

Sygn. akt: KIO 3730/21
KIO 3732/21

WYROK
z dnia 17 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2021 r. przez:

- A) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Karnickiej 22 (03-162 Warszawa), POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 133 (01-919 Warszawa), D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.S. SZADEK z siedzibą w Łodzi przy ul. Jana Karola Chodkiewicza 21 (94-028 Łódź), W.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD W.S. z siedzibą w Łodzi przy ul. Przełajowej 4 (94-044 Łódź) oraz G&P M.M., P.M. Sp. j. z siedzibą w Łodzi przy ul. Bolesława 13 (93-492 Łódź) – sprawa o sygn. akt KIO 3730/21;
- B) wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) – sprawa o sygn. akt KIO 3732/21;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi przy ul. Irysowej 2 (91-857 Łódź)

przy udziale:

- A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach przy ul. Łódzkiej 108 (99-200 Poddębice) oraz Sandfield Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 111A lok. 86 (02-707 Warszawa), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 3730/21 i KIO 3732/21 po stronie zamawiającego;

B) wykonawcy FBService S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21 po stronie zamawiającego;

C) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Karnickiej 22 (03-162 Warszawa), POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 133 (01-919 Warszawa), D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.S. SZADEK z siedzibą w Łodzi przy ul. Jana Karola Chodkiewicza 21 (94-028 Łódź), W.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD W.S. z siedzibą w Łodzi przy ul. Przełajowej 4 (94-044 Łódź) oraz G&P M.M., P.M. Sp. j. z siedzibą w Łodzi przy ul. Bolesława 13 (93-492 Łódź), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3730/21 w części dotyczącej zarzutów podniesionych wobec oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w związku z cofnięciem zarzutów w tym zakresie.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21.
3. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.S. SZADEK z siedzibą w Łodzi, W.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD W.S. z siedzibą w Łodzi oraz G&P M.M., P.M. Sp. j. z siedzibą w Łodzi oraz wykonawcę FBService S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisów od odwołań, w tym:
 - A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.S. SZADEK z siedzibą w Łodzi, W.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD W.S. z siedzibą w Łodzi oraz G&P M.M., P.M. Sp. j. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21;

- B. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21;
- 4.2. zasądza od ww. wykonawców na rzecz zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:
- A. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.S. SZADEK z siedzibą w Łodzi, W.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD W.S. z siedzibą w Łodzi oraz G&P M.M., P.M. Sp. j. z siedzibą w Łodzi na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21;
- B. zasądza od wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3730/21

KIO 3732/21

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon Autostradowy w Łowiczu – autostrada A2*, o numerze: O/Ł.D-32413.9.2021.vk, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 149-397269.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Sygn. akt KIO 3730/21

W dniu 24 grudnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.S. SZADEK z siedzibą w Łodzi, W.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD W.S. z siedzibą w Łodzi oraz G&P M.M., P.M. Sp. j. z siedzibą w Łodzi (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach oraz Sandfield Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanych dalej jako: „PRD”);
- zaniechaniu odrzucenia oferty PRD z powodu rażąco niskiej ceny oraz niewykazania wskutek wezwania do wyjaśnień ceny, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska;
- zaniechaniu udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny PRD wraz z dowodami, pomimo że odwołanie PRD do KIO w sprawie zamiaru odtajnienia przez zamawiającego tych wyjaśnień zostało przez Izbę oddalone, a w konsekwencji decyzja zamawiającego o zamiarze odtajnienia stała się ostateczna;

- zaniechaniu wezwania wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „FBSerwis”) do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w sytuacji, gdy istotne elementy składowe ceny oferty tego wykonawcy wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia oraz obowiązującymi przepisami;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców PRD oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (zwanego dalej jako: „PRDM”) pomimo, że zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- odrzuceniu oferty odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy; co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie odwołującego i postanowień SWZ miało bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zaskarżonym czynności zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PRD pomimo, że zawiera rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia a ponadto złożone przez wykonawcę wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
- 2) art. 18 ust. 1, 2, i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 – zwanej dalej jako „UZNK”), przez pozbawione podstaw faktycznych i prawnych zaniechanie uznania za bezskuteczne i udostępnienia treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez PRD wyjaśnień ceny, a także informacji znajdujących się w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z ew. dowodami;
- 3) art. 224 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy FBSerwis do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny pomimo, że istotne elementy składowe ceny mają charakter rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami;
- 4) art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 ust 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, przez zaniechanie odrzucenia ofert PRD oraz PRDM pomimo, że obydwie oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami istotnych elementów zamówienia, w oderwaniu od wartości rynkowej świadczeń;
- 5) art. 226 ust 1 pkt 14 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z postępowania pomimo, że wadium jakie wniósł w postępowaniu zostało wniesione w sposób prawidłowy;

co skutkowało naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust 2 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący, na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp, wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania – na okoliczności wskazane odwołaniem oraz o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania;

2) powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach o:

- odrzucenie oferty wykonawcy PRD z powodu zaoferowania rażąco niskiej oferty i niewykazania w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska, a także samodzielnie - zaniechania odrzucenia oferty PRD pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także w odniesieniu do oferty tego wykonawcy, udostępnienie treści złożonych przez PRD wyjaśnień ceny wraz z dowodami;
- wezwanie wykonawcy FBSerwis do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych elementów składowych zamówienia zgodnie z uzasadnieniem odwołania;
- odrzucenie oferty PRD oraz PRDM z powodu złożenia ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego uznając, że wadium złożone w postępowaniu zostało wniesione prawidłowo.

Odwołujący wskazał, że jego oferta zgodnie z rankingiem ofert (gdyby nie odrzucenie z postępowania kwestionowaną odwołaniem czynnością) została uplasowana na 4 pozycji rankingowej. Przywrócenie odwołującego do postępowania przy odrzuceniu wybranej oferty oraz wezwanie do wyjaśnień ceny wykonawcy z pozycji 2 oraz odrzucenie oferty z pozycji 3 skutkować będzie bezpośrednio na uzyskanie zamówienia przez odwołującego. W konsekwencji odwołujący stwierdził, że nie budziło wątpliwości, iż jego interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, a tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

W uzasadnieniu odwołania, podsumowując prezentację przedmiotu zamówienia, sposobu wyceny oraz sposobu rozliczenia, odwołujący wskazał, że w ramach postępowania mamy do czynienia z realizacją usług rozliczanych w zasadniczej części w formule wynagrodzenia obmiarowego na podstawie cen jednostkowych zawartych w ofercie wykonawcy. Specyfika sposobu realizacji zamówienia polega na braku zagwarantowania

przez zamawiającego (poza pozycjami o charakterze ryczałtowym – utrzymanie MOP oraz Zarządzanie kontraktem) jakichkolwiek wolumenów czynności. Tym bardziej zatem uznać należy, że poszczególne wyceny usług, jako stanowiące podstawę rozliczeń muszą mieć samodzielnie charakter rynkowy i realny. Dane odnośnie do ilości poszczególnych czynności zawarte w SWZ na podstawie których wykonawcy dokonywali wyliczeń poszczególnych cen elementów składowych i łącznej ceny ofert zostały podane przez zamawiającego w celu oceny i porównania ofert bowiem faktyczne wynagrodzenie wykonawcy z realizacji zamówienia będzie miało źródło w rzeczywistych ilościach usług. Należy także uwzględnić fakt, że mamy do czynienia z kontraktem długoterminowym, w dodatku w bardzo niesprzyjającym otoczeniu makroekonomicznym – i niespotykanym rynkowo poziomie inflacji oraz wzroście cen podstawowych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia jak ceny paliw, stali i rosnących kosztów pracy. Dodatkowo Umowa przewiduje całkowicie symboliczną waloryzację kontraktu (do 5%), co powoduje, że wyceny ofertowe muszą uwzględniać wysokie ryzyko kalkulacyjne dla zagwarantowania minimalnej rentowności kontraktu.

W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na szacunkową wartość zamówienia i wyjaśnił, że wycena zamawiającego została dokonana według cen z lipca br. podczas gdy ofertowanie nastąpiło 20 września br. Ponadto zwrócił uwagę na fakt, że poprzednie zamówienie dotyczące utrzymania tożsamego odcinka autostrady było realizowane w formule „utrzymuj standard” przy rozliczeniu ryczałtowym kosztów całorocznego utrzymania co powoduje, że zamawiający nie posiadał szczegółowych danych poszczególnych usług i ich wycen. Odwołujący wskazując na poziom inflacji (7,8%) oraz najwyższe wzrosty cen materiałów budowlanych w ponad 30-letniej historii SEKOCENBUD stwierdził, że wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego na koniec lipca br. w relacji do tempa zmian inflacyjnych oraz kosztów czynników produkcji z czasu złożenia ofert w postępowaniu nie może być w pełni wiarygodną podstawą ustalenia realności wycen ofertowych wykonawców. Pamiętać przy tym należy, że szacunki zamawiającego pochodzą z lipca br. podczas gdy sam wzrost inflacji wyłącznie na listopad to wartość ponad 7%. Ceny towarów i usług konsumpcyjnych (CPI) w listopadzie 2021 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem ubiegłego roku wzrosły o 7,7% - co wynika z najnowszego komunikatu Głównego Urzędu Statystycznego. W ostatnich miesiącach wzrost inflacji jest wyjątkowo szybki. W październiku osiągnął blisko 7%, we wrześniu inflacja CPI zbliżyła się do 6%, w sierpniu wynosiła 5,5% i po raz pierwszy od 2001 r. przekroczyła barierę 5%. Sierpniowy odczyt był też wyraźnie wyższy niż lipcowy (5,0%) oraz zdecydowanie wyższy niż i tak nieniskie odczyty z poprzednich miesięcy: 4,4% w czerwcu i 4,7% w maju. Odwołujący wskazał na wysokie i nienotowane w ostatnich latach zmiany cen samych podstawowych materiałów budowlanych jak stal czy beton.

W ocenie odwołującego obowiązkiem wykonawców była rzecz jasna wycena realna możliwości wykonania zamówienia przy uwzględnieniu realiów rynkowych oraz szacując i kalkulując w cenie oferty ryzyka ekonomiczne w tym związane z zasadniczym wzrostem cen podstawowych materiałów budowlanych ale i kosztów pracy – wzrost stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę od dnia 1 stycznia 2022 r. przy zastosowanej w postępowaniu klauzuli zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Za sprawą nowego rozporządzenia od stycznia 2022 r. minimalne pensje osiąmane na podstawie umowy o pracę wzrosną do poziomu 3010 zł – to 210 zł więcej, niż aktualnie obowiązująca minimalna pensja (2800 zł), co oznacza wzrost o 7,5% w porównaniu do poprzedniego roku.

Odwołujący zwrócił uwagę na wszystkie oferty złożone w postępowaniu i stwierdził, że wycena ofertowa wykonawcy PRD była całkowicie oderwana tak od wartości zamówienia jak również od cen pozostałych ofert. Wskazał dodatkowo, że to właśnie wyceny ofertowe konkurencyjnych wykonawców uznać należy za najbardziej wiarygodne i aktualne źródło informacji nt. rynkowej wartości przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty i istotnych elementów składowych w ofercie PRD odwołujący wskazał, że zaprezentowane zestawienie cen globalnych dowodzi, że oferta PRD była jako jedyna na poziomie tak znacząco zaniżonym w stosunku do pozostałych ofert, ale także w relacji do budżetu zamawiającego i obowiązkiem zamawiającego było wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnień ceny. W ocenie odwołującego charakter przedmiotu zamówienia i zakres rzeczowy powodują, że poziom wyceny oferty PRD zaprezentowany w złożonych wraz z ofertą szczegółowych wycenach elementów składowych – Tabele Elementów Rozliczeniowych uniemożliwia wykazanie, że wycena jest realna i umożliwiająca wykonanie zamówienia. Odnosząc się szczegółowo do wyceny oferty PRD oferowana cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia: 67 141 400,63 zł stanowiła jedynie 67,40% kwoty zamawiającego.

Odwołujący powołując się na wymogi SWZ podkreślił, że wyceniając Grupę Prac nr 11 obejmującą JEDYNĄ pozycję kosztorysową (Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych), należało uwzględnić fakt, że jej wartość nie mogła przekroczyć 12% łącznej wartości robót dla Grup od 1 do 10 oraz 12. Wskazał przy tym, że procentowe ograniczenie kosztów Zarządzania Kontraktem w relacji do wartości wyceny łącznej powodowało, że im mniejsza wycena ofertowa tym mniejsze koszty Zarządzania. Odwołujący zauważył, że wykonawca PRD w swojej ofercie, której wartość netto opiewała na 54 586 504,58 zł, wskazał koszty zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem i podejmowaniem działań interwencyjnych na poziomie 4 900 000,00 PLN netto – co stanowiło jedynie 9,86% łącznej wartości robót dla Grup od 1 do 10 oraz 12. Biorąc pod uwagę długość dróg będących przedmiotem postępowania SST oraz algorytm obliczenia całkowitego kosztu zarządzania kontraktem udostępniony przez zamawiającego w

odpowiedzi na pytanie 33, jest to kwota nie dająca możliwości wykonania zakresu prac zgodnie z SWZ oraz ich należytego wycenienia.

Odnosząc się do samych kosztów pracy w ramach tej pozycji zgodnie z dokumentami zamówienia, odwołujący wskazał, że same koszty pracownicze obliczone wg wskazań <https://wynagrodzenia.pl/kalkulator-wvnagrodzen/wyniki> wynoszą:

Minimalna liczba etatów zgodnie ze wskazaniem SWZ

Ujednolicone wynagrodzenia dla 3 grup pracowniczych:

- Pracownicy brygad patrolowych i interwencyjnych – minimalna pensja wg. Rozporządzenie w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2022 r.;
- specjaliści zaszeregowanie wynagrodzeniowe – pensja 3000,00 PLN netto;
- Kierownicy – pensja 5000,00 PLN netto

W ten sposób obliczone minimum kosztów zatrudnienia i należytego wyposażenia pracowników, których minimalna ilość etatów zapewniających realizację kontraktu wynosi:

	osób	ilość zmian	Minimalna ilość etatów	Minimalne wynagrodzenie brutto	Koszt jednostkowy pracodawcy
Brygada patrolowa	2	3	7	3010,00 PLN	3 626,46 PLN
Brygada interwencyjna 1	2	3	7	3010,00 PLN	3 626,46 PLN
Brygada interwencyjna 2	2	3	7	3010,00 PLN	3 626,46 PLN
Kierownik ds. Utrzymania Dróg	1		1	7098,47 PLN	8 552,23 PLN
Z-ca Kierownik ds. Utrzymania Dróg	1		1	7098,47 PLN	8 552,23 PLN
Specjalista ds. Utrzymania Dróg	4		4	3 965,68 PLN	4 777,86 PLN
Kierownik Robót Drogowych	1		1	7098,47 PLN	8 552,23 PLN
Specjalista ds. administracyjnofinansowych	1		1	3 965,68 PLN	4 777,86 PLN

Łączna wartość kosztów pracodawcy związanych z wynagrodzeniami to:

	etaty		Łączny koszt miesięczny	
Brygada patrolowa	21	3626,46 zł	76 155,66 zł	
Specjalista	4	4777,86 zł	19 111,44 zł	
Kierownik	3	8552,23	25 656,69	
			120 923,79 PLN	Całkowity koszt miesięczny
		40 m-cy	4 836 951,60 PLN	koszt kontraktu

Odwołujący stwierdził, że wartość wynagrodzeń przy uwzględnieniu minimalnych stawek ustawowych i rynkowych wynosi 4 836 951,60 PLN bez uwzględnienia dorocznego wzrostu płacy minimalnej.

Ponadto do kosztów zatrudnienia w trakcie kontraktu należy doliczyć co najmniej:

- 7 x zapewnienie specjalistycznej odzieży ochronnej (Odzież jak i elementy odbłaskowe powinny spełniać wymagania PN-EN ISO 20471:2013-07 „Odzież ostrzegawcza o intensywnej widzialności do użytku profesjonalnego”) (2 x do roku, letnia i zimowa)

Minimalna wartość jednego zestawu to 300,00 PLN

7 x 300,00 PLN x 25 pracowników = 52 500,00 PLN

- koszty szkoleń bhp i szkoleń uprawniających do kierowania ruchem

2 x 28 pracowników x 250,00 PLN = 14 000,00 PLN

Tym samym łączny minimalny koszt pracy przy realizacji kontraktu jak jeszcze raz podkreślił odwołujący przy założeniu minimalnej wymaganej liczby pracowników i minimalnej pensji krajowej dla pracowników brygad, minimalnych nakładach związanych z pracownikami wynosi wedle założeń odwołującego 4 903 451,60 PLN.

W podsumowaniu tej części uzasadnienia odwołujący wskazał, że minimalny koszt zarządzania kontraktem oparty jedynie na podstawowych kosztach wymienionych w SWZ SST przy minimalnych nakładach wskazanych powyżej wynosi:

Minimalne koszty składające się na cenę jednostkową Zarządzanie kontraktem wraz z patrołowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych

1.	Koszty pracy	4 903 451,60 zł
2.	Koszt utrzymania POK	
2.a	czynsz najmu	251 635,60 zł
2.b	koszty mediów na POK	400 000,00 zł
2.c	wyposażenie POK	20 000,00 zł
5.	paliwo patrolu	241 176,39 zł
6.	wyposażenie patrolu	10 000,00 zł
7.	paliwo brygad interwencyjnych	241 176,39 zł
8.	wyposażenie brygad interwencyjnych	20 000,00 zł
9.	koszt zakupu niezbędnych pojazdów	60 000,00 zł
		6 147 439,98 zł

Podczas gdy wycena ofertowa PRD dla Zarządzania Kontraktem wynosi jedynie 4 900 000,00 PLN.

W przypadku zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji odnośnie oferty PRD odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ w zakresie sposobu zimowego utrzymania:

SST D-66.01.OO

v.I ZIMOWE UTRZYMANIE DRÓG KRAJOWYCH

Podstawą działania w fazie gotowości ZUD jest:

- prowadzenie stałego monitoringu sytuacji pogodowej,
- prowadzenie dyżurów zimowego utrzymania dróg w systemie 24h/dobę, 7 dni w tygodniu, we wszystkich Obwodach Drogowych i Punktach ZUD,
- podtrzymywanie gotowości sprzętu ZUD.

5.3.2. ALERT ŻÓŁTY - Faza działań profilaktycznych – zapobieganie śliskości

W sytuacji, gdy system monitorowania stanu zagrożeń, służby GDDKiA, policji, sztabów kryzysowych bądź służby własne wykonawcy wskażą możliwość wystąpienia zagrożenia na drogach, wykonawca winien przystąpić do działań profilaktycznych, w szczególności polegających na posypaniu całej powierzchni drogi solą drogową.

Działania profilaktyczne winny być podejmowane przez służby wykonawcy w sytuacjach, kiedy pomimo iż w momencie podjęcia decyzji o zadysponowaniu sprzętu ZUD stan drogi gwarantuje bezpieczeństwo to w związku z zapowiadanyimi niekorzystnymi warunkami bezpieczeństwo takie nie może być zagwarantowane bez działań ZUD.

Wykonawca na podstawie pozyskanych informacji, samodzielnie podejmować będzie decyzję o podjęciu działań profilaktycznych z zastrzeżeniem, że obligatoryjnie winny być one podejmowane w sytuacjach:

- wystąpienia ostrzeżenia przed nagłym spadkiem temperatury,
- wystąpienia ostrzeżenia przed opadami śniegu, marznącego deszczu, wstąpienia gołolodzi.

5.3.3. ALERT POMARAŃCZOWY - Faza działań właściwych – usuwanie śliskości oraz odśnieżanie

Niezależnie od działań profilaktycznych wykonawca winien prowadzić prace również w sytuacji faktycznego występowania zjawiska atmosferycznego oraz w okresie po ustaniu zjawiska atmosferycznego z zachowaniem maksymalnych czasów usunięcia czynnika zimowego przewidzianych standardami oraz w sposób określony SST.

Za moment występowania zjawiska uznaje się moment występowania zjawiska, w którymkolwiek punkcie drogi pozostającej w utrzymaniu danego Obwodu Drogowego, a nie w miejscu siedziby Obwodu (na stanowisku dyżurnego ZUD). Wykonawca winien wypracować sposób aktywnego pozyskiwania danych o sieci tak by mieć pogląd na stan pogody i stan nawierzchni na całym odcinku drogi.

Działania ZUD powinny być prowadzone w sposób gwarantujący osiągnięcie wymaganego standardem stanu nawierzchni z wykorzystaniem odpowiedniej ilości sprzętu i materiałów (z określonym poziomem minimalnym, ale bez określonego poziomu maksymalnego uzależnionego od warunków na drodze).

Przy wykonywaniu poszczególnych działań w ramach zimowego utrzymania należy wykonać szereg czynności zmierzających do celu jakim jest zapewnienie odpowiedniego stanu dróg w warunkach zimowych.

W ocenie odwołującego wykonawca PRD skonstruował swoją ofertę w sposób, który narazi zamawiającego na wydatki niewspółmierne do sytuacji na drodze oraz do zaangażowania wykonawcy. W sposób sztuczny i niewspółmierny do przedmiotu zamówienia wykonawca podniósł ceny za usługę zapobiegania śliskości.

Przy założeniach zamawiającego częstotliwość poszczególnych działań:

Średnie ilości dni występowania na 1 sezon zimowy					
Gotowość w okresie: 1-19.10 oraz 16-30.04 - szacunkowa ilość dni występowania	Gotowość w okresie: 20-31.10 oraz 1-15.04 - szacunkowa ilość dni występowania	Gotowość w okresie: 1.11 - 31.03 - szacunkowa ilość dni występowania	Zapobieganie śliskości - szacunkowa ilość dni występowania	Występowanie śliskości - szacunkowa ilość dni występowania	Występowanie opadów śniegu oraz śliskości - szacunkowa ilość dni występowania
k1	k2	k3	l	m	n

5	5	29	30	50	32
---	---	----	----	----	----

Oferty wykonawców to:

			Poddębice	Serwis	PRDM	ROKOM	GRAWIL
		km	cena netto za odcinek/dob a	cena netto za odcinek/dob a	cena netto za odcinek/dob a	cena netto za odcinek/dob a	cena netto za odcinek/dob a
1	Gotowość do ZUD	51,616	10 000,00	19 588,89	17 897,20	10 323,20	17 068,15
2	Zapobieganie śliskości	51,616	50 000,00	24 801,07	37 849,58	15 484,80	22 372,85
3	Usuwanie śliskości	51,616	15 000,00	33 839,61	22 709,75	16	23 221,61
4	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	51,616	17 000,00	47 771,47	15 132,87	16 517,12	24 556,98
	wartość zadania za okres umowy		10 916 500,00	16 104 685,00	11 679 100,09	7 450 253,44	11 104814,84

W przypadku gdy w trakcie realizacji usług będziemy mieli do czynienia z tak zwaną „lekką zimą” tj. gdy nie będzie opadów śniegu, marznącego deszczu, a jedynie częste przejście temperatury przez 0°C, dochodzi od drastycznej zmiany cenowej. Wedle wyliczeń odwołującego w przypadku zwiększonej ilości dni zapobiegania śliskości koszty zamawiającego związane z obsługą kontraktu drastycznie i w nieuzasadniony rzeczowo sposób wzrastają. Odwołujący wskazał, że skoro dla wykonawcy PRD koszty samego zapobiegania śliskości faktycznie wynoszą aż 50 tys. zł to oznacza, że wycena usuwania śliskości oraz odśnieżania z usuwaniem śliskości na poziomie ok 15-22 tys. zł mają charakter rażąco zaniżonych. Nie ulega wątpliwości, że te ostatnie prace generują co najmniej porównywalne albo większe koszty a tymczasem wycena ofertowa dowodzi, że jest dokładnie na odwrót. Wykonawca PRD sztucznie zawyżając pozycję „Zapobieganie śliskości” stara się pokryć swoją rażąco niską cenę, czynem nieuczciwej konkurencji i w sposób ukryty zwiększyć koszty zamawiającego narażając na stratę Skarb Państwa gdyż jak należy podkreślić jest to pozycja gdzie zgodnie SST utrzymanie zimowe:

5.3.2. ALERT ŻÓŁTY - Faza działań profilaktycznych — zapobieganie śliskości [...]

Wykonawca na podstawie pozyskanych informacji, samodzielnie podejmować będzie decyzję o podjęciu działań profilaktycznych z zastrzeżeniem, że obligatoryjnie winny być one podejmowane w sytuacjach:

wystąpienia ostrzeżenia przed nagłym spadkiem temperatury, o wystąpienia ostrzeżenia przed opadami śniegu, marznącego deszczu, wystąpienia gołoledzi.

Zdaniem odwołującego w ofercie PRD „odpowiednio poprowadzona akcja zima” doprowadzi do wyczerpania środków zamawiającego przed upływem przewidywanego okresu realizacji umowy pomimo pozornej niższej ceny całkowitej oferty.

W ocenie odwołującego powyższe zabiegi wykonawcy PRD stanowiły naruszenie art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 ust 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jego zdaniem oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami, w oderwaniu od realiów rynkowych. Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający dokonując badania i oceny oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. przepisów. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5-17d ZNKU, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ZNKU (por.m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97).

Odwołujący uznał, że złożenie oferty przez konkurenta z nierealną wyceną stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji niestypizowany w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast odpowiadający hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Działanie konkurentów, polegające na manipulacji cenami – sztuczne zawyżenie cen za wskazane usługi – było działaniem świadomym, celowym i zamierzonym i sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym oraz przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia interesu zamawiającego i publicznego oraz interesu uczestnika postępowania, który złożył ofertę skalkulowaną w oparciu o ceny realne.

Odwołujący w świetle okoliczności faktycznych przyjął, że sztuczne zawyżenie cen wskazanych usług stanowi manipulację cenową, której dokonanie pozwoliło wykonawcy na złożenie oferty korzystnej cenowo i uzyskanie dodatkowego nienależnego zysku. Jakkolwiek należy mieć na uwadze obowiązującą w gospodarce rynkowej zasadę swobodnego ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców, to należy stwierdzić również, iż zasada ta doznaje ograniczeń – określonych m.in. właśnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca nie może swojej swobody wykorzystywać w sposób, który stałby w sprzeczności z dobrymi obyczajami, prawem i naruszałoby interesy innych przedsiębiorców. W niniejszej sprawie możliwym było stwierdzenie niedopuszczalnej manipulacji, inżynierii cenowej. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celowo nie zawiera zamkniętego katalogu takich czynów, a wprowadza ogólną klauzulę w art. 3 ust. 1 – właśnie przewidując nieograniczoną kreatywność przedsiębiorców. O ile oferowanie ceny rażąco niskiej – tj. poniżej kosztów w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, o tyle manipulacja cenowa polegająca na rażącym zawyżeniu części kosztów, pozwalającym na obniżeniu kosztów pozostałych oraz uzyskanie nienależnego zysku poprzez optymalizację niewątpliwie wypełnia znamiona określone w art. 3 ust. 1 uznk. Argumentacja przeciwna – że niedozwoloną manipulację cenową można stwierdzić jedynie w powiązaniu z ceną rażąco niską, pozostawałaby w sprzeczności z celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a pośrednio również z art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp – uniemożliwiałoby bowiem eliminowanie ofert ze zmanipulowanymi – ale nie rażąco niskimi – cenami. Artykuł 3 ust. 1 uznk, jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji w niniejszej sprawie polega na celowym działaniu zmierzającym do zaburzenia wyników oceny ofert i zapewnienia konkurentom wyższej rentowności z naruszeniem zasad tzw. uczciwości kupieckiej, odwołujących się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, w konsekwencji naruszając interes przede wszystkim zamawiającego. Przy czym nie można podzielić poglądu, iż ww. działanie stanowiło jedynie wyraz zastosowanej optymalizacji kosztów.

Jak wskazał odwołujący orzecznictwo Izby wskazuje, iż „działanie polegające na tzw. „manipulowaniu ceną” jest działaniem polegającym na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen” (M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W. 2018). Manipulacja cenowa sprowadza

się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Celem takiej „optymalizacji” jest nic innego jak uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Wskazać należy, że jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców.

Zdaniem odwołującego nie potrafiąc realnie wykazać konkretnych kosztów zawyżonych usług przy jednoczesnym zaniżeniu w relacji do nich pozostałych, wykonawca PRD potwierdził, że wycena nie pokrywa kosztów wykonania usług a jej wyłącznym celem było zmanipulowanie wyniku. Na kanwie walki z tym zjawiskiem ukształtowała się obszerna i jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach której Izba wskazuje, że działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest:

a) sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V AC 71/07);

b) co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców (wykonawców), którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego typu manipulacji cenowej byłby zmuszony niejednokrotnie dokonać wyboru oferty sumarycznie droższej (zawierającej wyższą cenę całkowitą).

Tytułem przykładu odwołujący odesłał w tym zakresie do tez Krajowej Izby Odwoławczej, zawartych chociażby w następujących orzeczeniach: wyrok z dnia 5 kwietnia 2011 r., KIO 640/11; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., KIO 7/13; wyrok z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/14; wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., KIO 1945/15; wyrok z dnia 14 listopada 2016 r., KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r. KIO 1476/17; wyrok z dnia 28 marca 2017 r., KIO 473/17; wyrok z dnia 4 lipca 2018 r. KIO 1186/18; wyrok z dnia 16 sierpnia 2018 r. KIO 1578/18.

Odwołujący stwierdził, że takie zachowanie wykonawcy, musi spotkać się ze zdecydowaną krytyką i musi podlegać negatywnej ocenie. W ocenie odwołującego dokonując manipulacji cenowej, mogącej być uznawaną za tzw. "inżynierię cenową" czy "kreatywną politykę cenową", wykonawcy PRD dopuścił się naruszenia ww. przepisów Pzp oraz ustawy ZNK.

Co do zarzutu zaniechania udostępnienia nieskutecznie zastrzeżonych przez PRD wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami odwołujący wyjaśnił, że udostępniona dokumentacja postępowania potwierdza, że zamawiający czynnością z dnia 19 listopada br. wydał w stosunku do PRD postanowienie o odtajnieniu wszystkich dokumentów przekazanych przez odwołującego poprzez platformę eB2B w dniu 18 października 2021 r. w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami. Wobec powyższej czynności PRD wniósł w dniu 29 listopada br. odwołanie do KIO żądając unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych we wszystkich dokumentach przekazanych przez odwołującego poprzez platformę eB2B w dniu 18 października 2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami oraz uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego i nieujawniania ww. informacji. W konsekwencji czynność zamawiającego z dnia 19 listopada br. polegająca na odtajnieniu wyjaśnień ceny PRD wraz z dowodami stała się prawomocna i definitywna. Tymczasem zamawiający nie udostępnił odwołującemu na jego wyraźny wniosek po rozstrzygnięciu przetargu powyższych dokumentów pomimo takiej prawomocnej decyzji.

Jak wyjaśnił odwołujący, znajdująca się w aktach sprawy korespondencja zamawiającego z PRD potwierdza, że faktycznie doszło do oddalenia odwołania – wskutek uznania, że odwołujący nie legitymuje się interesem (pismo PRD do zamawiającego z dnia 14 grudnia br. w aktach postępowania). Pomimo powyższego orzeczenia KIO które oddaliło definitywnie odwołanie PRD (orzeczenie niezaskarżone do Sądu Okręgowego) zamawiający czynnością z dnia 21 grudnia br. (pismo adresowane do PRD udostępnione odwołującemu po wyborze oferty najkorzystniejszej) uznał, że nie będzie odtajniał wskazanych dokumentów.

Odwołujący w całości poparł zarówno samą czynność zamawiającego polegającą na odtajnieniu wyjaśnień ceny wraz z dowodami z dnia 19 listopada br. jak również poparł argumentację w tym zakresie jaką prezentował zamawiający. W ocenie odwołującego PRD nie wykazał i nie udowodnił podstaw uznania za skuteczne zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty.

Odwołujący powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, że:

- zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada jawności,
- wyłączenie jawności postępowania stanowi wyjątek od zasady jawności,
- uwzględniając wyjątkowy charakter ograniczenia jawności w kontekście przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powołujący się na taką ochronę informacji składanych w postępowaniu, wykonawca ma obowiązek udowodnić i wykazać wszystkie przesłanki przemawiające za ochroną takiej informacji, na podstawie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny, które mają charakter ogólnikowy, lakoniczny, nie dotyczący przedmiotowego postępowania, a w szczególności nie zawierające żadnych konkretnych uzasadnień, ani tym bardziej jakichkolwiek dowodów świadczących za zasadnością ochrony informacji – obligują zamawiającego do ich odtajnienia,
- uzasadnienie zawierające wyłącznie powielenie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa czy też orzecznictwa KIO bądź SO w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być uznane za skuteczne wykazanie przyczyn ochrony informacji w rozumieniu art. 18 ust 3 Pzp,
- sama wola wykonawcy ochrony informacji nie stanowi podstawy do odmowy dostępu do informacji o ile zastrzegający nie udowodnił, że konkretne informacje zastrzeżone w konkretnym postępowaniu faktycznie zasługują na ochronę.

Odwołujący zauważył, że jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp (obecnie 18 ust 3), może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych w ustawie (tak np. Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 r. KIO 2469/19, z dnia 13 marca 2017 r. KIO 385/17). W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku: 1653) wskazano m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne.” Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje .w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 uznk (tak np. Izba w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r. KIO 2537/19). Ponadto w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego

informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, że „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”.

W podsumowaniu dla tego zarzutu odwołujący stwierdził, że w konsekwencji, wobec niewykazania podstaw ochrony informacji o których mowa w art. 18 ust 3 Pzp zaniechanie udostępnienia wskazanych informacji jest nieuprawnione a treść złożonych wyjaśnień wraz z dowodami winna być ujawniona.

W zakresie zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy FBService odwołujący wyjaśnił, że oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niskie ceny istotnych elementów składowych zamówienia i w jego ocenie winna podlegać odrzuceniu z powyższej przyczyny po wezwaniu przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień przed dokonaniem tej czynności. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp – jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Biorąc pod uwagę literalne brzmienie wyżej cytowanego przepisu art. 224 ust. 1 Pzp – stwierdzić należy, że po pierwsze przepis ten wprost odnosi pojęcie rażąco niskiej ceny również do istotnych składowych części ceny, po drugie zaś – że warunkiem uruchomienia procedury wyjaśniającej musi być budzący wątpliwości poziom przedstawionej przez danego wykonawcę ceny lub kosztu (lub ich istotnej części składowej) w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za zaoferowaną cenę. W takiej sytuacji zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, na co wskazuje użyty w przepisie zwrot „Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień”.

W ocenie odwołującego na gruncie niniejszej sprawy zaszyły przesłanki zastosowania względem FBService dyspozycji przepisu art. 224 ust. 1 Pzp. Istotne pozostaje, że zastosowanie procedury z art. 224 ust. 1 Pzp, tworzy de facto domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp – jeżeli chce je obalić – musi wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalil się jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki jest cały czas aktualny świetle nowo obowiązującej

Pzp. Istotny charakter i znaczenie kwestionowanych poniżej pozycji a także udział w wartości zamówienia oraz rażąco niskie wyceny potwierdzają że wezwanie do wyjaśnień wskazanych istotnych elementów wyceny stał się obligatoryjny.

W pierwszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na wycenę kosztów drogowych barier ochronnych. W tym aspekcie odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z SWZ w zakresie sposobu świadczenia usług dotyczących barier ochronnych:

SST D-07.05.01 DROGOWE BARIERY OCHRONNE

9. PODSTAWA PŁATNOŚCI

9.1. Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności

Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności podano w SST DM-00.00.00 Wymagania ogólne [1] pkt 9.

9.2. Cena jednostki obmiarowej

Ogólne ustalenia dotyczące ceny jednostki obmiarowej podano w SST DM-00.00.00 Wymagania ogólne [1] pkt 9.

Dla bariery ochronnej obejmuje:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- wykonanie robót w oparciu o opracowany, uzgodniony i zatwierdzony na koszt wykonawcy, projekt czasowej organizacji ruchu,
- zakup i dostarczenie materiałów,
- roboty rozbiórkowe przy demontażu starych elementów nadających się do ponownego wbudowania, wraz z odwozem w miejsce wskazane przez zamawiającego,
- w przypadku demontażu uszkodzonych elementów nie nadających się do ponownego wbudowania, materiał z demontażu stanowi własność wykonawcy, który dokona utylizacji odpadów. Koszty utylizacji, jak również zysk ze sprzedaży złomu wykonawca wkałkuje w cenę oferty.
- osadzenie słupków bariery (z ew. wykonaniem dołów i fundamentów betonowych, lub bezpośrednio wbicie wzgl. wstawianie w grunt),
- montaż bariery (prowadnicy, wysięgników, przekładek, obejm, wsporników itp. z pomocą właściwych śrub i podkładek) z wykonaniem niezbędnych odcinków początkowych i końcowych, odcinków przejściowych pomiędzy różnymi typami barier, przerw, przejść i przejazdów w barierze, umocowaniem elementów odblaskowych, przeciwolśnieniowych itp.,
- przeprowadzenie badań i pomiarów wymaganych w specyfikacji technicznej,
- uporządkowanie terenu - transport zdemontowanych elementów do Obwodu Drogowego.
- przygotowanie dokumentacji zdjęciowej przed i po montażu barier,
- przygotowanie pełnej dokumentacji odbiorowej, tj. certyfikaty, deklaracje, kosztorys powykonawczy itp.

W ocenie odwołującego wykonawca FBSerwis zawarł w złożonym z ofertą kosztorysie pozycje, których wartość nie wystarcza na pokrycie nawet samych podstawowych kosztów materiałów stalowych, na które składają się:

- prowadnica
- słupek drogowy
- wysięgnik jednostronny
- wysięgnik dwustronny
- wspornik
- przekładka

Oczywiście elementy te występują w kilku wariantach uzależnionych od rodzaju bariery drogowej. Odwołujący wyjaśnił, że oparł swoje twierdzenia odnośnie zaniżenia wyceny FBSerwis na rynkowych kosztach podstawowych, najtańszych rozwiązań odpowiadających pozycjom TER. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż w tym roku mamy do czynienia ze skokowym wzrostem cen materiałów stalowych.

Odwołujący złożył w załączeniu przykładowe zestawienie wzrostu cen oparte na fakturach jakie firma Pol-Dróg Warszawa Sp. z o.o. (członek konsorcjum odwołującego) płaciła w tym roku przy realizacji prac utrzymaniowych na drodze S3.

W ocenie odwołującego należy przypuszczać, że zamawiający nie zdążył uaktualnić swojego szacunku jednak odpowiedzią na sytuację rynkową są ceny poszczególnych ofert, które w większości przypadków znacznie ceny jednostkowe znacznie przewyższają szacunki zamawiającego i to one mają realną wartość. Odwołujący podkreślał, że jedynie oferta FBSerwis zawiera znacznie niższe ceny jednostkowe w tym zakresie odbiegające od ofert innych wykonawców. Co więcej jeśli weźmiemy pod uwagę ceny 6 najtańszych ofert to ceny jednostkowe FBSerwis nie stanowią nawet 70% średniej arytmetycznej. Wykaz tych cen stanowi załącznik pn. „Ceny FB Serwis rażąco niskie w stosunku do ofert konkurencji”. Mając na uwadze ceny stali i jej wyrobów we wrześniu 2021 r. w kilku pozycjach ceny jednostkowe wskazane przez FBSerwis nie wystarczają na pokrycie kosztu podstawowego materiału. Wykaz tych cen stanowił załącznik nr 5 pn. „Wykaz cen FB Serwis poniżej kosztów materiałów”. Ponadto, zdaniem odwołującego, o wadliwości wyceny stanowi fakt, że wykonawca FBSerwis w kolejnym postępowaniu na rzecz tego samego zamawiającego *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi w Łodzi, Rejon Autostradowy w Łowiczu – autostrada A1*, znak postępowania: O/Ł.D-3.2413.5.2021.dpw, termin składania ofert 28 października 2021 r., złożył na tożsamy zakres prac całkowicie inną cenę, zawierającą znacznie wyższe ceny jednostkowe dla tego samego asortymentu.

W przypadku wyceny kosztów obsługi MOP w ocenie odwołującego wykonawca FBSerwis zaoferował w postępowaniu rażąco niskie ceny istotnych elementów składowych zamówienia

dotyczące GRUPY PRAC NR 8 – Estetyka pozycje 6.1, 6.2 i 6.3. Zgodnie z SST D-IO.10.01.e Utrzymanie czystości na MOP-ach, parkingach (w tym parkingów przy SPO/PPO) obejmuje w szczególności:

- a) stałe, całodobowe utrzymanie czystości w budynkach stacjonarnych toalet i ich wyposażenie w środki higieniczne i eksploatacyjne;
- b) systematyczne sprzątanie śmieci z terenów MOP, parkingów;
- c) systematyczne oczyszczanie nawierzchni i elementów odwodnienia;
- d) systematyczne mycie elementów wyposażenia zewnętrznego MOP, parkingów;
- e) coroczną (pozimową) konserwację (malowanie, impregnacja) elementów wyposażenia obiektów;
- f) coroczne malowanie ścian wewnętrznych w budynku toalet;
- g) doposażenie MOP, parkingów, SPO, PPO w kosze na śmieci;
- h) systematyczne opróżnianie śmieci z koszy zlokalizowanych w budynkach toalet oraz na terenie MOP-u, parkingu;
- i) systematyczny wywóz zebranych śmieci i zanieczyszczeń;
- j) zapewnienie toalet zastępczych (przenośnych);
- k) utrzymanie, konserwację i przeglądy urządzeń i instalacji;
- l) monitoring parkingów i MOP-ów (w ramach patroli drogi).

Wykonawca zobowiązany jest do zakupu odpornych na chemikalia i promieniowanie słoneczne koszy na śmieci o pojemności powyżej 60l, wykonanych ze stali nierdzewnej, tworzywa sztucznego lub betonu, w ilości dostosowanej do zapotrzebowania i umożliwiającej utrzymanie czystości obiektu. Wykonawca zapewni również minimum dwa zestawy koszy do segregowania odpadów na MOP, zlokalizowane z sąsiedztwie budynku toalet oraz strefy wypoczynku.

Wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia toalet zastępczych (przenośnych) oraz ich opróżnianie i utrzymanie w czystości w sytuacji długotrwałego (tj. przekraczającej 7 godzin) braku dostępności toalet stacjonarnych.

W ocenie odwołującego analiza cen FBService w porównaniu do wycen zamawiającego oraz innych wykonawców nie pozostawia wątpliwości co do braku możliwości należytego wykonania wykazanych wyżej prac przy cenie zaproponowanej przez wykonawcę. W trakcie całego kontraktu różnica ta wynosi aż 1 922 068.80 zł netto w porównaniu do wyceny GDDKiA oraz 1 938 240,00 zł netto do oferty PRDM i 3 228 000.00 zł netto do oferty PRD czyli pozostałych dwóch najtańszych ofert złożonych w tym postępowaniu.

W ocenie odwołującego zarówno istotny charakter wskazanych pozycji w całości zamówienia jak również skala i poziom niedoszacowania obligują do wezwania do wyjaśnień ceny tych pozycji kosztorysu FBService.

W przypadku zarzutu dotyczącego podstawy odrzucenia oferty w związku z z wniesieniem wadium w sposób nieprawidłowy odwołujący wyjaśniał, że zamawiający czynnością z dnia 14 grudnia br. dokonał odrzucenia jego oferty uznając, że wadium jakie złożył w postępowaniu zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Tożsamy zarzut i podstawa odrzucenia dotyczą oferty PRDM który wniósł analogicznej treści gwarancję wadialną wystawioną przez tego samego gwaranta. Odwołujący wskazał, że złożył wraz z ofertą Gwarancję przetargową zapłaty wadium Nr RW/GW/45/869/10262/2021 (stanowiącą część wadium) wystawioną na kwotę 250 000,00 zł przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych Spółka Akcyjna, ul. Krucza 50, 00-025 Warszawa, ważną do dnia 20 stycznia 2022 r., stanowiącą część wadium w postępowaniu. Zamawiający odrzucając ofertę odniósł się do wymagań SWZ dotyczących gwarancji wadialnej jako:

pkt. 18.3 IDW (Tom I SWZ) m.in: „Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego” oraz „Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione”.

Zdaniem odwołującego wniesione wadium posiada wszystkie wymagane przez zamawiającego cechy, w szczególności jest bezwarunkowe, nieodwołalne i posiada płynność taką samą jak wadium wnoszone w formie pieniężnej.

Jak wyjaśnił odwołujący w ocenie zamawiającego kwestionowanie gwarancji jako płatnej nieodwołalnie, bezwarunkowo i na pierwsze żądanie następuje z powodu przypadków wskazanych w ust. 8 gwarancji (pkt 1-4) tj. przypadków odnoszących się do jej wygaśnięcia. Podkreślenia wymaga, że stanowiące podstawę odrzucenia oferty postanowienia gwarancji, pozostają bez związku z bezwarunkowością czy też nieodwołalnością gwarancji, co wyklucza podstawę odrzucenia oferty.

W ocenie zamawiającego przedłożona gwarancja zapłaty wadium w zakresie pkt 8 nie spełnia wymogu określonego w art. 98 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.” Zatem nie ma tutaj automatyzmu i gwarancja wadialna nie powinna wygasać automatycznie bez oświadczenia Zamawiającego (...).

Odwołujący wskazał, że przyczyny wygaśnięcia gwarancji wadialnej wynikają wprost z art. 98 ust. 3 Pzp

3. Złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX.

Odwołujący stwierdził, że zwrócić należy uwagę, iż w treści każdego z przypadków wymienionych w przepisie to wykonawca jest uprawniony do zgłoszenia (wyłącznie zamawiającemu) wniosku o zwrot wadium. Procedura wniosku wykonawcy o zwrot wadium rozpoczyna się od wniosku adresowanego do zamawiającego w ściśle określonych prawem przypadkach. Bez udziału zamawiającego nie może być mowy o automatycznym wygaśnięciu gwarancji, ponieważ wygaśnięcie ona tylko wówczas o ile wykonawca złoży stosowny wniosek.

W tej sytuacji wszelkie twierdzenia zamawiającego, iż do wygaszenia roszczeń z gwarancji dochodzi przedwcześnie są całkowicie chybione, jak również, chybione jest, że właśnie z tych powodów następuje osłabienie bezwarunkowości tej gwarancji. Wskazane postanowienia nie mają nic wspólnego z bezwarunkowym charakterem gwarancji, co oznacza, iż gdy beneficjent gwarancji (zamawiający) składa żądanie wypłaty z gwarancji, wypłata jest realizowana zgodnie z treścią tej gwarancji. Złożona gwarancja nie pozbawiłaby zamawiającego możliwości zaspokojenia się z gwarancji, gdyby tylko zostały spełnione warunki formalne jej wypłaty. Wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu zamawiający zwraca poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Złożenie oświadczenia nie będzie konieczne, jeśli upłynął termin ważności wadium, określony w dokumencie wadium.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wskazano w uzasadnieniu projektu Pzp, charakter prawny oświadczenia o zwolnieniu wadium będzie zależał od indywidualnego ukształtowania treści stosunku gwarancji lub poręczenia. Co do zasady zwolnienie z wadium należy kwalifikować jako zwolnienie z długu (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy — Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 32). Zatem skoro przepisy Pzp wskazują wprost, iż złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2 art. 98 Pzp, powoduje rozwiązanie z mocy prawa stosunku prawnego pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, to także skutkuje przecież w konsekwencji wygaśnięciem takiej gwarancji i treść takiej gwarancji może regulować taką sytuację. Zdaniem odwołującego z pewnością nie występuje w tej sytuacji „osłabienie” gwarancji czy praw beneficjenta, bo nic nie odbywa się bez jego udziału.

Ponadto powyższe jest także zgodne z art. 97. ust. 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 i to właśnie jest taki przypadek. Przypadki kiedy beneficjent może skorzystać z gwarancji określa ust. 3 złożonej gwarancji i jest on wiernym powtórzeniem art. 98 ust. 6 Pzp co jest z punktu widzenia beneficjenta kluczowe.

Zdaniem odwołującego, zamawiający tymczasem pomimo jednoznacznego brzmienia gwarancji spekuluje:

Jednocześnie Zamawiający, nie znając treści umowy zawartej pomiędzy Wykonawcą a Gwarantem, nie może wiedzieć czy istnieją jakiekolwiek mechanizmy zabezpieczające przed potencjalnymi nadużyciami na niekorzyść Zamawiającego, czy to ze strony Wykonawcy, czy Gwaranta. co ma pierwszorzędne znaczenie w kontekście ustalenia ważności i płynności wadium. Brak tej pewności może narazić Zamawiającego na długotrwałą i zapewne bezskuteczną procedurę sądową w przypadku złożenia Gwarantowi roszczenia o zaspokojenie z gwarancji w sytuacji ziszczenia którejkolwiek przesłanki skutkującej zatrzymaniem wadium. W obowiązującym, i niezmienionym w tym zakresie od początków systemu zamówień publicznych, stanie prawnym nie wymaga dowodzenia, że brak wadium lub jego niewłaściwe wniesienie nie podlega sanacji. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dysponuje wiedzą, czy oferta Wykonawcy została zabezpieczona wadium, czego wymagają przepisy ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający żądał wniesienia wadium w postępowaniu.

Odwołujący za całkowicie pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy uznał argumenty zamawiającego dotyczące gwarancji dokumentowej, czy rozważania na temat wnikania się w spory w związku z jej treścią, czy powoływanie się na orzeczenia sądu na podstawie gwarancji wydanych na Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (złożona w postępowaniu gwarancja nie jest w oparciu o nie wydana).

W ocenie odwołującego w orzecznictwie, doktrynie nie budzi żadnych wątpliwości, iż obowiązek zapłaty sumy gwarancyjnej aktualizuje się i roszczenie z tego tytułu staje się wymagalne w wyniku wystąpienia przesłanki formalnej określonej w gwarancji. Jest nią żądanie zapłaty oraz ewentualnie przedstawienie wymaganych dokumentów i oświadczeń, ale wskazanych w treści gwarancji. Wystąpienie tej przesłanki formalnej zastępuje konieczność dowodzenia, że dłużnik stosunku podstawowego nie wykonał należycie zabezpieczonego zobowiązania. Gwarant może zgłaszać zarzuty oparte na samej gwarancji, mogą się one odwoływać do jej wadliwości lub braku prawidłowej przesłanki formalnej zapłaty. Wbrew obawom zamawiającego, skoro gwarant nie zawarł w treści gwarancji w warunkach formalnych dodatkowych ograniczeń, to nie może się na nie powoływać, analogicznie w odniesieniu do rozważań zamawiającego w zakresie rzekomego osłabienia gwarancji poprzez postanowienia ust. 8 pkt 1-4.

Odwołujący zwrócił uwagę, że najlepszym dowodem o pozorności zarzutów zamawiającego jest fakt, że tożsamej treści gwarancje wadium wystawione przez tego samego ubezpieczyciela, przy analogicznych postanowieniach SWZ w zakresie wadium były uznawane przez GDDKiA za zgodne Pzp i bezwarunkowe i posiadające taką samą płynność jak wadium w postaci pieniężnej. Tytułem przykładu odwołujący wskazał na postępowanie nr GDDKiA.O.WA.D-3.2413.29.2021 na Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych

przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Ożarowie Mazowieckim, drogi nr S2, S8, S17, S79, termin składania ofert: 27 sierpnia 2021 r.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy:

- wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach oraz Sandfield Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie;
- Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim.

W dniu 10 stycznia 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości za zasądzeniem – na podstawie faktury VAT – wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów przywołanych w odpowiedzi na odwołanie.

Ponadto także wykonawcy zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach oraz Sandfield Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, w dniu 10 stycznia 2022 r. złożyli do akt sprawy pisma procesowe zawierające argumentacje dla wniosków o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do ich ofert.

Sygn. akt KIO 3732/21

W dniu 24 grudnia 2021 r. wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. oraz Sandfield Capital Sp. z o.o. (dalej: zwanych jako: „Konsorcjum”), wobec zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. wobec decyzji zamawiającego o unieważnieniu uprzedniej czynności odtajnienia) wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wraz z dowodami oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty.

Zaskarżonym czynności zamawiającego, odwołujący zarzucił obrazę następujących przepisów prawa:

1) art. 18 ust. 1 i 3 Pzp – przez uznanie za skuteczne zastrzeżenia poufności całości wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dokonanego przez Konsorcjum (tj. całości wyjaśnień wraz z ewentualnymi załącznikami – o ile zostały one złożone) i tym samym zaniechanie ich ujawnienia odwołującemu, pomimo iż Konsorcjum nie wykazało zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:

a. nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, poprzestając na ogólnych twierdzeniach o możliwości wykorzystania informacji przez konkurentów oraz o ryzyku utraty możliwości uzyskiwania zamówień publicznych w przyszłości,

b. nie wykazało, aby podjęło konkretnie działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji, poprzestało bowiem na ogólnikowych twierdzeniach o rzekomo podjętych działaniach, nie przedstawiając dowodów potwierdzających te działania,

c. dokonało zastrzeżenia w sposób całościowy, w zakresie całego dokumentu i wszystkich zawartych tam informacji, bez ich rozróżnienia na odrębne kategorie czy rodzaje informacji, a tym samym nie wykazało:

i. jakie konkretne działania zapobiegające ujawnieniu podjęło w stosunku do poszczególnych informacji,

ii. jaką wartość mają poszczególne informacje zawarte w Wyjaśnieniach, a nadto zastrzeżone przez Konsorcjum informacje w znacznej części nie spełniają przesłanek pozwalających na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem nie mają wartości gospodarczej innej, aniżeli utrudnienie konkurentom Konsorcjum weryfikację prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej;

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą dedykowaną na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania, gdyż w przekazanym na wezwanie zamawiającego wykazie osób powołał się na dysponowanie osobą pana A.P., który rzekomo w latach 2012 – 2016 pełnił funkcję kierownika utrzymania autostrady w ramach zadania „Całoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard”, w sytuacji, gdy ww. osoba wskazanego stanowiska (ani innego stanowiska związanego z bezpośrednim koordynowaniem, kierowaniem lub nadzorowaniem prac w zakresie utrzymania drogi nie pełniła,

przy czym Konsorcjum będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinno zweryfikować doświadczenie posiadane przez osobę proponowaną na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania, stąd też podanie przez tego wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej rażącego niedbalstwa;

3) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, pomimo że wykonawca ten 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, w zakresie tego, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą Kierownika ds. Utrzymania posiadającą doświadczenie w zakresie opisanym w wykazie usług, gdy w rzeczywistości Konsorcjum tego warunku w takim zakresie nie spełniło, gdyż w przekazanym na wezwanie zamawiającego wykazie osób powołało się na dysponowanie osobą pana A.P., który rzekomo w latach 2012 – 2016 pełnił funkcję kierownika utrzymania autostrady w ramach zadania „Całoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard”, w sytuacji, gdy ww. osoba wskazanego stanowiska (ani innego stanowiska związanego z bezpośrednim koordynowaniem, kierowaniem lub nadzorowaniem prac w zakresie utrzymania drogi) nie pełniła, przy czym Konsorcjum będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinno zweryfikować doświadczenie posiadane przez osobę proponowaną na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (i to zdaniem odwołującego niedbalstwa rażącego); z ostrożności

4) art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia Kierownika ds. Utrzymania, gdyż w przekazanym na wezwanie zamawiającego wykazie osób Konsorcjum powołało się na dysponowanie osobą pana A.P., który rzekomo w latach 2012 – 2016 pełnił funkcję kierownika utrzymania autostrady w ramach zadania „Całoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard”, w sytuacji, gdy ww. osoba wskazanego stanowiska (ani innego stanowiska związanego z bezpośrednim koordynowaniem, kierowaniem lub nadzorowaniem prac w zakresie utrzymania drogi nie pełniła.

Podnosząc ww. zarzuty odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie zamawiającemu ujawnienie informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez Konsorcjum jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, tj.: całości wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wraz z załącznikami,

- nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum, względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania podniesionego powyżej,
- nakazanie zamawiającemu wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i złożył w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania doprowadzić może do ujawnienia informacji, które umożliwią odwołującemu skuteczne zakwestionowanie prawidłowości oferty Konsorcjum i wyeliminowania (w oparciu o te informacje lub bezpośrednio – przy uwzględnieniu pozostałych zarzutów odwołania) oferty Konsorcjum, co tym samym umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia udzielanego w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołujący wskazał, że jak wynika z przedłożonego przez Konsorcjum dokumentu uzasadniającego zastrzeżenie tajemnicy, zastrzegło ono poufność całości dokumentów związanych z wyliczeniem ceny, tj. wyjaśnień, załączonych do nich dowodów oraz samego uzasadnienia zastrzeżenia. Ostatecznie, po kolejnych zmianach decyzji w tym zakresie, zamawiający ujawnił wykonawcom (w tym odwołującemu) jedynie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy (bez załączonych do tego dokumentu „dowodów”) – pozostałe dokumenty uznając za poufne. Taki sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w ocenie odwołującego, nie sposób było uznać za prawidłowy – a tym samym za skuteczny.

W tym zakresie odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na niedopuszczalność całościowego zastrzeżenia poufności wyjaśnień. Odwołujący stwierdził, że w najnowszym orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych (które odwołujący przyjął do wiadomości i którym obecnie kieruje się, składając w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji uznaje za własne) uznaje się, że „całościowe” zastrzeżenie wszystkich informacji zawartych w dokumencie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest niedopuszczalne i nieskuteczne. Odwołujący w tym miejscu szeroko zacytował wyrok z dnia 9 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1383/21 oraz zwrócił uwagę na orzeczenie Izby z dnia 1 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 700/21; KIO 736/21; KIO 771/21; KIO 778/21; KIO 780/21; KIO 784/21 i KIO 836/21, a także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 listopada 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 87/21.

Odwołujący wskazał, że w tych okolicznościach, skoro Konsorcjum zastrzegło całość wyjaśnień i wszystkich załączonych do nich dokumentów, prezentując w ramach uzasadnienia bardzo ogólne twierdzenia o wartości tych wyjaśnień jako całości oraz o podjęciu w stosunku do zastrzeżonych informacji działań zapobiegających ujawnieniu, to nie sposób jest uznać, aby wykazało ono, że poszczególne informacje zawarte w wyjaśnieniach tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Jest bowiem oczywiste, że wartość poszczególnych informacji zawartych w wyjaśnieniach jest różna (np. inna będzie wartość informacji dotyczących np. wynagrodzeń wypłacanych pracownikom – o ile takie w wyjaśnieniach zostały zawarte, inna wartość warunków handlowych z dostawcami czy podwykonawcami, a jeszcze inna będzie wartość np. informacji o przyjętych przez Konsorcjum nakładach pracy związanych z realizacją umowy). Dlatego też wartość poszczególnych rodzajów czy kategorii informacji winna być omówiona i wykazana odrębnie. Podobnie odrębnie powinny zostać wskazane działania podejmowane w celu zachowania poufności. Jest bowiem oczywiste, że do zachowania poufności różnych kategorii informacji stosowane są odmienne środki (np. inaczej są zabezpieczane informacje o charakterze kadrowym – znajdujące się co do zasady w dyspozycji wyspecjalizowanych pracowników czy wręcz działów, inaczej informacje handlowe, dotyczące warunków współpracy z dostawcami, a inaczej wreszcie informacje dotyczące organizacji pracy o wykonawcy czy dostępnych mu zasobów technicznych, technologicznych czy organizacyjnych). Konsorcjum tymczasem wskazało, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach i załączonych do nich dowodach (których to informacji, z uwagi na kompleksowy charakter zamówienia i niezbędną w związku z tym szczegółowość wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, jest zapewne bardzo dużo) chroni w sposób jednakowy (np. nie przechowuje na serwerach czy dyskach komputerów, lecz w sejfie – a przecież trudno jest zakładać, aby jakikolwiek racjonalny przedsiębiorca wszystkie informacje mające dla niego wartość gospodarczą przechowywał w ten sam, bardzo zresztą niepraktyczny sposób, uniemożliwiający dostęp pracownikom w sposób zdalny – co w warunkach pandemii COVID ma często fundamentalne znaczenie). Ponadto, jak wskazuje praktyka, w składanych standardowo w toku postępowań o udzielenie zamówienia wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny, obok informacji, które potencjalnie mogłyby posiadać określoną wartość gospodarczą (a która oczywiście musi zostać każdorazowo i konkretnie przez wykonawcę zastrzegającego poufność wykazana, czego zabrakło w niniejszej sprawie), często znajdują się informacje, które żadnej wartości nie posiadają. Z wysokim prawdopodobieństwem można stwierdzić, że sytuacja taka ma miejsce również w przypadku wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum – co tym bardziej wskazuje, że zastrzeżenie przez Konsorcjum całości wyjaśnień było działaniem nieprawidłowym.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący stwierdził, że już chociażby z tego tylko powodu, że zarówno zastrzeżenie tajemnicy, jak i uzasadnienie tej decyzji (wykazanie zasadności

zastrzeżenia tajemnicy) zostało dokonane w sposób ogólny i całościowy, bez zindywidualizowania zastrzeganych informacji, ich wartości i działań podjętych w celu zachowania ich w tajemnicy, uznać należy, że Konsorcjum nie wykazało w sposób prawidłowy zasadności uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na niewykazanie przez Konsorcjum działań, które zostały podjęte w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji i w tym zakresie wyjaśnił, że zastrzegając treść wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów Konsorcjum oświadczyło, że stosuje następujące metody służące zachowaniu poufności:

- Strony Konsorcjum zawarły umowę o zachowaniu poufności, zobowiązującą każdą z nich do nieujawniania, pod określonymi konsekwencjami, jakichkolwiek informacji (za wyjątkiem takich, które z natury swej lub z przyczyn formalnoprawnych nie mogą być zastrzegane) związanych ze wspólnym ubieganiem się o zamówienie – załączył do uzasadnienia treść umowy o zachowaniu poufności,
- pracownicy konsorcjantów złożyli pisemne zobowiązania do zachowania poufności – na dowód czego przedstawił wyciąg z umowy z kierownikiem utrzymania. Odwołujący zwrócił uwagę, że jedynie w ww. zakresie Konsorcjum przedstawiło jakiekolwiek dowody.

Ponadto odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu Konsorcjum zawarło ogólnikowe twierdzenia o tym, że:

- polityka bezpieczeństwa, obowiązująca u każdego z konsorcjantów ustanawia odpowiednie środki techniczne ochrony danych, do których należą środki ochrony fizycznej i informatycznej;
- oprócz tradycyjnych, powszechnie wykorzystywanych form, takich jak ochrona obiektu, spersonalizowane karty wejściowe (magnetyczne), alarm, zamki (wszystkie stosują obydwie spółki z Konsorcjum) dodatkowo, ze względu na wyjątkowo newralgiczny charakter Wyjaśnień, materiały są przechowywane w certyfikowanych sejfach;
- jakkolwiek obydwie firmy posiadają chronione serwery, to zdecydowano nie przechowywać na nich Wyjaśnień i danych z nimi związanych, lecz umieścić je w sejfie;
- Strony nie korzystają ze skrzynek portali internetowych, lecz z usług profesjonalnych dostawców poczty elektronicznej. W rezultacie stosowane są środki kryptograficznej ochrony danych dla danych przekazywanych drogą teletransmisji.

Odwołujący stwierdził, że dla powyższych twierdzeń nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów. W tych okolicznościach odwołujący skonstatował, że Konsorcjum nie wykazało w sposób dostateczny, aby rzeczywiście podjęło działania zapobiegające ujawnieniu zastrzeżonych informacji. Aby można było mówić w tym zakresie o wykazaniu, konieczne byłoby przedstawienie przez Konsorcjum dowodów potwierdzających podjęcie działań wskazanych w sposób ogólny w „uzasadnieniu” zastrzeżenia tajemnicy. Tymczasem większość wskazanych przez Konsorcjum „działań” służących zachowaniu poufności, nie

dość, że opisana została w sposób bardzo lakoniczny (ochrona obiektu, spersonalizowane karty wejściowe (magnetyczne), alarm, zamki, przechowywanie informacji w sejfach, korzystanie z profesjonalnych dostawców poczty elektronicznej, kierowanie się polityką bezpieczeństwa), to ma taki charakter, że mogła zostać z łatwością wykazana przy pomocy odpowiednich środków dowodowych. Nic nie stało przecież na przeszkodzie temu, aby Konsorcjum przedstawiło: owe polityki bezpieczeństwa, zdjęcia sejfów, alarmów, zamków czy też innych zabezpieczeń – które przecież wynikają w istocie z posiadania urządzeń technicznych. Konsorcjum z niewiadomych przyczyn żadnych dowodów w tym zakresie jednak nie przedstawiło – nie sposób zatem uznać, aby sprostало ono ciążącemu na nim obowiązku dowodowemu. Tymczasem pogląd o istnieniu takiego obowiązku jest w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych ugruntowany. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

W ocenie odwołującego brak wykazania (udowodnienia) działań podjętych w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji sam w sobie jest wystarczający do uznania zastrzeżenia tajemnicy za nieskuteczne.

Kolejny argument podniesiony przez odwołującego w ramach przedmiotowego zarzutu dotyczył niewykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Odwołujący w tym aspekcie wyjaśnił, że wykazując wartość gospodarczą zastrzeganych informacji Konsorcjum posłużyło się jedynie ogólnymi twierdzeniami o tym, że:

- zastrzegane informacje mają „oczywistą wartość organizacyjną” przedsiębiorstwa, a w konsekwencji „niewątpliwy wymiar gospodarczy” i stanowią „oczywiste know-how”, zaś „zważywszy na prowadzone równolegle przez Zamawiającego (utrzymanie A1), jak również planowane w najbliższej przyszłości postępowania na podobne usługi, zachowanie poufności informacji (w szczególności Wyjaśnień) jest jednym z czynników istotnie rzutujących na możliwość zaistnienia i rozwoju konsorcjantów na rynku przedmiotowych usług” – które to

twierdzenie jest na tyle ogólne i abstrakcyjne, że nie sposób jest je uznać za wskazanie realnej wartości gospodarczej;

- wycenił wartość zastrzeganych informacji na 12 000 000 zł – tj. sumę wyliczoną jako potencjalny zysk z trzech zamówień, o które Konsorcjum się planowało ubiegać) – bez jednoczesnego wskazania, dlaczego w przypadku ujawnienia informacji miałby on ów zysk utracić, w szczególności z jakich powodów jego konkurenci, w razie poznania kosztów przez Konsorcjum, mogliby uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia,

- ujawnienie informacji dotyczących kalkulacji ceny przedstawionej w ofercie Konsorcjum pozwoliłoby na zapoznanie się innych firm ze szczegółowymi zasadami ustalania cen u Wykonawcy, a ponadto otworzyłoby to drogę do optymalizowania wydatków przez konkurencję i stanowiło asumpt do presji rabatowej na ich kontrahentów – nie wyjaśnił jednak, z czego ww. stanowisko wywodzi ani w jaki sposób konkurenci mieliby „optymalizować” wydatki znając tylko koszty ponoszone przez Konsorcjum czy zastosowane przez nich metody kalkulacji (które – jak z wysokim prawdopodobieństwem można stwierdzić, nie będą przystawały do realiów, w jakich funkcjonują inni przedsiębiorcy i nie będą mogły być w prosty sposób skopiowane – bowiem koszty ponoszone przez poszczególnych wykonawców i metody wyceny są odmienne i każdorazowo wynikają nie z „podpatrywania” kalkulacji konkurencji, lecz z własnego, bogatego doświadczenia każdego z przedsiębiorców);

- zastrzeżone dane są danymi bardzo wrażliwymi dla działalności Wykonawcy oraz możliwości zachowania konkurencyjności na rynku – co znów ma charakter niepopartego żadną merytoryczną argumentacją, wyłącznie subiektywnego przekonania Konsorcjum, nie świadczy zaś w żaden sposób o wartości zastrzeganych informacji.

W tym zakresie odwołujący zasygnalizował, że przy ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mogą być brane pod uwagę tylko argumenty powołane przez Konsorcjum jednocześnie z dokonaniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obecnym etapie nie jest możliwe rozszerzenie argumentacji w tym zakresie (rozwiniecie uzasadnienia zastrzeżenia poufności i podania innych niż uprzednio wskazane okoliczności świadczących o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji) – bowiem zamawiający nie może zastępować wykonawcy przy wskazaniu podstaw zastrzeżenia tajemnicy.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że nie kwestionuje tego, iż informacje, które typowo są wskazywane w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny w pewnych okolicznościach mogą posiadać wartość gospodarczą. Jednak Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach (uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy) nie wykazało, aby takie okoliczności w stanie faktycznym sprawy rzeczywiście zaistniały. Lakoniczne powołanie się na możliwość utraty zysku z realizacji przyszłych zamówień (czy nawet tego zamówienia), wykorzystania przez innych wykonawców do zastosowania optymalizacji wydatków czy wywołania presji

rabatowej na kontrahentów z całą pewnością wykazania wartości gospodarczej nie stanowi. Twierdzenie to mogłoby wskazywać, że Konsorcjum obawia się, że jego konkurenci, zamiast samodzielnie szacować koszty realizacji zamówień i ceny ofertowe, kopiowałoby jedynie jego kalkulację, względnie uzupełnialiby ją jedynie o własne założenia co do zysku, cen zakupu materiałów czy stawek wynagrodzenia pracowników. Twierdzenie takie jest absurdalne – sprowadzałoby się ono bowiem do twierdzenia, że Konsorcjum jako jeden z niewielu podmiotów działających na rynku posiada tak znakomitą wiedzę w przedmiocie kalkulacji kosztów prac związanych z utrzymaniem infrastruktury drogowej, jakiej nie posiadają jego konkurenci. W konsekwencji, konkurenci Konsorcjum „czyhaliby” tylko na skopiowanie jego założeń kalkulacyjnych, zamiast samodzielnie oszacować koszty, jakie będą ponosili przy realizacji zamówienia. Konsorcjum jednak takiej unikalności swojej wiedzy czy metody szacowania ceny nie wykazało (nie przedstawiło w tym zakresie żadnych argumentów w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy). Tymczasem, w ocenie odwołującego, z punktu widzenia konkurentów Konsorcjum, dla kalkulacji przez nich własnej ceny ofertowej irrelevantne jest to, jakie koszty ponosi Konsorcjum, jakie rabaty uzyskuje czy też jakie założenia kalkulacyjne (np. co do nakładu pracy) Konsorcjum przyjmuje. Dane te dotyczą przecież jedynie własnych szacunków Konsorcjum, a nie są jakąś wielkością czy normą obiektywną, a przy tym nieznaną konkurentom zawodowo zajmującym się realizacją usług stanowiących przedmiot zamówienia. Wskazać należy, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby materiałów, sprzętu czy pracowników, przy czym nie jest informacją poufną, że również każdy z wykonawców dąży do obniżenia ceny, aby ostatecznie uzyskać zamówienie. To naturalna aspekt działalności gospodarczej. Trudno zatem uznać za racjonalne, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji wyceny zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów.

Wątpliwym było również dla odwołującego zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia twierdzenie, jakoby treść złożonych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny miała mieć charakter uniwersalny, zaś wycena cen ofertowych w innych postępowaniach na utrzymanie infrastruktury drogowej miała być dokonywana według podobnych („niemal identycznych”) zasad. W praktyce bowiem kalkulacja ceny ofertowej składanej w ramach zamówień na utrzymanie dróg i autostrad odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym OPZ. Konsorcjum, jeśliby chciało wywodzić wartość gospodarczą zastrzeżonych wyjaśnień z faktu ww. uniwersalności, winno ową uniwersalność i unikalność swej metody kalkulacji wykazać – a tego nie zrobiło, poprzestając w tym zakresie na ogólnym oświadczeniu (które prezentuje co najwyżej na jego własne subiektywne stanowisko, nie zaś obiektywną wartość zastrzeganych informacji).

Odwołujący nie zgodził się również z twierdzeniem Konsorcjum, jakoby ujawnienie treści wyjaśnień groziłoby możliwością wywierania przez jego konkurentów „presji rabatowej” na kontrahentów. Abstrahując od absurdalności takiego stwierdzenia (zdaniem odwołującego żaden rozsądny przedsiębiorca w toku prowadzonych negocjacji nie obniży ceny za swoje usługi czy dostawy z tego tylko powodu, że ktoś inny wynegocjował korzystne warunki – te bowiem zależą przede wszystkim od sytuacji rynkowej w danym momencie – a ta jest zmienna, od wiarygodności przedsiębiorcy i wolumenu zakupów, nie zaś wiedzy, że ktoś inny otrzymał korzystniejszą ofertę), to twierdzenie to pozostaje gołosłowne i zupełnie abstrakcyjne. Nie zostało bowiem w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnione, w jaki konkretnie sposób konkurenci Konsorcjum mieliby wykorzystać znajomość zaoferowanych im cen do żądania analogicznych warunków. Konsorcjum poprzestało w tym zakresie na sformułowaniu ogólnikowej tezy, pozostawiając zamawiającemu pole do domysłów, w jaki sposób owa „presja rabatowa” miałaby zostać przeprowadzona, a ponownie podkreślić należy, że nie jest rolą zamawiającego poszukiwanie argumentów potwierdzających zasadność zastrzeżenia ceny – te bowiem winny być w sposób konkretny i precyzyjny wskazane przez wykonawcę zastrzegającego poufność informacji.

Na marginesie powyższych rozważań odwołujący wskazał, że argumentacja zawarta w przekazanym przez Konsorcjum uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy ma w istocie charakter sztamkowy, szablonowy, powszechnie stosowany niemal przez każdego przedsiębiorcę składającego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny. Nie sposób jest uznać, aby odnosiła się ona do konkretnych informacji, zaoferowanych konkretnie przez tego wykonawcę w tym specyficznym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wydaje się wręcz, że Konsorcjum powołuje tożsamą argumentację rutynowo w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym składa jakiegokolwiek wyjaśnienia dotyczące ceny – nie dostosowując jej nawet w żaden sposób do tego, jakie w danym przypadku informacje dotyczące wyliczenia ceny przekazuje. W istocie każdy wykonawca składający wyjaśnienia ceny, niezależnie od tego, czego te wyjaśnienia dotyczą (jakich dostaw, usług czy robót budowlanych), mógłby dokładnie w ten sam sposób argumentować wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

W tych okolicznościach, zdaniem odwołującego, nie sposób było nie odnieść wrażenia, że jedyna wartość zastrzeżonych przez Konsorcjum informacji sprowadza się do uniemożliwienia zweryfikowania (i zakwestionowania) przez konkurentów Konsorcjum kalkulacji ceny ofertowej.

Powyższe prowadziło odwołującego do wniosku, iż Konsorcjum nie wykazało, aby zastrzeżone przez nie informacje miały obiektywną wartość gospodarczą, co skutkuje nieskutecznością zastrzeżenia poufności i w konsekwencji koniecznością ujawnienia przedmiotowych informacji.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niespełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że niezależnie od powyższego zauważyć należy, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4. ppkt 2 lit. a SWZ. Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z tymi postanowieniami zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie wykazali się osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się doświadczeniem zawodowym i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jaka zostanie im powierzona, w tym m.in. osobą proponowaną do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg. Osoba ta winna była posiadać

- minimum 24 miesiące doświadczenia, w tym m.in. 2 sezony zimowe, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 26 km dróg klasy min. GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg

lub

- minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg, obejmujących co najmniej 26 km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg oraz minimum 14 miesięcy doświadczenia przy realizacji: 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 26 km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/ nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Odwołujący wskazał, że celem wykazania spełnienia tego warunku Konsorcjum powołało się na dysponowania osobą pana A.P. dedykowanego do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg. Celem potwierdzenia posiadania przez ww. osobę wymaganych kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, w przedłożonym na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 126 ust. 1 Pzp wykazie osób Konsorcjum wskazało, że pan A.P. pełnił funkcję kierownika utrzymania autostrady A2 w okresie od 1 lipca 2012 r. do 30 czerwca 2016 r. w ramach zadania „Całoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard”. Tymczasem, zgodnie z informacjami posiadanymi przez odwołującego, pan A.P. nie pełnił funkcji kierownika utrzymania (ani jakiegokolwiek innej funkcji związanej z kierowaniem lub koordynowaniem prac w zakresie utrzymania) w ramach wskazanego zadania na autostradzie A2. Nie był on pracownikiem zgłoszonym zamawiającemu ani nawet faktycznie nie realizował zadań wymaganych przez zamawiającego. W ramach przedmiotowego zadania, zgodnie z treścią

umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca świadczący usługę utrzymania był zobowiązany wyznaczyć (zgłosić zamawiającemu) jedynie osobę „koordynatora umowy” – zaś pan A.P. jako ww. koordynator zgłaszany nie był. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynikało, że osoby pełniące ww. funkcję w ogóle z panem A.P. nie współpracowały – co podważa zawarte w oświadczeniu Konsorcjum (wykazie osób) twierdzenie o zaangażowaniu ww. osoby w kierowanie w tym zakresie pracami utrzymania dróg.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Niezależnie od tego odwołujący wskazał, że oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji odnoszących się do kwalifikacji pana A.P.. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można wykluczyć 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 kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Stosownie zaś do art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, z postępowania wyklucza się również wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z postanowieniami pkt 9.2. ppkt 8 i 10 SWZ zamawiający przewidział stosowanie ww. przesłanek wykluczenia w Postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotowe uregulowania nakazują wykluczyć takich wykonawców, którzy:

- 1) odpowiednio: wprowadzają w błąd zamawiającego (tj. wywołują skutek w postaci błędnego przeświadczenia zamawiającego o rzeczywistości) lub przekazują informacje, które zamawiającego w błąd wprowadzić mogą;
- 2) odpowiednio: w zakresie okoliczności dotyczących m.in. spełniania warunku udziału w postępowaniu lub niepodlegania wykluczeniu albo w zakresie mającym wpływ na decyzje zamawiającego, zaś
- 3) podanie przez nich nieprawdziwych informacji ma charakter zawiniony, przy czym wina może mieć charakter odpowiednio: winy umyślnej lub z rażącego niedbalstwa albo z lekkomyślności lub zwykłego (nie rażącego) niedbalstwa.

W ocenie odwołującego stanie faktycznym sprawy wszystkie ww. okoliczności zostały spełnione.

Ad. 1) Co do zasady wprowadzenie zamawiającego w błąd następuje (bądź może nastąpić) poprzez przekazanie informacji nieprawdziwych. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Jest to zatem informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeganie rzeczywistości. Niewątpliwie powołanie się przez Konsorcjum na posiadanie przez pana A.P. doświadczenia w zakresie kierowania pracami w zakresie utrzymania dróg w ramach określonego zadania w sytuacji, gdy faktyczny udział ww. osoby w ww. pracach miejsca nie miał, jest informacją nieprawdziwą. Jej podanie przez Konsorcjum wywołało lub co najmniej mogło wywołać błędne przekonanie, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu i że wskazana przez niego osoba posiada doświadczenie inne niż to, która posiada ona w rzeczywistości.

Ad. 2) Informacja powyższa odnosi się do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności zawodowej. Informacja ta miała bezpośredni wpływ na decyzję zamawiającego o nieodrzuceniu oferty Konsorcjum (względnie: o niewezwaniu tego wykonawcy go do uzupełnienia dokumentów) i w konsekwencji do dokonania wyboru oferty tego wykonawcy.

Ad. 3) Podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa rażącego. Odwołujący w tym kontekście wyjaśnił, że jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności. Ów wzorzec staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). W stosunku do profesjonalistów (do których z pewnością należą wykonawcy oferujący swoje usługi na rynku zamówień publicznych) miernik należytej staranności należy ustalać przy zastosowaniu przepisu art. 355 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Jak się wskazuje w orzecznictwie, prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn. akt I ACa 347/15). Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również

ustalone standardy wymagań (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 maja 2015 r. sygn. akt I ACa 1666/14). Należyta staranność dłużnika, określona z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt I CSK 330/11).

Pojęcie „rażącego niedbalstwa” jest nieostre i nie zawsze łatwe do oddzielenia od niedbalstwa zwykłego. W polskim orzecznictwie podkreśla się jednak konieczność obiektywizacji tego pojęcia, oceniając je w oderwaniu od elementów subiektywnych (jak np. stan psychiczny sprawcy).

Ponadto, odwołujący wskazał, że jak się wskazuje w piśmiennictwie w przypadku, gdy wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności, za rażące niedbalstwo należy uznać także jego postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności (tak m.in. J. Dąbrowa, System Prawa Cywilnego, Tom III, Część 1, Prawo zobowiązań – część ogólna (red. Z. Radwański) oraz M. Nestorowicz, System Prawa Prywatnego, Tom VII, Prawo zobowiązań – część szczegółowa (red. J. Rajski), str. 1009 – 1010). W tym zakresie odwołujący dostrzegł, że pewnym minimum staranności, której należy wymagać od wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne, jest oczekiwanie, aby przekazywane przez niego informacje były informacjami prawdziwymi. Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich sprawdzenia (np. poprzez uzyskanie informacji od odpowiednio poinformowanych pracowników lub podmiotów, z którymi zamierza współpracować przy realizacji zamówienia publicznego) winien takiego sprawdzenia dokonać. Konsorcjum winno sobie bowiem zdawać sprawę, że przekazywane informację stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych, zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna. W tych okolicznościach, w ocenie odwołującego, nie mogło budzić wątpliwości, że Konsorcjum powinno co najmniej mieć świadomość, że osoba wskazanego w wykazie osób pana A.P. wymagań określonych w IWZ nie spełnia. Skoro tak, to złożenie przez niego w owym wykazie oświadczenia o spełnieniu wszystkich tych wymagań nastąpiło bez zachowania podstawowej (fundamentalnej) staranności, która jest oczekiwana od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego.

Powyższe, zdaniem odwołującego, winno prowadzić do wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp i odrzucenia jego oferty – zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

Ponadto odwołujący z ostrożności wskazał, że skoro Konsorcjum (żaden z jego konsorcjantów) nie wykazało się posiadaniem doświadczenia w zakresie określonym w pkt 8.2.4. ppkt 2 lit. a SWZ, nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dlatego w wypadku, gdyby Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów, implikujących konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum, celowe byłoby nakazanie zamawiającemu wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku (a więc w istocie poprawionego wykazu usług) oraz odrzucenie oferty Konsorcjum w sytuacji, gdyby takie dokumenty nie zostały przedstawione.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Dariusz Szadkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Dariusz Szadkowski SZADEK z siedzibą w Łodzi, Wiesława Szadkowska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD Wiesława Szadkowska z siedzibą w Łodzi oraz G&P Małgorzata Majtczak, Paweł Majtczak Sp. j. z siedzibą w Łodzi, a po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach oraz Sandfield Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 11 stycznia 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości za zasądzeniem – na podstawie faktury VAT – wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów przywołanych w odpowiedzi na odwołanie.

Ponadto w dniu 10 stycznia 2022 r. także wykonawca zgłaszający przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego złożył do akt sprawy pismo procesowe zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący w obu sprawach posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 stycznia 2022 r., odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21 oświadczył, że wycofuje odwołanie w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w związku z prawomocnością odrzucenia oferty tego wykonawcy. W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w ramach sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 3730/21 w części cofniętej przez odwołującego.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach oraz Sandfield Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „PRD” lub „Konsorcjum”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w obu sprawach;
- wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Dariusza Szadkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Dariusz Szadkowski SZADEK z siedzibą w Łodzi, Wiesławy Szadkowskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD Wiesława Szadkowska z siedzibą w Łodzi oraz G&P Małgorzata Majtczak, Paweł Majtczak Sp. j. z siedzibą w Łodzi, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim. Ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21. Jak ustaliła Izba, oferta przedmiotowego wykonawcy w dniu 14 grudnia 2021 r. została odrzucona przez zamawiającego. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim nie kwestionował czynności odrzucenia swojej oferty przez wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, tym samym już na dzień zgłoszenia przystąpienia tj. 30 grudnia 2021 r., oferta tego wykonawcy została skutecznie wyeliminowana z postępowania. Ponadto odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21 cofnął odwołanie w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do oferty ww. wykonawcy. W związku z tym Izba uznała, że wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim nie miał interesu w tym, aby odwołanie

zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, przez co nie wypełnił przesłanki skutecznego przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym określonej w art. 525 ust. 3 Pzp. Tym samym przedmiotowy wykonawca nie mógł zostać uznany za uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w obu sprawach w postaci elektronicznej, zapisaną na płytach DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 4 stycznia 2022 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) Tom I, II, III i IV wraz modyfikacjami;
 - oferty złożone w postępowaniu przez PRD, FBSerwis oraz odwołującego w sprawie KIO 3730/21;
 - wezwanie z dnia 7 października 2021 r. skierowane do wykonawcy PRD na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 1 Pzp;
 - wyjaśnienia wykonawcy PRD z dnia 18 października 2021 r. złożone w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie zamawiającego wraz z załącznikami;
 - pismo z dnia 26 października 2021 r. skierowane do wykonawcy PRD, a dotyczące odtajnienia informacji zawartych we wszystkich dokumentach przekazanych w dniu 18 października 2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
 - pismo z dnia 10 listopada 2021 r. w sprawie unieważnienia dokonanej w przedmiotowym postępowaniu w dniu 26 października 2021 r. czynności odtajnienia wszystkich dokumentów przekazanych przez wykonawcę PRD w dniu 18 października 2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
 - pismo z dnia 19 listopada 2021 r. skierowane do wykonawcy PRD, a dotyczące odtajnienia wszystkich dokumentów przekazanych przez tego wykonawcę w dniu 18 października 2021 r. w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami;
 - wykaz osób złożony przez wykonawcę PRD w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp;
 - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 14 grudnia 2021 r.;
 - pismo z dnia 14 grudnia 2021 r. w sprawie tajemnicy skierowane przez wykonawcę PRD do zamawiającego;
 - pismo z dnia 21 grudnia 2021 r. w sprawie unieważnienia dokonanej w przedmiotowym postępowaniu w dniu 19 listopada 2021 r. czynności odtajnienia wszystkich dokumentów

przekazanych przez wykonawcę PRD w dniu 18 października 2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny

2) dokumenty załączone do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21:

- TER Grupa Prac 10b.;
- TER Grupa Prac 10b. wersja 2;
- faktury Stalprodukt;
- zestawienie pn. *Ceny FB Serwis rażąco niskie w stosunku do ofert konkurencji w GRUPA PRAC NR 7 – Urządzenia BRD*;
- zestawienie pn. *Wykaz cen FB Serwis poniżej kosztów materiałów*;
- Gwarancja przetargowa zapłaty wadium nr RW/GW/45/1020/10167/2021 z dnia 26 sierpnia 2021 r. złożona przez PRDM Sp. z o.o. w postępowaniu nr GDDKiA.O.WA.D-3.2413.29.2021;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 października 2021 r. dotyczące postępowania nr GDDKiA.O.WA.D-3.2413.29.2021;

3) złożone do odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 3730/21 opracowanie pn. *szczegółowa analiza wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 18 października 2021 r. wraz z załącznikami – załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie* (dokument zastrzeżony jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa);

4) oświadczenie KUKE S.A. z dnia 10 stycznia 2022 r. złożone do akt sprawy przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21 tego samego dnia za pośrednictwem poczty elektronicznej;

5) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego w sprawie KIO 3730/21:

- opracowaną przez odwołującego *informację o wynikach z otwarcia ofert*, który wymieniała oferentów oraz prezentowała w ujęciu tabelarycznym wartość ofert brutto, różnice do pierwszego miejsca, procent różnicy w stosunku do pierwszej oferty oraz procent budżetu;
- opracowanie mające prezentować zbiorcze zestawienie kosztów dotyczących rejonu autostradowego w Łowiczu w rozbiciu na trzy tabele obejmujące: wartości poszczególnych grup robót (1-12), 70% wartości cen GDDKiA oraz ceny wykonawcy PRD;
- odpis wyroku z dnia 14 grudnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3469/21;
- zestawienie ujęte w formie tabelarycznej dotyczące porównania wartości pozycji 6.1, 6.2, 6.3. TER Grupa prac nr 8 – Estetyka (Utrzymanie MOP/parking);
- pakiet dokumentów, na które składają się: wykres opatrzony nagłówkiem *Ceny stali w Polsce w 2021r.*, wydruk czterech wykresów dotyczących cen materiałów mających obrazować zmiany cen materiałów budowlanych według firmy Budimex (aktualizacja za pierwsze półrocze 2021 r.), wydruk z platformy analitycznej GUS dotyczący danych do waloryzacji drogowych kontraktów infrastrukturalnych miesięcznie, artykuł pt.: „Waloryzacja a zmiany cen na rynku – nowe dane” z dnia 7 września 2021 r. publikowany przez GDDKiA;

- zestawienie ujęte w formie tabelarycznej dotyczące porównania wartości pozycji TER Grupa prac nr 7 – Urządzenia BRD (Wymiana/zamontowanie barier ochronnych);
 - tabelaryczne zestawienie wartości cen FBSerwis wskazanych, jako rażąco niskie w stosunku do cen konkurencji;
 - plik dokumentów w postaci zawiadomień o wyborze oferty najkorzystniejszej w trzech postępowaniach wraz ze złożonymi gwarancjami;
- 6) dokumenty złożone przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21 wraz pismem z dnia 10 stycznia 2022 r. zawierającym wnioski dowodowe:
- wzór umowy, zgodnie z którym została sporządzona umowa z dnia 26 czerwca 2012 r. nr 4/06/U/2012 w sprawie zamówienia publicznego na *Całoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard*;
 - kopie aneksów do umowy nr 4/06/U/2012 w sprawie zamówienia publicznego na *Całoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard*;
 - wydruk korespondencji elektronicznej z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad dotyczącej osób pełniących funkcję koordynatorów w ramach umowy nr 4/06/U/2012 w sprawie zamówienia publicznego na *Całoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard*;
 - oświadczenie z dnia 5 stycznia 2022 r. złożone przez pana M.M., tj. osoby która według odwołującego miała pełnić funkcję koordynatora w ramach umowy nr 4/06/U/2012 w sprawie zamówienia publicznego na *Całoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard* w okresie od 5 sierpnia do 25 stycznia 2016 r.;
- 7) dokumenty załączone do pisma procesowego wykonawcy PRD z dnia 10 stycznia 2022 r., złożonego w sprawie KIO 3732/21:
- zdjęcia;
 - wyjaśnienia FBSerwis z 31 maja 2021 r.;
 - oświadczenie z dnia 31 sierpnia 2016 r. podpisane przez pana M.T. p.o. Dyrektora Oddziału GDDKiA w Łodzi;
 - oświadczenie z dnia 7 stycznia 2022 r. podpisane przez pana B.J. – prezesa zarządu Markbud Sp. z o.o.;

- 8) oświadczenie z dnia 10 stycznia 2022 r. podpisane przez pana P.P., przesłane do akt sprawy przez wykonawcę PRD za pomocą poczty elektronicznej w dniu 10 stycznia 2022 r., złożone w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21;
- 9) dokumenty złożone na rozprawie przez zamawiającego odnośnie sprawy o sygn. akt KIO 3732/21:
- protokół przekazania autostrady odcinek od km 303+145 do km 362+700 z dnia 29 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami;
 - protokół usunięcia usterek stwierdzonych podczas przejęcia/przekazania autostrady A2 odcinek od km 303+145 do km 362+700 z dnia 29 czerwca 2016 r.;
 - oświadczenie z dnia 31 sierpnia 2016 r. podpisane przez pana M.T. p.o. Dyrektora Oddziału GDDKiA w Łodzi.

Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone przez odwołującego i zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21, a dotyczące:

- dopuszczenia dowodu z przesłuchania świadka pana M.M. – wniosek odwołującego;
- dopuszczenia dowodu z zeznań świadka pana A.P. – wniosek zamawiającego.

Powyżej wskazany wniosek dowodowy złożony przez odwołującego został zawarty w piśmie przygotowawczym z dnia 10 stycznia 2022 r. zawierającym wnioski dowodowe. Odwołujący podniósł ww. wniosek dowodowy na okoliczność tego, że pan A.P. w latach 2013 – 2016 nie pełnił żadnej funkcji spełniającej wymagania zamawiającego odnoszącej się do zakwestionowanego w odwołaniu warunku udziału w postępowaniu. Wniosek dowodowy dotyczący dopuszczenia dowodu z zeznań świadka złożony przez zamawiającego został podniesiony na rozprawie w związku z wnioskiem dowodowym zgłoszonym przez odwołującego.

Rozstrzygając o powyżej wskazanych wnioskach dowodowych Izba doszła do przekonania, że zebrany w sprawie materiał dowodowy dotyczący zarzutu spełnienia przez wykonawcę PRD warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4. ppkt 2 lit. a SWZ zawartego w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21 był w zupełności wystarczający, co umożliwiło jego merytoryczne rozpoznanie. W związku z tym Izba kierując się dyspozycją zawartą w art. 541 Pzp odmówiła przeprowadzenia ww. wniosków dowodowych uznając, że fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami, a ponadto ich przeprowadzenie doprowadziłoby jedynie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania przetargowego.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający pismem z dnia 7 października 2021 r., na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 1 Pzp w celu ustalenia, czy oferta wykonawcy PRD zawiera rażąco nisko cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących jej elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. W treści wezwania zamawiający stwierdził m. in., że *powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu art. 224 ust. 2 ust. 1 ustawy Pzp - całkowita cena oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, która stanowi kwotę 99 613 224,13 zł. Cena Państwa oferty wynosi 67 141 400,63 zł brutto.*

W wyniku badania Państwa oferty wątpliwości Zamawiającego wzbudza zarówno cena oferty ogółem, jak i wymienione poniżej grupy robót mające wpływ na wysokość całkowitej ceny oferty, które odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia dla tych grup.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do złożenia przez Wykonawcę szczegółowych wyjaśnień elementów, jakie Wykonawca wziął pod uwagę przy kalkulacji cen podanych w Formularzu cenowym (Tabel Elementów Rozliczeniowych – TER) dla zamówienia, a także wyliczeń lub kalkulacji cenowych przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwi zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny.

Ponadto zamawiający wezwał wykonawcę PRD do wyjaśnienia wymienionych TER dla grupy prac nr 3, 4, 5 10 c, 11 i 12. Przy czym TER GRUPA PRAC NR 11 – Zarządzanie kontraktem dotyczyła zarządzania kontraktem wraz z patrołowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych.

Konsorcjum w dniu 18 października 2021 r. złożyło wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia ceny składały się z części jawnej oraz poufnej. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy stanowił załącznik do wyjaśnień. Część wyłączona do oddzielnego pliku (tajemnica) nie podlegała udostępnieniu.

Pismem z dnia 26 października 2021 r. zamawiający poinformował wykonawcę PRD o odtajnieniu informacji zawartych we wszystkich dokumentach przekazanych przez tego wykonawcę poprzez platformę eB2B w dniu 18 października 2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści ww. pisma zamawiający wskazał m. in., że *w przesłanych materiałach Zamawiający nie zidentyfikował części wyjaśnień poświęconej uzasadnieniu objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, ergo nie sposób uznać takiego zastrzeżenia za skuteczne.*

Pismem z dnia 10 listopada 2021 r. zamawiający zawiadomił Konsorcjum o unieważnieniu dokonanej w przedmiotowym postępowaniu w dniu 26 października 2021 r. czynności odtajnienia wszystkich dokumentów przekazanych w dniu 18 października 2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści ww. pisma zamawiający wskazał m. in., że

szczegółowo prześledził na platformie zakupowej wszystkie przekazane przez wykonawców przez cały okres trwania procedury o udzielenie zamówienia dokumenty oraz odpowiedzi na pytania lub wezwania Zamawiającego. Przeprowadzona analiza wykazała, że Wykonawca w dniu 18.10.2021 r. w odpowiedzi na inne (niż wezwanie do złożenia wyjaśnień RNC) pismo Zamawiającego przekazał plik o nazwie „tajemnica_uzasadnienie”, zawierający faktycznie uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień RNC jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym zamawiający stwierdził, że dokona ponownego badania zasadności zastrzeżenia ww. wyjaśnień i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa z uwzględnieniem przekazanego uzasadnienia.

Kolejnym pismem opatrzonym datą 19 listopada 2021 r. zamawiający poinformował wykonawcę PRD, że dokonał badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji i dokumentów przedstawionych przez tego wykonawcę w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, zamawiający postanowił odtajnić wszystkie dokumenty przekazane przez Konsorcjum przez platformę eB2B w dniu 18 października 2021 r. w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami. W treści ww. pisma zostało podane uzasadnienie dla tej czynności.

W dniu 29 listopada 2021 r. wykonawca PRD wniósł odwołanie na czynność odtajnienia dokonaną w dniu 19 listopada 2021 r. Odwołanie zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 3469/21. Wyrok w przedmiotowej sprawie został wydany w dniu 14 grudnia 2021 r. Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3469/21 zostało oddalone. Skład orzekający w uzasadnieniu stwierdził m. in., że odwołujący (czyli w tamtym postępowaniu odwoławczym wykonawca PRD) nie spełnia materialnoprawnych przesłanek skorzystania z odwołania jako środka ochrony prawnej z art. 505 ust. 1 Pzp toteż wniesione odwołanie podlegało oddaleniu bez konieczności merytorycznego rozpoznawania zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Konsorcjum pismem z dnia 14 grudnia 2021 r. zwróciło się do zamawiającego z następującą informacją:

uprzejmie informuje, że w dniu 14 grudnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Konsorcjum na odtajnienie informacji stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa (sygn. KIO 3469/21) bez merytorycznego rozpoznania zarzutów (uznając zasadniczo, że Wykonawca nie legitymuje się interesem w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp). W związku z powyższym oświadczamy, że podtrzymujemy swoją ocenę bezpodstawności odtajnienia i zastrzegamy skutki prawne udostępnienia zastrzeżonych dokumentów, za wyjątkiem treści uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny (bez załączników - nie zezwalamy na udostępnienie złożonych dowodów).

Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. zawiadomił wykonawcę PRD, że unieważnia dokonaną w przedmiotowym postępowaniu w dniu 19.11.2021 r. czynność

odtajnienia dokumentów przekazanych przez Państwa poprzez platformę eB2B w dniu 18.10.2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, z wyjątkiem treści uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu zawartym w pkt 8.2.4.2 lit. a) 1) SWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie wykazali się osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się doświadczeniem zawodowym i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jaka zostanie im powierzona, w tym osobą proponowaną do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg. Osoba ta winna była posiadać

- minimum 24 miesiące doświadczenia, w tym m.in. 2 sezony zimowe, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 26 km dróg klasy min. GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg

lub

- minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg, obejmujących co najmniej 26 km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg oraz minimum 14 miesięcy doświadczenia przy realizacji: 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 26 km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/ nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

W odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 126 ust. 1 Pzp wykonawca PRD złożył wykaz osób, w którym na potwierdzenie warunku podanego w pkt 8.2.4.2 lit. a) 1) SWZ wskazał pana A.P.. W kolumnie wykazu osób obejmującej kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie potwierdzające spełnianie wymagań Konsorcjum wskazało:

Ponad 24 miesiące doświadczenia, w tym min 2 sezony zimowe, przy realizacji zadania polegającego na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących 59 km autostrady A2 na stanowisku związanym z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg:

Kierownik utrzymania autostrady A2 w okresie 01.07.2012r. do 30.06.2016 r. w ramach zadania „Catoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard”.

Zawiadomieniem z dnia 14 grudnia 2021 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza

została wybrana oferta wykonawcy PRD. Na drugiej pozycji w rankingu ofert uplasowała się oferta odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3732/21. Oferta odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21 została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 3730/21 złożył ofertę nr 1 wraz ofertą przekazaną poprzez platformę zakupową, na której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie Gwarancję przetargową zapłaty wadium Nr RW/GW/45/869/10262/2021 (stanowiącą część wadium) wystawioną na kwotę 250 000,00 zł, ważną do dnia 20 stycznia 2022 r., stanowiącą część wadium w postępowaniu. W uzasadnieniu odrzucenia oferty ww. wykonawcy zamawiający wskazał m. in.:

Zgodnie z zapisami pkt. 18.3 IDW (Tom I SWZ) m.in.: „Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego” oraz „Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione”. Gwarant zamieścił w pkt. 1 Gwarancji zapis, że zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty wadium, jednakże w pkt. 8 dokumentu wskazał okoliczności wygaśnięcia gwarancji, które poddają w wątpliwość nieodwołalność i bezwarunkowość zobowiązania Gwaranta, a także płynność przedstawionej gwarancji taką samą jak w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu.

Gwarant jako okoliczności wygaśnięcia wadium wskazał m.in. przesłanki z art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, przewidziane dla zwrotu wadium przez Zamawiającego na wniosek wykonawcy: „8. Niniejsza Gwarancja wygasa również w przypadku, gdy:

- 1) Wykonawca wycofał ofertę przed upływem terminu przewidzianego na składanie ofert, a Wykonawca zgłosił wniosek o zwrot wadium,*
- 2) oferta Wykonawcy została odrzucona, a Wykonawca zgłosił wniosek o zwrot wadium,*
- 3) dokonano wyboru jako najkorzystniejszej innej oferty niż Oferta Wykonawcy, a Wykonawca zgłosił wniosek o zwrot wadium,*
- 4) postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione, a postępowania odwoławcze zostały prawomocnie zakończone lub upłynął termin przewidziany na wniesienie odwołania [...]”.*

W pierwszej kolejności wskazać trzeba, że przedłożona gwarancja zapłaty wadium w zakresie pkt 8 nie spełnia wymogu określonego w art. 98 ust. 5. Pzp, zgodnie z którym „zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.” Zatem nie ma tutaj automatyzmu i gwarancja wadium nie powinna wygasać automatycznie bez oświadczenia Zamawiającego. Zapisy pkt. 8 ppkt. 1-4 gwarancji prowadzą do wygaszenia ważności

wadium przedwcześnie, a więc jeszcze przed dokonaniem jego zwrotu przez Zamawiającego regulowanego przepisami art. 98 ust. 2 Pzp., a poprzez to do zwolnienia się przez Gwaranta z odpowiedzialności z tytułu gwarancji. Szczególnie regulacja zawarta w ppkt. 1) podważa pewność Zamawiającego, co do dysponowania wadium bez dodatkowych, i jednocześnie nie posiadających umocowania w przepisach, czynności Zamawiającego, jakimi byłyby wezwania, kierowane do Wykonawcy czy Gwaranta, do wyjaśnienia czy Wykonawca nie poinformował Gwaranta o wycofaniu oferty i skierowaniu do Zamawiającego wniosku o zwrot wadium, doprowadzając tym samym do wygaśnięcia wadium, a tym samym do jego faktycznego braku, mimo przekazania Zamawiającemu elektronicznego oryginału gwarancji wraz z ofertą.

Jednocześnie Zamawiający, nie znając treści umowy zawartej pomiędzy Wykonawcą a Gwarantem, nie może wiedzieć czy istnieją jakiekolwiek mechanizmy zabezpieczające przed potencjalnymi nadużyciami na niekorzyść Zamawiającego, czy to ze strony Wykonawcy, czy Gwaranta, co ma pierwszorzędne znaczenie w kontekście ustalenia ważności i płynności wadium. Brak tej pewności może narazić Zamawiającego na długotrwałą i zapewne bezskuteczną procedurę sądową w przypadku złożenia Gwarantowi roszczenia o zaspokojenie z gwarancji w sytuacji ziszczenia którejkolwiek przesłanki skutkującej zatrzymaniem wadium. W obowiązującym, i niezmienionym w tym zakresie od początków systemu zamówień publicznych, stanie prawnym nie wymaga dowodzenia, że brak wadium lub jego niewłaściwe wniesienie nie podlega sanacji. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dysponuje wiedzą, czy oferta Wykonawcy została zabezpieczona wadium, czego wymagają przepisy ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający żądał wniesienia wadium w postępowaniu. Jednoznaczna wola Zamawiającego w powyższym zakresie została wyrażona poprzez zapisy zamieszczone w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Analizując kwestie przedstawionych przez Gwaranta zapisów należy odnieść się do piśmiennictwa i orzecnictwa dotyczącego instytucji wadium gwarancji ubezpieczeniowych i, subsydiarnie, do szerzej uregulowanych gwarancji bankowych. „Zakres i treść zobowiązania gwaranta zależą więc w głównej mierze od brzmienia konkretnej umowy gwarancji (gwarancja jest bowiem umową, a nie jednostronnym oświadczeniem woli, nawet jeśli dokument gwarancji jest z reguły podpisywany jednostronnie przez ubezpieczyciela). Niczego nie przesądza jednak nawet użycie wspomnianych już, standardowych zwrotów „nieodwołalnie”, „bezwzględnie” i „na pierwsze żądanie”. Można bowiem odnieść wrażenie, że są one niekiedy używane bez głębszej refleksji. W praktyce obrotu nieraz towarzyszą im inne klauzule, osłabiające wymowę tych sformułowań [...]”.

[\(https://wkb.pl/aktualnosci/gwarancja-ubezpieczeniowa-a-naruszenie-zobowiazania-w-stosunku-podstawowym-artykuly-jakuba-pokrzywniaka-w-dzienniku-ubezpieczeniowym/\)](https://wkb.pl/aktualnosci/gwarancja-ubezpieczeniowa-a-naruszenie-zobowiazania-w-stosunku-podstawowym-artykuly-jakuba-pokrzywniaka-w-dzienniku-ubezpieczeniowym/)

Autor opracowania powołuje Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.02.2018 r., IV CSK 86/17,

który szerzej omawia sygnalizowane zagadnienia (cytat Zamawiającego): „Ze względu na brak odrębnej regulacji ustawowej - ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (ówcześnie tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1844 ze zm.) poprzestaje w zasadzie na uwzględnieniu umowy gwarancji ubezpieczeniowej w katalogu czynności ubezpieczeniowych (art. 4 ust. 7 pkt 1 i 2) - należy uznać, że w tym względzie co do zasady miarodajne są reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej (por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, nr 11, poz. 146; z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15, nie publ.). Nawiązując zatem do dorobku powstałego na gruncie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (ówcześnie tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 128 ze zm.; dalej także: p.b.), można wskazać, że gwarancja ubezpieczeniowa jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela-gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w nim „warunków”, które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Tak ukształtowane zobowiązanie gwaranta ma charakter nieakcesoryjny, co oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, a więc np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zleceniodawcy udzielenia gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, nr 11, poz. 146, z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12, nie publ., z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14, OSNC 2016, nr 3, poz. 33, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15). Wynika to już z zasady względności zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09), znajduje potwierdzenie w art. 87 p.b. i legło u podstaw nowelizacji art. 82 p.b. z dnia 1 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz. U. Nr 91, poz. 870; por. uzasadnienie projektu nowelizacji Sejm IV kadencji, druk nr 2116; por. też art. 5a zd. 1 Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie - Uniform Rules for Demand Guarantees - przyjętych przez Międzynarodową Izbę Handlową w dniu 3 grudnia 2009 r., Publikacja MIH nr 758). Tym niemniej, korzystając ze swobody umów (art. 3531 k.c.) strony mogą ukształtować przesłanki powstania zobowiązania gwaranta na różne sposoby (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Mogą zatem postanowić, że zobowiązanie gwaranta aktualizować się będzie tylko w razie spełnienia materialnych „warunków” zapłaty - rzeczywistego wystąpienia wypadku gwarancyjnego - np. niewykonania lub nienależytego wykonania zabezpieczanego zobowiązania, co podlega dowodzeniu na zasadach ogólnych i zakłada, iż zobowiązanie to istniało, zaktualizowały się przesłanki jego wymagalności oraz nie zostało wykonane (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 27 marca

2013 r., I CSK 630/12). Strony mogą też postanowić, że zobowiązanie gwaranta zaktualizuje się już w razie przedstawienia gwarantowi dokumentów - ściśle określonych w treści gwarancji - „stwierdzających” spełnienie „warunków” zapłaty (tzw. gwarancja dokumentowa). Nie zależy ono wówczas bezpośrednio od ziszczenia się jakichkolwiek przesłanek („warunków”) materialnoprawnych, leżących poza stosunkiem gwarancji. W przypadku zaś cieszącej się szczególną popularnością w obrocie gwarancji „bezwarunkowej” i „na pierwsze żądanie” strony uzależniają zazwyczaj ciężący na gwarancie obowiązek zapłaty jedynie od skierowania doń przez beneficjenta żądania zapłaty ewentualnie połączonego z jego oświadczeniem, że zabezpieczane zobowiązanie nie zostało wykonane przez dłużnika.

Ustalenie wynikającego z treści gwarancji stopnia zależności między zobowiązaniem gwaranta a istnieniem (ważnością), treścią i zdarzeniami (zwłaszcza niewykonaniem zobowiązania) dotyczącymi zabezpieczanego zobowiązania jest kwestią wykładni oświadczeń woli stron umowy gwarancji (art. 65 k.c.), uwzględniającej cały ich kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których zostały złożone (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 569/12, nie publ., z dnia 29 listopada 2013 r., I CSK 90/13, OSNC-ZD 2015, nr 1, poz. 12). Samo posłużenie się zwyczajową formułą gwarancji „bezwarunkowej” i „na pierwsze żądanie” - jakkolwiek stanowiące bardzo ważną wskazówkę co do woli stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09) - nie ma jeszcze znaczenia przesądzającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Z drugiej strony, samo nawiązanie w treści gwarancji - co jest sytuacją typową - do stosunku prawnego, z którego ma wynikać zabezpieczane zobowiązanie, nie przesądza o pośredniej (za pośrednictwem zarzutów opartych na treści gwarancji) „akcesoryjności” zobowiązania gwaranta (por. art. 5.A zd. 2 Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie; art. IV.G. - 3:101 (1) Draft Common Frame of Reference). Cel gwarancji, którym jest udzielenie zabezpieczenia wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji - por. art. 82 p.b.) na wypadek, gdyby dłużnik nie wykonał określonego obowiązku, może być realizowany zarówno przez zabezpieczenia akcesoryjne (np. poręczenie), jak i nieakcesoryjne. W przypadku nieakcesoryjnej gwarancji sama przez się okoliczność, że świadczenie gwaranta nie zrealizuje celu zabezpieczenia (np. zabezpieczane zobowiązanie było nieważne albo jego podstawa odpadła) nie dezaktualizuje jego zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14) i ma w zasadzie tylko to znaczenie, że czyni zapłatę nienależną w relacji między dłużnikiem, a beneficjentem gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 307/15, nie publ.). Gwarancja ma zwykle stwarzać zabezpieczenie pewne i szybkie w realizacji, a celowi temu sprzeciwiałoby się wnikanie stron stosunku gwarancji w spór co do istnienia, ważności i kwestii niewykonania zabezpieczanego zobowiązania.”

Wskazać należy, że w obecnym stanie prawnym „Analogicznie, jak w przypadku poprzedniej przesłanki, zasadnym jest przywołanie orzecznictwa zapadłego na gruncie dawnego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie przepisy uchylone], które stanowić powinno istotną wskazówkę przy interpretacji przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl” („Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021” Paweł Granecki, Iga Granecka, Wydawnictwo Beck).

Dodatkowo w treści uzasadnienia odrzucenia oferty zamawiający przytoczył orzeczenia Izby z dnia 27 sierpnia 2013 r. o sygn. akt KIO 1988/13 oraz z dnia 26 sierpnia 2013 r. o sygn. akt KIO 1926/13.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 224 ust. 6 Pzp – *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub koszt;*
- art. 18 ust. 1, 2, 3 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 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.;*
- art. 11 ust. 2 UZNK – *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.;*
- art. 224 ust. 1 i 4 Pzp – 1. *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych*

przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 3 ust. 1 UZNK – Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.;

- art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK – Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

- art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3;

- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2) przejrzysty;

- art. 17 ust. 2 Pzp – Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.;

- art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

- art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- art. 128 ust. 1 Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że oba odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 3730/21

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy PRD w pierwszej kolejności skład orzekający stwierdził, że zamawiający wystąpił do tego wykonawcy z wezwaniem z dnia 7 października 2021 r. do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, ponieważ całkowita cena jego oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wątpliwości zamawiającego wzbudziły zarówno cena oferty ogółem, jak i wymienione poszczególne grupy robót mające wpływ na wysokość całkowitej ceny oferty.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum w określonym terminie złożyło wyjaśnienia o bardzo wysokim stopniu szczegółowości wraz z licznymi dowodami na poparcie zasadności twierdzeń w nich zawartych i na tej podstawie zamawiający – jak wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie – uznał, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest niska, ale nie w sposób rażący w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej obniżenie względem pozostałych cen uzasadniają szczególnie korzystne warunki realizacji zamówienia przypisane wykonawcy PRD.

Izba mając na uwadze przede wszystkim treść wezwania oraz wyjaśnień doszła do przekonania, że zarzut rażąco niskiej ceny w okolicznościach przedstawionych przez odwołującego należało oddalić.

Przechodząc do szczegółowego zaprezentowania powodów oddalenia przedmiotowego zarzutu Izba jako punkt wyjścia wskazała, że znaczna część wyjaśnień wykonawcy PRD z 18 października 2021 r., czyli tzw. „tajemnica” wraz z załącznikami nie była znana

odwołującemu, ponieważ nie została odtajniona przez zamawiającego. W wyniku tego, siłą rzeczy odwołujący przedstawił argumentację dla poparcia tego zarzutu w oderwaniu od wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum, próbując racjonalizować tą argumentację w oparciu o ogólne spostrzeżenia nawiązujące do aktualnie panującej sytuacji makroekonomicznej oraz wskazując w zasadzie na jedną grupę wydatków objętych zamówieniem, wycenioną przez wykonawcę PRD, a dotyczącą Zarządzania kontraktem. Przy czym stanowisko co tej grupy wydatków także zostało skonstruowane mimo nieznamości zasadniczej części wyjaśnień Konsorcjum.

W dalszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę na argumentację wykonawcy PRD, który wskazywał, że realia rynkowe pokazują, iż ceny ofertowe na utrzymanie infrastruktury drogowej są niższe od szacunków GDDKiA. Przegląd tych danych Konsorcjum zawarło w jawnej części swoich wyjaśnień (str. 2 części jawnej wyjaśnień z dnia 18 października 2021 r.). Wykonawca PRD uzupełnił je o najnowsze wyniki postępowań, ograniczając się wyłącznie do rynku łódzkiego. Tytułem przykładu wskazał, że:

- w postępowaniu na *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Sieradzu – droga ekspresowa S8*, z budżetem 87 091 359,78 PLN (brutto), oferta z najniższą ceną opiewała na 56 622 080,66 PLN, a dwie kolejne odpowiednio na 62 685 379,63 PLN i 63 391 701,72 PLN;

- w postępowaniu na *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu – droga ekspresowa S8*, z budżetem 93 027 700,87 PLN (brutto) oferta z najniższą ceną była jeszcze tańsza – opiewała na 53 909 657,36 zł, a kolejna na 62 573 054,60 zł.

Jak widać z powyższego, ceny ofert na analogiczne usługi oscylują wokół 60-70% wartości zamówienia.

Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania powyżej zaprezentowanego stanowiska wykonawcy PRD szczególnie, że odwołujący w ogóle się do niego nie odniósł. W tych okolicznościach skład orzekający przyjął, że nawet znaczne odbieganie ceny oferty od wartości zamówienia, sięgające ok. 30-40% ma swoje oparcie w praktyce rynkowej w zamówieniach dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia.

Kolejną kwestią godną podkreślenia było to, że na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 8 czy art. 224 ust. 6 Pzp konieczne jest wykazanie, że cena oferty (jako całość, a nie poszczególne jej elementy) jest rażąco niska. Skoncentrowanie się na jednej pozycji kosztowej i wykazywanie, że została ona zaniżona względem potencjalnych kosztów jest niewystarczające. Owszem, z przepisu art. 224 ust. 1 Pzp wynika, że weryfikacja ceny może nastąpić także wówczas gdy jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska. W takich okolicznościach zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jednakże nie oznacza to bynajmniej, że

zamawiający może ograniczyć się do weryfikacji, czy owa część jest niedoszacowana. Z perspektywy art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp decydująca jest zależność między tym jednostkowym zaniżeniem, a ceną całej oferty. Jeśli mimo niskiej wyceny jednego elementu całe zamówienie pozostaje opłacalne dla wykonawcy, to nie może być mowy o rażąco niskiej cenie.

Jak wskazano powyżej w realiach przedmiotowej sprawy odwołujący kwestionował cenę wyłącznie jednej pozycji spośród setek składających się na 12 grup prac. Zarządzanie kontraktem stanowiło niespełna 10% wartości całej oferty Konsorcjum. Co więcej, odwołujący nie przedstawił możliwych do zaakceptowania twierdzeń, ani wyliczeń, które świadczyłyby, że oferta Konsorcjum, z powodu zaniżenia wyceny Zarządzania kontraktem, była rażąco niska.

Wykonawca PRD słusznie, w ocenie składu orzekającego, zwrócił uwagę na pewną nieprecyzyjność postanowień SWZ w zakresie treści pkt 17.5 IDW, który wskazywał, że każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w formularzu cenowym, a formularzem wyceny dla wykonawców (Grupa Prac 11 – Zarządzanie kontraktem). Ponadto w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów (ZZK) znalazła się adnotacja: * Wartość "Razem netto" $\leq X\%$ (procentowy udział kosztów Zarządzania Kontraktem w kosztach Grup 1 - 10 + 12 w trakcie trwania umowy) obliczone wg odrębnego algorytmu. W pytaniu nr 33 (pismo zamawiającego z dnia 8 września 2021 r.) jeden z wykonawców zwrócił się o załączenie algorytmu na jaki powoływał się zamawiający w ww. uwadze. W odpowiedzi zamawiający zamieścił wzór, gdzie w liczniku znalazł się całkowity koszt zarządzania kontraktem obliczany wg odrębnego algorytmu, który mógł powodować problemy dotyczące jednoznacznego zrozumienia postanowienia w zakresie maksymalnej wartości zarządzania kontraktem.

Tym samym Konsorcjum wyjaśniło, że dla grupy prac nr 11 – Zarządzanie kontraktem przeniesienie kosztów do innych pozycji było wymuszone 12% limitem. Wykonawca PRD na rozprawie wyjaśnił, że już w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przedstawił stanowisko w zakresie przeniesienia kosztów związanych z zarządzaniem do innych grup. Stanowisko to znalazło swoje potwierdzenie w piśmie procesowym ww. wykonawcy, zatem Konsorcjum pozostawało konsekwentne w swojej argumentacji i nie można było uznać, że była to argumentacja przygotowana na potrzeby postępowania przed Izbą.

W dalszej kolejności wykonawca PRD, słusznie w ocenie składu orzekającego stwierdził, że na stronach 15-22 odwołania znajdowała się estymacja kosztów wykonania poszczególnych czynności, które są realizowane w ramach Zarządzania kontraktem. Odwołujący policzył koszty pracy i utrzymania Punktu Obsługi Kontraktu, koszty wyposażenia brygad, pojazdów (i ich eksploatacji) oraz paliwa. W podsumowaniu na stronie 23 przedstawił tabele z 10

pozycjami sumującą się do kwoty 6 147 439,98 zł, będącymi minimalnymi kosztami zarządzania kontraktem. Końcowo zestawiał to z wyceną Konsorcjum (4 900 000 zł). W ramach pierwszego zarzutu nie było więc żadnego uzasadnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy PRD, opiewającej na ponad 67 mln zł brutto, a zarzut dotyczył wyłącznie jednej pozycji. Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób brakujący, wedle jego wyliczeń, ok. jeden milion zł w grupie prac nr 11 – Zarządzanie kontraktem (w skali całego 40 miesięcznego okresu realizacji zamówienia) powodował, że cała oferta Konsorcjum była rażąco niska. W świetle powyższego nie mógł być uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, nie mówiąc o art. 224 ust. 6 Pzp, który został całkowicie zmarginalizowany przez odwołującego.

Wykonawca PRD odnosząc się do udzielonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny zwrócił uwagę, że:

- uzasadnienie ceny jednostkowej za Zarządzanie kontraktem znajdowało się w VI części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (plik TAJEMNICA), strona 10;
- na stronie 11 wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawiono koszty osobowe w wymiarze miesięcznym;
- na stronie 12 ww. wyjaśnień uwzględniono koszty materiałowe (POK, pojazdy, wyposażenie itd.) oraz paliwa, a w ostatnim akapicie na samym dole sumę miesięcznych kosztów zarządzania kontraktem.

Dla porównania – odwołujący wyliczył je na poziomie 153 686 zł (6 147 439,98 zł : 40). Porównanie kosztów Konsorcjum zawartych na stronie 12 wyjaśnień rażąco niskiej ceny i kosztów odwołującego zawartych na stronie 23 odwołania nie pozostawiało wątpliwości co do tego, że Konsorcjum uwzględniło w ofercie wszystkie konieczne koszty Zarządzania kontraktem. Kolejno zaś na stronach 13-16 wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca PRD precyzyjnie objaśnił gdzie i w jaki sposób uwzględnił różnicę między ceną ofertową grupy prac nr 11 (Zarządzanie kontraktem), a faktycznymi kosztami wykonania tego elementu. Przy czym dokonał tego w taki sposób, że na każdej grupie prac osiąga zysk, a przychody niwelują brak w pozycji Zarządzanie kontraktem.

Izba przyjęła za własne powyżej opisane stanowisko Konsorcjum. Ponadto w odwołaniu nie został sformułowany zarzut odnoszący się do kwestii przeniesienia przez wykonawcę PRD kosztów związanych z zarządzaniem do innych grup kosztów, czy to w kontekście niezgodności treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia czy też w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym Izba, w świetle dyspozycji art. 555 Pzp, nie mogła orzec w zakresie czynności zamawiającego dotyczącej zaakceptowania tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum.

Dodatkowo zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty wykonawcy PRD nie potwierdziły dowody złożone przez odwołującego w tym zakresie. Opracowanie opatrzone

na główkiem pn. *informacja o wynikach z otwarcia ofert*, mogło co najwyżej potwierdzić słuszność czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu Konsorcjum do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale w żadnym wypadku nie mogło uzasadniać rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy PRD. Opracowanie mające prezentować zbiorcze zestawienie kosztów dotyczących rejonu autostradowego w Łowiczu w rozbiu na trzy tabele obejmujące: wartości poszczególnych grup robót (1-12), 70% wartości cen GDDKiA oraz ceny wykonawcy PRD potwierdzało, że w części grup kosztów tj. 3, 4, 5, 10c, 11 i 12 w ramach ceny zaoferowanej przez Konsorcjum były niższe od 70% wartości kosztów oszacowanych przez zamawiającego, natomiast w pozostałych grupach kosztów tj. 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10a i 10b ceny wykonawcy PRD były wyższe od 70% wartości kosztów oszacowanych przez zamawiającego (w niektórych pozycjach znacznie wyższe). Tytułem przypomnienia należało wskazać, że grupy kosztów nr 3, 4, 5 10 c, 11 i 12 z oferty Konsorcjum były przedmiotem wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 7 października 2021 r. W świetle argumentacji odwołującego Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania wyjaśnień wykonawcy PRD złożonych pismem z dnia 18 października 2021 r.

W odniesieniu do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji związanego w ramach ceny Zimowego Utrzymania Dróg (zwanego dalej „ZUD”) w ofercie Konsorcjum, Izba stwierdziła, że istota tego zarzutu sprowadzała się do stwierdzenia, że cena jednej z pozycji ZUD (usługi zapobiegania śliskości) została zawyżona w stosunku do pozostałych pozycji ZUD co miało prowadzić do manipulowania cenami przez wykonawcę PRD.

W kontekście przedmiotowego zarzutu skład orzekający przyznał rację zamawiającemu, który stwierdził, że warunki zimowe, w szczególności w perspektywie kilkuletniej i wynikające z nich koszty zimowego utrzymania, są jednymi z bardziej nieprzewidywalnych elementów przedmiotowego zamówienia. W obliczu niezależnych od wykonawcy zjawisk atmosferycznych (temperatura, deszcz, śnieg, grad) trudno mówić o jakiegokolwiek manipulacji i możliwości sterowania swymi działaniami w celu likwidacji wywołanych przez te zjawiska skutków. Tym bardziej, że to właśnie na wykonawcy spoczywa odpowiedzialność za zapewnienie należytego i właściwego ZUD, które ma ewidentne przełożenie na bezpieczeństwo ruchu i których zaniechanie niesie za sobą bardzo dolegliwe sankcje wskazane § 17 ust. 1 lit. h, k, l, m, r Projektowanych Postanowień Umowy.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że w celu urealnienia kosztów ZUD, dokonał analizy kilku ostatnich sezonów zimowych i na ich podstawie wskazał wykonawcom przedmiar usług, tj. uśrednione ilości dni, w których występowała faktyczna potrzeba określonych działań w zakresie ZUD (gotowość, zapobieganie śliskości, zwalczanie śliskości czy odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości). Ponadto, zamawiający umożliwił wykonawcom zróżnicowanie cen jednostkowych poszczególnych działań ZUD.

Idąc tropem argumentacji odwołującego istniałaby niemal identyczna możliwość *odpowiedniego prowadzenia akcji zima*, aby przez zaproponowanie wysokiej stawki jednostkowej w pozycji:

- „zwalczanie śliskości” i przez powtórzenie posypu całej drogi lub jej fragmentu, lub
- „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” i przez posyp i odśnieżanie nawet nieznacznej warstwy śniegu,

uzyskać uprawnienie do rozliczenia usługi z tych stawek i w sposób istotny zwiększyć swoje wynagrodzenie za zimowe utrzymanie autostrady.

W ocenie składu orzekającego zamawiający miał rację wskazując, że w praktyce taka manipulacja wydaje się mało prawdopodobna, ponieważ zamawiający ma co najmniej kilka metod i narzędzi kontroli nad pracą wykonawców, tj. bezpośredni nadzór i kontrole drogi realizowane w różnych porach doby (siedziba Rejonu i Obwodu zamawiającego znajduje się bezpośrednio przy niniejszym odcinku autostrady), profesjonalne prognozy pogody, stacje pogodowe w sąsiedztwie niniejszego odcinka autostrady, system GPS służący do monitorowania pracy sprzętu wykonawcy z odczytem lokalizacji, posypu, płuzenia, prędkości jazdy, postojów itp.), a w nieodległej perspektywie również podgląd drogi poprzez kamery. Ponadto w zdaniem składu orzekającego pkt 7 tiret 3 SST dla ZUD, należało interpretować w ten sposób, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie w sytuacji użycia środków do zapobiegania śliskości na całym odcinku utrzymywanej drogi, a nie na krótszych, dowolnie wybranych przez wykonawcę odcinkach.

W dalszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę na stanowisko Konsorcjum i ustalił, że zgodnie ze szczegółową specyfikacją techniczną ZUD (dokument nr D-66.01.00 v.1 będący załącznikiem do SWZ) wykonawca ma obowiązek zabezpieczyć minimalne ilości materiałów soli drogowej NaCl i piasku. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest do dysponowania sprzętem zimowego utrzymania dróg, zgodnie z załącznikiem nr 6 do OPZ - 27 różnego rodzaju jednostek, w tym 14 pługosolarek. Zgodnie z pkt 3.3. ww. SST terminy osiągnięcia gotowości sprzętowej ZUD wyglądają następująco:

- 20 % podstawowego sprzętu w terminie od 1 października do 19 października oraz od 16 kwietnia do 30 kwietnia w poszczególnych sezonach zimowych obowiązującej umowy – jednak nie mniej niż 1 pługosolarka na Obwód Drogowy;
- 50 % podstawowego sprzętu w terminie od 20 października do 31 października oraz od 1 kwietnia do 15 kwietnia w poszczególnych sezonach zimowych obowiązującej umowy – jednak nie mniej niż 2 pługosolarki na Obwód Drogowy;
- 100 % podstawowego sprzętu w terminie od 1 listopada do 31 marca w poszczególnych sezonach zimowych obowiązującej umowy.

Niespełnienie powyższego warunku będzie podstawą do obciążenia wykonawcy karą finansową zgodną z postanowieniami umowy. Warunki zamówienia przewidują

utrzymywanie określonych poziomów gotowości do prowadzenia ZUD niezależnie od warunków atmosferycznych. Od 1 listopada do 31 marca musi to być pełna gotowość, równoznaczna z zabezpieczeniem wszystkich 27 pojazdów do realizacji ZUD, bez względu na prognozy pogody i bieżącą temperaturę powietrza (np. pow. 10°C). Zarazem wykonawcy nie mają żadnej gwarancji świadczenia odpłatnych usług ZUD. W sytuacji braku przesłanek do podjęcia akcji koszty zabezpieczenia sprzętowo-materiałowego nie mają pokrycia w przychodach. Wypada nadmienić, że SWZ, wzorem Zarządzania kontraktem, również w przypadku ZUD zakładała ograniczenie udziału kosztów gotowości do ZUD w następujący sposób:

$\Sigma (g \times k) \leq 21 \%$ (procentowy udział kosztów usługi gotowości w kosztach świadczonej usługi ZUD) $\times \Sigma o$

Ponadto skład orzekający uznał za słuszne stanowisko wykonawcy PRD, który wyjaśnił, że uwzględnił w każdej pozycji ZUD wszystkie niezbędne koszty związane z poszczególnymi usługami. Nierównomiernie rozłożył marżę. Minimalny poziom został uwzględniony za usuwanie śliskości i odśnieżanie, istotnie wyższą cenę przyporządkowano do zabiegania śliskości. Nie wynikało to bynajmniej z chęci osiągnięcia ponadprzeciętnego zarobku (oferta Konsorcjum była przecież najtańsza, a w odniesieniu do ZUD zawierała trzecią cenę na osiem ofert), ale z przewidywań, iż osiągnięcie jakiegokolwiek rentowności w omawianym elemencie (ZUD) może nastąpić wyłącznie poprzez działania z zakresu zapobiegania śliskości. W przypadku skrajnie łagodnej zimy potencjalne usługi mogą bowiem być ograniczone wyłącznie do nielicznych wyjazdów mających zapobiec śliskości. Niemniej, wszelkie symulacje przebiegu zimy (łagodna, surowa itp.) mają wymiar czysto spekulacyjny (zwłaszcza dla tak skrajnego scenariusza jaki nakreślił odwołujący, z brakiem opadów, za to z wyjątkowo częstą potrzebą zapobiegania śliskości). Nie można przewidzieć jakie warunki będą panowały w danym sezonie. W efekcie, wyliczenia odwołującego nie miały żadnego waloru dowodowego. Jest oczywiste, że w przypadku częstszej liczby wyjazdów mających zapobiegać śliskości (bacząc na stawkę) – wykonawca PRD zrealizuje wyższy zarobek. Jeśli więcej będzie akcji odśnieżania, to skorzystałby oferent, który wycenił wysoko ten rodzaj usług (np. FBSerwis). Globalny bilans podlega ocenie wyłącznie przez pryzmat założeń przetargowych, co do ilości dni występowania poszczególnych zjawisk wymuszających określone działania (zapobieganie, usuwanie, odśnieżanie). Na tym tle wycena Konsorcjum była podobna (lub niższa) do większości innych wykonawców.

Odwołujący podniósł, że sztuczne zawyżenie cen miało na celu „polepszenie sytuacji wykonawcy w postępowaniu przetargowym.” W okolicznościach przedmiotowej sprawy trudno było zakładać w jaki sposób zawyżenie ceny, tym bardziej w zakresie jednej pozycji kosztowej, mogłoby przybliżyć wykonawcę do uzyskania zamówienia w sytuacji, gdy kryterium ceny miało dominujące znaczenie (w okolicznościach przedmiotowego stanu

faktycznego *de facto* rozstrzygające). Gdyby Konsorcjum ustaliło cenę zapobiegania śliskości na poziomie podobnym do odwołującego to w żaden sposób nie zwiększyłoby to jego szansy, ani innego wykonawcy, na wybór oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie dopatrzyła się w działaniach wykonawcy PRD manipulacji cenowej mającej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK wskazanych w odwołaniu. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 UZNK.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum, Izba stwierdziła, że analiza treści odwołania (str. 33-39) doprowadziła do wniosku, że w odniesieniu do powyższej kwestii trudno było mówić o sformułowaniu przez odwołującego jakiegokolwiek zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Izby i sądów okręgowych zarzut składa się z podstawy faktycznej, tj. opisu działań/zaniechań zamawiającego oraz podstawy prawnej – przytoczenia przepisów prawa, które owe działania/zaniechania naruszają. Tymczasem odwołujący, poza zrelacjonowaniem okoliczności stanu faktycznego (str. 33- 35 odwołania) przytoczył w sposób ogólny szereg orzeczeń Izby. Odwołujący nie powołał się, ani nie przytoczył jakiegokolwiek stwierdzenia zawartego w przedstawionym przez wykonawcę PRD uzasadnieniu zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, które miałyby zostać przez zamawiającego ocenione wadliwie.

Taka konstrukcja zarzutu uniemożliwiła jego rozpoznanie, bowiem nie wiadomo dlaczego zastrzeżenie tajemnicy przez Konsorcjum było nieskuteczne. Podkreślić należy, że zamawiający udostępnił wykonawcom uzasadnienie tego zastrzeżenia. Jak zasygnalizowano powyżej, przedstawiona tam argumentacja nie była przez odwołującego kwestionowana. W odwołaniu nie wykazano, iż jest niewystarczająca dla wiarygodnego wykazania przesłanek utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający ani pozostali uczestnicy postępowania odwoławczego nie mogą domyślać się istoty zarzutów na podstawie wyciągu z orzecznictwa (którego adekwatności nie sposób było również sprawdzić, skoro zarzut został postawiony lakonicznie).

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 18 ust. 1, 2, i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 UZNK.

W zakresie zarzutu skierowanego wobec oferty FBSerwis, Izba stwierdziła, że regulacja zawarta w art. 224 ust. 1 Pzp uzależnia żądanie wyjaśnień od wystąpienia po stronie zamawiającego wątpliwości lub, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wobec tego obowiązek badania, czy cena lub koszt nie zostały zaniżone, powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec ich wysokości uzasadnionych wątpliwości. W szczególności należy mieć na uwadze, że bezpodstawne żądanie wyjaśnień – w przypadku

braku uzasadnienia znajdującego oparcie w okolicznościach stanu faktycznego lub przepisach prawa – należy traktować jako naruszenie prawa. Ponadto skład orzekający zwrócił uwagę, że oprócz tego wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w aspekcie podejrzenia występowania w złożonej przez niego ofercie rażąco niskiej ceny wywołuje doniosłe i daleko idące konsekwencje po stronie wykonawcy, który do złożenia takich wyjaśnień został wezwany. Przepis art. 224 ust. 5 Pzp nakłada bowiem na wezwanego wykonawcę obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Izby z przytoczonych powyżej powodów stosowanie tego instrumentu powinno być stosowane przez zamawiających w uzasadnionych przypadkach.

Jak ustaliła Izba zamawiający nie znalazł podstaw do tego, aby skorzystać względem wykonawcy FBSerwis z instytucji opisanej w art. 224 ust. 1 Pzp polegającej na wezwaniu do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. Podkreślenia wymaga, że cena całkowita oferty wykonawcy FBSerwis nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp.

W dalszej kolejności skład orzekający stwierdził, że argumentacja odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu koncentrowała się na cenach podanych przez FBSerwis w zakresie utrzymania Miejsc Obsługi Podróżnych (zwanych dalej: „MOP”) i urządzeń BRD (barier drogowych), szczególnie w kontekście porównania tych cen z analogicznymi pozycjami zawartymi w ofertach innych wykonawców.

Jeśli chodziło o pierwszą z ww. pozycji odwołujący kwestionował wycenę utrzymania MOP-ów i parkingów zawartą w ofercie złożonej przez FBSerwis, który wycenił koszty związane z miesięcznym utrzymaniem MOP w Bolimowie i Mogiłach – każdy z nich na kwotę 12.100,00 zł. Zamawiający stwierdził, że z jego doświadczenia wynika, iż podane kwoty są wystarczające (z zachowaniem również kwoty zysku po stronie wykonawcy). Zamawiający wskazał, że w tym przypadku istotne jest położenie tych dwóch obiektów. Co prawda dzieli je autostrada, ale zatrudnione osoby mogą bez najmniejszych problemów przemieszczać się pomiędzy nimi, gdyż jest do nich możliwy dostęp tylną bramą wjazdową, a w bliskiej odległości znajduje się wiadukt nad autostradą. Zdaniem zamawiającego bliskie położenie MOP-ów Bolimów i Mogiły pozwala na zatrudnienie trzech osób do sprzątania obu obiektów. W związku z powyższym koszty takiego utrzymania miesięcznego kształtują się następująco:

- a) zatrudnienie trzech osób do obsługi MOP Bolimów i MOP Mogiły przy min. wynagrodzeniu 3.010,00 zł powiększonym o koszt pracodawcy ok. 20,5%, tj. kwota 10.881,15 zł;
- b) koszty środków czystości – max. 4.000,00 zł;
- c) koszt wywozu śmieci – ok. 6.000,00 zł.

Zamawiający dodał, że koszt związany z koszeniem lub odśnieżaniem rozliczany jest z innych pozycji kosztorysowych. Tym samym łączny koszt utrzymania MOP-ów Mogiły i Bolimów wynosi w granicach 21.000,00 zł, zatem przyjęta przez FBSerwis wartość po 12.100,00 zł za obiekt nie budziła po stronie zamawiającego żadnych wątpliwości.

Izba nie znalazła powodów do kwestionowania powyżej zaprezentowanego stanowiska zamawiającego szczególnie, że odwołujący nie próbował podważać zaprezentowanych przez zamawiającego wyliczeń, a w swojej argumentacji poprzestał na porównywaniu ceny z oferty FBSerwis z pozycji 6.1., 6.2., i 6.3. TER grupa prac nr 8 – Estetyka w stosunku do wartości oszacowanej przez zamawiającego oraz wycenionej przez innych wykonawców. Jak wynikało z dowodu złożonego przez odwołującego na rozprawie udział wartości ww. pozycji w ofercie FBSerwis kształtował się na poziomie 2,24%, w wycenie zamawiającego na poziomie 4,17%, a w ofertach pięciu innych wykonawców od 4,78% do 9,43%. Przedmiotowe relacje procentowe wskazywały, że koszt utrzymania MOP-ów wraz z parkingami nie stanowił istotnej części składowej zaoferowanej ceny lub kosztu.

W przypadku urządzeń BRD odwołujący podważał poziom zastosowanych przez FBSerwis cen jednostkowych dla grupy prac nr 7 w zakresie elementów stalowych (pas profilowy, prowadnica, słupek, wysięgnik). Odwołanie (str. 42) zawierało tabelę obrazującą wysokość kosztów zakupu ww. elementów w 2020 roku i 2021 r.

Jak wyjaśnił zamawiający suma całego kosztorysu FBSerwis dla Urządzeń BRD wynosiła 12.845.764,82 zł, podczas gdy wartość kosztorysu inwestorskiego dla tej pozycji wyniosła 16.751.433,80 zł (co stanowiło ok. 77% jego wartości). Zamawiający podkreślił, że wartość zamówienia została oszacowana na podstawie średnich cen jednostkowych uzyskanych w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych w innych Oddziałach GDDKiA w 2021 r., tj.:

- w Oddziale w Warszawie na *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Garwolinie*;

oraz

- w Oddziale w Gdańsku na *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z podziałem na 4 części*.

Ponadto, ceny jednostkowe, które nie zostały ujęte w kosztorysach w ww. postępowaniach zostały zaczerpnięte z obecnie obowiązujących umów na utrzymanie w GDDKiA Oddział w Łodzi. Zamawiający wskazał także, że co istotne, wykonawca FBSerwis wchodzi w skład Grupy Budimex i realizuje aktualnie umowę na utrzymanie drogi ekspresowej S8 dla Oddziału GDDKiA w Łodzi, co niewątpliwie miało korzystny wpływ na sposób ustalania cen jednostkowych do oferty. Wykonawca musi przy tego typu kontraktach mieć przygotowane zapasy materiałowe do szybkiej reakcji w razie zdarzeń drogowych lub też ma przyznane

znaczące rabaty i opusty dla tak dużego odbiorcy materiałów. Odwołujący – w ocenie zamawiającego – wydawał się nie dostrzegać, że wykonawcy FBService mogą być dostępne inne warunki cenowe i rabaty niż te, które posiada odwołujący. Tego rodzaju warunki są uzależnione od indywidualnej sytuacji każdego przedsiębiorcy funkcjonującego w określonej branży. Za chybioną należy uznać także argumentację, że w innym postępowaniu wykonawca FBService złożył ofertę z cenami wyższymi niż w tym obecnie prowadzonym. Kwestia ukształtowania ceny ofertowej w ramach danego postępowania jest uprawnieniem przysługującym wyłącznie wykonawcy, który na dany moment ocenia swoją własną sytuację i przyjmuje określoną strategię działania.

Izba uznała powyżej zaprezentowaną argumentację za godną zaaprobowania. W tym kontekście stanowisko odwołującego okazało się niewystarczające. Podobnie dowody złożone przez odwołującego dla tej części zarzutu, w ocenie składu orzekającego, nie mogły zdecydować o uwzględnieniu stanowiska odwołującego. Jak słusznie zauważył na rozprawie pełnomocnik wykonawcy FBService wyliczenia odwołującego w zakresie cen materiałów w tym przede wszystkim stali odzwierciedlały i koncentrowały się według stanu na wrzesień 2021 r. Z dowodu złożonego przez samego odwołującego tj. z wydruku informacji z GUS wynikało, że cena za stal, żeliwo i żelazostopy była największa właśnie w sierpniu i wrześniu 2021 r. Zdaniem składu orzekającego budowanie zasadniczej części argumentacji w oparciu o poziom cen za stal jaki przypadał w szczytowym okresie wzrostów cen za ten materiał obarczone było wątpliwościami co do jej obiektywizmu szczególnie, że z ww. dokumentu wynikało, że od października 2021 r. cena za stal, żeliwo i żelazostopy wykazywała tendencję spadkową w stosunku do wskaźników z sierpnia i września 2021 r. Ponadto jak wynikało z dowodu w postaci zestawienia ujętego w formie tabelarycznej dotyczącego porównania wartości pozycji TER grupa prac nr 7 – Urządzenia BRD (Wymiana/zamontowanie barier ochronnych) złożonego przez odwołującego na rozprawie udział wartości ww. pozycji w ofercie FBService kształtował się na poziomie 12,58%, a w ofertach sześciu innych wykonawców od 14,02% do 21,64%. Odwołujący nie przekonał składu orzekającego, że wartość tej grupy prac stanowiła istotny składnik ceny oferty. Dodatkowo Izba zauważyła, że odwołujący kwestionował ww. pozycję cenową w ofercie FBService, która stanowiła 12,52% globalnej ceny oferty tego wykonawcy, a nie kwestionował tej pozycji kosztowej w ofercie wykonawcy PRD, która stanowiła niewiele większą część oferty tego wykonawcy (14,02%). Okoliczność ta pośrednio potwierdzała, że odwołujący opracował argumentację w ramach tej części zarzutu przede wszystkim w celu wyeliminowania oferty wykonawcy FBService z postępowania.

Reasumując Izba uznała, że w przypadku ceny oferty wykonawcy FBService nie zaistniały okoliczności uprawniające zamawiającego do wystąpienia do żądania wyjaśnień względem ceny ofertowej w aspekcie podejrzenia występowania rażąco niskiej w kontekście pozycji

kosztowych wskazywanych przez odwołującego. W związku z tym zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp został oddalony.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wadliwego uznania przez zamawiającego, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu w związku z nieprawidłowym wniesieniem wadium, Izba w całej rozciągłości przyjęła i uznała za zasadną argumentację podaną przez zamawiającego w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zawartą w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 grudnia 2021 r, która została szeroko zacytowana powyżej na str. 50-54.

Ponadto jeśli chodzi *stricto* o stanowisko zawarte w odwołaniu Izba doszła do przekonania, że nie zasługiwało ono na uwzględnienie, szczególnie mając na uwadze argumentację zamawiającego podaną w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający słusznie stwierdził, że stanowisko odwołującego prowadzące do zrównania sytuacji wygaśnięcia gwarancji wadialnej z sytuacją opisaną w art. 98 ust. 3 Pzp dotyczącą złożenia wniosku o zwrot wadium, o której mowa w ust. 2 powołanego przepisu, należy uznać za chybione. Zgodnie z art. 98 ust. 2 Pzp zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

- 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- 2) którego oferta została odrzucona;
- 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Według ust. 3 powołanego wyżej przepisu złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX. Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 98 ust. 2 Pzp nie reguluje kwestii wygaśnięcia gwarancji wadialnej a zupełnie inną materię – zwrotu wadium. Są to dwa różne zagadnienia, które nie mogą być utożsamiane. Przepis art. 98 ust. 2 Pzp enumeratywnie wymienia przypadki zwrotu wadium na wniosek i określa maksymalny termin na jego zwrot. Odwołujący błędnie utożsamiał zwrot wadium z wygaśnięciem gwarancji wadialnej. Istotnym jest, że są to dwie różne i odrębne od siebie instytucje. Powyższego zapatrywania nie zmienia również przepis art. 98 ust. 3 Pzp, który wiąże ze złożeniem wniosku skutek w postaci rozwiązania stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Stanowi to o swoistym zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia w stosunku wykonawca – zamawiający. Podkreślenia wymaga, że czymś innym od wygaśnięcia gwarancji wadialnej jest rozwiązanie stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

W aspekcie omawianego zagadnienia niezwykle istotne znaczenia ma również treść art. 98 ust. 5 Pzp, który stanowi, że zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu z wadium. Bazując na treści gwarancji złożonej przez odwołującego należało stwierdzić, że przepis ten pozostałby „martwy” z uwagi na to, że każdorazowo w sytuacji, gdy wykonawca złożyłby wniosek to gwarancja wygasłaby samoistnie. Tym samym żadnego znaczenia nie miałoby oświadczenie zamawiającego składane gwarantowi o zwolnieniu z wadium. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający prawidłowo uznał, że złożona przez odwołującego gwarancja zapłaty wadium w zakresie pkt 8 nie spełniała wymogu określonego w art. 98 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu z wadium. Zatem nie ma tutaj automatyzmu i gwarancja wadium nie powinna wygasać automatycznie bez oświadczenia zamawiającego. Natomiast pkt 8 ppkt 1-4 gwarancji prowadziły do wygaszenia ważności wadium przedwcześnie, a więc jeszcze przed dokonaniem jego zwrotu przez zamawiającego regulowanego przepisami art. 98 ust. 2 Pzp, a poprzez to do zwolnienia się przez gwaranta z odpowiedzialności z tytułu gwarancji.

Powyższa argumentacja może mieć swoje przełożenie w praktyce, ponieważ nie trudno wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający w związku ze spełnieniem ustawowych przesłanek zdecydowałby się uruchomić wadium, a wykonawca legitymujący się gwarancją wadium zawierającą tożsame postanowienia, które w przedmiotowym postępowaniu zostały zakwestionowane przez zamawiającego mógłby niejako ubiec czynność zamawiającego i wnieść o zwrot wadium, co skutkowałoby wygaśnięciem wadium, a przez to niezabezpieczeniem interesu zamawiającego.

Stanowiska odwołującego nie potwierdziły przy tym złożone przez niego dowody. Oświadczenie złożone przez odwołującego w dniu 10 stycznia 2022 r. zawierało interpretację treści gwarancji przetargowej zapłaty wadium Nr RW/GW/45/869/10262/2021, co potwierdzało, że jej treści była niejednoznaczna. Natomiast dokumenty załączone do odwołania oraz przedstawione na rozprawie, które zostały złożone w innych postępowaniach nie mogą być probierzem prawidłowości złożonej przez odwołującego gwarancji wadium przez co nie mogły potwierdzić zasadności podniesionego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.

W konsekwencji oddalenia wszystkich powyżej wskazanych zarzutów potwierdzenia nie mógł znaleźć także ostatni zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczący naruszenia art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust 2 Pzp, który miał charakter wynikowy wobec pozostałych zarzutów. Ponadto Izba stwierdziła, że postawiony zarzut powinien podlegać oddaleniu także z uwagi na to, że kwestionowana przez odwołującego czynność zamawiającego dotyczyła błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie czynności

nieprawidłowo zastosowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, ponieważ do tego właśnie referuje przepis art. 239 ust. 1 Pzp.

Sygn. akt KIO 3732/21

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołujący zwrócił uwagę na trzy kwestie, które jego zdaniem powodowały, że zachowanie zamawiającego było nieprawidłowe:

- 1) niedopuszczalność całościowego zastrzeżenia poufności wyjaśnień;
- 2) niewykazanie przez Konsorcjum działań, które zostały podjęte w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji;
- 3) niewykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Przechodząc oddzielnie do każdej z powyżej wymienionych kwestii Izba przyjmując w znacznej mierze stanowisko Konsorcjum uznała, że:

Ad. 1) Wykonawca PRD w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 października 2021 r. przesłał zamawiającemu trzy spakowane pliki dokumentów (datowane na 18 października 2021 r.): „WYJAŚNIENIE ELEMENTÓW OFERTY MAJĄCYCH WPŁYW NA CENĘ (część jawna)”, „WYJAŚNIENIE ELEMENTÓW OFERTY MAJĄCYCH WPŁYW NA CENĘ (tajemnica)” oraz „UZASADNIENIE ZASTRZEŻENIA JAKO TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA WYJAŚNIEŃ DOTYCZĄCYCH CENY”. W każdym znajdowały się pisma ze stanowiskiem wykonawcy oraz dowody.

W odwołaniu nie zostało sprecyzowane jakie konkretnie informacje zostały nieskutecznie zastrzeżone. Próba indywidualnego podejścia do poszczególnych informacji pojawiła się w odwołaniu wyłącznie w kontekście ich zróżnicowanej wartości. Brakuje natomiast wyводу kwestionującego potraktowanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako materiału stanowiącego całość (zbiór elementów) o poufnym charakterze. W szczególności, w pkt 2.1. odwołania, który miał się odnosić do kwestii niedopuszczalności całościowego zastrzeżenia poufności wyjaśnień, odwołujący ograniczył się do zacytowania orzecznictwa i powtórzenia, że *Konsorcjum zastrzegło całość wyjaśnień*. Nic więcej w tym zakresie nie zostało wskazane. Kolejno bowiem w ramach tego punktu odwołujący podniósł już twierdzenia dotyczące działań podejmowanych w celu zachowania poufności i wartości gospodarczej tajemnicy (co następnie rozwinął w pkt. 2.1.2 i 2.1.3). Zarzut całościowego utajnienia wyjaśnień został przedstawiony hasłowo, bez odniesienia do choćby generalnie zarysowanych zagadnień będących elementem wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie podniósł, że inne informacje niż przedstawione w części jawnej wyjaśnień z 18 października 2021 r. nie zasługują na utajnienie. W takiej sytuacji zarzut całościowego utajnienia informacji nie mógł się ostać.

Ad. 2. Przechodząc do omówienia starań jakie wykonawca PRD poczynił w celu utrzymania w tajemnicy newralgicznych danych na wstępie należało stwierdzić, że odwołujący w istocie zarzucił brak dowodów na okoliczność przedsięwziętych działań.

W ocenie składu orzekającego, na gruncie art. 18 ust. 3 Pzp, istotne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można przy tym utożsamiać „wykazania” z „udowodnieniem”, zwłaszcza w sytuacji, gdy Pzp zawiera regulacje o charakterze materialnoprawnym, które literalnie formułują obowiązek udowadniania określonych okoliczności. W art. 110 ust. 2 Pzp przewidziano udowodnienie zamawiającemu braku podstaw wykluczenia w warunkach tzw. samooczyszczenia. Wykonawca, w odniesieniu do którego zachodzą niektóre przesłanki wykluczenia, może się uchylić od tej konsekwencji podejmując czynności potwierdzające jego rzetelność. Podobne regulacje zawiera art. 224 ust. 2 Pzp wskazujący na konieczność żądania złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Analogicznych postanowień nie ma w art. 18 ust. 3 Pzp, który wymaga wykazania tajemnicy.

Niewątpliwie „wykazanie” jest pojęciem szerszym od „udowodnienia”, jednakże w ocenie Izby wykazanie polega na wiarygodnym przedstawieniu okoliczności uzasadniających określone stanowisko, które dla potwierdzenia jego zasadności powinno opierać się o weryfikowalne założenia, które najczęściej znajdują oparcie w załączonych dokumentach. W związku z tym z jednej strony w zdecydowanej większości przypadków przy wykazywaniu zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uciec od dokumentów, które mają potwierdzić prawidłowość takowego uzasadnienia, z drugiej natomiast strony dokumenty czy też dowody nie są konieczne dla wykazania każdej okoliczności przywołanej w uzasadnieniu zastrzeżenia. W związku z tym ocena prawidłowości skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zależy od indywidualnego stanu danej sprawy i powinna uwzględniać przede wszystkim charakter i rodzaj zastrzeganych informacji, adekwatność uzasadnienia zastrzeżenia oraz podane przez zastrzegającego środki służące weryfikacji argumentów zawartych w tym uzasadnieniu.

W kontekście zakresu inicjatywy dowodowej należy zwrócić uwagę, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega utajnieniu. Tak więc musi być sporządzone w sposób z jednej strony umożliwiający weryfikację zastrzeżenia, ale zarazem taki, aby nie ujawniało metod chroniących poufne dane. W rezultacie nie można oczekiwać aby przedsiębiorca dokładnie scharakteryzował narzędzia wykorzystywane do zabezpieczenia danych, albowiem stwarzało by to ryzyko ich sforsowania. To zaś niweczyłoby wszystkie starania w celu ich ukrycia.

Odwołujący stwierdził, że należało przedstawić polityki bezpieczeństwa oraz zdjęcia „sejfów, alarmów, zamków” itd. W okolicznościach przedmiotowej sprawy walor dowodowy zdjęć należało uznać za znikomy. Aby były wiarygodne musiałyby zostać wykonane w

odpowiednim ujęciu. Na tle elementów pozwalających ustalić lokalizację sejfu w siedzibie spółki. Tymczasem doświadczenie życiowe podpowiada, iż sejfy są z reguły maskowane, tak aby nie były widoczne po wtargnięciu do pomieszczenia osób nieuprawnionych. Nie sposób oczekiwać aby takie dokładne informacje musiały być składane zamawiającemu.

Przede wszystkim jednak najważniejszym zabezpieczeniem wrażliwych informacji przedsiębiorstw jest ograniczenie liczby osób, które je posiadają. Odwołujący całkowicie pominął okoliczność, iż podejmowane działania chroniące informacje poufne powinny być adekwatne do jej charakteru oraz struktury podmiotu, które chce je zabezpieczyć. Tymczasem art. 11 ust. 2 UZNK referuje do należytej staranności. Ustawodawca nie wymaga żadnych konkretnych działań od podmiotu uprawnionego do rozporządzania tajemnicą, a jedynie ogólnej staranności w tym zakresie. Sensem tej regulacji jest wyeliminowanie zarzutów naruszenia tajemnicy w odniesieniu do informacji, której sam zainteresowany nie osłaniał. Aby domagać się ochrony uprawniony musi najpierw sam odpowiednio się zachować (w sposób świadczący o woli zabezpieczenia danych). Nie można tego zrównywać z obowiązkiem wdrożenia najnowszych i najlepszych rozwiązań mechanicznych, czy systemowych. O adekwatności użytych narzędzi decyduje przedsiębiorca, bacząc na wagę określonych informacji, ich podatność na działania konkurencji, własne możliwości i prawdopodobieństwo złamania (sforsowania) zabezpieczeń. Reasumując – nie można generalizować oczekiwań w zakresie czynności asekurujących aktywa przedsiębiorców.

Konsorcjum słusznie wskazało, że jak to zostało szczegółowo opisane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały przygotowywane przez zamknięty krąg osób: trzy osoby ze strony Sandfield (kierownictwo będące zarazem udziałowcami oraz pracownik przewidywany na stanowisko Kierownika utrzymania) oraz trzy osoby ze strony PRD (Zarząd, pracownik i jeden z członków rady nadzorczej).

W dalszej kolejności Konsorcjum wyjaśniło, że taka formuła nie była przypadkowa. Z jednej strony, spółki wyszły z przekonania, że wtajemniczenie większej liczby osób wiązałoby się z ryzykiem ujawnienia informacji wrażliwych, a ponadto, samego zamiaru ubiegania się o przedmiotowe zamówienie po wielu latach nieobecności na rynku. Z drugiej strony, konsorcjanci mieli bazować na wzajemnym zaufaniu wynikającym ze zbieżnych interesów nie tylko w ramach omawianego zadania publicznego. Sandfield jest mniejszościowym akcjonariuszem PRD. Wspólne wysiłki podejmowane w ramach postępowania (zwłaszcza związane z kalkulacją ceny) zostały zatem podwójnie zabezpieczone: (a) poprzez wspomniane relacje właścicielskie; (b) umowę o zachowaniu poufności. Finalne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pozostały znane wyłącznie kilku osobom – zarządom spółek, prokurentowi Sandfield i członkowi rady nadzorczej PRD. Zawężenie kręgu osób posiadających określone dane ułatwia identyfikację źródła ich wycieku, co skutecznie

mobilizuje przed niefrasobliwością, nie mówiąc o działaniu intencjonalnym. Jednocześnie odpowiedzialność osób działających w oparciu o stosunek korporacyjny za naruszenie obowiązków w zakresie ujawnienia informacji poufnych wynika z powszechnie obowiązujących przepisów. Osoby wchodzące w skład organów spółek kapitałowych z mocy ustawy zobowiązane są do nieujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum wskazało ponadto, że zasadniczo ograniczając dostęp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny osobom spoza ww. grona podjęło zatem najdalej idące środki staranności, aby zabezpieczyć je przed rozpowszechnianiem. Zarazem jedyna osoba spoza „władz”, która uczestniczyła w procesie ofertowania, zobowiązała się do zachowania w poufności informacji, które uzyskała w związku z jej zaangażowaniem przez Konsorcjum.

Mając powyższe na uwadze Izba doszła do przekonania, że Konsorcjum opisało w uzasadnieniu tajemnicy w jaki sposób zamierza ją chronić i przedstawiło odpowiednie dowody na tę okoliczność. Aspekty działalności, w odniesieniu do których odwołujący oczekiwał większej szczegółowości oraz dodatkowych dowodów (zdjęć sejfów, zamków, alarmów) nie były kluczowe z perspektywy modelu i struktury wdrożonych w Konsorcjum mechanizmów ochronnych. Zamki, alarmy, ochrona, karty dostępu są niewątpliwie standardowymi zabezpieczeniami stosowanymi przez większość przedsiębiorców. Zostały wymienione dla dalszego uwiarygodnienia wyjaśnień, a ich dostępność nie powinna budzić wątpliwości. Tym samym należało stwierdzić, że Konsorcjum przedstawiło procedurę i dowody, które w sposób adekwatny i bezpośredni odnosiły się do działalności z zakresu kalkulacji ofert na potrzeby przedmiotowego postępowania

Ad. 3) Na wstępie należało stwierdzić, że odwołujący nie kwestionował faktu, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny obiektywnie miały wartość gospodarczą. Podniósł jedynie, że może być ona różna w odniesieniu do poszczególnych informacji (jego zdaniem inna jest wartość gospodarcza wynagrodzeń, a inna warunków handlowych umów z kontrahentami). Na gruncie art. 18 ust. 3 Pzp, czy art. 11 ust. 2 UZNK – nie jest istotne czy wartość informacji jest wysoka, czy niska. Nie ma znaczenia, czy wynosi 1000 zł, czy 1 000 000 zł. Warunkiem jest możliwość przypisania określonej informacji jakiegokolwiek wartości gospodarczej. A *contrario*, nie podlegają ochronie jedynie informacje bezwartościowe. W żadnym zarzucie odwołania nie ma twierdzenia o braku wartości gospodarczej wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Były jedynie oczekiwania aby dokonać wyceny każdej indywidualnie oznaczonej informacji zawartej w tych wyjaśnieniach.

Wartość tajemnicy przedsiębiorstwa została wyszczególniona w części C uzasadnienia. Wykonawca PRD nie tylko dokonał wyceny tego aktywa na 12 mln zł, ale również zreferował z czego ona wynika.

Tymczasem odwołujący utożsamiał wartość gospodarczą tajemnicy z wartością wynagrodzeń pracowników, czy warunkami umów handlowych z podwykonawcami. W ocenie składu

orzekającego wartość ta może mieć większy wymiar. Zastrzeżenie tajemnicy ma bowiem na celu ochronę danych kluczowych z punktu widzenia przygotowania najkorzystniejszej oferty w takich postępowaniach jakie prowadzi zamawiający. Uzyskanie dostępu do warunków na jakich jeden wykonawca nabywa niezbędne towary i usługi na potrzeby realizacji zamówienia może spowodować, że w przyszłości nie będą one dla niego dostępne lub też będą dostępne również dla jego konkurentów. W rezultacie spowodują, że wykonawca nie będzie konkurencyjny w kolejnych przetargach. Dlatego też Konsorcjum słusznie wartość tę upatrywało w przybliżonym zysku z przedmiotowego zadania, w oparciu o wyliczenia zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach. Jeśli przyjąć model odwołującego, to wartość tajemnicy byłaby niższa, nadal jednak by występowała. Skoro bowiem są nią wynagrodzenia jakie wynikają z ofert i umów, to trudno zakładać, aby ktoś realizował usługi nieodpłatnie. Zarazem można było tę wartość ustalić po prostu sięgając do załączników do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Podsumowując, w ocenie składu orzekającego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy żadna z trzech powyżej wymienionych kwestii podniesionych przez odwołującego nie znalazła swojego potwierdzenia. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp.

Kolejna i zarazem ostatnia grupa zarzutów odnosiła się do okoliczności spełnienia przez wykonawcę PRD warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4.2 lit. a) 1) SWZ, a dotyczącego pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg. Jak wskazano powyżej wykonawca PRD złożył wykaz osób, w którym na potwierdzenie warunku podanego w pkt 8.2.4.2 lit. a) 1) SWZ wskazał pana A.P.. Co istotne, doświadczenie wskazane w wykazie osób, którym legitymował się pan A.P. zostało przez niego nabyte na zadaniu realizowanym na rzecz zamawiającego. Z tego względu to właśnie zamawiający, spośród uczestników postępowania odwoławczego, miał najbardziej wszechstronną i pełną wiedzę na temat tego zadania oraz osób, które uczestniczyły w jego realizacji. Nie umknęło także uwadze składu orzekającego, że zarówno zamawiający jak i wykonawca PRD złożyli na rozprawie tożsamy dowód w postaci pisma zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2016 r. podpisanego przez pana Macieja Tomaszewskiego p.o. Dyrektora Oddziału GDDKiA w Łodzi, czyli kierownika zamawiającego, w którym wprost stwierdzono, że:

Odpowiadając na pismo L.dz. 331/2016 z dnia 22.07.2016 roku (data wpływu 27.07.2016r.) w sprawie uznania kwalifikacji Pana A.P. na stanowisko koordynatora utrzymania autostrady A2, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi informuje, iż po analizie i sprawdzeniu zadań wykonywanych przez Pana A.P. w ramach realizowanego w latach 2012 - 2016 kontraktu pn. „Całoroczne utrzymanie autostrady A2 odcinek granica województw wielkopolskiego/łódzkiego - węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555 km) w systemie „utrzymaj standard””, pomimo braku formalnego

zgłoszenia jego osoby na stanowisko koordynatora utrzymania, uznajemy posiadane przez niego kwalifikacje oraz potwierdzamy pełnienie przez Pana A.P. funkcji Kierownika (Koordynatora) Utrzymania autostrady A2.

Mając na uwadze treść powyżej zacytowanego pisma, zdaniem składu orzekającego, trudno o bardziej jednoznaczne potwierdzenie spełnienia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu przez osobę wskazaną przez Konsorcjum.

Ponadto zamawiający na rozprawie złożył:

- protokół przekazania autostrady odcinek od km 303+145 do km 362+700 z dnia 29 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami;
- protokół usunięcia usterek stwierdzonych podczas przejęcia/przekazania autostrady A2 odcinek od km 303+145 do km 362+700 z dnia 29 czerwca 2016 r.

Powyżej wymienione protokoły w swojej treści wymieniały osobę pana A.P., a daty ich sporządzenia odpowiadały okresowi, pełnienia funkcji kierownika utrzymania autostrady przez pana A.P., wskazanemu w treści wykazu osób złożonego przez Konsorcjum.

Tymczasem dowody złożone przez odwołującego nie mogły potwierdzić jego argumentacji. Wzór umowy, zgodnie z którym została sporządzona umowa z dnia 26 czerwca 2012 r. nr 4/06/U/2012 w sprawie zamówienia publicznego na *Całoroczne utrzymanie autostrady A2 na odcinku granica województwo wielkopolskiego/łódzkiego – węzeł Łódź Północ (bez węzła) od km 303+145 do km 362+700 (59,555) w systemie utrzymaj standard*, kopie aneksów do niej, wydruk korespondencji elektronicznej oraz oświadczenie pana M.M., zostały przedłożone przez odwołującego na okoliczność tego, że w ramach ww. umowy wykonawcy w § 5 ust. 3 byli zobowiązani do wskazania osoby pełniącej funkcję koordynatora, która to osoba pełniła funkcje związane z koordynowaniem prac w zakresie utrzymania oraz, że wskazany w ofercie Konsorcjum pan A.P. nie był oficjalnie zgłoszony zamawiającemu jako osoba koordynująca prace utrzymaniowe w ramach ww. umowy. Po pierwsze pismo z dnia 30 sierpnia 2016 r., pochodzące od zamawiającego, zniweczyło wartość dowodową ww. dokumentów. Po drugie zamawiający nie wymagał w specyfikacji, aby osoba pełniąca funkcję Kierownika ds. Utrzymania Dróg była oficjalnie zgłoszona i wskazana we wcześniejszej umowie. Po trzecie brak formalnego zgłoszenia pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na fakt nabycia realnego doświadczenia w wykonywaniu obowiązków kierownika ds. utrzymania na kontrakcie.

Jak wynikało z powyższego nie potwierdziły się zarzuty niewykazania przez Konsorcjum spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie ww. warunku. Tym samym nie sposób było stwierdzić, że wykonawca PRD w wyniku celowego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji na temat spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy też w wyniku lekkomyślności lub

niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W konsekwencji Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp oraz art. 128 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że oba odwołania podlegały oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 3730/21 i KIO 3732/21, był art. 556 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisów od obu odwołań oraz zasądzając od odwołujących na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie złożonych na rozprawie rachunków.

Przewodniczący:

.....

.....