwołanie). Wskazał również, że to na odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że cena przystępującego jest nierealna i rażąco niska, a odwołujący swój zarzut opiera jedynie o własne twierdzenia. Zamawiający jako dowód załączył także opinię zespołu kosztorysantów budowlanych Pomorskiej Rady Federacji Stowarzyszeń Naukowo-Technicznych Naczelnej Organizacji Technicznej. W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 ustawy zamawiający skoncentrował się na przedstawieniu orzecznictwa ETS, Sadu Antymonopolowego, Sądu Najwyższego, Sadu Okręgowego w Katowicach, wyrokach izby oraz poglądach doktryny wskazując, że informacje zastrzeżone przez przystępującego mieszczą się w katalogu informacji zakreślonym art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i że przystępujący dokonał czynności zmierzających do zachowania ich w poufności, a zatem należy uznać, że zostały skutecznie zastrzeżone. Co do zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 ustawy, to zamawiający podniósł, że załącznik nr 3 stanowił jedynie jeden z elementów ilustrujących i precyzujących oświadczenie przystępującego. Zamawiający oparł się głównie na analizie wyjaśnień oraz pozostałych załączników. Postępowanie jest prowadzone w języku polskim i w tym języku były złożone wszystkie istotne dokumenty. Ponadto wskazał, że zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty oraz związanych z nią oświadczeń i dokumentów w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym, a członkowie komisji zamawiającego posługują się językiem angielskim i byli w stanie załącznik nr 3 ocenić. Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, to zamawiający podniósł, że odwołujący podnosi ten zarzut opierając się wyłącznie na stwierdzeniu, że w jego oceni zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego. Zamawiający podkreślił, że nie stanowi to w jego oceni uzasadnienia zarzutu, a nadto zarzut nie został udowodniony. Zamawiający odniósł się do definicji konkurencyjności i konkurowania i wskazał, że wykonawcy w zamówieniu publicznymi konkurują między sobą umiejętnością szacowania ryzyka, pozyskiwania materiałów, dostawców, wykonawców czy personelu i taka jest idea zamówień publicznych i nie można robić zamawiającemu zarzutu z tego, że chce wybrać konkurencyjniejszą ofertę.

**Izba ustaliła, co następuje :**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty przystępującego, wyjaśnień przystępującego z dnia 5 sierpnia 2011r., protokołu postępowania odwoławczego i odwołania wniesionego w sprawie sygn. akt KIO 1481/11, oceny realności wykonania zamówienia nr 01/08/2011, analizy porównawczej, analizy wyjaśnień przystępującego, opinii technicznej nt. parametrów rur instalacji przeciwpożarowej tunelu, opinii technicznej dot. ochrony przeciwpożarowej, opinii technicznej nt. technologii wykonania przejść pomiędzy rurami.

Izba oddaliła wnioszek dowodowy odwołującego o dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 801/11 stwierdzając, iż ma on służyć wykazaniu faktów, które nie są przedmiotem zarzutów odwołania, a zatem nie służą udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Izba dowody z oceny realności wykonania zamówienia nr 01/08/2011 (dowód powołany przez zamawiającego), analizy porównawczej, analizy wyjaśnień przystępującego, opinii technicznej nt. parametrów rur instalacji przeciwpożarowej tunelu, opinii technicznej dot. Ochrony przeciwpożarowej, opinii technicznej nt. technologii wykonania przejść pomiędzy rurami (dowody powołane przez odwołującego) potraktowała jako opinie prywatne stanowiące stanowisko stron w sprawie. Opinie zostały przygotowane na zlecenie odpowiednio zamawiającego i odwołującego, są to zatem opinie prywatne i w przypadku oceny realności wykonania zamówienia mogą wskazywać jedynie na tok rozumowania, jakim kierował się zamawiający przy dokonywaniu oceny złożonych wyjaśnień, zwłaszcza, że z przedłożonej oceny wynika, że była ona dokonywana bez znajomości treści odwołania odwołującego. Co do analizy porównawczej i analizy wyjaśnień przystępującego to te dwa dokumenty są stanowiskiem odwołującego, a nie opinią prywatną zostały sporządzone przez pełnomocnika odwołującego i następnie zaprezentowane jako jego stanowisko na rozprawie. Co do dokumentów załączonych do analizy stanowiska przystępującego to są to albo dokumenty postępowania o zamówienie publiczne – wyciąg z siwz, wyjaśnienia przystępującego i załączniki do wyjaśnień albo dokumenty sporządzone przez odwołującego, jak schemat organizacyjny w Toronto. Schemat ten nie wskazuje na zakres i rodzaj robót będących przedmiotem organizacji i brak jest możliwości porównania a go z dokumentacją projektową niniejszego postępowania. Co do danych statystycznych drążenia tunelu, to w informacji nie wskazano czy dotyczą one tuneli drążonych metodą maszyną TBM, co również nie pozwala za ocenę wiarygodności informacji, zwłaszcza, że przystępujący kwestionował tunel w Hamburgu jako wykonany maszyną TBM, a odwołujący do tego zastrzeżenia się nie odniósł. Odnośnie opinii technicznych dotyczących instalacji p.poż. to

obie opierają się na założeniu, że wszystkie materiały wykazane w ofercie firmy Dyga będą tymi materiałami, które zmotana zastosowane przez przystępującego przy wykonaniu zamówienia, podczas gdy przystępujący w załączniku nr 5 do wyjaśnień załączył dwie oferty handlowe i wskazał wyraźnie w wyjaśnieniach, że przedstawia je w celu wykazania kosztu zakupu rury żeliwnej DN150, czyli pozycji 286 oferty firmy Dyga, co do której sam odwołujący oświadczył na rozprawie, że jako jedyna jest w pełni zgodna z siwz. Izba uznała, że założenie odwołującego wykracza poza informacje zawarte w ofercie przystępującego i jego wyjaśnieniach i w konsekwencji przedłożone opinie techniczne oparte są na założeniach odwołującego, a nie na tym, co w rzeczywistości przystępujący zaoferował zamawiającemu. Opinia dotycząca metody wykonania przejść pomiędzy rurami tunelu również stanowi uzasadnienie stanowiska odwołującego, co więcej jest w swojej treści bardzo zbliżona do analizy wyjaśnień przystępującego sporządzonej przez samego odwołującego i w części tj. w zakresie schematu organizacyjnego dla Toronto wykorzystuje informacje dostępne właśnie odwołującemu. Kolejna opinia dotycząca zachowania wymogów bezpieczeństwa i higieny pracy sprowadza się do rozważań prawnych, co do zgodności z prawem przewidzianej kolejności prac i jest opinią prywatną, a więc stanowiskiem odwołującego. Ponadto opinia co do prawa dopuszczalna jest jako dowód, co do zasady jedynie w zakresie prawa obcego, podczas gdy przedmiotowa opinia dotyczy prawa polskiego.

W ogłoszeniu o zamówieniu, ani w treści siwz zamawiający nie przewidział możliwości składania wniosków o dopuszczenie do udziału, oferty i innych dokumentów w języku innym niż język polski.

Wybór przystępującego w dniu 8 sierpnia 2011r., był ponownym wyborem oferty tegoż wykonawcy. O pierwotnym wyborze zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 30 czerwca 2011r.

Wobec tej pierwotnej czynności odwołanie złożył odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Hydrobudowa;
- 3) zwrócenie się do konsorcjum Hydrobudowa do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.
- 6) odwołujący podnosił, iż odnosząc cenę oferty konsorcjum Hydrobudowa do cen zaoferowanych przez innych wykonawców w tym postępowaniu, to odbiega ona od pozostałych cen, co uzasadnia konieczność zbadania przyczyn takiego stanu rzeczy i

wszczęcie procedury określonej art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazywał, iż oferta konsorcjum Hydrobudowa wybrana, jako najkorzystniejsza podlega odrzuceniu, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosił, iż nie sposób wykazać, że cena oferty konsorcjum Hydrobudowa pokrywa koszty realizacji zadania i zapewni jego należytą realizację. W ocenie odwołującego wadliwość czynności badania i oceny ofert, skutkująca bezpodstawnym zaniechaniem odrzucenia oferty konsorcjum Hydrobudowa pociągnęła za sobą wadliwość czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w konsekwencji również naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

W toku rozprawy odwołujący dążył do wykazania, że następujące elementy kalkulacyjne oferty przystępującego zostały wycenione poniżej kosztów zakupu materiałów :

- tunel konstrukcja,
- instalacja przeciwpożarowa tunelu, według odwołującego koszt 1 sztuki rur żeliwnych kołnierzowych fi 150 mm wynosi 362,10euro
- automatyka instalacji oświetlenia i kanalizacji,
- instalacje monitoringu video,
- instalacje SAP DSO,
- pomiary natężenia oświetlenia,
- pomiary przejrzystości powietrza,
- pomiary stężeń CO,
- pomiary wiatru,
- instalacja automatyki HVAC tunel,
- aparatura kontrolno-pomiarowa budynki techniczne,
- tunel T1 i T2 –oświetlenie ogólne,
- tunel T1 i T2 – oświetlenie orientacyjne tunelu LED,
- tunel T1 i T2 – oświetlenie ewakuacyjne,
- tunel T1 i T2 – oświetlenie kanału technicznego,
- tunel T1i T2 – oświetlenie przejść ewakuacyjnych.

W dniu 28 lipca 2011r. Izba rozstrzygnęła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1481/11 i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr. 113, poz. 759 z późn. zm.) wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HYDROBUDOWA POLSKA S.A., PBG S.A., APRIVIA S.A., Obrascon Huarte Lain S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Metro Sp. z o. o, 62 – 081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35. W uzasadnieniu podała, że w zakresie

zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba podzieliła stanowisko odwołującego. W pierwszej kolejności Izba wskazała, iż ustalenie przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia oparte zostało o studium wykonalności a nie kosztorys inwestorski. W takim stanie rzeczy w dalszej kolejności w ocenie Izby zamawiający uprawniony był do odnoszenia ceny oferty najkorzystniejszej do cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców gdyż w razie uznani, że kryterium odniesienia się do ustalonej wartości przedmiotu zamówienia nie jest obiektywne, należy porównać ceny pomiędzy złożonymi ofertami. Izba uznała, że, biorąc pod uwagę, iż cena oferty najkorzystniejszej od drugiej w kolejności oferty odwołującego różni się aż o 294.449.540,00 zł brutto, zamawiający powinien był wszcząć procedurę wyjaśniającą, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. Tej wielkości - jak zanotowana w niniejszym postępowaniu, różnica cenowa w ocenie Izby wykazuje symptomy, które obligują zamawiającego do uruchomienia procedury wzywania wykonawcy do wyjaśniania elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Powyższe uzasadniało także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w ocenie Izby zamawiający poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Hydrobudowa do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 28 lipca 2011r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień. W wezwaniu tym zamawiający nie wskazał, że dopuszcza możliwość złożenia wyjaśnień lub innych dokumentów w języku innym niż język polski. Przystępujący nie wnosił o umożliwienie mu złożenia dokumentów w innym języku niż język polski.

W dniu 4 sierpnia 2011r. przystępujący złożył wyjaśnienia elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny. Wyjaśnienia te dotyczą elementów kalkulacyjnych opisanych także szczegółowo w piśmie procesowym przystępującego z dnia 29 sierpnia 2011r. W piśmie tym przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do załączników nr 2, 5, 6 i 7. Załączniki 2 i 3 zostały sporządzone w języku angielskim i nie załączono do nich tłumaczenia na język polski. Załącznik nr 1 zawiera uzasadnienie oferty cenowej konstrukcji tunelu, załącznik nr 2 zawiera oferty czterech podwykonawców, załącznik nr 3 stanowią badania OHL, załącznik nr 4 zawiera porównanie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, załącznik nr 5 zawiera dwie oferty dostawców materiałów, w tym ujawnioną przez zamawiającego ofertę firmy Dyga, załącznik nr 6 zawiera zestawienie cen ofertowych potencjalnych podwykonawców ze wskazaniem nazw potencjalnych podwykonawców, załącznik nr 7 zawiera zestawienie cen robót konstrukcyjnych z podaniem nazw firm.

**Izba zważyła, co następuje :**



Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę sklasyfikowaną przez zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą przystępującego. Odwołanie zmierza do wyeliminowania oferty przystępującego z postępowania, zatem w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku działania zamawiającego, w przypadku stwierdzenia jego niezgodności z prawem w postaci utraty zysku zakładanego z realizacji zamówienia. Izba uznała, że przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników złożonych przez przystępującego wraz z wyjaśnieniami elementów oferty mających wpływ na kalkulację ceny.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zastrzeżone załączniki to załączniki nr 2, 5, 6 i 7. Pierwszy z tych załączników został sporządzony w języku angielskim, ale nie uniemożliwia to zbadania charakteru tego dokumentu. Są to 4 oferty handlowe czterech różnych firm, zawierające opisy sposobu wykonania części zamówienia oraz oferty cenowe poszczególnych elementów, które kalkulowali w złożonych ofertach. Potwierdza to także opis tego załącznika dokonany przez samego przystępującego w piśmie wyjaśniającym z dnia 4 sierpnia 2011r. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Izba uznała, że oferty podwykonawców, to inne informacje posiadające wartość gospodarczą – to oferty handlowe wskazujące na rynki zaopatrzenia przystępującego, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, ma to przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informację o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez tych podwykonawców swojemu kontrahentowi, pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić przystępującemu wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów. W tym znaczeniu niewątpliwie są to informacje mające znaczenie – wartość gospodarczą, gdyż ich utrata może oznaczać konieczność poszukiwania innych podwykonawców, a w konsekwencji pozyskanie potrzebnych świadczeń drożej, lub później, a zarówno czas jak i pieniądz to wartości gospodarcze. Odwołujący poczynił działania zmierzające do zachowanie tych

informacji w poufności zastrzegając w piśmie przewodnim do wyjaśnień tajemnicę wskazanych załączników, jak również ponawiając to zastrzeżenie w samej treści wyjaśnień na stronie 6, a także wyodrębniając każdy z załączników, aby ułatwić oddzielenie informacji zastrzeżonych od informacji jawnych. W ocenie Izby podjęte działania są wystarczające do zachowania poufności, a odwołujący nie wykazał, aby firmy i oferty podwykonawców, czy dostawców będących w posiadaniu przystępującego były mu znane, lub aby przystępujący te informacje podawał do publicznej wiadomości. W analogiczny sposób należy ocenić załączniki nr 5, 6 i 7, sporządzone w języku polskim. O tym, że można im nadać prymat tajemnicy przedsiębiorstwa świadczy to, że zawierają dwa rodzaje danych – nazwę dostawcy lub podwykonawcy oraz oferowaną przez niego cenę, za określone świadczenie. Gdyby przystępujący zawarł wyłącznie informacje o cenach nie wskazując źródeł pozyskania cen, to można byłoby przyznać rację odwołującemu, że takie informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, bo nie pozwalają na identyfikację źródeł zaopatrzenia, ani nie wskazują na politykę zaopatrzenia przedsiębiorstwa przystępującego, ani także na skalę działalności przystępującego. Jednak przypisanie konkretnych materiałów, czy robót do konkretnych podmiotów i wskazanie proponowanych przez nie cen taką identyfikację umożliwia, a zatem ujawnia informacje mające wartość gospodarczą. Co do działań w celu zastrzeżenia poufności to zostały one podjęte w taki sam sposób, jak w przypadku załącznika nr 2. W tym przypadku również odwołujący nie wykazał, że przystępujący takie informacje upowszechnił, lub że są one powszechnie znane lub znane choćby odwołującemu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający nie odtajniając załączników nr 2, 5 w części poza ofertą firmy Dyga, 6 i 7 nie naruszył art. 8 ust. 2 i 3 ustawy. Odtajnienie oferty firmy Dyga stanowiącej część załącznika nr 5 nie zmienia charakteru tych informacji, ale rozstrzygnięcie, co do konsekwencji takiego ujawnienia nie leży w zakresie kognicji Izby.

Zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 ustawy poprzez dopuszczenie do złożenia do wyjaśnień dokumentów w języku innym niż polski i dokonanie oceny tych dokumentów.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać zamawiającemu, że przepis art. 9 ust. 3 ustawy zezwala mu w szczególnie uzasadnionych przypadkach na wyrażenie zgody na złożenie dokumentu w języku powszechnie stosowanym w handlu międzynarodowym. Wprawdzie w doktrynie przyjęło się, że wyrażenie takiej zgody powinno następować już w ogłoszeniu lub zaproszeniu do udziału w postępowaniu, jednakże z literalnego brzmienia przepisu art. 9 ust. 3 ustawy taka okoliczność nie wynika, nie wynika również termin kiedy taka zgoda ma być udzielona. W przedmiotowej sprawie brak jest wprawdzie dokumentu, w którym na piśmie zamawiający udzieliłby takiej zgody, jednak istnienie tej zgody należy wywieść z działań zamawiającego. Zamawiający nie wezwał

przystępującego do złożenia tłumaczeń i poddał załączone dokumenty w języku obcy ocenie. Wskazuje to na to, że godził się na ich złożenie w języku obcym. Należałoby wskazać, że okoliczności, które zamawiający uznaje za uzasadniające zgodę na złożenie dokumentów w języku obcym powinny być, co do zasady, znane wykonawcom już w chwili zapoznania się z dokumentem wszczynającym postępowanie. Jednakże nie sposób wykluczyć zaistnienia sytuacji w toku postępowania, która uzasadniałaby wyrażenie takiej zgody na późniejszym etapie postępowania. W ocenie Izby zarzut ten mógłby być uzasadniony, gdyby odwołujący wykazał nierówne traktowanie innych wykonawców w tym przypadku np. polegające na odmowie przyjęcia lub poddania ocenie dokumentów złożonych przez nich w języku obcym. Odwołujący jednak takich okoliczności nie podniósł. Izba uznała, że w przypadku gdy przystępujący miał na złożenie wyjaśnień 7 dni, a przedkładał dokumentację zawierającą około 150 stron, w tym znaczną jej część w języku obcym, mógł mieć trudność w sporządzeniu jej wraz z tłumaczeniem. Można zatem uznać, że przesłanka „szczególnie uzasadnionego przypadku” została spełniona. Na wcześniejszym etapie postępowania wszyscy wykonawcy, w tym przystępujący byli przez zamawiającego traktowani jednakowo i w zakresie oświadczeń i dokumentów składali je wraz z tłumaczeniem na język polski. W szczególności oferty zostały złożone w języku polskim. Ponadto załączniki nr 2 i 3 stanowią dowody na potwierdzenie realistycznego kalkulowania ceny, nie są to dokumenty lub oświadczenia przewidziane przepisami ustawy, zatem złożenie ich w języku obcym powinno być rozważane w kontekście ich mocy dowodowej i wiarygodności i zamawiający w ocenie Izby nie mógł pominąć faktu ich złożenia, a powinien właśnie dokonać oceny zgromadzonego materiału dowodowego przy uwzględnieniu faktu, iż jego część jest w języku obcym i może być błędnie oceniona na skutek wad w samodzielnie dokonanych tłumaczeniach. Niezależnie jednak od tych trudności w ocenie materiału dowodowego, co do zasady Izba nie dopatrywała się naruszenia art. 9 ust. 2 ustawy w działaniu zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie został przez odwołującego udowodniony i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ogólnie odniósł się do definicji art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wskazał, że w jego ocenie oferta przystępującego, a właściwie jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jednakże ani w odwołaniu, ani na rozprawie tego zarzutu nie rozwinął. Nie wykazał na czym konkretnie polega zarzucany czyn. Izba może jedynie domyślać się, że według odwołującego fakt zarzucanej sprzeczności treści oferty z treścią siwz może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, z jakimi przepisami prawa jest sprzeczne złożenie przez przystępującego oferty lub jakie dobre

obyczajnie narusza i w jaki sposób to złożenie oferty godzi w jego interes jako przedsiębiorcy. Aby mówić o czynie nieuczciwej konkurencji odwołujący powinien był wykazać winę przystępującego na naruszeniu prawa lub dobrych obyczajów, a także związek przyczynowo skutkowy pomiędzy złożeniem oferty, a zagrożeniem lub naruszeniem interesów odwołującego. Sam fakt sprzeczności treści oferty z treścią siwz nie stanowi jeszcze czynu nieuczciwej konkurencji, może wynika z działania nieświadomego np. omyłki, może być wadliwością uzasadniającą odrzucenie oferty ale niesprzeczną z prawem lub dobrymi obyczajami, dlatego brak konkretyzacji tego zarzutu i wykazania zaistnienia przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy zarzut nie mógł być przez Izbę uwzględniony.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez błędną ocenę wyjaśnień przystępującego i przyjęcie, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia tej oferty.

Zarzut nie został udowodniony i nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę odwołującego na treść art. 190 ust. 1 ustawy, który stanowi o zasadzie bezpośredniości dowodu w postępowaniu przed Izbą. Odwołujący podczas rozprawy wskazał na okoliczności jego zdaniem udowodnione w poprzednio prowadzonym postępowaniu przed Izbą o sygn. akt KIO 1481/11, jednakże nie zgłaszał dowodu z dopuszczenia określonych dokumentów znajdujących się, a aktach tegoż postępowania, a wniosek o dopuszczenie akt postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1481/11 został zgłoszony na etapie posiedzenia, jedynie w celu wykazania nieistnienia przesłanek odrzucenia odwołania. Wniosek ten Izba uwzględniła dopuszczając dowody z dokumentacji postępowania odwoławczego w zakresie zgodnym z podaną tezą dowodową. Ponadto izba zwraca uwagę na to, że opinie prywatne sporządzone na zlecenie i na korzyść jednej ze stron postępowania są traktowane w doktrynie i orzecznictwie jako stanowiska strony, która je załącza, nie mogą zastępować dowodów z dokumentów, zeznań świadków, a w przypadku wiadomości specjalnych – dowodu z opinii biegłego sądowego. Ponadto, aby wykazać zasadność podniesionego zarzutu odwołujący winien był wykazać, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską lub że złożone wyjaśnienia z uwagi na ich ogólny, niejednoznaczny charakter lub brak wskazania czynników obiektywnych właściwych powołującemu się na nie wykonawcy nie mogą być uznane za złożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy. Odwołujący temu zadaniu nie sprostał. W zakresie wykazania, że cena oferty przystępującego jest ceną rażąco niską wskazał jedynie na jej stosunek do innych ofert oraz wartości szacunkowej zamówienia, a także w tabeli porównawczej przedstawił swoje wyliczenia, gdzie cena przystępującego w ramach poszczególnych pozycji tabeli elementów scalonych jest niższa o 35%, gdzie o 50%, a gdzie

zdaniem odwołującego nie pokrywa kosztów materiałów – tego ostatniego twierdzenia odwołujący nie poparł dowodami. Izba uznała, że na podstawie przedstawionego przez odwołującego materiału nie można uznać, że wykazał on, iż cena przystępującego jest ceną rażąco niską. Izba zbadała stanowisko zawarte w odpowiedzi zamawiającego, że w części pozycji jak np. instalacje SAP DSO inny wykonawca zaoferował cenę jeszcze niższą niż odwołujący i uznała je za mające potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Odwołujący podniósł także, iż przystępujący przewidział zbyt małą ilość osób kluczowych dla realizacji tunelu, jednakże odniósł to do realizowanej przez siebie inwestycji w Toronto, nie dokumentując jednak, czy inwestycja ta ma charakter porównywalny z przedmiotową. Analogicznie odwołujący zakwestionował wycenę wynagrodzeń personelu w ciągu dnia i w nocy uznając, że przystępujący sprzecznie z prawem polskim zastosował te same stawki wynagrodzenia pomijając dodatek za pracę w godzinach nocnych. Jak wynika z analizy wyjaśnień przystępującego, którą sporządził odwołujący, odwołujący oparł swoje twierdzenia na załączniku nr 3, jednak Izba mimo sporządzenia tego dokumentu w języku angielskim, nie znalazła, na podstawie czego odwołujący wywiódł, że zakreślone przez niego stawki w jednej części tego dokumentu stanowią pracę w dzień i w nocy, a inne także zakreślone tylko w dzień. Z uwagi na to, że dokument ten nie został przetłumaczony przez strony, a Izba nie ma możliwości analogicznej, jak zamawiający w art. 9 ust. 3 ustawy, dopuszczenia możliwości złożenia przed Izbą dokumentu w języku obcym. Niemożliwość dopuszczenia takiego dokumentu wynika z par 19 ust. 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Izba zatem zarówno w przypadku załącznika nr 2 jak i załącznika nr 3 do wyjaśnień przystępującego z dnia 4 sierpnia 2011r. nie poddała tych dokumentów ocenie dowodowej, ponad te okoliczności, które nie wymagały tłumaczenia tj., nazwy własne podwykonawców i ceny. W zakresie załącznika nr 3 odwołujący załączył jedynie tłumaczenie przysięgłe uwag do przedstawionych wyliczeń i te Izba oceniła i włączyła w poczet materiału dowodowego. Izba oceniła czynności zamawiającego dokonane przy ocenie wyjaśnień za prawidłowe. Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego jako wyczerpujące i podające obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przede wszystkim Izba uznała za wiarygodne i wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące możliwości pozyskania tańszych materiałów oraz posiadania rynku podwykonawców oferujących wykonanie usług po cenach umożliwiających zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia za ceny wskazane, świadczą o tym przede wszystkim załączniki nr 6 i 7 załączone do wyjaśnień. Jest faktem podanym do publicznej wiadomości, że przystępujący realizuje inwestycje w Polsce związane z drążeniem tuneli tarczą TBM, na okoliczności te powołał się właśnie w wyjaśnieniach. Izba uznała, że fakt niezakończenia tych inwestycji nie stoi na przeszkodzie uznaniu ich za obiektywny czynnik mający wpływ na zaoferowaną cenę. Przede wszystkim

Izba uznała, że fakt prowadzenia tych inwestycji ma znaczenie dla posiadania pozyskanego i znajdującego się już na terenie Polski personelu, który może być skierowany do wykonania przedmiotowego zamówienia, co oznacza, że przystępujący nie musi go obecnie pozyskiwać, to samo dotyczy sprzętu, który już jest dostarczony na teren Polski i może być wykorzystany przy przedmiotowym zamówieniu, co daje oszczędności na transporcie, a także czas na organizację innych potrzebnych elementów zamówienia. To samo dotyczy wskazywanej oszczędności na materiałach. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia przystępującego, co do posiadanego kręgu dostawców, a także co do możliwości pozyskania znacznych upustów cenowych, z racji zamawiania materiałów jednocześnie na więcej niż jedną inwestycję. Także dała wiarę twierdzeniom, że przystępujący posiada zapasy magazynowe, które mogą być wykorzystane w przedmiotowym zamówieniu. Również przekonujące w ocenie Izby jest wskazanie na obniżenie kosztów przez produkcję betonu i Tubingów na miejscu. Produkcja betonu z kolei wiąże się także z informacjami publikowanymi dotyczącymi realizowania przez odwołującego dwóch inwestycji na terenie Gdańska. Według Izby ta okoliczność także została przez zamawiającego prawidłowo oceniona, jako obiektywny czynnik potwierdzający wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia. W ocenie Izby zamawiający szczegółowo i wnikliwie dokonał oceny wyjaśnień i prawidłowe wnioski z dokonanej czynności wyciągnął. Fakt, iż zamawiający szczegółowo badał wyjaśnienia przystępującego potwierdza także ocena NOT złożona przez zamawiającego, która wskazuje na to, że zamawiający zasięgał opinii specjalistów przy badaniu realności oferty przystępującego. Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę wskazują na zastosowanie technologii i materiałów niezgodnych z treścią siwz.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie częściowo. Izba dała wiarę twierdzeniom odwołującego co do możliwości zaoferowania w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2011r. technologii odmiennej od przyjętej przez zamawiającego w pkt M-21.01.02 i 3.1.7 dokumentacji projektowej. Bezsporne jest, że w dokumentacji tej zamawiający przewidział następującą kolejność robót w tunelach tj. najpierw wykonanie obu rur tuneli w całości, a następnie wykonanie przejść pomiędzy tunelami. Bezsporne jest także, iż przystępujący złożył w swojej ofercie oświadczenie o zapoznaniu się z treścią siwz i niewnoszeniu do niej zastrzeżeń, a także o zobowiązaniu się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią siwz. Wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 3 ustawy dotyczą elementów oferty, a zatem muszą odnosić się do tego, co wykonawca w ofercie zaoferował niezależnie od tego, czy wymagane było

przedłożenie szczegółowej dokumentacji technicznej do oferty, czy też zamawiający poprzestał na oświadczeniu wykonawcy na formularzu ofertowym. Jednak fakt niezłączenia dokumentacji technicznej nie świadczy o tym, że oświadczenie o realizacji zamówienia zgodnie z treścią siwz jest oświadczeniem pozbawionym treści. Każdy wykonawca przystępując do sporządzenia oferty dokonuje pewnych założeń, w jaki sposób wykona zamówienie, choćby w celu oszacowania ceny, założenia te powinny być zgodne z wymaganiami zamawiającego. Skoro zatem wyjaśnienia dotyczą elementów oferty, to oznacza, że informacje na temat wykonania tej oferty, są informacjami, które mieściły się w złożonej przez wykonawcę ofercie już w chwili jej składania. Zatem rozbieżności w tym zakresie muszą być przedmiotem analizy ze strony zamawiającego, co do tego czy oferowany przedmiot oferty jest zgodny z treścią siwz. Odwołujący niezgodności treści oferty upatruje w zdaniu „The execution of the galleries starts at 100 m of distance to the TBM work front in the second tube” znajdującym się w załączniku nr 3 w uwagach, które w tłumaczeniu przysięgłym załączonym przez odwołującego brzmi “realizacja korytarzy rozpoczyna się w odległości 100 m od maszyny drążącej tunele w drugiej linii metra”. Z tego zdania odwołujący wywiódł, że przystępujący oferuje odmienny od zakładanego przez zamawiającego sposób wykonania przejść pomiędzy tunelami. W ocenie Izby wskazane przez odwołującego zdanie nie jest jednoznaczne i nie pozwala na rozstrzygnięcie, w jaki sposób przystępujący zamierza wykonać przejścia pomiędzy tunelami. Racje należy zatem przyznać odwołującemu, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, co do złożonych przez odwołującego oświadczeń. Jednakże wobec istnienia oświadczenia w ofercie o zamiarze wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz i drugiego niejednoznacznego oświadczenia w załączniku nr 3 mogącego budzić wątpliwości, co do rzeczywistych intencji przystępującego, nie można jednoznacznie przesądzić któremu z oświadczeń należy nadać prymat. Taka zatem wątpliwość powinna być usunięta przez zamawiającego przy dokonywaniu oceny oferty przystępującego w drodze wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający tego działania zaniechał, czym w ocenie Izby naruszył wskazany przepis i z tego względu konieczne jest uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wezwania przystępującego do wyjaśnienia opisanej powyżej wątpliwości. Pozostałe zarzuty odwołującego, co do niezgodności treści oferty z treścią siwz nie zasługują na uwzględnienie. Izba uznała, że odwołujący błędnie zinterpretował ofertę firmy Dyga jako zaoferowanie przez przystępującego wykonania instalacji przeciwpożarowej niezgodnie z treścią siwz. Jednoznacznie bowiem przystępujący w wyjaśnieniach określił, jakie informacje ze złożonej oferty brał pod uwagę przy kalkulacji ceny ofertowej i załączona oferta miała tylko wskazać na element cenotwórczy tj. koszt zakupu rury żeliwnej kołnierzonej DN 150 – poz. 286 w ofercie Dyga. Sam odwołujący potwierdził, że ta pozycja jest zgodna z siwz. Dywagacje odwołującego, co do pozostałych oferowanych rur i wywodzenie z nich, że

przystępujący zamierza zaoferować system przeciwpożarowy niezgodny z siwz jest nieuprawnione i nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym. Co do zarzutów odnoszących się do liczby personelu kluczowego, wynagrodzeń pracowników i wydajności, to zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie wykazał, aby zamawiający postawił wymogi co do ilości minimalnej personelu, sposobu kształtowania wynagrodzeń pracowników czy zakładanej minimalnej wydajności. Ponadto argumentacja odwołującego w tym zakresie jest oparta w zasadzie wyłącznie na jego interpretacji i ocenie jaka ilość pracowników jest niezbędna, że załącznik nr 3 zawiera rozbieżności na prace w dzień i nocy i osobno na samą pracę w dzień, a co do wydajności, to przedstawiane przez odwołującego informacje na temat wydajności dotyczącej innych inwestycji nie zawierają informacji, co do metod prowadzenia tych inwestycji, a w szczególności, czy były to inwestycje prowadzone za pomocą drążenia tunelu tarczą TBM. Ponadto, co do wynagrodzeń pracowników, to odnoszą się one do sfery prawnej pomiędzy wykonawcą, a jego pracownikami i ewentualne roszczenia z tytułu zapłaty wynagrodzenia dodatkowego za pracę w godzinach nocnych nie będą miały wpływu na zwiększenie się wynagrodzenia wykonawcy przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Jeśli nawet doszło do nieuwzględnienia przez przystępującego dodatku za pracę w godzinach nocnych, to nie stanowi to o nieważności oferty na podstawie przepisów kodeksu pracy. Dodatkowo należy pokreślić, że odwołujący nie wykazał, że zastosowane stawki, które według niego dotyczą pracy w nocy, przy uwzględnieniu dodatku za pracę w godzinach nocnych uchylają przepisom o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i w konsekwencji stanowią podstawę do przyjęcia, że koszt roboczogodziny został wyliczony nierealnie. Takiej próby dowodowej nie podjął odwołujący. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy, natomiast zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w tym stanie faktycznym, jest przedwczesny.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.



Izba uwzględniła koszty podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) uwzględniając koszty uiszczonego wpisu oraz koszty zastępstwa prawnego odwołującego na podstawie przedłożonej faktury.

**Przewodniczący :**

.....