

Sygn. akt: KIO 1357/18, KIO 1367/18, KIO 1387/18

WYROK

z dnia 26 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Emilia Garbala
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2018 r., 27 lipca 2018 r, 11 września 2018, 13 września 2018 r., 20 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 9 lipca 2018 r. przez wykonawcę **AVR S.A. w Krakowie** (sygn. akt KIO 1357/18),
- B) w dniu 9 lipca 2018 r. przez wykonawcę **L.K., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą L.K., Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna** (sygn. akt KIO 1367/18),
- C) w dniu 13 lipca 2018 r. przez wykonawcę **AVR S.A. w Krakowie** (sygn. akt KIO 1387/18),

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1357/18, KIO 1367/18 i KIO 1387/18 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **L.K., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą L.K., Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1357/18 i KIO 1387/18 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1357/18,**
2. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1367/18,**

3. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1387/18,**
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1357/18 obciąża wykonawcę **AVR S.A. w Krakowie** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AVR S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy **AVR S.A. w Krakowie** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Rzeszowie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1367/18 obciąża **L.K., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą L.K., Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna** i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **L.K., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą L.K., Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna** tytułem wpisu od odwołania,
 - 5.2. zasądza od wykonawcy **L.K., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą L.K., Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Rzeszowie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1387/18 obciąża wykonawcę **AVR S.A. w Krakowie** i:
 - 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AVR S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 6.2. zasądza od wykonawcy **AVR S.A. w Krakowie** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Rzeszowie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Rzeszowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A4, drogi ekspresowej S19 i dróg krajowych nr 97, nr 9 i nr 94 z podziałem na dwa zadania. Numer referencyjny: O.RZ.D-3.2413.6.2018”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 lutego 2018 r. nr 2018/S 033-071951.

29 czerwca 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę AVR S.A. w Krakowie, zwanego dalej „odwołującym AVR” oraz wykonawcę L.K., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą L.K., Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna, zwanego dalej „odwołującym K.”, o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego AVR oraz odwołującego K. W dniu 3 lipca 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego AVR i odwołującego K. o odtajnieniu złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dniu 9 lipca 2018 r. i w dniu 13 lipca 2018 r. odwołujący AVR wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W dniu 9 lipca 2018 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie złożone przez odwołującego K. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 1357/18, sygn. akt KIO 1387/18 oraz sygn. akt KIO 1367/18.

Odwołujący AVR wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1357/18 wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty.

Odwołujący AVR zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego AVR, pomimo, iż nie była ona niezgodna z postanowieniami SIWZ, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania odwołującego AVR do złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedłożonej oferty, w sytuacji gdy zamawiający uznał, iż jest ona niezgodna z SIWZ,

- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu przez zamawiającego ustalenia przed odrzuceniem oferty AVR czy nie stanowi ona „omyłki” podlegającej poprawie,
- 4) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez jego zastosowanie i uznanie złożonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp za niewystarczające, a w konsekwencji uznanie, iż oferta AVR winna podlegać odrzuceniu z uwagi na „rażąco niski” charakter ceny w niej zawartej w sytuacji, gdy wykonawca przedłożył wyczerpujące, obszerne i zgodne z wezwaniem zamawiającego wyjaśnienia, które poparł szeregiem niezakwestionowanych przez zamawiającego dowodów,
- 5) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegające na nieobiektywnej ocenie złożonych w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez AVR wyjaśnień, naruszającej zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego AVR,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na jego zastosowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego AVR jako zawierającej „rażąco niską cenę” w sytuacji, gdy z przedstawionych argumentów zawartych w uzasadnieniu do swej decyzji zamawiający okoliczności tej nie wykazał,
- 7) art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp polegające na uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego AVR, w sposób utrudniający odwołującemu poznanie wszystkich czynników, które wpłynęły na decyzję zamawiającego, a w konsekwencji odniesienia się do nich w odwołaniu, co w konsekwencji powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący AVR wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy EUROVIA Polska S.A., zwanego dalej „przystępującym Eurovia” jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego AVR,
- 3) wezwania odwołującego AVR do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wątpliwości zamawiającego, które skutkowały uznaniem, iż oferta jest niezgodna z SIWZ postępowania,
- 4) dalszego badania i oceny oferty odwołującego AVR z uwzględnieniem okoliczności podniesionych w odwołaniu i na rozprawie,
- 5) wezwania odwołującego AVR do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazujących brak podstaw do wykluczenia,

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp odwołania odwołujący AVR podniósł, że przedmiotowy zarzut jest zarzutem wynikowym. Z naruszeniem zasad ogólnych z art. 7 ustawy Pzp będziemy mieć do czynienia w sytuacji potwierdzenia się innych zarzutów wskazanych w odwołaniu, a więc naruszenia konkretnych norm prawnych regulujących przedmiotowe postępowanie. Wywiódł, że zasada równego traktowania wykonawców, zabraniająca zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców. Z kolei zasada legalizmu wynikająca z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zarzut ten powinien być uwzględniony, albowiem zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy pzp odrzucił ofertę odwołującego AVR, a następnie w konsekwencji tych czynności podjął decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej tę złożoną przez przystępującego Eurovia.

W uzasadnieniu zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odwołujący AVR podniósł, że brak konkretnego i przesądzającego zapisu w treści SIWZ niweczy możliwość zastosowania art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w przypadku jego zastosowania decyduje o naruszeniu przepisów Pzp. Odnosząc się do sporządzonego przez zamawiającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący AVR wskazał na jego nieprecyzyjność i wysoki poziom ogółu, który wymijająco odnosi się do zapisów SIWZ w częściach „rzekomo” świadczących o niezgodności treści oferty z SIWZ. Ponadto dokument ten - w obszarze „niezgodności z SIWZ” oraz „rażąco niskiej ceny” - ma charakter „subiektywny”, albowiem opiera się na „założeniach”, „szacunkach” zamawiającego, a nie twardych danych i postanowieniach SIWZ. Zamawiający wskazuje chociażby na str. 8 i 9 - jako niezgodną z zapisami SIWZ - liczbę pracowników przewidzianych do realizacji kontraktu przez odwołującego AVR w dokumencie wyjaśnień stwierdzając (na str. 8) : „Ogólnie kwestia liczby pracowników zaangażowanych w realizację zamówienia została przez Wykonawcę niedoszacowana w całych wyjaśnieniach w stosunku do wymagań SIWZ i brak jest wskazania realnie potrzebnej min ilości pracowników”. Według odwołującego w omawianym fragmencie zamawiający odnosi się do jednego tylko konkretnego zapisu SIWZ (OPZ str. 153 pkt 7 ppkt 6), wedle którego „*Wykonawca oddeleguje do wykonywania czynności określonych przez OPZ taką liczbę pracowników by proces zimowego utrzymania mógł być realizowany w systemie ciągłym 24 godz/h we wszystkie dni tygodnia przy uwzględnieniu ograniczeń czasu pracy pracowników zgodnie z kodeksem pracy*”. Jak więc wynika z powyższego zamawiający nie wskazał w przywołanym fragmencie OPZ żadnej konkretnej

liczby pracowników, którą musi się wykazać wykonawca, a jedynie użył terminu „taka liczba pracowników”, czyli jak wynika z literalnego brzmienia tego zapisu „wystarczająca”, „dostateczna”, do tego by „proces zimowego utrzymania mógł być realizowany w systemie ciągłym 24 godz/h we wszystkie dni tygodnia” Tym samym wyciąganie innych wniosków z przywoływanego zapisu SIWZ ponad te wynikające z jego brzmienia są nieuzasadnioną próbą ich „interpretacji” przez zamawiającego, która nie jest osadzona w konkretnych postanowieniach SIWZ.

Odwołujący AVR podniósł, że w dalszej części omawianego fragmentu uzasadnienia zamawiający przeprowadza wywód, z którego wynika, iż pracowników miast 32 (AVR) powinno być 55. Końcowa liczba - niezbędną zdaniem zamawiającego „etatowych pracowników AVR” (55) - poparta jest nie konkretnym zapisem SIWZ, a „założeniami” zamawiającego, który pomija np. fakt, podnoszony w wyjaśnieniach, iż odwołujący AVR realizuje dla zamawiającego 2 kontrakty, których przedmiotem jest kompleksowe utrzymanie autostrad, przez co wiedzę praktyczną co do realizacji tego typu kontraktów posiada. Zamawiający bagatelizuje fakt, iż wykonawca dla samej GDDKiA realizuje kilka podobnych kontraktów (na autostradach A1, A4 oraz drodze szybkiego ruchu S 17), tylko w oparciu o „własne obliczenia” „własne szacunki” „własne dane” przesądza, że wykonawca „błędnie zakłada” „myli się” lub nawet - jak stwierdza na stronie 11 - „nie doczytał”, „nie zrozumiał warunków” i w konsekwencji stwierdza niezgodność treści oferty z SIWZ.

Odwołujący AVR podniósł, że kwestię ilości pracowników zamawiający uregulował na str. 34 OPZ pkt. 2.7 „Kadra Wykonawcy” nie wskazując w żadnym miejscu na str. 34 - 40, że pracowników ma być 55. Tam też na str. 38 („Personel Wykonawcy”) zamawiający wskazał, że do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca musi zapewnić niezbędną liczbę pracowników, w tym:

- a) kierownika utrzymania (koordynator) w liczbie 1 osoby,
- b) dyżurnych OUA w liczbie 4 osoby,
- c) pracowników brygad patrolowych w liczbie nie mniejszej niż 2 osoby,
- d) operatorów nośników ZUD - w ilości gwarantującej jednoczesną pracę wszystkich nośników plus operatorów rezerwowych.

Ponieważ lit. d nie zawiera określonej liczby pracowników, zamawiający nie może jej multiplikować i „kreować” na własne potrzeby w oparciu o nieistniejące zapisy SIWZ. Niestaranność uzasadnienia potwierdza chociażby fragment o ilości niezbędnych nośników ZUD. Według OPZ (załącznik 14.1) dla zadania 1 nośników ZUD jest 14 sztuk, a nie jak wskazuje zamawiający 13 (wskazana przez zamawiającego wartość wymagana jest dla zadania nr 2). Wykonawca w swoich kalkulacjach przyjął 18 operatorów (a więc w samej ilości etatów jest już 4 osobowa rezerwa czego nie dostrzega zamawiający), a dodatkowo założył - w przypadku konieczności prowadzenia dłuższej akcji ZUD - budżet na zatrudnienie

operatorów rezerwowych zgodnie z zapisami OPZ, co zilustrował w poz. 3 tabeli nr. 3.2.10.2 na str. 112 swych wyjaśnień z dnia 4 czerwca 2018 r. Fakt, iż zamawiający nie dostrzegł czy też pominął wskazaną tabelę potwierdza brak lub wybiórczość analizy złożonych przez AVR wyjaśnień. Odwołujący wywiódł, że również pozostałe „założenia” zamawiającego wskazane w tym fragmencie pisma mają li tylko charakter jego „spekulacji” i nie są wykazane albo poprzez konkretne odniesienie się do zapisów SIWZ, czy nawet konkretnych dokumentów postępowania ani poprzez wskazanie przez zamawiającego na jakich dokumentach oparł swe „wyczerpanie”. Podniósł, że postawiony zarzut co do zasady dotyczy nie jednego z elementów skutkujących uznaniem oferty za niezgodną z SIWZ, ale wszystkich fragmentów pisma zamawiającego z dnia 29 czerwca 2018 r. w których o takiej niezgodności wspomina się.

Zdaniem odwołującego AVR innym przykładem potwierdzającym okoliczności o których wspomina się powyżej (wadliwe procedowanie i uzasadnienie) jest uznanie przez zamawiającego w pkt 9 (str. 7 pisma z dnia 29 czerwca 2018 r.), iż wskazane w wyjaśnieniach AVR pojazdy (tabela 4.3.1.1 str. 161), są niezgodne z SIWZ (jak wskazał zamawiający w zakresie określonym pkt 2.8 OPZ). Zamawiający uznał bowiem, iż wskazanie przez odwołującego się w tabeli 4.3.1.1 wyjaśnień wieku pojazdów AVR w przedziale czasowym 2012 - 2018 skutkuje tym, iż wykonawca będzie dla realizacji umowy wykorzystywał pojazdy starsze niż 5 lat. Odwołujący argumentował, że użyty dla pozycji 7 - 9 w przywołanej tabeli zwrot „od 2012 do 2018”, odnosił się do „zakresu roczników pojazdów”. Tym samym z uwagi na znaczenie słowa „zakres” tj. „przedział”, „okres” zamawiający nie mógł wiedzieć czy pojazdy używane dla realizacji kontraktu będą jak chciał z roku 2012 czy też roku 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 czy 2018. Ponieważ w oparciu o tak skonstruowaną tabelę nie można wyciągać przesądających wniosków wydaje się zasadne i konieczne skorzystanie z instrumentów wyjaśniających o których mowa w art. 87 ust 1 ustawy Pzp lub innych, o czym będzie mowa poniżej. Wywodził, że sam zamawiający w przywołanym przez siebie pkt 2.8 OPZ (str. 39 - 42) w pkt 1 - 3 opisując „wymagania w zakresie pojazdów i sprzętu” wykazał się nieprecyzyjnością, albowiem np. w pkt 2 („pojazd patrolowo - kontrolny”) wskazał, że „wymaga się by średnia wieku wszystkich pojazdów patrolowych” podczas gdy opisywał inną kategorię pojazdu (wskazany pojazd patrolowo - kontrolny). Kolejno w pkt 3 („pojazdy dostawcze”), także pomimo, iż opis dotyczy innej kategorii pojazdu zawarł zapis „wymaga się by średnia wieku wszystkich pojazdów patrolowych.....”.

Odwołujący podniósł także, że stosownie do postanowień SIWZ pkt 14 („Opis sposobu przygotowania oferty”) ppkt 14.5 Zamawiający wskazał, iż ofertę stanowi zamknięty katalog dokumentów, a to Formularz „Oferta”, Formularze 2.1, 2.1a, 2.1b, 2.1c. Tym samym zagadnieniem istotnym z uwagi na brzmienie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp jest, czy można odrzucić „ofertę” wykonawcy z uwagi na domniemaną „niezgodność” z treścią SIWZ innych

dokumentów wytwarzanych w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ofertą nie będących, a więc także w oparciu o wyjaśnienia ceny oferty odwołującego AVR. Skoro zamawiający uznał, iż odwołujący AVR złożył w omawianym zakresie ofertę niezgodną z SIWZ, to winien przed podjęciem decyzji o odrzuceniu zastosować art. 87 ust 1 ustawy Pzp oraz obligatoryjnie rozważyć zastosowanie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp z dwóch powodów. Po pierwsze mógł ustalić właściwą intencję Odwołującego się w zakresie deklarowanego w tabeli sprzętu. Ponadto obowiązkiem zamawiającego w przypadku zamiaru odrzucenia oferty w oparciu o treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp jest zbadanie czy zastosowania w omawianej sytuacji nie znajduje procedura o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał wezwania go do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, gdy pojawiły się wątpliwości, które skutkowały odrzuceniem oferty AVR. Argumentował, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, choć nie wskazuje na to jego literalne brzmienie, ma charakter obligu. Na charakter ten wskazują wyniki wykładni celowościowej i funkcjonalnej, zwłaszcza w kontekście obowiązków nałożonych przez ustawodawcę na zamawiającego, jako na gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podniósł, że zamawiający nie wezwał odwołującego do wyjaśnień, co było niezbędne i konieczne dla ustalenia, czy istnieje podstawa odrzucenia oferty i czy ma ona charakter zasadniczy i nieusuwalny. Zamawiający - nie podejmując żadnych czynności - przesądził i samodzielnie zinterpretował wyjaśnienia - na niekorzyść AVR. Zamawiający winien zapytać (bo nie posiadał takiej wiedzy wprost z tekstu wyjaśnień) czy AVR zamierza wykorzystać pojazdy starsze niż 5 lat tzn. z roku 2012 czy też przeciwnie z lat kolejnych.

Ponadto ustawowym obowiązkiem zamawiającego przed odrzuceniem oferty było ustalenie czy owa „niezgodność” nie kwalifikuje się do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. U podstaw wprowadzenia do ustawy Pzp art. 87 w tym ust. 2 pkt 3 leżała idea redukcji liczby odrzucanych ofert właśnie z uwagi na „bagatelne” i nieistotne „omyłki”.

Wskazywał, że to, iż mamy do czynienia z „istotną zmianą” należy ustalić przez pryzmat całej treści złożonej oferty, a ewentualnie dokonane zmiany odnosić do całości przedmiotu zamówienia i oferty nie zaś tylko do elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za takowe przez zamawiającego. Podniósł, że dokonanie poprawienia „innej omyłki” w dozwolonym prawnie zakresie - będące prerogatywą zamawiającego - może być o czym wspomniano już wcześniej - poprzedzone wyjaśnieniami

treści oferty przeprowadzonymi w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Nawet gdyby doszło do złożenia przez odwołującego AVR oświadczenia, które zamawiający kwalifikowałby jako „świadczące o niezgodności z SIWZ” to zastosowanie winien znaleźć art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, albowiem żaden z wymienianych w uzasadnieniu elementów w sposób istotny nie zmieniał treści złożonej oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy (wiek pojazdu, zakładana przez zamawiającego liczba pracowników).

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że ocena złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień winna być zawsze rozpatrywana przez pryzmat skierowanego do wykonawcy wezwania (w tym tego z dnia 23 maja 2018 r.) i przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Tym samym ocena wyjaśnień odwołującego AVR w zakresie zadania 1 winna nastąpić tylko i wyłącznie przez pryzmat przedmiotu postępowania. Argumentował, że przedmiot zamówienia dla zadania 1 opisany został w pkt 5 SIWZ ppkt 5.1. i wynika z niego, iż jest nim „Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A4, drogi ekspresowej S19 i dróg krajowych nr 97, nr 9 i nr 94 administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie na odcinkach: A4 od km 552+229 do km 581+092, S19 od km 460 +141 do km 467+476 i od km 467+476 do km 478+878,31, Droga krajowa nr 97 od km 0 +000 do km 2+286, Droga krajowa nr 9 od km 188 +909 do km 189+427, Droga krajowa nr 94 od km 586+933 do 587+513”. Tymczasem zamawiający rozpoczynając ocenę złożonych przez AVR wyjaśnień już na str. 4 dokonał zestawienia cen oferty AVR złożonej w aktualnym postępowaniu z cenami z postępowania z roku 2017 w postępowaniu na inny odcinek autostrady A4. Wskazywał, że postępowanie w roku 2017 obejmowało swoim zakresem tylko autostradę A4 i to w zupełnie innej lokalizacji (węzeł Rzeszów - Jarosław). Zamawiający oceniając wyjaśnienia AVR zestawiał - celem wykazania nierzetelności kalkulacji oferty AVR i niewiarygodności wyjaśnień - drogi różnych kategorii, o innych lokalizacjach i kilometrażu utrzymania i w oparciu o te działania wyciągał wnioski w stosunku do aktualnie złożonej przez AVR oferty i wyjaśnień. Ponadto wskazywał, że zamawiający - by wykazać nierealność ceny oferty odwołującego AVR oraz fakt, iż ten w swych wyjaśnieniach nie przekonał zamawiającego, iż jego oferta nie nosi znamion „rażąco niskiej” dokonał zestawienia cen jednostkowych z oferty AVR dla zadania 1 i 2 aktualnie prowadzonego postępowania. Na marginesie wskazał także na sporną w orzecznictwie możliwość uznawania oferty wykonawcy przez zamawiającego za złożoną z „rażąco niską ceną” w sytuacji gdy kilka cen jednostkowych - także zdaniem zamawiającego - jest zaniżonych. Odwołujący zwracał także uwagę, że na wysoki stopień ogółu uzasadnienia oraz operowanie „uproszczeniami” oraz

pojęciami „nieostrymi”. I tak zamawiający wielokrotnie miał stwierdzać, że „można założyć” (np. str. 4), pomijając okoliczność, iż kwestia jego założeń nie musi być zgodna z polityką prowadzenia biznesu przez wykonawcę oraz co najważniejsze, iż jego założenia nie muszą być słuszne. Ponieważ zamawiający nie podał materiałów źródłowych na których opiera swe założenia, trudno je zweryfikować i co najistotniejsze odnieść się do nich w odwołaniu.

Odwołujący AVR argumentował, że zamawiający omawiając na str. 5 pisma z dnia 29 czerwca 2018 r. doświadczenie, zaplecze sprzętowe, ludzkie oraz infrastrukturę dostępną AVR. na terenie województwa podkarpackiego wskazał, iż „każdy z Wykonawców” posiada (jak sądził odwołujący) na terenie województwa podkarpackiego podobną jak odwołujący infrastrukturę. Jest to informacja nieprawdziwa, a w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia można przyjąć, iż zbliżoną posiada tylko wykonawca FUHP L.K. Zdecydowanie krócej jednak utrzymuje dwa odcinki autostrady A4. Odwołujący przypominał, iż od 22 marca 2013 r. oraz 9 marca 2015 utrzymuje odcinki autostrady A4 (Tarnów Północ - Dębica) oraz (Jarosław - Korczowa /do granicy państwa/). Tymczasem wspomniany Wykonawca FUHP K. - utrzymuje także dwa odcinki tej samej autostrady z tym, że drugi odcinek (Rzeszów - Jarosław) utrzymuje od jesieni roku 2017. Wydaje się więc, iż doświadczenie wykonawców (z uwagi na czas realizacji) jest inne. Tym samym nie jest prawdą - jak twierdził zamawiający - iż doświadczenie „każdego z wykonawców” jest takie samo (Wykonawcy ZABERD S.A, BUDiA Standard sp. z o.o. w ogóle praktycznie nie funkcjonują na lokalnym rynku). Wykonawca Eurovia Polska S.A. wskazany natomiast przez zamawiającego nie posiada na terenie województwa podkarpackiego ale i całego kraju doświadczenia w kompleksowym utrzymaniu drogi kategorii „A” (autostrady) i nie można powiedzieć, iż ma nawet podobne doświadczenie, albowiem podmiot ten co do zasady nie zajmuje się utrzymywaniem dróg, a dodatkowo swoje kontrakty o takim charakterze realizuje przez podwykonawców (m.in. w województwie podkarpackim ZTiBD Białowąs), co zamawiający jako podmiot dla którego wykonawca ten kontrakty wykonuje musi wiedzieć. Dlatego odmawianie odwołującemu AVR tego akurat czynnika, który wpływa na obniżenie metody wykonania zamówienia jest niezgodne ze stanem faktycznym.

Zdaniem odwołującego AVR niezrozumiałym jest także wywód zamawiającego dotyczący ilości realizowanych kontraktów przez spółkę AVR i jej zaangażowania sprzętowego (zamawiający na str.5 - pierwszy akapit - dokonuje takiej analizy oceniając stan posiadania spółki na kontraktach realizowanych przez AVR). Wydaje się że ocenie zamawiający winien poddać wyjaśnienia, a nie park maszynowy Wykonawcy, albowiem w tym zakresie jak się zdaje zamawiający nie ma pełnej wiedzy, zwłaszcza, iż spółka należy do grupy kapitałowej o międzynarodowym rodowodzie co także jest czynnikiem mogącym wpłynąć na łatwość w dostępie do sprzętu. Wywiódł, że na str. 35 - 50 przedstawił w wyjaśnieniach „obiektywne czynniki kształtujące cenę ofertową AVR S.A” wraz ze

wskazaniem stosownych dowodów. I tak na str. 36 - 40 wskazano „oszczędność metody wykonania zamówienia”, zwracając uwagę zamawiającego na dostępność tanich środków do zapobiegania śliskości wraz z dowodem potwierdzającym tę okoliczność. Następnie odniesiono się do kosztów paliwa dostępnego wykonawcy z przywołaniem dwóch dowodów uwiarygadniających ten wywód. Wykazano ponadto (str. 38) sprzęt którym dysponuje spółka oraz co istotne z punktu widzenia złożonych wyjaśnień (str. 39 pkt 5) wskazano na możliwość wykorzystania do realizacji kontraktów nowych pojazdów. Dalej (str. 40 - 42) wykonawca wskazał na „wybrane rozwiązania techniczne i technologiczne” których zastosowanie wpłynęło na możliwość obniżenia ceny oferty (w szczególności odwołujący AVR zwrócił uwagę na lit b i dowody do tego fragmentu wyjaśnień oraz pkt 2 - 4 (wraz z dowodami). W świetle tego co próbował wykazać zamawiający, odwołujący zwrócił uwagę na wskazane na str. 43 wyjaśnień „Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy AVR S.A.” (pkt 1), które pozostają w sprzeczności z twierdzeniem zamawiającego, iż w zakresie sprzętu, doświadczenia i kadry każdy z wykonawców dysponuje takimi samymi walorami. Z przywoływanego fragmentu wyjaśnień AVR S.A. wynika, iż tak nie jest, a ponadto wykazano tam zaangażowanie - w jednym tylko - z kilku obszarów działalności spółki, która działa także na rynku odpadów i utrzymania czystości i zieleni w miastach.

Zdaniem odwołującego AVR zestawienie przywoływanego fragmentu wyjaśnień (pozwalające na zidentyfikowanie ok. 20 dowodów) z uzasadnieniem zamawiającego zawartym na str. 5-6 pokazuje, iż zamawiający nie odniósł się merytorycznie nie tylko do wyjaśnień, ale także nie zakwestionował przedstawionych dowodów, czy nie przedstawił dowodów przeciwnych i w sposób ogólny i wybiórczy (pomijając okoliczności nie pasujące do przyjętego przez niego schematu uzasadnienia) uznał, że wskazany fragment wyjaśnień jest nieprzekonywający. W tym fragmencie uzasadnienia zamawiający formułował też twierdzenia odnoszące się do innych wykonawców np. „to rozwiązanie, wedle wiedzy zamawiającego stosują wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu”, pomimo, iż - co potwierdza protokół postępowania - tylko dwóch z nich (AVR S.A., FUHP L.K.) zostało wezwanych do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 i ust. 1 ustawy pzp w zakresie zadania 1 (potwierdza „protokół postępowania” (dla zadania 1) poz. 27 pisma oznaczone nr 94 i 95). Podobnie zamawiający stwierdza w odniesieniu do obniżenia kosztów paliwa (str. 4) : „można założyć, że każdy z wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu przyjęli takie samo założenie”. Według odwołującego pytanie, które powstaje to skąd zamawiający posiadał taką wiedzę skoro - co zakłada odwołujący - nie kontaktuje się ze składającymi oferty w postępowaniu w sposób inny niż przewidziany w SIWZ, a z treści protokołu postępowania wynika brak jakichkolwiek wyjaśnień składanych w omawianym obszarze przez wykonawców zajmujących w rankingu pozycje 3-5.

Według odwołującego niemerytoryczny charakter ma treść uzasadnienia na str. 6 (w zakresie pkt 4), która stanowi osobistą „wycieczkę” zamawiającego, który stwierdza: „Zamawiający podczas dotychczasowej współpracy z Wykonawcą poznał jego strategię w realizacji koszenia, polegającą na odwlekaniu i przeciąganiu koszenia, skutkujące niedotrzymaniem standardu i zastrzeżeniami do Zamawiającego o jakoby nadmiernym jego egzekwowaniu i zna jego możliwości w tym zakresie”. Odwołujący zauważył, iż ten sam Zamawiający już po wszczęciu przedmiotowego postępowania (26 marca 2018 r.) wystawił identyczne - jak wielokrotnie wcześniej - referencje z których wynika „należyte wykonanie usługi”. Co więcej - o ile na jednym z odcinków (Jarosław - Korczowa) wykonawca miał nałożone kary umowne to argumentacja wskazana powyżej jest zupełnie nieprawdziwa w stosunku do drugiego z odcinków autostrady A4 znajdującej się pod jurysdykcją GDDKiA O/Rzeszów (Tarnów - Sędziszów), gdzie kar wykonawca nie otrzymał. Zdaniem odwołującego powstaje pytanie w jakim celu zamawiający posługujący się retoryką jak ta wskazana powyżej, pomija pewne okoliczności (fakt wystawiania referencji) lub należyte wykonywanie innych usług na odcinku autostrady również nadzorowanej przez GDDKiA O/Rzeszów, a uwypukla inne okoliczności wygodne dla hipotezy którą przyjął w uzasadnieniu.

Przechodząc do kolejnego z punktów (nr 5) odwołujący zwrócił uwagę na uproszczony sposób analizy zamawiającego, który dokonuje prostych działań matematycznych otrzymując wartości w istocie niskie, ale nie znajdujące pokrycia w rzeczywistości. Nie może bowiem stanowić argumentu dla uznania niewiarygodności wyjaśnień wykonawcy kilkudzaniowy wywód, nie poparty żadnymi sprawdzanymi wartościami, które podsumowuje proste działanie matematyczne. Zamawiający wskazuje niedoszacowanie kosztów utrzymania nasadzeń z uwagi na jak stwierdza „znaczone zniżenie w szczególności kosztów materiałów tj. sadzonek (drzewa krzewy, pnącza), paliki, kora, środki chemiczne, woda (podlewanie), materiały ogrodnicze do cięć i pielęgnacji, siatki ochronne itp.”, które wykonawca przyjął na poziomie wskazanym w uzasadnieniu i uważa, że założona kwota jest niewystarczająca biorąc pod uwagę zniszczenia spowodowane przez chociażby dziką zwierzynę i sprzęt koszący. Nie odpowiada zamawiający jednak na jakiej podstawie zakłada i w jaki sposób to czyni, że wykonawca będzie kosił i uszkadzał drzewa, krzewy i inne roślinne, które ma utrzymywać. Nie wskazuje ilości takich uszkodzonych roślin które przyjął do swej kalkulacji. Ponadto co najistotniejsze nie wykazuje w którym miejscu OPZ lub wyjaśnień do SIWZ znajduje się informacja o tym ile zniszczeń drzew i krzewów przez dziką zwierzynę miał przyjąć wykonawca w swoich kalkulacjach. Tym samym zagadnieniem kluczowym jest ustalenie jaka jest zdaniem zamawiającego ilość właściwa i jakiej ilości nie zakwestionowałby w składanych wyjaśnieniach. Ponadto zdaniem zamawiającego wykonawca zakłada nierealny czas na pielęgnację nasadzeń (drzewa,

krzewy, pnącza, rośliny wodne). Co do wadliwości sposobu kalkulacji odwołujący AVR zapowiedział odniesienie się na rozprawie przed Izbą. Wskazywał, że pielęgnacja odbywa się wg potrzeb (OPZ. Załącznik 4.1 Szczegółowy harmonogram prac str. 5 z 8 - wskazano, że utrzymanie zieleni odbywa się na bieżąco wg potrzeb w okresie od marca/kwietnia do września/października każdego roku i nie oznacza, że każde ze 139 tysięcy nasadzeń potrzebuje pielęgnacji każdego roku jak zapewne przyjął zamawiający. Wreszcie, zamawiający pominął fakt, iż odwołujący AVR otrzymał ofertę dwóch profesjonalnych podmiotów zajmujących się utrzymaniem zieleni na drogach (w tym autostradach), którą załączył do wyjaśnień (str. 93) i przedstawił ją jako dowód potwierdzający realność wyliczeń. Ponadto zamawiający do dowodów w ogóle nie odniósł się i nawet ich nie zakwestionował.

Odnosząc się do pkt 7 uzasadnienia czynności odrzucenia odwołujący AVR podniósł, że do wniosku zamawiającego nie można merytorycznie odnieść się w odwołaniu, albowiem nie wiadomo (z treści uzasadnienia) jakie „założenia” przyjął zamawiający, i w oparciu o jakie dokumenty to uczynił (za wyjątkiem odwołania się do OPZ (str. 97 pkt 2.06 ppkt 1.2). Natomiast podobnie jak w wielu przywoływanych przykładach zamawiający dokonuje prostych operacji na liczbach bez jakichkolwiek zmiennych i parametrów. Podstawowa wątpliwość odwołującego AVR wynika z faktu, iż w swym krótkim wywodzie zamawiający pomija m.in. treść ppkt 1.1. OPZ (str. 97) oraz nie wyjaśnia dlaczego przyjął, iż „odnowę” oznakowania należy w każdym przypadku wykonywać przez 6 lat (pomijając np. kwestie gwarancji, sytuacji nadzwyczajnych). Takie „uproszczenie” pozwala po raz kolejny wypaczyć obraz złożonych wyjaśnień, jednocześnie nie dając dostatecznej ilości informacji potrzebnych odwołującemu AVR, który powinien poznać motywy decyzji GDDKiA O/Rzeszów.

Odnosząc się do podsumowania informacji o odrzuceniu oferty odwołujący AVR podniósł, że zamawiający przeprowadził niezwiązany z treścią złożonych wyjaśnień - a dotyczący „prawidłowego utrzymania dróg” - wywód (str. 9 - 11), ustawiając się w pozycji podmiotu dbającego o „uczciwą walkę wykonawców”. W konsekwencji - z uwagi na fakt, iż AVR w wyjaśnieniach powołuje się m.in. na „efekt skali” i zamiar kompleksowego utrzymywania sieci autostrad województwa - stwierdził, iż odwołujący AVR wpisuje się w - jak można zrozumieć „nieuczciwy” - sposób walki o rynek, co potwierdza m.in. ubiegłoroczne postępowanie na utrzymanie autostrady A4. W dalszej części zamawiający wciąż nie odnosząc się w ogóle do złożonych wyjaśnień, ich jakości, kluczowych elementów, które zaważyły o odrzuceniu oferty pozwala sobie na analizę „dużych kontraktów budowlanych” w regionie, wyprowadzając zupełnie niezwiązane z oceną wyjaśnień wnioski. W kilkunastu zdaniach, które zdają się nie mieć nic wspólnego z aktualnym postępowaniem, zamawiający zwraca uwagę na problem upadających firm, bolesne skutki niedoszacowań, by płynnie ocenić wpływ tych czynników na bezpieczeństwo użytkowników dróg. Wywód swój GDDKiA

O/Rzeszów kończy historią własnych doświadczeń z wykonawcami, których oferty odrzucono z uwagi na rażąco niską cenę z których jedna upadła. Odwołujący AVR wywiódł, że argumentacja zamawiającego nie jest rzeczowa, chłodna, nie odwołuje się do konkretnych dokumentów, na których zamawiający oparł się badając wyjaśnienia, do konkretnych zapisów SIWZ, ale ma charakter pobieżny, ogólny i niemerytoryczny, zaś w wielu miejscach sprawia wrażenie niepogłębionej.

Odwołujący AVR argumentował, że zamawiający w uzasadnieniu stwierdza ponadto (str. 10), że przyjął w przedmiotowym postępowaniu, iż realna jest cena EUROVIA POLSKA S.A. Z uzasadnienia nie wynika natomiast dlaczego zamawiający przyjął, iż cena oferty EUROVIA POLSKA S.A. jest realna, skoro przez całe uzasadnienie odrzucenia oferty AVR S.A. wskazywał, iż jego założenia - a więc jak można się domyślić szacunek zamówienia - prezentuje wartości właściwe. Zamawiający pomija także fakt, iż dotychczas realizujący usługę na przedmiotowym odcinku autostrady A4 i fragmencie drogi ekspresowej wykonawca FUHP L.K., który zapewne ma najpełniejszą wiedzę o drodze, zdarzeniach na niej, a w konsekwencji i kosztach z tym związanych wycenił swą ofertę na poziomie nie EUROVII POLSKA S.A., czy szacunku zamawiającego, ale właśnie AVR S.A. Argumentował, że po zestawieniu oferty AVR S.A. i EUROVIA POLSKA S.A. zamawiający stwierdza: „Na tym prostym przykładzie widać ewidentnie, że założenia i wyliczenia przyjęte przez Wykonawcę w jego wyjaśnieniach są nierzetelne, niewiarygodne i potwierdzają podejrzenia Zamawiającego o nierealności zaoferowanej ceny. Z powyższego wynika, iż ocena została dokonana nie w wyniku analizy wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez AVR S.A. ale matematycznych działań i niejasnego przyjęcia, iż oferta EUROVIA POLSKA S.A. jest realna.

Odwołujący AVR podniósł także, że nie przedstawiono mu jakichkolwiek dokumentów potwierdzających istnienie „analizy”, „badania”, złożonych wyjaśnień stwierdzając jedynie w piśmie z dnia 5 lipca 2018 r. przekazanym pocztą elektroniczną: „W związku z wnioskiem o udostępnienie stosownego dokumentu sporządzonego w formie pisemnej dokumentującego wyniki prac komisji przetargowej w odniesieniu do oceny wyjaśnień AVR S.A. z dnia 4.06.2018r. Zamawiający wskazuje, że analiza oraz ocena przedmiotowych wyjaśnień wraz z uzasadnieniem podjętej decyzji została zawarta w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty AVR S.A. z dnia 29.06.2018 r. Innymi słowy tak skonstruowana odpowiedź odbiera zamawiającemu prawo prezentowania podczas rozprawy innych jeszcze dokumentów postępowania, albowiem AVR S.A. wniosło o udostępnienie ich kompletu i jak wynika z treści przywołanego pisma wszystkie zostały odwołującemu przekazane.

Co do zarzutów naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy pzp, art. 90 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy

pzp w zw. z art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy odwołujący AVR w pierwszej kolejności odniósł się do treści wezwania z dnia 23 maja 2018 r. Argumentował, że wystosowano je w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę wnosząc o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Ponadto zamawiający zwrócił się z poleceniem „złożenia dowodów”, które uwiarygadniałyby złożone wyjaśnienia. Co istotne zamawiający zwrócił uwagę, iż ich ocena odbędzie się w oparciu o złożone wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, oraz, że będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności te wskazane w ustawie pzp. Wreszcie zamawiający poprosił wykonawcę o wyjaśnienie czy w oferowanej cenie zostały uwzględnione i w jakiej wysokości koszty wskazane w pkt 1 - 4, prosząc jednocześnie o wyjaśnienie cen poszczególnych pozycji kosztorysu. Zamawiający zastrzegł, iż wyjaśnienia muszą być merytoryczne i wykonawca winien dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez zamawiającego oceny zaoficerowanej w ofercie kwoty za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. W ostatniej części wezwania zamawiający wskazał na możliwość uwzględnienia w wyjaśnieniach wszystkich informacji i dowodów, które wykonawca uzna za istotne.

Odwołujący AVR podniósł, że złożył zamawiającemu obszerny materiał do analizy, który poparł szeregiem dowodów. Większość z przywołanych dowodów nie została w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty z dnia 29 czerwca 2018 r. przez zamawiającego zakwestionowana i nawet omówiona czy poddana analizie. W przeciwnym bowiem razie okoliczność taka winna zostać wykazana. Świadczy to o tym, iż zamawiający uznał dowody za wiarygodne. Jedyńm z dowodów do którego odniósł się zamawiający były oferty podwykonawców AVR S.A.

Zdaniem odwołującego AVR nie może obronić się wywód zamawiającego zawarty w pkt 8 uzasadnienia (str. 6 - 7), sprowadzający się do zapytania, które zadał sobie Zamawiający i odpowiedzi na nie: „czy oświadczenie podmiotu prywatnego można traktować jako potwierdzenie faktów mających istotne znaczenie dla oceny realności ceny? Zdaniem Zamawiającego nie...”. Kontynuując Zamawiający prowadzi wywód o „dokumentach urzędowych sporządzonych w przepisanej formie” i zestawia je z „oświadczeniami podmiotu prywatnego/dokumentem prywatnym”, który w jego ocenie nie jest „dowodem”, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Taka retoryka jest nie do przyjęcia. Po pierwsze ustawodawca nie wprowadza rozróżnienia dowodów posługując się w art. 90 ust 1 ustawy pzp terminem „dowód”. W konsekwencji z literalnego brzmienia przepisu nie można wyciągać wniosków ponad te wynikające z brzmienia art. 90 ust 1 ustawy pzp. Po wtóre jak wskazano wyżej, orzecznictwo za dowód uznaje każdy dowód nie dokonując ich gradacji i hierarchizacji. Po trzecie z treści wezwania z dnia 23 maja 2018 r. wynika co najmniej w kilku miejscach, iż zamawiający oczekiwał złożenia dowodów bez określenia jakie dowody będzie

honorował, a którym wiary nie da z uwagi na ich formę. W konsekwencji stwierdzenie jakie zawarł w końcowej części pkt 8 str. 7 „W związku z powyższym Zamawiający stoi na stanowisku, że dowody przedstawione przez Wykonawcę w formie ofert, zamówień itp. nie stanowią rzetelnego poparcia/udowodnienia złożonych wyjaśnień”, a oparte na wywodzie o wadze dowodów jest sprzeczne z literalną treścią art. 90 ust. 1 ustawy PZP, treścią wezwania z dnia 23 maja 2018 r. oraz stanowiskiem orzecznictwa i doktryny. Odwołujący wywiódł, że zamawiający w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp nie bada założeń, które do wyliczenia swych ofert przyjęli podwykonawcy, ale cenę oferty AVR S.A., albowiem to ten wykonawca ma wyjaśnić dlaczego i w jaki sposób skalkulował cenę swej oferty. Dlatego też zastrzeżenia zamawiającego, iż oferty podwykonawców są na fragmentach formularzy/kosztorysów załączonych do SIWZ oraz, że z „kosztorysów tych nie wynika tym samym jakie założenia do kalkulacji ceny przyjęli podwykonawcy np. co do ilości i rodzaju sprzętu: co do ilości robocizny i czasu pracy ludzi, co do rodzaju i ilości zużytych materiałów itd. jakie czynniki cenotwórcze (koszty) i w jakiej wysokości przyjęli”, nie są poparte żadnymi konkretnymi regulacjami, które takich działań zabraniałyby. Co więcej kolejny z fragmentów wezwania do którego odwołuje się zamawiający odnosi się do wykonawcy, a nie podwykonawców, bo wezwanie kierowane jest do wykonawcy, a podwykonawca składając ofertę nie jest zobowiązany do „wylistowania” wszystkich czynników o których wspomina zamawiający i jest to okoliczność powszechna w praktyce. Wykonawcę bowiem interesuje, za ile podwykonawca wykona dane prace, tak by mógł on je uwzględnić - jak uczynił to AVR S.A. - w swej ofercie, nakładając na prace podwykonawcy odpowiednią marżę.

Zdaniem odwołującego AVR zamawiający w pkt 8 stwierdzając - „pozorną” zdaniem odwołującego - „niespójność” i „brak logiki wyjaśnień”, zapomina, że sam pisze, że Wykonawca wykona „większość”, ale nie całość prac z uwzględnieniem podwykonawców, co zresztą wykonawca sygnalizował w pkt 7 Formularza „Oferta” str. 3. Po drugie pomija, iż pewne prace korzystniej jest by wykonali podwykonawcy, a inne by wykonał sam podwykonawca. Ponieważ wywód zamawiającego nie jest pogłębiony i rozwinięty trudno z nim polemizować, albowiem odwołujący nie wie co dokładnie autor uzasadnienia chciał wskazać. Odwołujący AVR argumentował, iż lakoniczność tego fragmentu uzasadnienia dowodzi o celowej próbie splecenia zagadnienia, tak by w końcowej fazie wyводу uznać, że wyjaśnienia AVR S.A. są niespójne i nielogiczne. Wskazywał, iż zamawiający pominął zupełnie (nie odnosząc się do konkretnych stron pisma z dnia 4 czerwca 2018 r.) wyjaśnienia wykonawcy (np. str. 132 - 147 i inne odnoszące się do podwykonawców), na których wskazano warianty wykonania konkretnej grupy prac, zysk wykonawcy, metodologię działania, sprzęt i kalkulację. Odwołujący wywiódł, że w każdym z przypadków tj. od pkt 2 - 10 zamawiający wykazuje się stosowaniem uproszczeń, przyjmuje dla oceny wyjaśnień parametry nie wynikające ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, miast tego

opiera się na własnych szacunkach i założeniach. Co istotne, a co chociażby potwierdzają pytania do przedmiotowego postępowania owe szacunki i założenia nie muszą być wiarygodne, albowiem zamawiający co sam przyznał wielokrotnie w dokumentach postępowania, nie ma pełnej wiedzy o ilości zdarzeń i kosztach utrzymania drogi. W konsekwencji nie sposób uznać założenia i szacunki zamawiającego z uzasadnienia za pewne, a to z uwagi na okoliczności wskazane powyżej oraz brak wskazania skąd te dane pochodzą, tym bardziej, że jak wskazał zamawiający w piśmie do wykonawcy, nie posiada on innych niż uzasadnienie analiz, a przekazany na wezwanie z dnia 3 lipca 2018 roku szacunek zamawiającego jest zdekompletowany i nie zawiera wszystkich pozycji. Odwołujący argumentował, że z analizy przekazanego materiału (Formularz 1.2 - utrzymanie rutynowe) wynika bowiem, że wartość końcowa w przekazanym dokumencie zawiera błąd, a wartości ujęte w tabelach dla utrzymania rutynowego nie dają kwoty końcowej 61 828 738,81 zł netto tylko kwotę 30 585 795,29 zł netto (różnica wynosi aż 31 242 943,52 zł netto) co świadczy zapewne o ich niekompletności. Ponadto jak można dostrzec, przekazany wykonawcy AVR SA kosztorys szacunkowy GDDKiA został „przerwany” w poz. 1.2 po Grupie nr 2.10. bez uwzględnienia poz. z grupy 2.12 „Zimowe utrzymanie” oraz Grupy 2.13 „Pozostałe wydatki związane z utrzymaniem sieci dróg krajowych”.

Odwołujący AVR odniósł się także do próby dowodzenia nierealności ceny oferty odwołującego się m.in. przez pryzmat jej zestawienia z innymi ofertami przedłożonymi w tym postępowaniu. Zestawienie takie nie świadczy jednak o nierealności ceny oferty AVR, ale o różnicy procentowej pomiędzy cenami ofert, co nie przesądza zarówno o rażąco niskiej cenie oferty, ani tym bardziej o jej realności. Zamawiający nie odnosi się także przy ocenie wyjaśnień AVR S.A. do dowodów złożonych przez odwołującego na wezwanie i nie kwestionuje ich m.in. w obszarze pkt 3, 4, 5, 6, 10. Ocenia natomiast wielokrotnie wyjaśnienia AVR S.A. nie z perspektywy przedmiotu zamówienia (o czym wspomniał w wezwaniu z dnia 23 maja 2018 r.) i do czego był zobowiązany, ale innych kontraktów, postępowań, wykonawców, analizy rynku budowy autostrad, potencjalnej kondycji spółki AVR S.A.

Odwołujący AVR podniósł także, że zamawiający odrzucając ofertę z uwagi na wskazane w zarzutach art. 90 ust 3 ustawy Pzp, art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp powinien przedstawić dowody świadczące o tym, że wyjaśnienia są niewystarczające i nie potwierdzają realności oferowanych cen. Same spekulacje, rozważania, niepoparte dowodami założenia stanowią tylko projekcję zamawiającego, która nie musi być prawdziwa. Ponadto gdyby przyjąć, że każdy zamawiający może - w taki sposób jak uczyniła to GDDKiA O/Rzeszów - kwestionować wyjaśnienia w obszarze zaproponowanych cen oferty lub cen jednostkowych to przy założeniu, że zamawiający zawsze może zastosować tryb wyjaśnienia ceny złożonej oferty, prowadziłyby to do zupełnej i niekontrolowanej działalności

zamawiających w tym obszarze, którzy mogliby odrzucić każdą ofertę i w ten sposób sterować postępowaniem naruszając zasady wyrażone w ustawie m.in. te z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący AVR zwrócił także uwagę na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odwołujący wskazał na naruszenie polegające na zdawkowym i nie popartym żadnymi konkretnymi argumentami uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty AVR.

Odwołujący podniósł, że dominującą (poza pkt 9 uzasadnienia z dnia 29 czerwca 2018 r.) jest retoryka, wedle której oferta AVR S.A. zawiera znaczne niedoszacowanie i niezgodność z wymaganiami SIWZ....." (str. 8), „przyjęcie przez Wykonawcę liczby pracowników patrolu oraz czasów na objazdy ciągu głównego i dróg pozostałych świadczy jednoznacznie o niemożności spełnienia wymagań OPZ, a co z tym idzie do niezgodności oferty SIWZ". Odwołujący wywiódł, że zamawiający na potrzeby odrzucenia oferty odwołującego AVR „tworzy” nieistniejące zapisy SIWZ i OPZ czyniąc to dodatkowo w oparciu o swe „szacunkowe” kalkulacje i „założenia”, a nie jasne i klarowne postanowienia dokumentacji przetargowej.

Odwołujący AVR podniósł, że zawartość uzasadnienia na str. 9-11 stanowi rodzaj beletrystyki nie odnoszącej się w ogóle do podstaw odrzucenia oferty AVR S.A. ze str. 1. Skoro na wykonawcę nakłada się obowiązek złożenia wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień, to symetrycznie zamawiający - jeśli faktycznie dokona analizy takich wyjaśnień i uzna je za niewystarczające, ogólne, wymijające - powinien także przedstawić odpowiednio jakościową argumentację, która powinna opierać się na konkretnych danych, materiałach i dowodach, a nie dokumencie tak ogólnym i subiektywnym jak ten z 29 czerwca 2018 r.

Odwołujący AVR wywiódł, że zamawiający w swej decyzji o odrzuceniu oferty AVR S.A. :

- myli się wskazując błędną ilość pojazdów do ZUD, które podaje Zamawiający na str. 8 dotyczy zadania nr 2),
- mija się z prawdą (w zakresie okoliczności, iż każdy z Wykonawców biorących udział w postępowaniu posiada identyczne doświadczenie, zasoby sprzętowe i ludzkie przy wykonywaniu podobnych zadań w województwie podkarpackim),
- pomija fakt, iż w roku 2016 zamawiający zamierzał przekazać AVR w trybie z wolnej ręki odcinek autostrady A4, co przeczy twierdzeniom, iż wykonawca jest nierzetelny (wniósł także w tym celu odwołanie do Izby KIO 983/16 i skargę do SO w Rzeszowie sygn. VI Ga 213/16),

- pomija niewygodne dla siebie okoliczności i fakt cyklicznego wystawienia referencji AVR S.A. potwierdzających należyte wykonywanie usługi na odcinkach autostrady A4 Jarosław - Korczowa, Tarnów - Dębica,
- pomija niewygodny w kontekście uzasadnienia fakt, iż na kontrakcie realizowanym na odcinku Tarnów - Dębica nie nałożył żadnej kary na wykonawcę,
- zapomina, że od początku trwania realizacji kontraktu Jarosław - Korczowa o którym wspomina na str. 6 (którego dotyczy zdanie pierwsze od góry tekstu) nałożył na wykonawcę - trwający około 4 lata obowiązek utrzymywania zieleni na obszarze przekraczającym ten z SIWZ i OPZ postępowania, o ok. 315 ha (dwukrotnie więcej niż w OPZ) na co wykonawca, celem utrzymywania dobrych relacji zgodził się (wcześniej zamawiający nie dostrzegający swego błędu nakładał na wykonawcę kary umowne i zmusił go do poniesienia kosztów utrzymania tego terenu),
- pozwala sobie w uzasadnieniu na nieprofesjonalne i niemerytoryczne wycieczki do wykonawcy świadczące o tym, iż ocena nie ma charakteru obiektywnego (str. 6 - pierwsze zdanie od góry tekstu, str. 9 - analiza polityki AVR S.A. na Podkarpaciu i inne).

Według odwołującego AVR zamawiający porusza się na zbyt wysokim poziomie ogółu, by uznać jego działania za zgodne z ustawą pzp. Można zauważyć, iż zamawiający podaje około 8-9 przesłanek (argumentów), które zadecydowały o podjętej przez niego decyzji. Pominąwszy nietrafione i nie mogące wpłynąć na ocenę złożonych wyjaśnień - z uwagi na abstrakcyjny charakter:

- 1) arytmetyczne wykazywanie „nierealności” ceny oferty AVR S.A. (str. 3-4)
- 2) porównania cen jednostkowych składanych przez AVR w różnych przetargach organizowanych przez GDDKiA O/Rzeszów (str. 4),
- 3) porównania cen jednostkowych oferty AVR S.A. złożonych w zadaniu 1 i 2 przedmiotowego postępowania (str. 4)
- 4) nie popartą dowodami ocenę możliwości sprzętowych i kadrowych spółki AVR S.A. (str. 5),
- 5) oceny „realności” ceny oferty AVR, badanej poprzez jej zestawienie z innymi cenami ofert w przedmiotowym postępowaniu (str. 3-4 oraz 10)
- 6) cały wywód na str. 9 - 11 nie związany zupełnie z wyjaśnieniami AVR S.A.

należy zauważyć, iż lista wspomnianych argumentów zmniejsza się do kilku (pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10). Tym samym w ocenie Odwołującego AVR realną podstawą do uznania wyjaśnień złożonych przez AVR w rozległych wyjaśnieniach (wraz z kilkudziesięcioma dowodami w postaci umów, faktur, ofert, wydruków z systemów itp.) za podlegające odrzuceniu (art. 90 ust. 3 ustawy pzp), stały się niczym nie poparte założenia zamawiającego zaprezentowane na 4 stronach. Z uwagi na okoliczność, iż elementy te są integralnie związane ze złożonymi wyjaśnieniami wykonawca zobowiązał się wyjaśnić przedmiotowe

okoliczności na utajnionej części rozprawy. Odwołujący wywiódł, że zamawiający uzasadnił swą decyzję w zakresie zastosowania art. 90 ust 3 ustawy pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp - informacjami, których źródła nie podał przyjmując a priori, iż są one właściwymi. Taki sposób uzasadnienia oceny złożonych wyjaśnień uniemożliwia m.in. polemikę odwołującego z zamawiającym, albowiem formułując zarzuty odwołania, nie jest on w stanie precyzyjnie odnosić się do podjętych rozstrzygnięć, co w sposób istotny wpływa na wynik postępowania. Decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty AVR - ocenianą przez pryzmat uzasadnienia - cechuje więc nie tylko subiektywizm i zupełna dowolność, ale daje pewien obraz oceny złożonych wyjaśnień, które nie badane były indywidualnie ale odnoszono je do pewnych danych „uniwersalnych”.

Odwołujący K. w sprawie o sygn. akt KIO 1367/18 wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia,
- 2) czynności odrzucenia oferty odwołującego K.,
- 3) czynności uznania jako bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez odwołującego K.

Odwołujący K. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłowe przyjęcie, że wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że cena jego oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, gdy cena oferty odwołującego została skalkulowana w sposób prawidłowy, tj. uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia wynikające z SIWZ, ustalone na poziomie rynkowym - dostępnym odwołującemu, co potwierdzają złożone zamawiającemu wyjaśnienia, ewentualnie naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji, gdy wskazane przez zamawiającego okoliczności mające wskazywać na nierynkowy charakter zaoferowanej ceny, nie miały miejsca i wynikają z błędnego zrozumienia przez zamawiającego treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, w sytuacji gdy oferta odwołującego jest zgodna z wymogami SIWZ jak również naruszenie art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ,
- 3) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że odwołujący w sposób nieskuteczny zastrzegł informacje przekazane w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu w trybie art.

90 ust. 1 Pzp jako tajemnica przedsiębiorstwa, co skutkuje zamiarem udostępnienia przez zamawiającego informacji, o których mowa konkurentom odwołującego, w sytuacji, gdy zastrzeżone przez odwołującego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało Zamawiającemu odpowiednio wykazane;

- 4) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący K. wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym ewentualnie dokonanie ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
- 4) zaniechania czynności polegającej na odtajnieniu prawidłowo zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień odwołującego dotyczących wyliczenia przez niego ceny oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący K. podniósł, że składając zamawiającemu wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, w sposób szczegółowy wyjaśnił sposób skalkulowania przez siebie ceny ofertowej, w tym także w zakresie pozycji wskazanych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz przedstawił stosowne dowody na poprawność złożonych przez siebie wyjaśnień kalkulację własną wraz z dokumentami potwierdzającym, że koszty podane w kalkulacji zostały przyjęte na prawidłowym poziomie - umowami, fakturami, itp. Odwołujący udowodnił więc, że jego cena ma charakter rynkowy - nie jest rażąco niska.

Odwołujący K. wywiódł, że w pierwszej kolejności zamawiający wskazał na różnice procentowe pomiędzy ceną ofertową odwołującego K. oraz wartością szacunkową zamówienia, wskazując kolejno, w jakich pozycjach, czy zakresach robót zaniżenie to jest największe względem szacunków zamawiającego, czy średnich cen innych wykonawców. Kolejno zamawiający wskazał na pozycje kosztorysowe, w których jego zdaniem odwołujący, drastycznie zaniżył koszty względem tych, jakie zaoferował w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w ubiegłym roku, a dotyczącym utrzymania sąsiedniego odcinka autostrady A4. Odwołujący podniósł, że różnice procentowe wskazane przez zamawiającego same w sobie nie świadczą o tym, że cena oferty odwołującego ma charakter rażąco niskiej. Różnica do wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego może wynikać z różnych względów, w tym także z faktu, iż wykonawca kalkulując cenę ofertową uwzględnia w niej uzyskane przez siebie rabaty, czy inne pozytywne skutki efektu skali, których zamawiający, nie wykonując takiej działalności, nie osiąga i w ślad za tym nie uwzględnia w swoich kalkulacjach. Także różnice pomiędzy cenami jednostkowymi oferowanymi przez różnych

wykonawców w tym samym postępowaniu są zjawiskiem naturalnym, typowym. Każdy z wykonawców, dążąc do optymalizacji swoich kosztów, zmniejsza koszty własne (a więc koszt wykonania tej samej pozycji przez różnych wykonawców może być inny) i nadto w różny sposób przypisuje do tych samych pozycji kosztorysu koszty wspólne dla większej liczby pozycji kosztorysowych, wycenę ryzyka, czy zakładany zysk (do danej pozycji jeden wykonawca może np. nie przypisać kosztów ogólnych lub zysku w sytuacji, gdy inny w tej właśnie pozycji ujmie te elementy cenotwórcze). Również proste odwołanie się do cen oferowanych przez odwołującego w innym postępowaniu nie jest uprawnione, choćby z uwagi na różnice w opisie przedmiotu zamówienia, czy specyfice ich wykonania.

Odwołujący K. wywiódł, że zamawiający przedstawiając różnego rodzaju porównania procentowe, nie odnosi ich wprost do złożonych przez odwołującego wyjaśnień. W szczególności poza pozycjami dotyczącymi oznakowania cienkowarstwowego i zieleni wskazanymi w części uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty określonej jako pkt 1 lit. a) i dodatkowo opisanymi w dalszej części uzasadnienia, zamawiający w dalszej części uzasadnienia nie zakwestionował poprawności złożonych przez odwołującego wyjaśnień - realnego charakteru założonej przez odwołującego ceny względem innych pozycji wymienionych w pkt) lit. a). Innymi słowy zamawiający, mimo iż otrzymał szczegółowe wyjaśnienia co do sposobu wyliczenia ceny np. za utrzymanie nawierzchni, czy znaków, samych wyjaśnień (ich poprawności, rzetelności) nie kwestionuje, poprzestając na wskazaniu różnicy procentowej między ceną zaoferowaną i zakresem prac w tym i w poprzednim postępowaniu.

Odwołujący podniósł także, że podał w wyjaśnieniach korzystne dla siebie okoliczności realizacji zamówienia. Odwołujący nie badał, na ile te korzystne okoliczności są dostępne innym wykonawcom. Odwołujący mógł i to wykazać, jak owe okoliczności przekładają się na wysokość ponoszonych przez niego kosztów wykonania zamówienia. Nawet przyjęcie, że wskazane przez odwołującego okoliczności są dostępne innym wykonawcom, nie jest przesądzające dla uznania, że cena ofertowa odwołującego ma charakter rażąco niskiej.

Odwołujący K. podniósł także, że okoliczności przedstawione przez zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty nie uprawniają do tezy, że odwołujący zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, zestawienie argumentacji zamawiającego z treścią złożonych przez odwołującego wyjaśnień, wskazuje, że podniesione przez zamawiającego wątpliwości są niezasadne i nie mogą świadczyć o zaniżeniu ceny ofertowej przez odwołującego. Ewentualnie Odwołujący postawił zarzut zaniechania skierowania do niego kolejnego, bardziej szczegółowego wezwania w zakresie wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości całości ceny ofertowej, przez

pryzmat pierwszych wyjaśnień. W niniejszej sprawie, nie mamy do czynienia z taką sytuacją, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia potwierdzają nierynkowy charakter zaoferowanej ceny. a co najwyżej przyjęty przez wykonawcę sposób prezentacji wyjaśnień mógł skutkować pewnymi wątpliwościami, które jednak można co potwierdza powyższe uzasadnienie łatwo rozwiązać, zwłaszcza dzięki zestawieniu treści poszczególnych tabel kalkulacji.

Co do niezgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ odwołujący K. podniósł, że z treści uzasadnienia decyzji nie sposób wywieść, z jakim zapisem SIWZ jest niezgodna treść złożonej przez odwołującego oferty i z czego to zamawiający wywodzi. Zamawiający naruszył tym samym podstawowe zasady prowadzenia postępowania - zasadę przejrzystości (art. 7 Pzp) i zasadę uzasadnienia decyzji zamawiającego (art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp). W tej sytuacji odwołujący nie może w sposób poprawny skonstruować zarzutów odwołania. Odwołujący wskazał, że składając ofertę, zgodnie z pkt 12 oświadczył: zapoznaliśmy się z Istotnymi dla Stron postanowieniami umowy zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, Wywiódł, że składając ofertę w rozumieniu cywilnoprawnym, zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ.

Nie sposób uznać, że wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego okoliczności - przy założeniu, że okoliczności podane jako uzasadnienie do uznania ceny oferty odwołującego za rażąco niską stanowią jednocześnie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - mogą stanowić o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Zamawiający błędnie interpretuje wyjaśnienia złożone przez odwołującego, co szczegółowo zostało opisane powyżej i którą to argumentację odwołujący podtrzymał, a co za tym idzie zakres świadczenia odwołującego wynikający z oferty jest zgodny z wymogami SIWZ. Także błąd co do powierzchni odnowy oznakowania popełniony w kalkulacji nic może świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący K. podniósł, że nie miał możliwości ustalenia w ofercie innego zakresu prac, a co za tym idzie błąd popełniony przez niego przy tworzeniu kalkulacji ceny ofertowej może świadczyć tylko o zaniżeniu kosztów wykonania danej pozycji w kalkulacji (co jednak nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a co zostało szczegółowo wyjaśnione wcześniej), a nie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zaznaczył, że zamawiający nie oczekiwał podania w ofercie ilości powierzchni oznakowania przewidzianej do odnowy, więc wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie mogą być przesądzające dla przyjęcia, że wykonawca zadeklarował mniejszą powierzchnię odnowy oznakowania niż wymaganą SIWZ - wykraczając poza treść oferty, którą wymagał zamawiający. Wracając do kwestii samego

uzasadnienia, mając na uwadze treść art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, argumentował, że taki sposób skonstruowania uzasadnienia faktycznego decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego jest niezgodny z przywołanymi przepisami. Zamawiający powinien był sporządzić uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w taki sposób, by odwołujący mógł poznać rzeczywisty zakres stawianych mu zarzutów. Tylko taki sposób skonstruowania decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, pozwoliłby wykonawcy skorzystać w pełni z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Uzasadniając zarzuty odnoszące się do zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący K. podniósł, że zastrzeżenie treści wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego dokonane zostało skutecznie i nic powinno być kwestionowane przez zamawiającego. Zamawiający, kwestionując skuteczność dokonanego zastrzeżenia, nie wykazuje przy tym, z jakich względów dana, zastrzegana przez odwołującego informacja nie ma waloru przedsiębiorstwa, poprzestając na parafrazowaniu wyroków Izby, nie odnoszących się wprost do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, odwołujący wskazał, że łącznie wystąpiły przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wywiódł, że znane jest mu, że zastrzeżeniu podlega informacja, nie zaś cały dokument. Właśnie z tej przyczyny odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie szczegółowe wyjaśnienia ceny w tym kalkulację i dokumenty źródłowe do niej. Z treści tych dokumentów nie sposób przy tym wydzielić pojedynczych informacji, które mogą nie mieć charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa - mowa tu bowiem o opracowaniu, które ma charakter kompleksowy, a informacje zawarte w poszczególnych dokumentach nawzajem się uzupełniają, tworząc spójną, logiczną całość. Informacje zawarte w tych dokumentach mają przy tym jednorodny charakter - wskazują na koszty ponoszone przez odwołującego, sposób ich przypisania do pozycji kosztorysowych i podmioty z odwołującym współpracujące (są zastrzegane z tych samych względów, z uwagi na to, że łącznie mają one wartość gospodarczą dla wykonawcy). W tej sytuacji, niemożliwe jest wykazanie - względem każdej pojedynczej informacji, z jakich względów ma ona walor tajemnicy przedsiębiorstwa i jaką wartość gospodarczą informacja ta przedstawia - jak chciałby tego zamawiający. Brak wykazania tej okoliczności nie świadczy jednak o nieskutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro wykazanie takie nastąpiło względem informacji zastrzeganych ocenianych jako całość.

Odwołujący K. podniósł, że ze względu na obszerność wyjaśnienia zawarte zostały na 131 stronach. Odwołujący w wyjaśnieniach odniósł się nie tylko do nakładów finansowych, ale także do swojego doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu tego

zamówienia przez ostatnie 6 lat oraz przy wykonywaniu innych podobnych zamówień m. in. na sąsiednich odcinkach autostrady A4. Te doświadczenia właśnie przełożyły się m. in. na przyjętą przez odwołującego do wyliczenia ceny ofertowej czasochłonność czynności opisanych w SIWZ, Podnieść należy, że dla niektórych pozycji cenowych zamawiający nie określił w SIWZ zaangażowania czasowego pracowników wykonawcy, a wymagał tylko wykonywania czynności w określonych krotnościach, czy wykonania określonej czynności w określonym standardzie. Odwołujący musiał zatem określić, jaki będzie konieczny nakład pracy i sprzętu. Na objętość wyjaśnień wpłynął znaczny stopień ich szczegółowości. Odwołujący dołożył należytej staranności, aby rozwiać wątpliwości Zamawiającego w zakresie wysokości ceny oferty. Nie jest więc tak jak twierdzi zamawiający, że zastrzeżone dokumenty mają wartość tylko dla tego postępowania. Zamawiający nie uzasadnił swojego twierdzenia, że traktowanie zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest niewiarygodne. Fakt, iż odwołujący zastrzegł dużą ilość dokumentów, wynika tylko z faktu, iż odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia ceny, poparte licznymi dowodami. Jego rzetelność przy sporządzaniu wyjaśnień nie może pozbawiać go prawa do zastrzeżenia ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób wykazać wartości gospodarczej zastrzeganych informacji poprzez podanie konkretnych kwot, niemniej fakt, iż dana informacja ma wartość gospodarczą można oceniać przez pryzmat doświadczenia życiowego. Informacje handlowe, a te są przekazane zamawiającemu w niniejszej sprawie, nie są udostępniane przez przedsiębiorców konkurentom, przy czym dzieje się tak właśnie z uwagi na wartość tych informacji dla prowadzonej działalności. Niezrozumiałe w kontekście art. 11 ust. 4 uznk jest także oczekiwanie zamawiającego, by odwołujący wykazał, że podejmowane przez niego działania mające na celu zachowanie informacji w poufności mają charakter „działań nadzwyczajnych”. Fakt, że Odwołujący stosuje powszechne na rynku i sprawdzone metody np. klauzule poufności w umowach ze współpracownikami, zabezpieczenia fizyczne dokumentów nie oznacza, że chroniona w ten sposób informacja nie ma waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wywiódł, że w niniejszej sprawie nie poprzestał na zacytowaniu orzeczeń Izby i treści przepisów.

Odwołujący K. podkreślał, że kalkulacja ceny opiera się w swej istocie na dotychczasowych doświadczeniach i wiedzy odwołującego, wynikających z realizacji poprzednich umów zamówieniowych. Udostępnienie informacji niejawnych pozostałym wykonawcom mogłoby przyczynić się do powstania szkody u odwołującego. Nieprawdą jest fakt, iż wyjaśnienia te jako przygotowane dla celów niniejszego zamówienia nie podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wszelkie zaproponowane tam rozwiązania mają bowiem charakter technologiczny i organizacyjny oraz wymierną wartość rynkową, istotną dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku a więc odnoszącą się także do kolejnych postępowaniań.

Odwołujący K. argumentował, że opisana przez niego metodologia jest odzwierciedleniem sposobu organizacji pracy odwołującego, stanowi zbiór doświadczeń wynikających z realizacji poprzednich projektów, w tym kontraktów na sąsiednich odcinkach autostrady A4. W świetle tych okoliczności nie można uznać zarzutu zamawiającego za zasadny. Zastrzegane informacje przedstawiają samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ich ochrony przed bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy (źródeł zaopatrzenia, podmiotów współpracujących z odwołującym i zaoferowanych przez nich cen, metod organizacji pracy, czy wreszcie zasady przypisywania przez odwołującego kosztów i zysku do danego zakresu robót). Dokumenty załączone do kalkulacji wskazują na podmioty, z którymi odwołujący współpracuje (dostawców) i wynegocjowane z nimi warunki współpracy, w tym ceny. Wiedza, gdzie i za ile odwołujący zakupuje materiały i usługi jest kluczowa dla konkurentów. Pozwala na przewidzenie strategii cenowej odwołującego, czy też pozyskanie tych samych dostawców/usługodawców. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurencyjnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami w przyszłych postępowaniach zamówieniowych.

Informacje zawarte w przedkładanych dokumentach nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a odwołujący podjął kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Odwołujący K. argumentował, że wszystkie informacje dotyczące elementów kalkulacji ceny spełniają warunek poufności, tj. odwołujący dołożył wszelkich starań, żeby żadne dane nie były dostępne publicznie. Nic sposób wobec tego uznać argumentacji wyrażonej w piśmie na str. 2 za prawidłową: Podkreślał, że elementy opisu zawarte w wyjaśnieniach miały na celu wyłącznie zobrazowanie, w jaki sposób spełniona jest przesłanka zachowania dokumentacji w poufności. Odwołujący ograniczył się do wskazania, że całość dokumentów składających się na wycenę oferty jest przechowywana w zamykanym biurze właściciela firmy, dokumenty w postaci papierowej w zamkniętej szafie, a dokumenty w wersji elektronicznej na kilku komputerach zabezpieczonych hasłami. I treść pisma zamawiającego błędnie sugeruje, jakoby odwołujący dokonał szczegółowego opisu pomieszczeń, wnętrza budynku będącego siedzibą firmy, jak również sprzętu znajdującego się w nim (wyposażenie). Nie jest to prawdą. Odwołujący miał na celu podkreślenie, że wszelkie wymogi związane z ograniczeniem dostępu osób trzecich do zastrzeżonych dokumentów są przez niego zachowane.

Z treści pisma wynika, że zamawiający uznałby za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jeśli każdy dokument byłby indywidualnie zastrzeżony i zachowany w poufności. Nie sposób zgodzić się z takim rozumowaniem. Oczywistym jest, że odwołujący zawiera umowy z wieloma kontrahentami, klientami i dostawcami. Transakcje potwierdzonych

fakturami jest zatem ogromna ilość. Nie można wymagać od wykonawcy, który zamierza objąć tajemnicą przedsiębiorstwa nazwy kontrahentów czy ceny materiałów, aby każdą fakturę z osobna analizował pod względem informacji wrażliwych, których ujawnienie może narazić go na potencjalną szkodę. Takie podejście nie znajduje uzasadnienia w praktyce gospodarczej i stanowi naruszenie zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący K. zastrzegł także część uzasadnienia faktycznego swego odwołania, wskazując, że zawiera jego tajemnicę przedsiębiorstwa (s. 7 – 10 uzasadnienia odwołania). Ta część uzasadnienia odwołania odnosiła się bardziej szczegółowo do trzech grup przyczyn odrzucenia poruszonych przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty K. Kwestie te dotyczyły odnowy oznakowania, zieleni (nasadzeń drzew, krzewów i pozostałych) oraz okresu przyjętego do kalkulacji ceny ofertowej. Z uwagi na zastrzeżenie ta część uzasadnienia faktycznego odwołania nie została przytoczona.

Odwołujący AVR w sprawie o sygn. akt KIO 1387/18 złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego określonej przez niego jako zamiar odtajnienia informacji zastrzeżonych przez odwołującego AVR jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień złożonych przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 i ust 1 ustawy Pzp.

Odwołujący AVR zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej także jako „uznk”) oraz art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, iż odwołujący w sposób nieskuteczny zastrzegł informacje w złożonych w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 i ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnieniach, w konsekwencji czego zamawiający zamierza udostępnić informacje i dowody tam zawarte wszystkim zainteresowanym podmiotom w tym konkurentom zamawiającego, w sytuacji gdy doszło do skutecznego i zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 2) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący AVR wniósł o zakazanie zamawiającemu odtajnienia prawidłowo zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień odwołującego AVR.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący AVR podniósł, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne i zawierało wszelkie niezbędne elementy w tym m.in. uzasadnienie łącznego wystąpienia przesłanek art. 11 ust 4 uznk oraz wykazanie, które nie ograniczyło się tylko do deklaracji wykonawcy ale również do przedstawienia z ostrożności procesowej dowodów.

Odwołujący AVR argumentował, że wykazał łączne ziszczenie się trzech przesłanek o których mowa w art. 11 ust 4 uznk (kolejno pkt 2.1, 2.2, 2.3,.2.4, 2.5) na str. 6-16 złożonych

wyjaśnień wraz z dowodami uwiarygadniającymi wskazane okoliczności. Co najistotniejsze zamawiający nie wskazał dlaczego przedłożonym dowodom nie dał wiary zupełnie je pomijając, pomimo, iż złożono je dla uwiarygodnienia uzasadnienia zastrzeżenia w omawianym zakresie. Analiza złożonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 i ust. 1 pzp wraz z dowodami pozwoliłaby zamawiającemu na dostrzeżenie dokumentów, które są kategoryzowane jako te podlegające zastrzeżeniu (umowy, oferty, rozwiązania techniczne, metody kalkulacji ceny itp.). Np. na str. 7 uzasadnienia zastrzeżenia zamawiający ma wskazane wprost jakie informacje z zasadniczej i utajnionej części wyjaśnień (występujące tam) podlegają zastrzeżeniu. Wykonawca wskazał także jakie działania podjął w celu zachowania poufności informacji. Na koniec zwrócono uwagę na skutki ujawnienia informacji, które zastrzegł wykonawca. Zamawiający tymczasem poza ogólnym stwierdzeniem, iż nie uznaje on uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy za skuteczne, nie odwołał się do konkretnych zapisów, dowodów i nie przywołał na potwierdzenie swoich tez stanowiska doktryny i orzecznictwa, które uwiarygodniałyby jego pogląd. Uwagę odwołującego zwrócił także fakt, że zamawiający w informacji przekazanej AVR S.A. w dniu 29 czerwca 2018 r. w której odrzucił jego ofertę oraz piśmie z dnia 29 czerwca 2018 r. nadal zastrzegał pewne ich fragmenty - w zakresie dotyczącym AVR S.A. - jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co świadczy o tym, iż na dzień 29 czerwca 2018 r. czyli na moment odrzucenia oferty AVR S.A. i wyboru oferty innego wykonawcy, nie miał żadnych zastrzeżeń co do skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych w dniu 4 czerwca 2018 r. Gdyby bowiem przyjąć koncepcję - kwestionowaną zresztą przez AVR SA - iż zamawiający może samodzielnie odtajnić nieskutecznie zastrzeżone informacje winien uczynić to niezwłocznie, po stwierdzeniu braku łącznego wystąpienia przesłanek z art. 11 ust 4 uznk nie później jednak niż w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty tj. 29 czerwca 2018 r.

Nawet gdyby przyjąć - z ostrożności, a z czym nie zgadza się Odwołujący - iż w sposób nieprawidłowy zastrzegł on informacje i dowody ze złożonych GDDKiA O/Rzeszów wyjaśnień lub nie uzasadnił właściwie zastrzeżenia, to ostatnim momentem na odtajnienie może być dzień 29 czerwca 2018 r. tj. moment zakończenia badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie 3 lipca 2018 r. w którym dodatkowo zamawiający zaznacza, iż „biorąc pod uwagę interes Wykonawcy” uczyni to 16 lipca 2018 r.

Tymczasem zamawiający nie tylko niezwłocznie nie odtajnia wyjaśnień, ale informuje wykonawcę, iż po odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty EUROVIA POLSKA S.A. odtajni ją 16 lipca 2018 r. Co więcej na pismo wykonawcy z dnia 10 lipca 2018 r. w którym ten nie wyraża zgody na odtajnienie wyjaśnień zamawiający w odpowiedzi z dnia 11 lipca 2018 r. podtrzymuje swoje stanowisko, ale co znamienne stwierdza, że: „zamawiający wskazuje, że po analizie treści przedstawionego w piśmie z dnia 04.06.2018 r. uzasadnienia zastrzeżenia informacji oraz wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, z dniem 03.07.2018 r. uznał że

wyżej wskazane pismo nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednak biorąc pod uwagę interes Wykonawcy pismem z dnia 03.07.2018 r. zawiadomił jedynie, że fizyczne udostępnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji nastąpi po upływie terminu na złożenie przez wykonawcę środka ochrony prawnej. Analizując treść odpowiedzi można dostrzec, iż „po analizie treści przedstawionego w piśmie z dnia 04.06.2018 r. uzasadnienia zastrzeżenia informacji oraz wyjaśnień”, a więc jak zakłada odwołujący w okresie pomiędzy otrzymaniem wyjaśnień, a odrzuceniem oferty AVR S.A. Zamawiający badał skuteczność zastrzeżenia. Ponieważ jak wskazano do momentu odrzucenia oferty AVR S.A i wyboru oferty Eurovia Polska S.A. wyjaśnień nie odtajnił, stwierdzenie, iż biorąc pod uwagę interes Wykonawcy pismem z dnia 03.07.2018 r. zawiadomił jedynie, że fizyczne udostępnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji nastąpi po upływie terminu na złożenie przez Wykonawcę środka ochrony prawnej.” jest niezgodne nie tylko z koniecznością „niezwłocznego odtajniania” wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji najpóźniej do momentu wyboru oferty ale także narusza równe traktowanie wykonawców („biorąc pod uwagę interes Wykonawcy”).

Odwołujący AVR argumentował, że wątpliwą i negowaną jest prerogatywa zamawiającego do samodzielnego odtajnienia zastrzeżonych - nawet jego zdaniem niesłusznie zastrzeżonych. W konsekwencji uznać należy, że po pierwsze odwołujący skutecznie zastrzegł i uzasadnił zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień. Gdyby natomiast przyjąć - z ostrożności procesowej - iż uczynił to niezgodnie ze sztuką, to z uwagi na zaprezentowane stanowisko doktryny, Zamawiający bez zgody wykonawcy nie może odtajnić wyjaśnień. Gdyby jednak przyjąć, iż i to stanowisko jest niesłuszne zamawiający ma obowiązek odtajnić informacje zastrzeżone w trybie art. 11 ust 4 uznk najpóźniej do wyboru najkorzystniejszej oferty (koniec badania ofert), który w przedmiotowym postępowaniu nastąpił 29 czerwca 2018 r., a nie poinformować 3 lipca 2018 r. AVR S.A, iż „odtajnienie” nastąpi 16 lipca 2018 r. wskazując jednocześnie, iż czyni to biorąc pod uwagę interes wykonawcy.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, w których wniósł o oddalenie odwołań w całości. W odpowiedziach na odwołanie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1357/18 i KIO 1387/18 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca L.K., prowadzący w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą L.K., Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna.

Wniósł o oddalenie obu odwołań. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do wszystkich postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Eurovia Polska S.A. w Bielanych Wrocławskich. Wniósł o oddalenie wszystkich odwołań. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę odwołującego AVR, ofertę odwołującego K., wezwania skierowane przez zamawiającego do obu odwołujących do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, wyjaśnienia złożone przez obu odwołujących w odpowiedzi na ww. wezwanie, zawiadomienia o odrzuceniu ofert złożonych przez obu odwołujących, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołania, zgłoszenia przystąpienia, pisma procesowe stron i uczestników postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczzone od nich wpisy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniach odwoławczych w sprawie o sygn. akt KIO 1357/18 i KIO 1387/18 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę L.K., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą L.K., Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału we wszystkich postępowaniach odwoławczych w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Eurovia Polska S.A. w Bielanych Wrocławskich, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 1387/18. Zamawiający treść wniosku ostatecznie sformułował w

trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron 24 lipca 2018 r. Podniósł, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1387/18 podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Argumentował, że przesłana zamawiającemu wersja odwołania nie może być uznana za kopię odwołania złożonego do Izby, gdyż nie zawierała podpisu.

Stanowisko zamawiającego nie zasługiwało na uwzględnienie. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, za kopię odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, rozumie się treść odwołania. Celem tego przepisu jest umożliwienie zamawiającemu zapoznania się z merytorycznym stanowiskiem strony przeciwnej. Brak podpisu na wersji odwołania przesłanej zamawiającemu nie oznacza zatem, że zamawiającemu nie przekazano jego kopii. Analogiczne stanowisko wyrażono choćby w postanowieniu Sądu Okręgowego w Łodzi z 23 kwietnia 2015 r. sygn. akt III Ca 302/15. Bezzasadne było powołanie się na postanowienie Izby z 7 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1557/17. Uszło uwadze zamawiającego, że ww. postanowienie zostało uchylone postanowieniem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 9 listopada 2017 r. sygn. akt IV Ca 1720/17.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez obu odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferty obu odwołujących zostały odrzucone a złożone przez nich wyjaśnienia odtajnione. Zamawiający wybrał także jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego Eurovia. Odwołujący domagali się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia swych ofert i unieważnienia czynności odtajnienia ich wyjaśnień. Ewentualne ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę któregoś z odwołujących i nieprawidłowo odtajnił ich wyjaśnienia skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty któregoś z odwołujących, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO 1357/18

Chybione okazały się zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym przez odwołującego AVR w sprawie o sygn. akt KIO 1357/18.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia na zadaniu 1 jest całoroczne utrzymanie autostrady A4, drogi ekspresowej S19 i dróg krajowych nr 97, 9, 94 na wskazanych w SIWZ odcinkach.

Na sfinansowanie zamówienia w części 1 zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 86.353.587,27 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert swe oferty na zadanie 1 złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Budia Standard sp. z o.o. – 90.746.866,63 zł brutto,
- 2) Zaberd S.A. – 87.245.866,63 zł brutto,
- 3) wykonawca AVR S.A. – 55.819.186,60 zł brutto,
- 4) Przystępujący Eurovia Polska S.A. – 79.603.126,72 zł brutto,
- 5) Odwołujący K. – 58.665.856,77 zł brutto.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 23 maja 2018 r. wezwał odwołującego AVR do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Pismem z dnia 4 czerwca 2018 r. odwołujący AVR złożył wyjaśnienia. Zastrzegł, że treść tych wyjaśnień od str. 34 do 168 nie może być udostępniana innym wykonawcom, gdyż stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. poinformował odwołującego AVR o odrzuceniu jego oferty. Uzasadnienie to zostanie przedstawione w wersji, jaką sporządził zamawiający z uwzględnieniem zastrzeżenia niektórych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego AVR. Pełna wersja znajduje się w aktach sprawy i została przekazana odwołującemu AVR.

Zamawiający wskazał jako podstawę prawną:

- *art. 89. ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90. ust. 3 ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jeżeli zawiera rażąco niską cenę, tj. ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,*
- *art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że *treść złożonych wyjaśnień, potwierdzająca wysokość ceny ofertowej jak również poszczególnych cen jednostkowych, jednoznacznie wskazuje, że cena ofertowa skalkulowana jest nieprawidłowo, niezgodnie z wymaganiami SIWZ, jest nierealna i rażąco niska. Zamawiający informuje, że stwierdzono w szczególności następujące kwestie potwierdzające wystąpienie rażąco niskiej ceny oraz potwierdzających niezgodność oferty z SIWZ.*

1. *Niedoszacowanie ceny oferty AVR w ujęciu całkowitym w stosunku do SKWZ na poziomie kwoty 30 534 400,67 zł (co stanowi zniżenie o 35,36%) i w stosunku do średniej z wszystkich ofert (którą sam Wykonawca AVR wskazuje w swoich wyjaśnieniach jako najbardziej rynkową) na poziomie kwoty 18 597 222,46 zł (co stanowi zniżenie o 24,99%). Powyższe obrazuje załącznik nr 1 Zestawienie zależności kwotowych cen zaofertowanych przez Wykonawców.*

Niedoszacowanie ceny oferty AVR w stosunku do SKWZ na poziomie kwoty 8 936 608,97 zł i w stosunku do średniej z wszystkich ofert (którą sam AVR wskazuje jako najbardziej rynkową) na poziomie kwoty 5 399 170,19 zł biorąc pod uwagę jedynie wartości utrzymania rutynowego w elementach gdzie stwierdzono 5-krotne zniżenie wartości w stosunku do SKWZ i średniej z wszystkich ofert (czyli wartości od 80% do 99%) z pominięciem pozostałych cen zniżonych o mniejsze wartości czyli wartości od 30% do 80%.

Ponadto cena oferty AVR jest zniżona w stosunku do SKWZ na poziomie 23 218 007,60 zł (co stanowi zniżenie o 37,55%) i w stosunku do średniej z wszystkich ofert na poziomie 13 774 659,98 zł (co stanowi zniżenie o 26,61%) biorąc pod uwagę wartości utrzymania rutynowego w elementach gdzie stwierdzono zniżenie wartości od 30% do 99% w stosunku do SKWZ i średniej z wszystkich ofert (warunek występowania Rażąco Niskiej Ceny).

Wykonawca w ofercie złożonej na przedmiotowe postępowanie drastycznie zniżył również swoje własne ceny w stosunku do cen złożonych w ubiegłorocznym postępowaniu na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A4 na odcinku Rzeszów Wschód bez węzła) do Jarosław Zachód (z węzłem) wraz ze wszystkimi elementami administrowanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie” w analogicznych elementach/pozycjach np. pozycje zniżone od 80% do 97%:

a. Grupa nr 2.08 Estetyka

- Osłony przeciwolśnieniowe w pasie dzielącym - 86%;
- Ekrany przeciwolśnieniowe/akustyczne - 84%;
- Ekrany akustyczne (mycie) - 97%;
- Kamienie na przejściach dla zwierząt - 89%;

b. Grupa nr 2.12 Zimowe utrzymanie

- Nawierzchnia (jezdnie na OUA, MOP, PPO) - 87%;
- Chodniki - OUA - 90%;

Ponadto Wykonawca w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu na zadanie nr 1 ma drastycznie zniżone swoje własne kwoty w stosunku do zadania nr 2, co w świetle całokształtu zaoferowania rażąco niskiej ceny dodatkowo powoduje braku wiarygodności oferty np.:

a. Grupa nr 2.01 Nawierzchnia dróg krajowych

i. Nawierzchnia dróg dojazdowych (żwirowych) (naprawy j remonty) - 67% mniej niż w zadaniu nr 2;

b. Grupa nr 2.04 Odwodnienie

i. Ścieki korytkowe – 73% mniej niż w zadaniu nr 2;

c. Grupa nr 2.06 Oznakowanie

i. Bramownice i inne konstrukcje wsporcze nad jezdni - 73% mniej niż w zadaniu nr 2;

d. Grupa nr 2.07 Bezpieczeństwo

i. Osłony przeciwolśnieniowe w pasie dzielącym - 61% mniej niż w zadaniu nr 2;

ii. Ekrany przeciwolśnieniowe/akustyczne i akustyczne - 67% mniej niż w zadaniu nr 2;

iii. Lamy U-35 tworzące falę świetlną wraz z tablicami U-3 na podstawach oraz akumulator z obudową do przykręcenia do gruntu - 63% mniej niż w zadaniu nr 2;

Zgodnie z orzecznictwem Izby okoliczności te same w sobie nie przesądzają o RNC oferty Wykonawcy, niemniej w powiązaniu z treścią wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, przyjęć należy, że Wykonawca podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Wskazane przez Wykonawcę oszczędności metod wykonania zamówienia pkt 2.1.1. wyjaśnień nie są metodami, które są stosowane wyłącznie przez Wykonawcę - nie są dla niego właściwe, a ich stosowanie cechuje w znacznej części wszystkich wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu. Okoliczności te nie mogą więc decydować o obniżeniu kosztów wykonania zamówienia względem innych wykonawców i to w takim stopniu, by uzasadniało to wysokość zaoferowanej ceny:

- obniżenie kosztów paliwa poprzez korzystanie z istniejącej na OUA Rzeszów stacji paliw wskazać należy, że stacja paliw została wybudowana w takim właśnie celu i z dużym prawdopodobieństwem można założyć, że każdy z wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu przyjęli takie samo założenie, jak Wykonawca, tj. że nie będzie korzystał ze stacji paliw zewnętrznych, a sprzęt będzie tankowany na stacji na OUA. Ponadto w taki sposób usługa była wykonywana w latach poprzednich.

- dysponowanie własnym rozbudowanym zapleczem technicznym i technologicznym wskazane przez Wykonawcę zaplecze sprzętowe, biorąc pod uwagę ilość kontraktów realizowanych obecnie przez Wykonawcę (pkt. 2.1.2 ppkt 1 wyjaśnień) i stawiane w nich wymagania sprzętowe, jest małe (tajemnica przedsiębiorstwa).

Bardziej prawdopodobne wydaje się więc, że Wykonawca dla potrzeb realizacji zamówienia będzie musiał zakupić/najmować dodatkowy sprzęt, na co Wykonawca pośrednio wskazuje w pkt 4.3.1 wyjaśnień. Sytuacja nie jest więc wyjątkowo korzystna względem innych wykonawców. Zamawiający zwraca uwagę, że o kosztach wykonania zamówienia decyduje ilość jednostek sprzętowych, które Wykonawca rzeczywiście zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia, a te jednostki zostały wskazane przede wszystkim w tabeli 4.3.1.1 wyjaśnień. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że

Wykonawca zadeklarował wykorzystanie do realizacji zamówienia jedynie minimalnych ilości sprzętów określonych w załączniku nr 14.1 do OPZ.

- posiadanie doświadczenia, zaplecza sprzętowego, ludzkiego oraz infrastruktury dostępnej na terenie województwa podkarpackiego - wskazać należy, że każdy z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu jest wykonawcą wyspecjalizowanym w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia, który realizuje lub realizował dla zamawiającego (zarówno dla GDDKiA O/Rzeszów, jak i innych Oddziałów) tego typu usługi (kompleksowo utrzymywał lub utrzymuje odcinki dróg), Każdy z tych wykonawców realizując taki kontrakt musiał opracować wzory dokumentów, Program Zapewnienia Jakości itp. (wszystkie Oddziały GDDKiA stosują analogiczne wymogi), także więc inni wykonawcy mają niezbędną wiedzę i doświadczenie do realizacji takiego zamówienia. Co także istotne, dwaj inni wykonawcy FUHP L.K. i Eurovia również świadczą usługi na terenie województwa podkarpackiego na kontraktach GDDKiA. Sytuacja Wykonawcy nie jest więc wyjątkowa.

- Wykorzystanie własnych pracowników wykonujących usługę w okresie zimowym (ZUD) do wykonywania zamówienia w okresie letnim również to rozwiązanie, wedle wiedzy Zamawiającego stosują wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, i którzy składają oferty na analogiczne zamówienia udzielane przez zamawiającego.

3. Niedoszacowanie kosztów wykonywanych robót w poszczególnych pozycjach poprzez brak ujęcia w nich nakładów na czasową organizację ruchu i oznakowanie ruchu podczas ich prowadzenia. W wyjaśnieniach poza kilkoma ogólnymi punktami w których zawarto wzmiankę o zapewnieniu oznakowaniu robót, brak jest konkretnych informacji o ujęciu tych kosztów, co powinno być wyszczególnione w każdej pozycji zgodnie z zapytaniem Zamawiającego. Nadmieniamy, że tak ważny dla bezpieczeństwa ruchu drogowego i samych pracowników Wykonawcy, jak również bardzo cenotwórczy czynnik, nie powinien być tak potraktowany (... tajemnica przedsiębiorstwa).
4. Niedoszacowanie kosztów koszenia powierzchni zielonych (... tajemnica przedsiębiorstwa) na co wskazują nierealnie niska wartość danej pozycji tj. 4 059 289,58 zł, która jest o 2 485 428,21 zł (co stanowi zaniżenie o 38%) niższa od wartości wyliczonej w SKWZ oraz 2 152 796,87 zł (co stanowi zaniżenie o 35%) niższa od średniej z ofert (tajemnica przedsiębiorstwa). Niedoszacowanie to w konsekwencji prowadzi do sytuacji, w której Wykonawca nie będzie w stanie prawidłowo realizować koszenia i tak np. nie dotrzymuje standardów koszenia wynikających z umowy za co rok w rok jest karany na odcinku autostrady A4 Jarosław - Korczowa. Zamawiający podczas

dotychczasowej współpracy z Wykonawcą poznał jego strategię w realizacji usługi koszenia, polegającą na odwlekaniu i przeciąganiu koszenia, skutkujące niedotrzymaniem standardu i zastrzeżeniami do Zamawiającego o jakoby nadmiernym jego egzekwowaniu i zna jego możliwości w tym zakresie. W związku z czym nie uznaje za prawdziwe opisanych szeroko w wyjaśnianych możliwości i kompetencji Wykonawcy wpływających na możliwość zaoferowania tej usługi w tak niskiej cenie, a mówimy tu o zaniżeniu rzędu ponad 2 mln złotych (... tajemnica przedsiębiorstwa).

5. *Niedoszacowanie kosztów utrzymania nasadzeń, z uwagi na znaczne zaniżenie w szczególności kosztów materiałów tj. sadzonek (drzewa krzewy pnącza), paliki, kora, środki chemiczne, woda (podlewanie), materiały ogrodnicze do cięć i pielęgnacji siatki ochronne, itp., (... tajemnica przedsiębiorstwa). Zakładana kwota jest niewystarczająca biorąc pod uwagę zniszczenia spowodowane przez chociażby dziką zwierzynę i sprzęt koszący (... tajemnica przedsiębiorstwa)*
6. *Wykonawca nie doszacował również kosztów w zakresie oznakowania grubowarstwowego i strukturalnego. Zgodnie z OPZ wykonawcy mają utrzymać 67 709 m² przedmiotowego oznakowania (... tajemnica przedsiębiorstwa)*
7. *Zgodnie z OPZ str. 97 pkt 2.06 ppkt 1,2 należy co roku wykonać odnowę oznakowania poziomego cienkowarstwowego. Ilość w przedmiarze 9755 m² przez 6 lat daje 58530 m² (... tajemnica przedsiębiorstwa) a więc niedoszacowanie wynosi 29 759,80zł.*
8. *Wyjaśnienia są niespójne i sprzeczne m.in. z uwagi na argumenty Wykonawcy, że większość robót i usług wykona siłami własnymi przez co osiągnie oszczędność w stosunku do podwykonawstwa, w sytuacji gdzie w dalszej części wyjaśnień powołuje się na znaczne oszczędność poprzez podzlecenie robót usług (... tajemnica przedsiębiorstwa).*

Ponadto należy wskazać, że w zasadzie wszystkie przedstawione przez Wykonawcę oferty podwykonawców zostały skonstruowane w taki sam sposób. Podwykonawcy wypełnili odpowiednie fragmenty formularzy/kosztorysów załączonych do SIWZ, podając swoje własne ceny. Z kosztorysów tych nie wynika tym samym, jakie założenia do kalkulacji ceny przyjęli podwykonawcy (np. co do ilości i rodzaju sprzętu, co do ilości robocizny i czasu pracy ludzi, co do rodzaju i ilości zużytych materiałów itd.), jakie czynniki cenotwórcze (koszty) i w jakiej wysokości przyjęli.

Zamawiający w wezwaniu wprost wskazał, że oczekuje dla wszystkich pozycji formularzy cenowych przedstawienia kosztów ich wykonania z podziałem na koszty robocizny, sprzętu i materiałów oraz kosztów pośrednich i zysku oraz opisu, jakie

zakresy i jakie działania założył w ramach realizacji poszczególnych pozycji wykonawca. Przedstawienie w odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie kalkulacji uproszczonych podwykonawcy, nie stanowi realizacji treści wezwania.

Ważnym aspektem wpływającym na ocenę Zamawiającego przedstawionych ofert od podwykonawców jest kwestia czy oświadczenie podmiotu prywatnego można traktować jako potwierdzenie faktów mających istotne znaczenie dla oceny realności ceny? Zdaniem zamawiającego nie ponieważ dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe stanowią dowód tego co w nich urzędowo zaświadczone. W przeciwieństwie do dokumentów urzędowych, oświadczenie podmiotu prywatnego / dokument prywatny (sporządzone w formie pisemnej albo elektronicznej) stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Jeżeli więc wykonawca ma przedstawić dowody na okoliczność, że usługa, maszyna czy materiał kosztują 1zł, to oświadczenie współpracującego podmiotu prywatnego powiązanego wspólnym interesem z Wykonawcą, potwierdzające, że zasoby te kosztują 1zł, nie stanowi dowodu potwierdzającego, iż faktycznie koszt wynoszą 1zł. Jest to jedynie dowód na okoliczność, że oferent/podwykonawca tak twierdzi (zgodnie z prawdą lub też się z nią mijając).

W związku z powyższym Zamawiający stoi na stanowisku, że „dowody” przedstawione przez Wykonawcę w formie ofert, zamówień itp. Nie stanowią rzetelnego poparcia /udowodnienia złożonych wyjaśnień.

9. Wykorzystanie nowych pojazdów - wskazać należy, że Zamawiający w OPZ wskazał wymagany wiek pojazdów, wymagał np., by solarki i pługi (sprzęt ZUD) były w momencie zawierania umowy nie starsze niż 2 lata, pojazd patrolowy, pojazd patrolowo - kontrolny, pojazdy dostawcze, były nie starsze niż 5 lat (pkt 2.8 OPZ). Nadto, wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, w kryterium oceny ofert „Jakość” zadeklarowali zastosowanie wszystkich nośników ZUD spełniających normę emisji spalin EURO 5 lub wyższą.

Warto przy tym zaznaczyć, że Wykonawca w tabeli 4.3.1.1 wyjaśnień podał wiek pojazdów, które zamierza wykorzystywać do realizacji zamówienia i nie są to pojazdy, które byłyby wyłącznie pojazdami nowymi, np. samochody osobowe i dostawcze będą pochodziły z roczników 2012-2018 (w sytuacji, gdy Zamawiający wymagał, by nie były starsze niż 5 lat w dacie podpisania umowy). Wbrew wymogom OPZ, Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia nawet starszymi pojazdami niż było to dopuszczalne.

10. Błędne założenie wykonywania wielu robót i usług siłami patrolu, co jest niemożliwe z uwagi na minimalne wymagania co do objazdów ciągu głównego i dróg dojazdowych.

Wykonawca zakłada wykonanie szeregu prac wynikających z bieżących potrzeb pracownikami wykonującymi patrol, którzy nie będą w stanie ich wykonać nawet w sytuacji braku zdarzeń, kolizji i wypadków na drodze, a co dopiero w sytuacji gdy będą musieli interweniować na drodze. W takich sytuacjach do realizacji patrolu wymagany być może dodatkowy patrol lub niezwłoczne przejęcie zdarzenia przez innych pracowników Wykonawcy, czego nie da się wykonać przy zatrudnieniu jakie zakłada Wykonawca (... tajemnica przedsiębiorstwa).

W OPZ str. 153 liczba pracowników pkt 7 ppkt. 6 Wykonawca oddeleguje liczbę pracowników by mógł realizować w sposób ciągły 24godz/dobę we wszystkie dni tygodnia przy uwzględnieniu dwuzmianowego cyklu pracy.

W czasie opadów wszystkie pojazdy ZUD tj. pługi i pługosolarki tj. 12 szt. do tego ładowarka i wytwornica solarki: 13 osób x 2 zmiany - 26 osób

Ww. osoby poza sezonem ZUD są wykorzystywane do innych czynności np. koszenia czyli tę ilość należy przyjąć na cały rok.

Ponadto wymagane jest 3 dyżurnych + 1 osoba na zastępstwa urlopy chorobowe i itp. w sumie 4 osoby.

Wymagane jest 12 osób do obsady patroli ciągu głównego i pozostałych dróg. (wyliczenia poniżej)

Według wiedzy Zamawiającego potrzebny czas na sam objazd pozostałych dróg wynosi min. 7 godzin, a przy uwzględnieniu, że będą dokonywać drobnych napraw utrzymywać częściowo czystość, monitorować ogrodzenia i bramy potrzebny czas 8-10 godzin.

W celu zachowania wymaganych czasów zabezpieczenia zdarzeń na drodze oprócz patrolu potrzebna jest grupa interwencyjna, która w przypadku potrzeby dłuższego zabezpieczenia zdarzenia przejmie czynności wykonywane doraźnie przez patrol, który musi przecież na bieżąco patrolować, żeby spełnić wymagania zakładane w harmonogramie objazdów, i nie może zabezpieczać i obsługiwać zdarzenia/wypadku przez kilka godzin. Potrzeba min 2 osoby, czyli:

30dni x 24 godz. x 2 osoby— 1440 godz. / 180 godzin (1 etat) daje 8 osób + 1 osoba na zastępstwa urlopy chorobowe i itp. w sumie 9 osób.

Dodatkowo min 2 etaty sprzątaczk na MOP-y i OUA.

Następnie Kierownik Utrzymania i zastępca ponieważ jest konieczna dyspozycyjność 24h/dobę - kolejne 2 osoby.

Sumarycznie daje to liczbę 55 etatowych pracowników, a AVR założył (tajemnica przedsiębiorstwa) co jest (tajemnica przedsiębiorstwa) za mało licząc tylko minimalne liczby etatów.

Należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, z którego wynika znaczne niedoszacowanie i niezgodność z wymaganiami SIWZ, że Wykonawca błędnie założył, iż pracownicy

patrolu będą wykorzystywani (... tajemnica przedsiębiorstwa) na dobę do patrolowania, a pozostały czas do innych prac (... tajemnica przedsiębiorstwa).

Zwiększając średnią prędkość jazdy do 50-60 km/h czas ten można skrócić do około 3 godzin na jeden objazd co i tak daje 7 objazdów x 3 godz. — 21 godzin na dobę. Do tego należałoby przyjąć jakiś czas na zatrzymanie, interwencję, który jest potrzebny na usunięcie zagrażających bezpieczeństwu przedmiotów z jezdni, zamknięcie bramy/furtki, zabezpieczenie/oznakowanie unieruchomionych na drodze pojazdów (bardzo częsty przypadek - nawet kilka przypadków na dobę) plus czas na interwencje przerwy itp. Czyli 2 osoby z patrolu są wykorzystane 24 godziny na dobę. Jak widać patrol ma mało czasu na zatankowanie, zmianę obsady, przerwę czy posiłek, a Wykonawca wyjaśnił, że będą dodatkowo wykorzystywani do wielu innych prac, i to ma przynieść dodatkowe oszczędności. Analogicznie jest z błędnie przyjętym czasem objazdu dróg pozostałych tj. Wykonawca przyjął (... tajemnica przedsiębiorstwa), gdzie aby przejechać wszystkie pozostałe drogi bez czasu zatrzymania (a taki czas należy przewidzieć ponieważ prawie codziennie są jakieś interwencje) potrzeba tak naprawdę min. 7 godzin plus dodatkowy czas jw. daje w sumie 8-10 godzin. Do wyliczeń przyjmując wartość min. wychodzi:

$365 \text{ dni} \times 2 \text{ osoby} \times 24 \text{ godz.} = 17520 \text{ godz na rok - ciąg główny};$

$365 \text{ dni} \times 2 \text{ osoby} \times 8 \text{ godz.} = 5840 \text{ godz na rok - drogi pozostałe};$

Sumarycznie daje to 23360 godz w roku dzieląc to przez 2000 godz (tyle max. może przepracować pracownik z nadgodzinami, po odjęciu urlopów, w ciągu roku), daje to 11,68 osoby. Biorąc pod uwagę zastępstwa trzeba przyjąć min. 12 osób. Jak wynika z wyjaśnień (str. 116 wyjaśnień) Wykonawca przyjął do patrolowania (tajemnica przedsiębiorstwa) osoby za mało. Ponadto Wykonawca opisał, że jeszcze z tej pozycji zostanie sporo godzin do wykorzystania pracowników do innych prac (... tajemnica przedsiębiorstwa).

W związku z tym że jest duże niedoszacowanie roboczogodzin na patrolowanie jest tak też z kosztem za paliwo wyliczonym jako pochodna czasu potrzebnego na wykonanie prac. Należy więc również doliczyć do kosztów wydatki na paliwo spalane przez drugi pojazd (... tajemnica przedsiębiorstwa)

Sumarycznie daje to kwotę 1 416 930,00zł.

Reasumując Wykonawca założył za duże oszczędności wynikające z wykorzystania pracowników patrolu do innych zadań. Następstwem tych błędnych założeń było błędne wyliczenie/zaniżenie kosztów paliwa, co stanowi potwierdzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Ponadto przyjęcie przez Wykonawcę liczby pracowników patrolu oraz czasów na objazdy ciągu głównego i dróg pozostałych świadczy jednoznacznie o niemożliwości spełnienia wymagań OPZ, a co za tym idzie o niegodności oferty z SIWZ.

W związku z powyższym Zamawiający stoi na stanowisku, że Wykonawca zaoferował cenę nierealną, a jego oferta w związku z błędnymi założeniami jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

(...)

Izba wzięta pod uwagę, że odwołujący AVR w odwołaniu w ogóle nie odniósł się do pkt 3 i pkt 6 uzasadnienia czynności odrzucenia, z czego należało wysnuć wniosek, iż te podstawy odrzucenia jego oferty w ogóle nie zostały zakwestionowane.

Pkt 3 uzasadnienia czynności odrzucenia odnosił się do kwestii nieujęcia przez odwołującego AVR w jego wyjaśnieniach informacji co do nakładów na czasową organizację ruchu i oznakowanie ruchu. Odwołujący AVR nie odniósł się także w ogóle do pkt 6 uzasadnienia czynności odrzucenia, a mianowicie kwestii niedoszacowania kosztów w zakresie oznakowania grubowarstwowego i strukturalnego. Co do obu tych podstaw odrzucenia zamawiający przedstawił w uzasadnieniu czynności odrzucenia szczegółową argumentację popartą wyliczeniami. Do powyższej argumentacji odwołujący się nie odniósł, w szczególności nie wskazał w odwołaniu tych części wyjaśnień, w których powinny zostać opisane koszty ujęte na czasową organizację ruchu i ich oznakowanie. Nie przedstawił w odwołaniu własnych wyliczeń wynikających z wyjaśnień. Analogiczna sytuacja dotyczyła okoliczności opisanych w pkt 6 uzasadnienia czynności odrzucenia.

Co do powodów odrzucenia oferty odwołującego AVR opisanych w pkt 7 (niedoszacowanie kosztów odnowy oznakowania cienkowarstwowego) uzasadnienia czynności odrzucenia, to zarzuty odwołania sprowadzały się do tego, że odwołujący miał nie wiedzieć na czym zamawiający oparł swe wyliczenia. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu Izba stwierdziła, że Zamawiający w tej podstawie odrzucenia wskazał jednak na postanowienie pkt 2.06 ppkt 1.2 s. 97 OPZ. Ponadto zamawiający przedstawił swe wyliczenia zawierające odniesienie do ilości przedmiarowych, okresu realizacji i wskazał otrzymany iloczyn, a także wyliczył kwotę niedoszacowania. Nie można zatem uznać za zasadnego zarzutu, że nie wiadomo skąd te wyliczenia się wzięły, a tylko taki zarzut postawiono w odwołaniu wobec pkt 7 uzasadnienia czynności odrzucenia oferty AVR. Samych wyliczeń zamawiającego odwołujący nie podważył w odwołaniu, w szczególności nie przedstawił własnych obliczeń, wynikających ze złożonych kalkulacji i nie wykazał ich poprawności. Wobec niewdania się odwołującego w tym zakresie w spór z zamawiającym Izba nie mogła się odnieść w szerszym zakresie do omawianej podstawy odrzucenia.

Co do zarzutów odwołującego AVR odnoszących się do pkt 2 uzasadnienia czynności odrzucenia, to w zarzutach tych odwołujący AVR podnosił, iż wbrew stanowisku

zamawiającego nie można mówić o tym, aby odwołujący AVR na terenie województwa podkarpackiego posiadał doświadczenie, zaplecze sprzętowe, ludzkie oraz infrastrukturę porównywalną do potencjału dostępnego innym wykonawcom.

Zarzuty te należało uznać za bezzasadne. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w swym stanowisku porównywał potencjały wykonawców na obszarze całego kraju a nie tylko na terenie województwa podkarpackiego, tak jak to przyjął odwołujący AVR. Niezależnie jednak od powyższego uszło uwadze odwołującego AVR, że w ramach dowodzenia, że cena nie jest rażąco niska, niewystarczające jest wskazanie określonego czynnika, który wykonawca uważa za umożliwiający mu obniżenie ceny. Koniecznym jest bowiem udowodnienie w sposób szczegółowy i konkretny jak tak zidentyfikowany czynnik umożliwił obniżenie ceny. Tymczasem odwołujący nacisk w odwołaniu i w toku postępowania dowodowego położył wyłącznie na próbę wykazania, że jakieś czynniki wyłącznie jemu dostępne istnieją, całkowicie z boku pozostawiając sferę ekonomiczną zagadnienia.

Co do zarzutów odnoszących się do pkt 1 uzasadnienia czynności odrzucenia to Izba stwierdziła, że zarzuty te są niezasadne. Dostrzeżenia wymagało, że sam zamawiający wyraźnie wskazał, że okoliczności przywołane w pkt 1 uzasadnienia same w sobie nie przesądzają jeszcze o zaoferowaniu przez odwołującego AVR ceny rażąco niskiej wykonawcy. Wskazywał, że dopiero w powiązaniu z innymi podstawami odrzucenia oferty pozwalają wysnuć taką tezę. Rzeczywiście takie analizy porównawcze z uwzględnieniem cen z innych kontraktów, czy cen jednostkowych na analogiczne elementy w innym zadaniu same w sobie nie świadczą jeszcze o RNC, ale mogą wskazywać na pewne wątpliwości, które w połączeniu z konkretnymi przypadkami niedoszacowania kosztów pozwalają na wysnucie tezy, że cena ma charakter rażąco niski. W takim kontekście też ta argumentacja została przywołana w pkt 1 uzasadnieniu czynności odrzucenia. Okoliczność, że kwestie te same przez się nie mogą świadczyć o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej okazała się zatem niesporna między stronami. Wobec powyższego Izba przy wyrokowaniu pominęła jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy rozliczne dowody złożone przez strony, w tym zwłaszcza odwołującego AVR stanowiące fragmenty SIWZ z innych postępowań o udzielenie zamówień a także ich rozstrzygnięcia.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego AVR odnoszące się do pkt 4 uzasadnienia czynności odrzucenia, tj. niedoszacowania kosztów koszenia powierzchni zielonych.

Izba stwierdziła, że odwołujący AVR w swych wyjaśnieniach (s. 89 i n.) jednoznacznie wskazał, że zamierza przeprowadzić koszenie jedynie 4 razy w roku. Oferta odwołującego AVR okazała się z tego powodu wprost niezgodna z wymogami SIWZ dot. koszenia zawartymi na str. 114 OPZ. Zamawiający zastrzegł tam, że *roślinność niska (trawa) nie może*

być wyższa niż 30 cm na całej powierzchni objętej utrzymaniem za wyjątkiem pasa rozdziału, miejsc obsługi podróżnych, OUA, gdzie roślinność niska (trawa) nie może być wyższa niż 15 cm. Wysokość trawy 5 cm pod powierzchnią gruntu. Koszenie powinno być wykonywane w miarę potrzeb i nie mniej niż czterokrotnie w ciągu roku (...).

Z postanowień tych nie wynikało, że koszenie ma być wykonane jedynie 4 razy w roku. Podstawowym wymogiem była konieczność zapewnienia jednoznacznie opisanego standardu, z czego należało wnosić, że koszeń tych należy wykonać więcej w ciągu sezonu, o ile zajdzie taka konieczność. Z powyższego wynikało, że w wycenie należało uwzględnić nie tylko koszty czterokrotnego koszenia, ale także zapewnić rezerwę na konieczność utrzymania standardu opisanego w SIWZ. Wobec skierowania przez zamawiającego wezwania do złożenia w trybie art. 90 ustawy Pzp, rolą wykonawcy wezwanego było wyjaśnienie wysokości kosztów założonych na wykonanie tego elementu usługi, w tym opisanie i uzasadnienie wysokości niezbędnej rezerwy.

Bezzasadne było powołanie się przez odwołującego AVR w trakcie rozprawy na istnienie rezerwy w zakresie koszenia, która miała być rzekomo przeznaczona na utrzymanie standardu. Po pierwsze zarzutu takiego odwołujący AVR nie postawił w odwołaniu. Nie twierdził, że przeznaczył na utrzymanie standardu jakąkolwiek rezerwę, umożliwiającą skoszenie roślinności niskiej częściej niż 4 razy w roku. Wobec powyższego Izba nie mogła się odnieść do zarzutu niepodniesionego w odwołaniu (art.192 ust. 7 ustawy Pzp). Z ostrożności można jedynie wskazać, że odwołujący nigdzie w wyjaśnieniach nie wskazał wyraźnie, iż opisywana przez niego w trakcie rozprawy rezerwa ma być przeznaczona na koszenie, natomiast złożył wyraźne oświadczenie o tym, iż zamierza kosić roślinność niską jedynie 4 razy w ciągu roku.

Podkreślenia wymagało także, że odwołujący AVR w odwołaniu nie zakwestionował stanowiska zamawiającego, który w uzasadnieniu czynności odrzucenia na podstawie dotychczasowych cen podwykonawców odwołującego wyliczył średnią cenę za skoszenie 1 ha na poziomie 800-1200 zł. Na poparcie swego stanowiska zamawiający w trakcie rozprawy złożył przykładowe faktury wystawione przez podwykonawców odwołującego AVR w maju i czerwcu 2018 r., które zostały wtedy zaakceptowane przez przedstawicieli odwołującego AVR. Odwołujący do tego wyliczenia w odwołaniu w ogóle się nie odniósł. W konsekwencji nie wyjaśnił, dlaczego w obecnym postępowaniu średnia cena za skoszenie 1 ha zmniejszyła się o połowę powodując, że odwołujący AVR zamierza kosić roślinność niską za średnią cenę jednostkową na poziomie ok. 500 zł za ha.

Za chybione uznano zarzuty odwołania odnoszące się do pkt 8 uzasadnienia czynności odrzucenia odwołującego AVR. W tej podstawie odrzucenia zamawiający podniósł, że odwołujący częściowo zignorował jego wezwanie skierowane w trybie art. 90

ustawy Pzp w dniu 23 maja 2018 r. W odniesieniu do części elementów usługi odwołujący nie przedstawił kosztów ich wykonania z podziałem na koszt robocizny, sprzętu i materiałów oraz kosztów pośrednich i zysku wraz z opisem, jakie działania założył w ramach poszczególnych pozycji.

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący AVR nie zakwestionował czynności wezwania w drodze środków ochrony prawnej, a zatem zobowiązany był się zastosować do wezwania zamawiającego. Tymczasem, co nie było sporne, w stosunku do części pozycji, które odwołujący zamierzał wykonać przy pomocy podwykonawców, wyjaśnienia nie zostały złożone w oczekiwanej przez zamawiającego szczegółowości. Odwołujący AVR poprzestał bowiem jedynie na złożeniu ofert podwykonawców i to ogólnych, albowiem w szczególności takiej, jaką zaprezentowano w formularzu cenowym. W tej sytuacji jedyną wartością dodaną, jaką uzyskał zamawiający w wyniku przedstawionych wyjaśnień było zatem ujawnienie marży samego odwołującego AVR. Powyższe uniemożliwiło zamawiającemu zweryfikowanie prawidłowości kalkulacji tych pozycji ofertowych. Na konieczność przedstawienia elementów cenotwórczych również w stosunku do tych części przedmiotu oferty, które mają być wykonywane przy pomocy podwykonawcom zwracano wielokrotnie uwagę w orzecznictwie KIO jak i sądów okręgowych sprawujący nad nadzór instancyjny na orzecznictwem Izby (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 7 lutego 2017 r. sygn. akt X Ga 535/16/za). Wobec powyższego zarzut przedstawiony w odwołaniu nie potwierdził się.

Co do pkt 5 uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego AVR (niedoszacowanie kosztów nasadzeń) Izba stwierdziła, że również w tym przypadku odwołujący AVR nie zaprezentował w odwołaniu własnych wyliczeń w reakcji na wyliczenia zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu czynności odrzucenia.

Zarzut z odwołania sprowadzał się do postawienia przez odwołującego AVR kilku pytań retorycznych np. w którym miejscu SIWZ znajdują się informacje i jaką ilość zniszczeń drzew i krzewów przez dziką zwierzynę i wskutek koszenia wykonawca miał przyjąć w wyjaśnieniach. Rzeczywiście takich danych w SIWZ nie było, co nie oznaczało jednak, że wykonawca nie powinien w swej kalkulacji przeznaczyć pewnej kwoty na zabezpieczenie omawianego ryzyka, które biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe jest istotne. Okoliczność, iż takie ryzyko rzeczywiście występuje wykazał zamawiający składając dowód w postaci protokołów odbioru w historycznych postępowaniach. (por. protokół z przeglądu nasadzeń z firmą PBD Fachman w dniach 18.10.2017 – 7.11.2017 r. – załącznik nr 8 do odpowiedzi na odwołanie).

Natomiast co do sposobu wyliczeń przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia odwołujący AVR w ogóle się nie odniósł. W odwołaniu

zapowiedział jedynie przedstawienie jakiejś argumentacji dopiero na rozprawie, co należało uznać za spóźnione i niedopuszczalne z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Izba pominęła przy wyrokowaniu dowody odnoszące się do zarzutów niepodniesionych w odwołaniu.

Co do pkt 10 uzasadnienia czynności odrzucenia (niedoszacowanie kosztów patrolu, niedoszacowanie kosztów osobowych) odwołujący AVR zakwestionował stanowisko zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu czynności odrzucenia. Wywiódł, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, aby należało zatrudnić 55 osób. Swój zarzut skonstruował na tezie, że w stosunku do niektórych kategorii pracowników SIWZ nie zawierała wyraźnego wskazania ich minimalnej liczby. Argumentował, że skoro w pkt d pkt 2.7 OPZ zamawiający – w odniesieniu do operatorów nośników ZUD - posłużył się sformułowaniem, iż należy ich zapewnić „w ilości gwarantującej jednoczesną pracę wszystkich nośników plus operatorów rezerwowych” to jest to sformułowanie niejasne, ocenne. Wskazywał, że zamawiający nie ma prawa w oparciu o nie kreować określonej liczby pracowników nie wynikającej wyraźnie z treści SIWZ.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu Izba stwierdziła, że rzeczywiście zamawiający nie narzucił sztywno wykonawcom wymaganej, ogólnej liczby niektórych grup pracowników, powyższe dotyczyło operatorów ZUD. Nie oznaczało to jednak, że na podstawie treści SIWZ nie dało się ustalić pewnej minimalnej liczby osób na podstawie liczby narzuconych w SIWZ zadań, sposobu ich wykonywania i pracochłonności.

Izba stwierdziła ponadto, że w pkt 10 uzasadnienia czynności odrzucenia zamawiający położył nacisk i przedstawił swe wyliczenia co do błędnego założenia wykonywania wielu dodatkowych robót i usług siłami patrolu. Powyższe miało być niemożliwe z uwagi na minimalne wymagania co do objazdów ciągu głównego i dróg dojazdowych. Do tego fragmentu uzasadnienia czynności odrzucenia odwołujący AVR w ogóle się nie odniósł i go nie zakwestionował. Stosowne wywody i dowody na ich poparcie starał się przedstawiać dopiero w toku postępowania odwoławczego, co należało uznać za spóźnione i niedopuszczalne (art. 192 ust. 7 Pzp). Dostrzec należało również, że w zakresie tej podstawy odrzucenia odwołujący przedstawił w odwołaniu jedynie argumentację odnoszącą się do podstawy odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, brakowało natomiast jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie odnoszącej się do strony ekonomicznej zagadnienia, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Co do pkt 9 uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego AVR, tj. zadeklarowania wykonania zamówienia pojazdami osobowymi i patrolowanymi, patrolowo-kontrolnymi, dostawczymi niezgodnymi z SIWZ, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się w zebranym w sprawie materiale dowodowym.

Odwołujący AVR w swych wyjaśnieniach w części szczegółowej wyraźnie wskazał, że zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia pojazdy z lat 2012-2018. Co istotne w tabeli na str. 161 wyjaśnień w przypadku niektórych pojazdów znalazła się adnotacja „wiek sprzętu zgodny z OPZ”, jednakże wzmianki takiej brakowało w odniesieniu do tych rodzajów pojazdów, których wiek zamawiający zakwestionował w pkt 9 uzasadnienia czynności odrzucenia. Wreszcie, informacja o wieku pojazdów niezgodnym z SIWZ została też przez wykonawcę konsekwentnie powtórzona na str. 37 wyjaśnień, w części ogólnej, gdzie była mowa o pojazdach z lat 2012-2016/2017.

Powyższe okazało się niezgodne z treścią SIWZ. Zamawiający w pkt 2.8 OPZ wymagał bowiem wykorzystania przez wykonawcę ww. rodzajów pojazdów nie starszych niż 5 lat w momencie podpisania umowy.

Wbrew stanowisku odwołującego AVR treść jego oferty niezgodna z SIWZ nie podlegała wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp ani poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powyższe oznaczałoby niedozwolone negocjacje zamawiającego z wykonawcą i zastępowanie wyraźnych, ale niezgodnych z SIWZ oświadczeń odwołującego, oświadczeniami nowymi. Wobec powyższego oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie można się także zgodzić ze stanowiskiem jakoby uzasadnienie czynności odrzucenia naruszało reguły opisane w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co miało utrudniać odwołującemu korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zamawiający w sposób obszerny i precyzyjny opisał w czym upatruje przyczyn odrzucenia oferty, jak również jej niezgodności z SIWZ. Podał podstawę tak prawną jak i faktyczną czynności odrzucenia. Dostrzeżenia wymaga, że odwołujący nie miał problemów z identyfikacją podstaw odrzucenia. Powyższe dotyczyło też czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z którymi to okolicznościami odwołujący polemizował w odwołaniu. Okoliczność, iż zdaniem odwołującego AVR podstawy odrzucenia jego oferty nie znajdują oparcia w rzeczywistości nie świadczyła jeszcze o naruszeniu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. O naruszeniu tego przepisu można byłoby mówić wtedy, gdyby zamawiający nie podał odwołującemu powodów odrzucenia jego oferty, co nie miało miejsca.

KIO 1367/18

Chybione okazały się zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym przez odwołującego K. w sprawie o sygn. akt KIO 1367/18.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia na zadaniu 1 jest całoroczne utrzymanie autostrady A4, drogi ekspresowej S19 i dróg krajowych nr 97, 9, 94 na wskazanych w SIWZ odcinkach.

Na sfinansowanie zamówienia w części 1 zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 86.353.587,27 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert swe oferty na zadanie 1 złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Budia Standard sp. z o.o. – 90.746.866,63 zł brutto,
- 2) Zaberd S.A. – 87.245.866,63 zł brutto,
- 3) wykonawca AVR S.A. – 55.819.186,60 zł brutto,
- 4) Przystępujący Eurovia Polska S.A. – 79.603.126,72 zł brutto,
- 5) Odwołujący K. – 58.665.856,77 zł brutto.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 23 maja 2018 r. wezwał odwołującego K. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Pismem z dnia 4 czerwca 2018 r. odwołujący K. złożył wyjaśnienia. Zastrzegł, że treść tych wyjaśnień nie może być udostępniana innym wykonawcom, gdyż stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. poinformował odwołującego K. o odrzuceniu oferty odwołującego K. Uzasadnienie to zostanie przedstawione w wersji, jaką sporządził zamawiający z uwzględnieniem zastrzeżenia niektórych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego K. Pełna wersja znajduje się w aktach sprawy i została przekazana odwołującemu K.

Zamawiający wskazał jako podstawę prawną:

- *art. 89. ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90. ust. 3 ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jeżeli zawiera rażąco niską cenę, tj. ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,*
- *art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że *treść złożonych wyjaśnień, potwierdzająca wysokość ceny ofertowej, jednoznacznie wskazuje, że cena ofertowa skalkulowana jest nieprawidłowo, niezgodnie z wymaganiami SIWZ, jest nierealna i rażąco niska. Zamawiający informuje, że stwierdzono następujące kwestie potwierdzające wystąpienie rażąco niskiej ceny oraz potwierdzających niezgodność oferty z SIWZ.*

1. *Niedoszacowanie ceny oferty F.U.H.P. L.K. w ujęciu całkowitym w stosunku do SIWZ na poziomie kwoty 27.687.730,50 zł (co stanowi zaniżenie o 32,06%) i w stosunku do*

średniej z wszystkich ofert na poziomie kwoty 15 750 552, 29 zł (co stanowi zniżenie o 21,17%).

Niedoszacowanie ceny oferty F.U.H.P. L.K. w stosunku do SKWZ na poziomie kwoty 20 793 435,02 zł i w stosunku do średniej z wszystkich ofert na poziomie kwoty 11 775 403,68 zł biorąc pod uwagę jedynie wartości utrzymania rutynowego w elementach gdzie stwierdzono 5-krotne zniżenie wartości w stosunku do SKWZ i średniej z wszystkich ofert (czyli wartości od 80% do 99%) z pominięciem pozostałych cen zniżonych o mniejsze wartości czyli wartości od 30% do 80%.

Ponadto cena oferty F.U.H.P. L.K. jest zniżona w stosunku do SKWZ na poziomie 35 228 083, 76 zł (co stanowi zniżenie o 57,00%) i w stosunku do średniej z wszystkich ofert na poziomie 21 553 713,23 zł (co stanowi zniżenie o 41,60%) biorąc pod uwagę wartości utrzymania rutynowego w elementach gdzie stwierdzono zniżenie wartości od 30% do 99% w stosunku do SKWZ i średniej z wszystkich ofert (warunek występowania *Rażąco Niskiej Ceny*).

Wykonawca w ofercie złożonej na przedmiotowe postępowanie drastycznie zniżył swoje własne ceny w stosunku do cen złożonych w ubiegłorocznym postępowaniu „Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A4 na odcinku Rzeszów Wschód (bez węzła) do Jarosław Zachód (z węzłem) wraz ze wszystkimi elementami administrowanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie” w analogicznych elementach/pozycjach np. pozycje zniżone od 80% do 97%:

pozycje zniżone od 80% do 97%:

Nawierzchnia dróg kategorii innej niż krajowa zlokalizowanych w pasie drogowym - 81%;

Oznakowanie poziome cienkowarstwowe - 88%;

Znaki pionowe duże, średnie, małe - aktywne - 92%;

Ostony przeciwolśnieniowe w pasie dzielącym - 89%;

Ekrany akustyczne (mycie) - 99,5%;

Karpy na przejściach dla zwierząt -81%;

Kamienie na przejściach dla zwierząt - 84%;

Zieleń (nasadzenia drzew, krzewów i pozostałych)- drzewa - 87%;

Nawierzchnia (jezdnie na OUA, MOP, PPO) -95%;

Chodniki - OUA - 85%;

Chodniki - pozostałe -96%;

Nawierzchnia parkingów, placów manewrowych, miejsc do kontroli i miejsc pod kolumny awaryjne - 89%;

Rutynowe objazdy w ramach patrolu Drogi - 90%;

Realizacja działań zgodnie z Planem Działań Ratowniczych - 81%;

Utrzymanie innych, nie wymienionych wyżej elementów oraz wykonywanie pozostałych prac i czynności utrzymaniowych wynikających z realizacji umowy - 84%;

Utrzymanie czystości - obiekty mostowe - 86%;

Urządzenia dylatacyjne - modułowe -96%;

Łożyska garnkowe - 87%;

Łożyska elastomerowe - 93%;

Ponadto Wykonawca w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu na zadanie nr 1 ma drastycznie zaniżone swoje własne kwoty w stosunku do zadania nr 2, co w świetle całokształtu zaoferowania rażąco niskiej ceny dodatkowo powoduje braku wiarygodności oferty np.:

a. Nawierzchnia dróg dojazdowych żwirowych (naprawy i remonty) - 99,8% mniej niż w zadaniu nr 2;

b. Znaki pionowe duże, średnie, małe - aktywne - 90% mniej niż w zadaniu nr 2;

c. Nawierzchnia dróg dojazdowych żwirowych (utrzymanie czystości) - 90% mniej niż w zadaniu nr 2;

Zgodnie z orzecznictwem Izby okoliczności te same w sobie nie przesądzają o RNC oferty Wykonawcy, niemniej w powiązaniu z treścią wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, przyjąć należy, że Wykonawca podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

2.

Wskazane przez Wykonawcę oszczędności metod wykonania zamówienia nie są metodami, które są stosowane wyłącznie przez Wykonawcę nie są dla niego właściwe, a ich stosowanie cechuje w znacznej części wszystkich wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu. Okoliczności te nie mogą więc decydować o obniżeniu kosztów wykonania zamówienia względem innych wykonawców i to w takim stopniu, by uzasadniało to wysokość zaoferowanej ceny:

- dysponowanie własnym rozbudowanym zapleczem technicznym i technologicznym - wskazane przez Wykonawcę zaplecze sprzętowe, biorąc pod uwagę ilość kontraktów realizowanych obecnie przez Wykonawcę dla GDDKiA O/Rzeszów i innych Zamawiających, i stawiane w nich wymagania sprzętowe, jest stosunkowo małe. Bardziej prawdopodobne wydaje się więc, że Wykonawca dla potrzeb realizacji zamówienia będzie musiał zakupić/najmować dodatkowy sprzęt. Sytuacja nie jest więc wyjątkowo korzystna względem innych wykonawców. Zamawiający zwraca uwagę, że o kosztach wykonania zamówienia decyduje ilość jednostek sprzętowych, które Wykonawca rzeczywiście zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia.

- posiadanie doświadczenia, zaplecza sprzętowego, ludzkiego oraz infrastruktury dostępnej na terenie województwa podkarpackiego - wskazać należy, że każdy z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu jest wykonawcą wyspecjalizowanym w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia, który realizuje lub realizował dla zamawiającego (zarówno dla GDDKiA O/Rzeszów, jak i innych Oddziałów) tego typu usługi (kompleksowo utrzymywał lub utrzymuje odcinki dróg), Każdy z tych wykonawców realizując taki kontrakt musiał opracować wzory dokumentów, Program Zapewnienia Jakości itp. (wszystkie Oddziały GDDKiA stosują analogiczne wymogi), także więc inni wykonawcy mają niezbędną wiedzę i doświadczenie do realizacji takiego zamówienia. Co także istotne, dwaj inni wykonawcy AVR S.A. i Eurovia również świadczą usługi na terenie województwa podkarpackiego na kontraktach GDDKiA. Sytuacja Wykonawcy nie jest więc wyjątkowa.

- Wykorzystanie własnych pracowników wykonujących usługę w okresie zimowym (ZUD) do wykonywania zamówienia w okresie letnim również to rozwiązanie, wedle wiedzy Zamawiającego stosują wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, i którzy składają oferty na analogiczne zamówienia udzielane przez Zamawiającego.

3. Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących oznakowania poziomego cienkowarstwowego, grubowarstwowego i strukturalnego błędnie przyjął roczny zakres odnowy oznakowania. Co za tym idzie błędna jest również wartość pozycji na poziomie (... tajemnica przedsiębiorstwa), 155 230,77 zł przedstawiona w formularzu cenowym 2.1 a (suma pozycji 1.1, 1.2 , 2.1, 2.2, 3.1, 3.2). Dużym niedoszacowaniem jest też przyjęta cena jednostkowa (tajemnica przedsiębiorstwa), na którą składa się robocizna, materiał, koszty pośrednie i zysk (... tajemnica przedsiębiorstwa). Sumarycznie daje to kwotę 175 016 zł.

4. (tajemnica przedsiębiorstwa).

5. Wykonawca jednoznacznie wykazuje w kalkulacjach załączonych do wyjaśnień, że przyjął koszty na 6 lat czyli 72 miesiące realizacji zamówienia, natomiast kontrakt będzie realizowany przez 73 miesiące, co dowodzi że oferta jest skalkulowana niezgodnie z wymaganiami SIWZ, a sama cena oferty niedoszacowana (tajemnica przedsiębiorstwa).

W związku z powyższym Zamawiający stoi na stanowisku, że Wykonawca zaoferował cenę nierealną, a jego oferta w związku z błędnymi założeniami jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

(...)

Reasumując Zamawiający stwierdza wystąpienie w cenie Wykonawcy RNC oraz niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ i postanawia odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności odwołujący K. podniósł w odwołaniu, że różnice procentowe wskazane przez zamawiającego same w sobie nie świadczą o tym, że cena oferty odwołującego ma charakter rażąco niskiej. Odnosząc się do tej argumentacji odwołującego należało podnieść, że kwestia ta nie była sporna między stronami. Zamawiający w pkt 1 uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego K. wyraźnie potwierdził, że okoliczności te same w sobie nie przesadzają o cenie rażąco niskiej. Dopiero w powiązaniu z treścią dostrzeżonych błędów w kalkulacji, niedoszacowań, czy niezgodności z SIWZ mogą świadczyć o zaoferowaniu takiej ceny. Wobec powyższego stwierdzono, że w tym zakresie nie ma sporu między stronami.

Co do kwestii okresu przyjętego do realizacji zamówienia (pkt 5 uzasadnienia czynności odrzucenia; pkt 5 części tajnej odwołania), to Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego wobec tej podstawy odrzucenia nie potwierdziły się.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ocenił, iż wykonawca K. przyjął w swej kalkulacji 6-letni termin realizacji usługi, a zatem 72 miesiące. Nie było sporne między stronami, że termin realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ wynosił 73 miesiące. Wbrew stanowisku odwołującego K. w żadnym miejscu wyjaśnień i kalkulacji nie wskazał on, że 6 lat, o których wielokrotnie wspominał w wyjaśnieniach, należy rozumieć jako 6 sezonów. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Jeżeli odwołujący użył w wyjaśnieniach i to wielokrotnie i w wielu miejscach terminu 6 lat, to zamawiający miał prawo uznać, iż chodzi o 72 miesiące, biorąc pod uwagę, że na 1 rok składa się 12 miesięcy. Jeżeli odwołujący K., wbrew powszechnemu znaczeniu terminu „rok” nie utożsamiał go z 12 miesiącami, to powinien to wyraźnie wskazać zamawiającemu w wyjaśnieniach, tym bardziej, że zamawiający poprosił go o przedstawienie szczegółowej kalkulacji. Skoro odwołujący nie udowodnił zamawiającemu, że skalkulował koszty usługi na wymagane 73 miesiące, to zamawiający miał obowiązek uznać, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Niezależnie od powyższego wskutek nieuwjęcia w kalkulacji jednego miesiąca, prawidłowo ustalono, że cena oferty odwołującego jest niedoszacowana o kwotę wskazaną w pkt 5 uzasadnienia czynności odrzucenia.

Co do drugiej z podstaw odrzucenia, a mianowicie ilości kwestii związanej z odnową oznakowania poziomego cienkwarstwowego, grubowarstwowego i strukturalnego (pkt 3

uzasadnienia czynności odrzucenia, pkt 3 uzasadnienia w części tajnej odwołania) Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego K. nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że odwołujący przyznał w odwołaniu, iż popełnił błąd co do powierzchni oznakowania przewidzianej do odnowy. Izba nie mogła wziąć pod uwagę przeciwnej argumentacji odwołującego przedstawionej w trakcie rozprawy. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego starał się wywodzić, że jednak nie popełnił błędu co do ilości oznakowania przewidzianej do odnowy.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Jeżeli odwołujący K. uważał, że omawiana podstawa odrzucenia była nieprawidłowa, to powinien ją zakwestionować w odwołaniu, czego jednak nie uczynił. Formułowanie nowych zarzutów wobec czynności odrzucenia w trakcie postępowania odwoławczego należało zatem uznać za niedopuszczalne. Wobec powyższego Izba zmuszona była to przyjąć, że nie jest sporne pomiędzy stronami, iż odwołujący K. faktycznie w kalkulacji wycenił nieprawidłową powierzchnię oznakowania przewidzianą do odnowy. Błąd ten – jak wynikało z uzasadnienia czynności odrzucenia - miał polegać na przyjęciu w kalkulacji do wyceny jedynie rocznego zakresu odnowy oznakowania, zaś skutkiem tego błędu miała być błędna jest również wartość pozycji wskazanej przez zamawiającego.

Odwołujący w zakresie podstawy odrzucenia z pkt 3 podniósł jedynie w odwołaniu, że zamawiający miał nie wykazać w jaki sposób niedoszacowanie tej pozycji ofertowej przełożyło się na niedoszacowanie całej ceny ofertowej. Powoływał się na wskazaną przez siebie w odwołaniu rezerwę. Izba stwierdziła, że zamawiający w każdej z podstaw odrzucenia, o których była mowa w pkt 3-5 uzasadnienia czynności odrzucenia, przedstawił swe wyliczenia co do wartości niedoszacowania. Dostrzec należało, że sumaryczna wartość wszystkich niedoszacowań znacznie przewyższała kwotę rezerwy, na jaką odwołujący się powołał w odwołaniu. Argument ten uznano zatem za nietrafny.

Izba przy wyrokowaniu pominęła dalsze zarzuty odwołującego, uznając, że nie zostały one przedstawione w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Dostrzec należało, że odwołujący w odwołaniu w szczególności nie zakwestionował dalszej przyczyny odrzucenia wskazanej w pkt 3, a mianowicie niedoszacowania przyjętej ceny jednostkowej.

W konsekwencji Izba pominęła też dowody składane przez strony na poparcie nowych, niepodlegających rozpoznaniu zarzutów, jako niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Co do trzeciej z podstaw odrzucenia oferty odwołującego K., dotyczącej kosztów utrzymania zieleni (nasadzeń drzew, krzewów i pozostałych) (pkt 4 czynności odrzucenia;

pkt 4 uzasadnienia odwołania) Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego K. nie potwierdziły się.

Odwołujący w odwołaniu wywodził, że zamawiający pominął w swej argumentacji część kosztów osobowych zawartych z pozostałych pozycjach tabeli 2.08. Wskazywał, że pozostałe koszty osobowe pozostawały ukryte w innych pozycjach tej właśnie tabeli. Wskazywał na zawarty w kolumnie po stronie prawej tabeli łączny koszt robocizny. Następnie koszt ten przeliczał na roboczogodziny.

Odnosząc się do takiej argumentacji odwołującego K. w pierwszej kolejności należało podnieść, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy pzp, to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania realności ceny i jej istotnych składowych. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zostać w tej sposób sporządzone w taki sposób, aby przekonać zamawiającego do prawidłowości kalkulacji poszczególnych kosztów. Jeżeli wykonawca ukrył koszty osobowe w innych pozycjach, nie czyniąc o tym wyraźnej wzmianki w samej kalkulacji czy choćby w części opisowej wyjaśnień, to nie może obecnie skutecznie zarzucać zamawiającemu, że ten takiego elementu nie uwzględnił dokonując weryfikacji poprawności kalkulacji kosztów osobowych na utrzymanie zieleni.

Za gołosłowny uznano zarzut odwołującego, który wywodził, że opisane w SIWZ czynności z zakresu utrzymania 1 nasadzenia będzie w stanie wykonywać w czasie krótszym niż 90 sekund w ciągu roku. Za dowód nie może być uznane podpisane przez pełnomocnika opracowanie „pielęgnacja drzewek, krzewów i pnączy”. Pismo to może być uznane jedynie za stanowisko samego odwołującego. Natomiast za wiarygodny Izba uznała dowód przeciwny, to jest opinię dendrologa K. M. z 12 czerwca 2018 r. złożoną przez zamawiającego. Dokument sporządzony został przez specjalistę w tym zakresie, ujawniał założenia i poparty został uzasadnieniem. Z opinii tej wynikało, że średni roczny czas potrzebny na pielęgnację nasadzenia wynosi 90 sekund.

Izba nie mogła wziąć pod uwagę dalszej argumentacji odwołującego, który aby wykazać wyższą wysokość kosztów osobowych w zakresie utrzymania zieleni powołał się w trakcie rozprawy i w składanych dowodach na kolejne pozycje kalkulacji poza grupą 2.08. Argumentacji takiej próżno było szukać w treści odwołania, gdzie odnoszono się tylko do kosztów osobowych opisanych w tabeli 2.08.

Dodatkowo jeżeli odwołujący aby wykazać, że skalkulowane przez niego koszty osobowe jednak przekładają się na 32 etaty musiał sięgnąć do kolejnych pozycji poza tabelą 2.08, to oznaczało, że koszty osobowe z tabeli 2.08, nawet uwzględniając całość kosztów robocizny opisanych w tej tabeli, nie pozwalają na zatrudnienie 32 osób do utrzymania zieleni (w przeliczeniu na etat).

Za chybiony uznano zarzut ewentualny, jakoby zamawiający zaniechał skierowania do odwołującego K. kolejnego, bardziej szczegółowego wezwania. Zdaniem Izby brak było podstaw do skierowania takiego wezwania. Wyjaśnienia odwołującego w zakresie wskazanym w uzasadnieniu czynności odrzucenia były jasne, jednoznaczne i wyraźnie świadczyły o niedoszacowaniu opisanych powyżej pozycji i o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie można zgodzić się z odwołującym, że błędny był jedynie sposób prezentacji informacji w wyjaśnieniach. W tej sytuacji skierowanie do odwołującego kolejnego wezwania było bezcelowe, zaś umożliwienie odwołującemu wycofania się z tych jednoznacznych oświadczeń oznaczałoby niedozwolone w świetle art. 87 ust. 1 ustawy pzp negocjacje z wykonawcą.

Nie można się także zgodzić ze stanowiskiem jakoby uzasadnienie czynności odrzucenia naruszało reguły opisane w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co miało utrudniać odwołującemu korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zamawiający w sposób obszerny i precyzyjny opisał w czym upatruje przyczyn odrzucenia oferty, jak również jej niezgodności z SIWZ. Podał podstawę tak prawną jak i faktyczną czynności odrzucenia. Dostrzeżenia wymaga, że odwołujący nie miał problemów z identyfikacją podstaw odrzucenia i był w stanie poprawnie sformułować zarzuty. Powyższe dotyczyło też czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z którymi to okolicznościami odwołujący polemizował w odwołaniu (choćby na str. 13 odwołania).

Za bezzasadny uznano zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący K. złożył w dniu 4 czerwca 2018 r. wyjaśnienia co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie oświadczył, że zastrzega treść tych wyjaśnień i załączone do nich dowody z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawił uzasadnienie czynności zastrzeżenia (pkt I pisma z dnia 4 czerwca 2018 r.).

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2018 r. stwierdził, iż informacje nie wypełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż wykonawca nie wykazał, że posiadają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawił uzasadnienie w tym zakresie. Wskazał także, że z dniem 16 lipca 2018 r. odtajni całość pisma z dnia 4 czerwca 2018 r. zawierającego wyjaśnienia wraz z dowodami.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 12 lipca 2018 r. poinformował odwołującego K., że podtrzymuje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 3 lipca 2018 r. Informuje także, że z dniem 16 lipca 2018 r. na wniosek o udostępnienie dokumentów z postępowania, udostępni pismo wykonawcy z 4 czerwca 2018 r. z wyłączeniem nazw kontrahentów wykonawcy, zawartych w przedmiotowym piśmie oraz załączonych dowodach.

Izba stwierdziła, że odwołujący K. nie zdołał wykazać zamawiającemu w ustawowym terminie, iż zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. 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. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla

tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania:

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

Ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Swaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać

należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 4 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Zdaniem Izby odwołujący K. w uzasadnieniu zastrzeżenia nie wykazał zamawiającemu, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje przez niego zastrzegane. Jak wskazuje się w doktrynie na tle art. 11 ust. 4 uznk, dla ustalenia, iż dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie wystarcza wykazanie, że informacja ma charakter handlowy, techniczny czy organizacyjny. Konieczne jest także udowodnienie, że informacja taka posiada wartość gospodarczą. W konsekwencji odwołujący K. zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, jaką korzyść gospodarczą odniesienie z tego, że zastrzegane informacje pozostaną poufne. Oprócz gołosłownych i ogólnych stwierdzeń, informacji takich próżno było szukać w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez odwołującego K. Wykonawca wskazał jedynie na konieczność ochrony bliżej niesprecyzowanej strategii budowania ceny i potrzebę ochrony danych pozwalających uzyskać wiedzę na temat aktywności przedsiębiorcy, źródeł zaopatrzenia, podmiotów współpracujących, cen, zasad przypisywania kosztów i zysku. Co do natomiast zasad przypisywania kosztów, to odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił na czym miałyby polegać wartość autorska przyjętej konstrukcji budowy ceny, ani na czym miałyby polegać jej rzekoma nowość. Co więcej na str. 3 uzasadnienia zastrzeżenia odwołujący K. wyraźnie wskazał, że sporządzona przez niego kalkulacja odzwierciedla sposób kalkulacji również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Dostrzeżenia wymagało, że powyższa argumentacja okazała się istotnie sprzeczna ze stanowiskiem prezentowanym przez odwołującego K. w trakcie rozprawy, kiedy wywodził, że konstrukcja ceny w tym

postępowaniu miała charakter autorski, wynikający z jego doświadczeń i charakteryzuje się nowością.

Izba stwierdziła także, że odwołujący K. nie sprostął obowiązkowi udowodnienia zamawiającemu, iż zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a wykonawca podjął niezbędne działania celem zachowania ich w poufności.

Podkreślenia wymaga również, że sformułowanie „niezbędne” działania, którego używa ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk należy rozumieć jako działania skuteczne, w tym znaczeniu, że gwarantują one, iż informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa utrzymają swój status. W konsekwencji działania aby zostać uznane za niezbędne, muszą dotyczyć całego łańcucha osób mających dostęp do takich danych, włącznie z kontrahentami, jeżeli zastrzegane informacje od nich pochodzą. Działania „niezbędne” to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny poczynając od dostawcy (podwykonawcy), przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy.

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący K. zastrzegł także jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich typu faktury, umowy, oferty. W przypadku tego rodzaju informacji pochodzących od osób trzecich, aby mówić o spełnieniu przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest uprzedzenie tych podmiotów o chęci zastrzeżenia danych i wdrożenie przez te podmioty działań celem zachowania ich w poufności. Na uwagę zasługiwał fakt, że w analizowanej sprawie kontrahenci odwołującego, na których dokumenty się powoływał, w ogóle nie wiedzieli, że pochodzące od nich informacje są przez odwołującego traktowane jako tajne i że informacje mają obowiązek chronić analogicznie jak odwołujący. Nic takiego bowiem nie wynikało z wyjaśnień. W uzasadnieniu zabrakło także jakichkolwiek dowodów w tym zakresie, a nawet argumentacji.

Wobec powyższego zarzut uznano za bezzasadny.

KIO 1387/18

Za bezzasadny uznano zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący AVR złożył w dniu 4 czerwca 2018 r. wyjaśnienia co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie oświadczył, że zastrzega rozdział 2, 3 i 4 wyjaśnień oraz dowody nr 1 i 2 z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawił uzasadnienie czynności zastrzeżenia.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2018 r. stwierdził, iż informacje nie wypełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż wykonawca nie wykazał,

że posiadają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawił uzasadnienie w tym zakresie. Wskazał także, że z dniem 16 lipca 2018 r. odtajni całość pisma z dnia 4 czerwca 2018 r. zawierającego wyjaśnienia wraz z dowodami.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 12 lipca 2018 r. poinformował odwołującego AVR, że podtrzymuje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 3 lipca 2018 r. Informuje także, że z dniem 16 lipca 2018 r. na wniosek o udostępnienie dokumentów z postępowania, udostępni całość pisma wykonawcy z 4 czerwca 2018 r. z wyłączeniem nazw kontrahentów wykonawcy, zawartych w przedmiotowym piśmie oraz załączonych dowodach.

W zakresie odwołania KIO 1387/18 aktualne pozostają rozważania Izby poczynione na tle art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przy rozstrzygnięciu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1367/18.

Izba stwierdziła, że odwołujący AVR nie wykazał zamawiającemu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Odwołujący zobowiązany był udowodnić, w jaki sposób utrata atrybutu tajności osłabiłaby jego pozycję rynkową, czemu odwołujący nie sprostował. Za udowodnienie nie mogą zostać uznane ogólne sformułowania zawarte choćby w pkt 2.5 uzasadnienia czynności zastrzeżenia.

W tym fragmencie wyjaśnień odwołujący AVR oświadczył przykładowo, że „ujawnienie informacji mogłoby wpłynąć na utratę w przyszłości zamówień”. Wykonawca ogólnie i hasłowo jedynie powoływał się na rabaty, metody kalkulacji wyceny, bliżej niesprecyzowane procedury i strategię wyceny, inżynierię cenową. Odwołujący AVR nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie wyjaśnił jakie istotne novum w zakresie metody kalkulacji wyceny, inżynierii cenowej zastosował, które jako niedostępne i nieznanne innym wykonawcom, zasługiwałoby na ochronę. Co do rabatów, nie udowodniono zamawiającemu, że są one np. niezwykle wysokie, czy dostępne jedynie odwołującemu. Nie wykazano, że kontrahenci odwołującego AVR w ogóle mają świadomość, że udzielane przez nich rabaty są tajne i mają obowiązek je chronić. Dostrzeżenia wymagało ponadto, że zamawiający ostatecznie nie zdecydował się odtajnić wyjaśnień odwołującego AVR w zakresie nazw jego kontrahentów. Zatem nawet zakładając, że odwołujący wykazałby jakąkolwiek wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, to nie wiadomo, jak informacja na temat samych wysokości cen, bez nazw kontrahentów miałaby godzić w sytuację ekonomiczną odwołującego AVR.

Odwołujący AVR nie sprostował także obowiązkowi udowodnienia, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a wykonawca podjął niezbędne działania celem zachowania ich w poufności. Odwołujący AVR nie udowodnił, aby jego kontrahenci w ogóle wiedzieli, iż przekazywane odwołującemu faktury, oferty czy udzielane

rabaty są informacjami poufnymi i mają obowiązek je chronić. Nie wykazano także, że podmioty te podjęły jakiegokolwiek działania w tym zakresie.

Nie podzielono stanowiska odwołującego AVR, który wywodził, że zamawiający nie może samodzielnie odtajnić wyjaśnień odwołującego bez uzyskania w tym zakresie jego zgody. Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego pozostawało zgodne z utrwalonym orzecnictwem w tym zakresie. W szczególności przywołania w tym miejscu wymagał pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05. W uchwale tej stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Nie może być uznana za przyczynę uwzględnienia odwołania okoliczność, że zamawiający odtajnił wyjaśnienia dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Rzeczywiście, zamawiający zobowiązany jest do zbadania ofert przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Do tego też momentu zobowiązany jest zbadać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże wobec stwierdzenia przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym, że odtajnienie wyjaśnień odwołującego AVR odpowiadało prawu, naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp).

W konsekwencji brak było podstaw do uwzględnienia odwołania.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2, 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 4, 5, 6 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanych sprawach nie stwierdzono żadnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1-3 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Wszystkie odwołania rozpoznane przez Izbę podlegały oddaleniu. Zatem odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosili odwołujący AVR i odwołujący K.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....