

Sygn. akt: KIO 2184/14  
KIO 2185/14

**WYROK**  
**z dnia 7 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik  
**Członkowie:** Barbara Bettman  
Przemysław Dzierzędzki  
**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 listopada 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2014 r. przez:

1. **Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie** (sygn. akt KIO 2184/14),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Ferrovia Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie** (sygn. akt KIO 2185/14),

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**, reprezentowanego przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie**

przy udziale:

1. wykonawcy **Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2185/14,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Ferrovia Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2184/14,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Salini-Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A. z siedzibą w Rzymie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2184/14 i KIO 2185/14,

orzeka:

**I.**

1. **Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2184/14;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Astaldi S.p.A.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

**II.**

1. **Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2185/14 i nakazuje Zamawiającemu:**
  - 1.1. **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
  - 1.2. **odtajnienie wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Salini Polska Sp. z o.o., Salini-Impregilo S.p.A., Todini Costruzioni Generali S.p.A., z wyjątkiem załączników do wyjaśnień, nazw kontrahentów oraz innych danych, które tych kontrahentów identyfikują (takich jak dane adresowe),**
  - 1.3. **odrzuć – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Salini Polska Sp. z o.o., Salini-Impregilo S.p.A., Todini Costruzioni Generali S.p.A.,**
  - 1.4. **powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**, reprezentowanego przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**, reprezentowanego przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A.** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 2184/14**

**KIO 2185/14**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn-Olsztynek, pododcinek Ostróda Północ-Ostróda Południe w ciągu drogi S7 wraz z budową obwodnicy Ostródy w ciągu drogi krajowej nr 16 (pododcinek „B”)*.

### I. Sygn. akt KIO 2184/14

W dniu 20 października 2014 r. wykonawca Astaldi S.p.A. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że złożył w postępowaniu ofertę spełniającą wszystkie postawione przez Zamawiającego wymagania, w tym również dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny oferty. Zaoferowana przez Odwołującego cena wynosiła 1.124.524.384,13 PLN (po poprawieniu omyłki 1.124.520.419,53 PLN) przy budżecie Zamawiającego wynoszącym 1.452.582.861,68 PLN, co stanowi 77% tego budżetu. W ofercie Odwołujący potwierdził wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, oferując 20-miesięczny termin wykonania zamówienia oraz 10-letni okres gwarancji. Zamawiający nie wymagał w SIWZ zawarcia w ofercie żadnych szczegółowych informacji poza koniecznością dołączenia do niej kosztorysu ofertowego wykonanego metodą kalkulacji uproszczonej.

Odwołujący wskazał, że w dniu 1 września 2014 r. został wezwany przez Zamawiającego do złożenia w trybie art. 90 ust 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, wyłącznie dlatego, że cena oferty Odwołującego odbiega o więcej niż 10% od budżetu Zamawiającego (co należy uznać za niezgodne z normą wskazującą na konieczność odrębnego badania każdego z przypadków).

Pismem z 30 września 2014 r. Odwołujący wskazał na nieuprawnione działanie Zamawiającego, mając jednak na uwadze dobro prowadzonego postępowania udzielił szczegółowych odpowiedzi odnośnie ceny i metody kalkulacji. Wyjaśnienia te Zamawiający zinterpretował w wadliwy sposób i na tej podstawie odrzucił ofertę Odwołującego argumentując, jakoby przewidywała ona inny sposób wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, miał prawo przyjąć, iż najprawdopodobniej w przyszłości po zawarciu umowy może dojść do optymalizacji dokumentacji projektowej, czego Zamawiający nie wykluczył w sporządzonych przez siebie dokumentach przetargowych. Warunkiem dokonania takiej optymalizacji miały być szczegółowe wyniki badań geotechnicznych, które wykonawcy mieli wykonać dopiero na etapie realizacji umowy i stosownie do tych wyników byliby uprawnieni do zgłoszenia Zamawiającemu określonych propozycji zmian. Odwołujący, z uwagi na fakt, że w trakcie realizowanych przez siebie inwestycji w Polsce stwierdza bardzo słabe rozpoznanie geotechniczne dokonywane przez zamawiających na etapie przedprzetargowym, zdecydował o samodzielnym przeprowadzeniu powyższego rozpoznania przed złożeniem oferty. Trudno z takiego działania Odwołującego czynić zarzut, do czego w istocie sprowadza się obecne stanowisko Zamawiającego. Po otrzymaniu wyników badań Odwołujący ocenił ryzyko związane z brakiem zgody Zamawiającego na dokonanie optymalizacji rozwiązań projektowych i stosownie do wyniku tej oceny obniżył ceny jednostkowe w sporządzonym przez siebie kosztorysie, co nie oznacza, że w przypadku nieotrzymania zgody Zamawiającego na dokonanie optymalizacji nie wykona zobowiązania ściśle według dokumentacji otrzymanej od Zamawiającego. Przeciwnie w swojej ofercie zobowiązał się do tego i podtrzymywał przez cały czas to stanowisko.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien był fakt wcześniejszego przeprowadzenia badań potraktować jako wyjątkowo sprzyjającą okoliczność i stosownie ocenić przygotowanie Odwołującego do realizacji umowy. Przeprowadzenie stosownych optymalizacji dokumentacji projektowej przekłada się w przyszłości również na niższe koszty eksploatacji przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający powinien być zainteresowany.

W piśmie zawierającym rozstrzygnięcie postępowania Zamawiający stwierdził, że dokonywanie zmian możliwe jest dopiero na etapie realizacji kontraktu, z czym Odwołujący się zgadza i potwierdza, że każdorazowo chcąc dokonać zmiany przestrzegać będzie klauzuli 13.1 Kontraktu, zgodnie z którą dokonywanie zmian jest możliwe tylko w przypadku uzyskania zgody Zamawiającego na zastosowanie zmiany. Nie jest prawdą, że Odwołujący złożył ofertę zmieniając przedmiot zamówienia ani że Odwołujący oferuje wariantowe rozwiązanie.

Odwołujący potwierdził gotowość do wykonania zamówienia zgodnie i ściśle z dokumentacją sporządzoną przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę możliwość dokonania w przyszłości pewnych optymalizacji i wyceniając ryzyko związane z taką optymalizacją. Odwołujący w wyjaśnieniach potwierdził, że ceny jednostkowe przedstawione w ofercie zostały skalkulowane zgodnie z wymaganiami zawartymi w przekazanych przez Zamawiającego specyfikacjach technicznych i zawierają wszystkie wymagane w nich

elementy oraz że przy kalkulacji cen poszczególnych pozycji wykonawca wziął pod uwagę i zaplanował minimalny rozsądny zysk skalkulowany zarówno przy założeniu konieczności wykonania przedmiotu zamówienia strictly zgodnie z dokumentacją przekazaną przez zamawiającego, jak i przy założeniu wykonania, zoptymalizowanego w dopuszczalnych przez SIWZ granicach, przedmiotu zamówienia. W tym ostatnim przypadku, dokonana optymalizacja przyniesie dalsze oszczędności po stronie Zamawiającego wynikające z przyjętego przez niego rozliczenia obmiarowego.

Zdaniem Odwołującego, twierdzenie jakoby przyjął i wycenił inny zakres robót czy technologię są zatem pozbawione podstaw. W takim bowiem przypadku musiałoby dojść do zmiany opisu pozycji kosztorysowych, wykreślenia niektórych pozycji i przyjęcia w ich miejsce zupełnie innych. Tak zmieniony kosztorys dawałby podstawę twierdzenia, że doszło do zmiany zakresu lub technologii. Odwołujący nie dokonywał wyceny jakiegokolwiek innej technologii czy zakresu, nie zmienił żadnej z pozycji kosztorysowych, wycenił je wszystkie stosując do niektórych określone rabaty zgodnie z instrukcją Zamawiającego zawartą w SIWZ. Gdyby istotnie prawdą było twierdzenie Zamawiającego, to kosztorys zawierałby inne pozycje, a cena oferty Odwołującego byłaby jeszcze niższa. Taka wycena nie bazowałaby bowiem na elementach prac wskazanych w ślepym kosztorysie, a na innych przewidzianych do wykonania przez samego Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że działanie Zamawiającego skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego było pozbawione podstawy prawnej. Przesłanką odrzucenia oferty, na którą powołuje się Zamawiający jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowiący o odrzuceniu oferty jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty na czym oparł przekonanie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z SIWZ. Nie można powyższego wywieść ani z treści oferty złożonej w postępowaniu, ani nawet z treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Odwrotnie, w każdym z powyższych dokumentów Odwołujący potwierdza zgodność oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący nigdzie nie zawarł żadnego stwierdzenia, że wykona jakiegokolwiek roboty niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień zobowiązał Odwołującego do udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące planowanego sposobu realizacji umowy, nadużywając swego prawa do żądania wyjaśnień. Zamawiający miał bowiem możliwość opisanie wymagań odnoszących się do zawartości oferty w taki sposób, aby uzyskać od wykonawców interesujące go informacje. Zamiast tego wykorzystując normę art. 87 ust 1 ustawy Pzp zadał 22 szczegółowe pytania wykraczające ewidentnie poza treść złożonej oferty, która to treść była jasna i nie budząca żadnych wątpliwości. Mimo to Odwołujący udzielił odpowiedzi

na zadane pytania w sposób wyczerpujący nie pozostawiając żadnego bez komentarza. W żadnej z odpowiedzi Odwołujący nie zawarł stwierdzenia uprawniającego Zamawiającego do twierdzenia o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Także w odpowiedziach na zadane przez Zamawiającego 99 pytań dotyczących poszczególnych pozycji kosztorysowych Wykonawca potwierdził zgodność oferowanego przedmiotu oferty z przedmiotem zamówienia. Pytania odnoszące się do zawartości kosztorysu w istocie zmierzały do udzielenia odpowiedzi w takim stopniu szczegółowości, jak gdyby miał być to kosztorys sporządzony nie narzuconą wcześniej w SIWZ metodą kalkulacji uproszczonej, lecz metodą kalkulacji szczegółowej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał swobodnej interpretacji odpowiedzi udzielonych przez Odwołującego, w oderwaniu od treści ogólnych uwag odnoszących się do zadanych pytań, opierając odrzucenie oferty nie na twierdzeniach Odwołującego, lecz swych własnych przypuszczeniach. Zawarte w odpowiedziach stwierdzenia na temat możliwych optymalizacji dotyczą jedynie pewnych założeń, popartych odpowiednimi badaniami, związanych z realizacją kontraktu i zostały zakwalifikowane przez wykonawcę do grupy zarządzania ryzykiem, które zawsze podlega odpowiedniej wycenie. Wykonawca, co wynika jednoznacznie zarówno z treści samej oferty, jak i z treści złożonych wyjaśnień, miał pełną świadomość, że założeniem Zamawiającego jest realizacja zamówienia według sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji i to właśnie ta dokumentacja stanowiła podstawę wyliczenia ceny oferty. Zamawiający twierdzi, że *Wykonawca, co do zasady, na etapie wyceny oferty nie był uprawniony do wprowadzania zmian do dokumentacji projektowej i oferowania różnego od wycenianych przez pozostałych wykonawców przedmiotu zamówienia*. Tymczasem ani z treści oferty, ani z wyjaśnień nie wynika, żeby Odwołujący wprowadził jakiegokolwiek zmiany do dokumentacji projektowej, a także że zaoferował przedmiot niezgodny z przedmiotem zamówienia. Wręcz przeciwnie, Wykonawca niejednokrotnie oświadczał, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, zarzut jakoby przedstawił Zamawiającemu ofertę zawierającą optymalizację polegającą na zamianie pali fundamentowych wierconych na innego rodzaju pale jest nieuprawniony. Wykonawca wskazał jedynie na taką możliwość, o ile strony, zgodnie z warunkami kontraktu zdecydowałyby o tym. Samo stwierdzenie Wykonawcy, że *najlepszym rozwiązaniem równoważnym będzie wykonanie pali prefabrykowanych żelbetowych, pali CFA i pali przemieszczeniowych* wobec złożonych deklaracji o zgodności przedmiotu oferty z przedmiotem zamówienia i zaakceptowaniu treści kontraktu, nie stanowi przecież potwierdzenia, że *Wykonawca przyjął, że niektóre elementy przedmiotu zamówienia wykona inaczej, niż wymaga tego dokumentacja projektowa* oraz że

zapropował *alternatywną technologię wykonania tego elementu*. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wybiera wyrwane z kontekstu informacje i interpretuje je na niekorzyść Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że sam Zamawiający w pkt 8.5 SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny oferty) napisał, że *Tam, gdzie na rysunkach, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, kosztorysie ofertowym oraz w przedmiarach robót, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Wykonawca, który powołuje się na materiały lub rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać w ofercie, że zapewniają one uzyskanie parametrów technicznych przedmiotu zamówienia nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach, w szczególności w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych*. Ponieważ Wykonawca nie wycenił w ofercie rozwiązań innych niż opisane przez Zamawiającego w treści specyfikacji, powyższy obowiązek jego nie dotyczył. Nie może zatem Zamawiający twierdzić, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem swoje wnioski wyciągnął na podstawie niepoprawnie zinterpretowanych wyjaśnień, a niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Niezgodność oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z istotnymi wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego spełnienia zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Wobec powyższego bezzasadne – zdaniem Odwołującego – jest także twierdzenie Zamawiającego, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Nie ma bowiem żadnych dowodów na to, że cena nie obejmuje wykonania powłok malarskich na ustroju niosącym obiekcie WD-5/B, co stanowiło jedyny argument dla odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto zarzut nieuprawnionego wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Salini.

Odwołujący wskazał, że w pkt 8.2 SIWZ napisano, że kosztorysy ofertowe, należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji



wyszczególnionych w tych kosztorysach. Wykonawca był zobowiązany do określenia cen jednostkowych netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysach. Ponadto zgodnie z pkt 8.4. SIWZ Wykonawca obliczając cenę oferty musiał uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje w nim opisane. Wykonawca Konsorcjum Salini w swoim kosztorysie ofertowym pominął niektóre pozycje kosztorysowe, nie dokonując ich wyceny. Są to:

- poz. 8 „Żelbetowe elementy prefabrykowane” w kosztorysie ofertowym „Przejście ekologiczne PE5/B -km 16+187,80
- poz. 8 „Żelbetowe elementy prefabrykowane” w kosztorysie ofertowym „Przejście ekologiczne PE6/B -km 16+549,81;
- poz. 53 „Ściany z gruntu zbrojonego zbrojeniem (...)” w kosztorysie ofertowym „Obiekt WD-2 (DK16)”;
- poz. 51 „Ściany z gruntu zbrojonego zbrojeniem (...)” w kosztorysie ofertowym „Obiekt WD-4 (DK16)”.

Zamawiający, zamiast odrzucić ofertę złożoną przez Konsorcjum Salini, dokonał samodzielnego poprawienia błędów zawartych w ofercie traktując je jako omyłki w obliczeniu ceny. Przedmiotowe poprawienie błędów polegało w istocie na dopasowaniu do ceny kosztorysowej niewycenionych w ogóle przez Konsorcjum Salini pozycji poprzez wpisanie w nich liczb (cen) 0,00 albo w przypadku wycenionych pozycji (dwóch) informacyjnych (pomocniczych) poprzez wykreślenie z nich zamieszczonych tam cen i wpisanie ich sumy do pozycji niewycenionej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do takiego działania, ponieważ pominięcie w kosztorysie niektórych pozycji w istocie oznacza brak zadeklarowania ich wykonania, co winno skutkować stwierdzeniem braku zgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące jednoznacznie na brak możliwości samodzielnego wpisania przez Zamawiającego wartości zerowych niezadeklarowanych w ofercie pozycji. Taka wada oferty stanowić powinna o jej odrzuceniu.

Ponadto Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Konsorcjum Salini zawiera cenę rażąco niską i jako taka powinna być również na tej podstawie odrzucona. Cena ofert Konsorcjum Salini jest bowiem o 11,44% niższa od oferty Odwołującego, który to Odwołujący skalkulował swoją cenę przy minimalnych możliwych do uzyskania marżach. Dalsze obniżenie ceny nie jest możliwe i powoduje, że oferujący Konsorcjum Salini deklaruje wykonanie zamówienia poniżej kosztów i jego oferta winna być odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Salini, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Konsorcjum Salini oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum Salini, wnosząc o oddalenie odwołania.

## II. Sygn. akt 2185/14

W dniu 20 października 2014 r. Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A. wniosło odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Salini, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 1 września 2014r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Salini do złożenia, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Konsorcjum Salini wyjaśnienia dotyczące ceny złożyło pismem z dnia 30 września 2014 r., zastrzegając w całości treść tego pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że złożone wyjaśnienia, jak można zakładać, nie zawierały szczegółowego uzasadnienia, które wskazywałoby na zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Stąd Zamawiający, pismem z dnia 1 października 2014 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w jakim zakresie ujawnienie informacji zagraża lub naraża interes przedsiębiorcy (art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) oraz na jakiej podstawie zostały one zakwalifikowane jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Salini w piśmie z dnia 6 października 2014 r. przedstawiło szeroko orzecznictwo sądów i Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do zagadnień związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa. Co jednak istotne, w ocenie Odwołującego, pismo to nie zawierało odpowiedzi na zasadnicze pytanie Zamawiającego, a mianowicie, dlaczego informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny miałyby być w całości uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Salini poprzestało wyłącznie na stwierdzeniu, że *zastrzeżone informacje dotyczą wrażliwych i poufnych danych Wykonawcy, w szczególności ceny oraz metod jej kalkulacji, czynników cenotwórczych, cen i upustów oferowanych przez podwykonawców, usługodawców, czy dostawców, źródła dostaw materiałów i urządzeń, czy przewidywanego zysku wykonawcy*, których ujawnienie godziłoby w interes wykonawcy. Nadto, Konsorcjum Salini, poza zasygnalizowaniem kilku okoliczności faktycznych, które,

jego zdaniem, uzasadniały możliwość zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie załączyło do pisma z dnia 6 października 2014 r. żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzać przykładowo fakt, że zastrzegane przez wykonawcę informacje mają dla niego wartość gospodarczą. Pismo to zostało ocenione przez Zamawiającego jako zawierające wystarczające uzasadnienie dla uznania, iż Konsorcjum Salini w sposób zgodny z prawem zastrzegło wyjaśnienia dotyczące ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa (w odpowiedzi na prośbę Odwołującego o udostępnienie wyjaśnień wykonawcy, Zamawiający pismem z dnia 16 października 2014 r. odmówił ich przekazania Odwołującemu, uznając, że zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum Salini jest zasadne).

Zdaniem Odwołującego, z taką oceną Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05). W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone. Zamawiający wezwał wprawdzie Konsorcjum Salini do wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak ocena tych wyjaśnień była pobieżna. Zamawiający wypełnił więc obowiązek zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tylko w ujęciu formalnym. Merytoryczna ocena wyjaśnień winna była bowiem prowadzić Zamawiającego do wniosku, że wykonawca – poza obszernymi cytatami z orzecznictwa – w zasadzie nie podał żadnych okoliczności właściwych dla niego, które pozwalałyby przyjąć, że dokonane przez niego zastrzeżenie jest zasadne.

Odwołujący podniósł, że nie można przyjąć pewnego automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 Pzp – z racji wskazania na sposób budowania ceny przez wykonawcę – zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokument nie musi bowiem – a czasami wręcz nie może – podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. Izba wskazuje też, że przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. Konsorcjum Salini za pewną oczywistość uznaje

okoliczność, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może godzić w interes wykonawcy. Niemniej w przypadku informacji posiadających wartość gospodarczą wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić. Wobec braku dowodu, że informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną, w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można mówić o ziszczeniu się pierwszej z ww. przesłanek, których spełnienie jest niezbędne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, Konsorcjum Salini poprzestało na stwierdzeniu, że informacje zastrzegane nie są powszechnie znane, a wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich w poufności, m. in. poprzez zobowiązanie pracowników i współpracowników do zachowania ich w poufności i wdrożenie „korporacyjnych” polityk poufności. Zdaniem Odwoływającego, podjęte środki mające na celu zachowanie poufności nie są wystarczające. Konsorcjum Salini wskazuje, że tajemnicą przedsiębiorstwa są dla niego dane o podwykonawcach i dostawcach, gdy jednocześnie nie udowadnia, że podjęło odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje te zachować w poufności. Nadto informacje te traktuje jako poufne w sytuacji, gdy współpraca z podwykonawcami nie jest informacją mającą wartość gospodarczą, skoro w zasadzie każdy podmiot składający ofertę w niniejszym postępowaniu zakładał udział podwykonawców na etapie realizacji zamówienia. Jedynie pewne elementy ustaleń odnoszących się do zasad współpracy między Konsorcjum a podwykonawcami mogłyby mieć potencjalnie walor tajemnicy przedsiębiorstwa, niemniej w tym zakresie należałoby wpierw wykazać, że strony faktycznie jako tajemnicę informacje te traktują.

Odwołujący podniósł, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach Pzp. Możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną. Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach Pzp, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał, oraz na Zamawiającym – w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których jawność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, by wykonawca w sposób odpowiedni wykazał, że całość zastrzeganych przez niego informacji ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający bezpodstawnie uznał, że zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum Salini jest zasadne.

Dalej Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Salini jest rażąco niska, w związku z czym oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tak niska cena nie jest uzasadniona obiektywnymi względami

pozwalającymi temu wykonawcy na wykonanie zamówienia, bez strat finansowych. Cena ta jest niższa niż ogólna wartość rynkowa tego zamówienia, co zauważył sam Zamawiający, żądając od Konsorcjum Salini wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie z 1 września 2014 r. podkreślił, że jego wątpliwości budzi cena oferty ogółem, jak również poszczególne elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, które w piśmie Zamawiającego objęły aż 100 stron tekstu. Zamawiający wprost pytał, w *jaki sposób zamierzacie Państwo zrealizować należycie roboty i osiągnąć zysk, jeżeli zarówno cena ogółem oferty, jak również ceny wybranych istotnych asortymentów robót oraz poszczególne ceny jednostkowe kształtują się poniżej cen rynkowych.*

Zdaniem Odwołującego, nie sposób obiektywnie przyjąć, aby w tej sytuacji rynkowej Konsorcjum Salini mogło zaoferować zgodnie z prawem cenę ofertową na poziomie niższym o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego i cen ofertowych wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, w tym oferty Odwołującego. Przetarg prowadzone jest w formule „buduj” a więc znane są wszystkie ilości robót do wykonania. Na tej podstawie oraz na podstawie cen materiałów stwierdzić należy, że zaoferowana cena nie pokrywa nawet kosztów materiałów potrzebnych do wykonania tego zamówienia zgodnie z SIWZ, nie mówiąc już o kosztach pracy sprzętu i ludzi. Dla przykładu: zrealizowana inwestycja – most przez Wisłę w Kwidzynie rok 2013 cena za m<sup>2</sup> mostu wyniosła 6.746,69 zł. Podobna konstrukcja mostu w ofercie Salini kosztuje odpowiednio: WD-9B 3583 zł/m<sup>2</sup> i MS-3(dkl6) 4.241,52 zł/m<sup>2</sup>.

Odwołujący zaznaczył, że oferta z ceną zbliżoną do ceny ofertowej Konsorcjum Salini, złożona przez Astaldi S.p.A., została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający uznał bowiem, że wykonawca zaproponował wykonanie części przedmiotu zamówienia nie w oparciu o dokumentację Zamawiającego, lecz w oparciu o własne rozwiązania techniczne, do zastosowania których wykonawca nie był uprawniony. Wykonawca ten nie dokonał również wyceny poszczególnych elementów na podstawie OPZ, lecz na podstawie własnych zmian dokumentacji projektowej. To samo uchybienie mogło wystąpić w ofercie Konsorcjum Salini. Odwołujący jest pewny, wobec braku możliwości obniżenia ceny do poziomu przyjętego przez tego wykonawcę, że wyjaśnienia składane przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzają niezgodność treści oferty z SIWZ i/lub że cena jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp było bardzo szczegółowe, Zamawiający nie tylko uzasadnił, dlaczego po jego stronie zaistniało podejrzenie, że cena Konsorcjum może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale i wskazał elementy formularza ofertowego (roboty ziemne S7, podbudowy na S7, pale prefabrykowane na S7, podbudowy na DK16) i kilkaset pozycji

kosztorysu wymagających w szczególności wyjaśnienia. Nadto, zadał wykonawcy kilkadziesiąt dodatkowych pytań w zakresie sposobu ujęcia pewnych kosztów i ryzyka na etapie wyceny oferty. W wezwaniu Zamawiający podkreślił, że oczekuje wyjaśnień merytorycznych i popartych materiałem, który pozwoli na dokonanie oceny oferty.

Odwołujący wskazał, że wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Salini tajemnicą przedsiębiorstwa, nie ma wiedzy, w jaki sposób została przygotowana odpowiedź na wezwanie z dnia 1 września 2014 r. Niemniej, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe. Odpowiadając na tego typu wezwania, wykonawcy poprzestają niekiedy na przedstawieniu ogólnych zapewnień, że w ofercie wycenili wszystkie roboty i ryzyko, podając własną kalkulację pozycji kosztorysu czy powołując się na oferty podwykonawców. Tego typu wyjaśnień nie można uznać za wystarczające. Odwołujący podniósł, że każdą wartość podaną w kosztorysie ofertowym można rozbić na pozycje cząstkowe, co nie jest równoznaczne z wykazaniem rynkowego charakteru ceny. Dopiero połączenie rozbicia analizowanej ceny z dowodami wskazującymi na realność przyjętych cen cząstkowych (np. przyjętych kosztów materiałów, robocizny, sprzętu), może wskazywać na to, że cena poddana analizie została ustalona w sposób prawidłowy. Podobnie przedstawienie oferty podwykonawcy na wykonanie pewnych robót, bez analizy, czy cena podana przez podwykonawcę jest realna, nie świadczy o tym, że wykonawca za podaną cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że w przypadku Konsorcjum Salini nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia. Ponadto, w zasadzie wszyscy ci wykonawcy należą do międzynarodowych koncernów, które wykonują roboty budowlane na całym świecie, a co za tym idzie korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp. Z powyższych względów, wyjaśnienia Konsorcjum Salini nie pozwalają przyjąć, że wykonawca ten za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat oraz że ta cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem, rozmiarami, koniecznym do jego wykonania nakładem pracy i materiałów etc. Odwołujący podniósł, że już samo zestawienie ceny ofertowej Konsorcjum Salini oraz realnej wartości rynkowej zamówienia (wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego i ceny ofertowej Odwołującego i kolejnych wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone – ponad 30% różnica) wskazuje, że cena ofertowa ww. wykonawcy jest zaniżona.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, wskazując, że zgodnie z art. 1191 Kpc, który znajduje odpowiednie zastosowanie z mocy odesłania zawartego w art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, nie ma ograniczeń co do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, a KIO ma pełną swobodę w doborze środków dowodowych. Na gruncie postępowania odwoławczego nie obowiązuje ograniczenie, dopuszczalne w postępowaniu przed sądem polubownym (art. 1191 § 2 Kpc), a art. 190 ust. 3 ustawy Pzp wśród środków dowodowych dopuszczalnych w ramach postępowania odwoławczego wymienia wprost opinie biegłych. Zdaniem Odwołującego, potrzebę dopuszczenia dowodu z opinii biegłego uzasadnia fakt, że wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia wymaga wiadomości specjalnych z zakresu budownictwa drogowego, mostowego oraz kosztorysowania. Z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że Izba może powołać biegłego, jeśli wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie wymaga wiadomości specjalnych, skorzystanie z dowodu z opinii biegłego jest obligatoryjne. Za zasadne uznać należy posiłkowe zastosowanie art. 278 § 1 Kpc, z którego wynika dyrektywa nakazująca sądom powszechnym dokonanie ustaleń wymagających wiadomości specjalnych wyłącznie na podstawie dowodu z opinii biegłego. Wprawdzie przepis ten nie ma zastosowania w postępowaniu przed Izbą, to art. 1184 § 2 KPC w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp pozwala na odpowiednie zastosowanie przepisów części ogólnej, gdy Izba uzna to za konieczne. Wprawdzie w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, można dostrzec pogląd, że weryfikacja zarzutu rażąco niskiej ceny oraz zgodności oferty z SIWZ nie wymaga zawsze wiadomości specjalnych, a kluczowym dowodem w tym zakresie jest dowód z dokumentu wyjaśnień wykonawcy, składanych w trybie art. 90 i art. 87 ustawy Pzp, to zasadność dopuszczenia takiego dowodu musi być każdorazowo oceniana z uwzględnieniem specyfiki danej sprawy. Względ na szybkość postępowania przed Izbą nie ma – zdaniem Odwołującego – prymatu nad obowiązkiem wszechstronnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

Odwołujący wskazał, że potrzeba przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego związana jest przede wszystkim z faktem utajnienia informacji i dokumentów związanych ze sposobem kalkulacji ceny ofertowej. Nie mając dostępu do wyjaśnień Odwołujący nie jest w stanie podjąć szczegółowej polemiki ze stanowiskiem Konsorcjum Salini i Zamawiającego, zwłaszcza na poziomie wiadomości specjalnych. Ponadto, Odwołujący nie mając dostępu do wyjaśnień nie jest w stanie sprecyzować tezy dowodowej na poziomie bardziej szczegółowym. Skoro zasadniczym dowodem służącym ustaleniu tej kwestii będą wyjaśnienia tego wykonawcy, zasadne jest uzupełnienie tego materiału o opinię biegłego. Weryfikacja wyjaśnień Konsorcjum Salini za pomocą wnioskowanego środka

dowodowego odpowiadać będzie zasadzie równości stron postępowania, a także posłuży zapewnieniu eliminacji oferty niedopuszczalnej z punktu widzenia zasad uczciwej konkurencji. Za uwzględnieniem niniejszego wniosku przemawia także fakt, że na etapie weryfikowania ceny przez Zamawiającego nie zwracał się on do rzeczoznawców, celem analizy wyjaśnień Konsorcjum Salini. Ponadto, już sam zakres wątpliwości Zamawiającego wskazuje na zasadność zweryfikowania udzielonych wyjaśnień przez podmiot posiadający wiadomości specjalne.

Odwołujący podniósł, że w wyniku zastrzeżenia wyjaśnień Konsorcjum Salini został pozbawiony możliwości przedstawiania dowodów (a nawet samego zgłoszenia okoliczności faktycznych), odnoszących się do poszczególnych elementów tych wyjaśnień. Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący wskazał, że chociaż ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia, to w sytuacji, gdy elementy oferty istotne z punktu widzenia obliczenia ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty, należy oczekiwać od zamawiającego, który uznał to zastrzeżenie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Salini, odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Salini w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum Salini i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego, mostowego i kosztorysowania, na okoliczność:

- rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Salini w odniesieniu do pozycji wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik do pisma Zamawiającego z dnia 1 września 2014 r., w którym Zamawiający żądał wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp;
- ustalenia, czy cena ofertowa Konsorcjum Salini uwzględnia wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym przez Zamawiającego w SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum Salini Polska, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca Astaldi S.p.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.



**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Sygn. akt KIO 2184/14

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Wynika to z faktu, że w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba ustaliła, że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, była bowiem niezgodna z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że przedmiotowe zamówienie realizowane będzie w formule „Buduj”, na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego. Zamawiający w warunkach kontraktu zastosował zmodyfikowaną subklauzulę 13.1 FIDIC (Tom II SIWZ Warunki kontraktu, rozdz. 5 Warunki szczególne kontraktu, str. 68), której nadał treść: *Jeżeli zdaniem Wykonawcy dla realizacji Kontraktu zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, dla zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia będzie konieczne dokonanie zmiany, wówczas wykonawca zgłosi konieczność jej wprowadzenia Inżynierowi. Inżynier oceni wystąpienie Wykonawcy i jeżeli uzna zmianę za konieczną, niezbędną i uzasadnioną technicznie, zainicjuje wówczas, z uwzględnieniem Subklauzuli 3.1. [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera] wprowadzenie Zmiany w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji Kontraktu (...). Wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian jeśli Inżynier nie poleci Zmiany. W przeciwnym przypadku, Wykonawca może być zobowiązany do przywrócenia Robót do stanu sprzed wprowadzonej Zmiany, w tym ewentualnej rozbiórki wykonanych Robót, na koszt i ryzyko Wykonawcy.*

Odwołujący złożył ofertę z ceną 1.124.520.419,53 zł. Wśród złożonych ofert, oferta Odwołującego była druga w kolejności pod względem ceny. W dniu 1 września 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający wskazał, że powziął podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz że jego wątpliwości wzbudza zarówno cena oferty ogółem, jak i poszczególne elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zadał Odwołującemu szczegółowe pytania dotyczące cen 99 pozycji kosztorysowych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący udzielił wyjaśnień, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym zostaną one przedstawione w niniejszym uzasadnieniu w zakresie, w jakim wnosząc odwołanie oraz prezentując stanowisko na rozprawie, Odwołujący treść tych wyjaśnień ujawnił oraz w jakim nie zawierają one szczegółowych danych mogących podlegać ochronie.

W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił w pewnych granicach zoptymalizowanie przekazanej dokumentacji stosownie do wyników badań geotechnicznych, jakie wykonawca winien przeprowadzić w trakcie realizacji umowy. Wykonawca doszedł do przekonania, że dokumentacja geotechniczna Zamawiającego jest niewystarczająca i zlecił przeprowadzenie dodatkowych badań, a na podstawie wyników tych badań uzyskał pewność co do możliwości zoptymalizowania pewnych rozwiązań projektowych w sposób i w stopniu dozwolonym przez Zamawiającego oraz przynoszącym wymierne oszczędności.

Zamawiający, w dniu 10 października 2014 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, w uzasadnieniu odrzucenia podając, że wykonawca zaproponował wykonanie części przedmiotu zamówienia nie w oparciu o przekazaną przez Zamawiającego dokumentację projektową i STWiORB, lecz w oparciu o własne rozwiązania techniczne, do zastosowania których nie był uprawniony. Oznacza to, że wykonawca złożył – niedopuszczalną w świetle SIWZ – ofertę wariantową. Dodatkowo oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca nie dokonał wyceny poszczególnych elementów na podstawie opisu przedmiotu zamówienia przekazanego przez Zamawiającego, lecz na podstawie wprowadzonych przez siebie zmian do dokumentacji projektowej. Bardziej szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty Zamawiający przedstawił wyłącznie Odwołującemu, z uwagi na fakt, że odnosiło się ono do konkretnej treści wyjaśnień zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, w złożonych wyjaśnieniach ujawnione zostały podstawy faktyczne do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł, że nie jest prawdą, iż złożył ofertę zmieniając przedmiot zamówienia ani że jego oferta jest wariantowa oraz wskazał, że potwierdził gotowość do wykonania zamówienia zgodnie i ściśle z dokumentacją sporządzoną przez Zamawiającego, z uwzględnieniem dokonania w przyszłości pewnych optymalizacji i wycenieniem ryzyka związanego z taką optymalizacją. Tezie tej przeczy

jednak treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień. W odpowiedziach na pytania nr: 4, 8, 19, 20, 22, 47, 48, 49, 50 i 51 wykonawca wprost potwierdził, że dokonał wyceny uwzględniającej optymalizację zaplanowaną na podstawie przeprowadzonych we własnym zakresie badań geotechnicznych lub zastosował rozwiązania równoważne. W odpowiedzi na pytania nr: 65, 66 i 67 Odwołujący wskazał, że oferuje rozwiązania oparte o inne materiały niż przewidziane w dokumentacji projektowej (zmiana konstrukcji wiaduktu).

O zaoferowaniu wykonania innych rozwiązań niż wynikające z dokumentacji projektowej świadczą m.in. odpowiedzi na pytania nr 47, 48, 49 i 50, w których Odwołujący poinformował, że: *rozwiązania projektowe przedstawione przez Zamawiającego mogą być zastąpione równoważnymi rozwiązaniami, lecz znacznie oszczędniejszymi.* Analogiczną treść miała odpowiedź na pytanie nr 65. Tymczasem rozwiązania równoważne, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, mogą być zastosowane przez wykonawcę, gdy przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Treść udzielonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia częściowo w sposób inny niż ustalony przez Zamawiającego. Szczegółowe odpowiedzi na pytania Zamawiającego wskazują, że wbrew ogólnemu oświadczeniu wykonawcy, iż ceny jednostkowe zostały skalkulowane zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacjach technicznych i zawierają wszystkie wymagane w nich elementy, Odwołujący wycenił przedmiot zamówienia na podstawie przyjętych przez siebie założeń, innych niż wynikające z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego. Przywołana wyżej ogólna deklaracja nie pozwala na pominięcie okoliczności ujawnionych w szczegółowej części wyjaśnień i nie stanowi o zgodności oferty z treścią SIWZ. Mimo że Odwołujący nie zmienił opisu poszczególnych pozycji kosztorysowych, to udzielone wyjaśnienia ujawniły, że w rzeczywistości rozwiązania przyjęte do wyceny i objęte oświadczeniem woli wykonawcy różniły się od narzuconych przez Zamawiającego.

Odwołujący przyjął, że niektóre elementy przedmiotu zamówienia wykona inaczej, niż określono to w dokumentacji projektowej. Dokonanie – na etapie składania oferty – zmian wynikających z przeprowadzonych badań należy uznać w świetle postanowień SIWZ za niedopuszczalne. Na tym etapie wykonawca nie był uprawniony do wprowadzania zmian do dokumentacji projektowej, a wycenienie innych rozwiązań niż przewidziane w projekcie stanowi ofertę wariantową, podczas gdy zgodnie z punktem 7.3 tomu I SIWZ „Instrukcja dla wykonawców” (str. 7) Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych. Stanowi to niezgodność oferty Odwołującego z postanowieniami SIWZ i prowadzi do jej nieporównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, które zostały skalkulowane w oparciu o projekt przekazany przez Zamawiającego.

Podkreślić należy, że zmiany rozwiązań projektowych dopuszczane przez Zamawiającego, zgodnie ze zmodyfikowaną subklauzulą 13.1, dotyczą etapu wykonania robót i wymagają przeprowadzenia określonej procedury, w tym zatwierdzenia projektów zamiennych przez Inżyniera. Wszystkie postanowienia Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, na które powołał się w wyjaśnieniach Odwołujący, dotyczą możliwości dokonania zmian, pod pewnymi warunkami, dopiero przy realizacji zamówienia.

Wyjaśnienia Odwołującego zostały złożone na okoliczność badania ceny oferty, zatem w wyjaśnieniach wykonawca powinien wykazać, że bez uwzględnienia optymalizacji jest w stanie zamówienie wykonać, w tym że wycenił wszystkie ryzyka wynikające ze specyfikacji technicznej. Tymczasem to właśnie dokonanie optymalizacji Odwołujący powołał jako główną okoliczność, która pozwoliła obniżyć cenę oferty. Gdyby przyjąć tezę prezentowaną przez Odwołującego podczas rozprawy, że wszystkie pozycje kosztorysu zostały wycenione zgodnie z projektem (co jednak, jak omówiono wyżej, nie znajduje potwierdzenia w treści wyjaśnień), to należałoby dojść do wniosku, że Odwołujący nie przedstawił okoliczności pozwalających zaoferować niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z projektem Zamawiającego, a zatem nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była prawidłowa. Izba nie dopatryła się natomiast podstaw faktycznych do odrzucenia tej oferty ze względu na błąd w obliczeniu ceny. W świetle udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień należy bowiem dojść do wniosku, że taka a nie inna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych była skutkiem zaoferowania częściowo odmiennego od założonego przez Zamawiającego sposobu wykonania zamówienia. Zatem pierwotną nieprawidłowością oferty Odwołującego była jej niezgodność z SIWZ i ta okoliczność stanowi podstawę odrzucenia oferty.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący poprawienia omyłek w ofercie Konsorcjum Salini.

W tym zakresie Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 8.2 SIWZ, wykonawcy mieli obowiązek sporządzić kosztorysy ofertowe metodą kalkulacji uproszczonej, ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych kosztorysach, a stosownie do punktu 8.4. SIWZ przy obliczaniu ceny należało uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie opisane w nim pozycje.

Zamawiający pismem z 13 sierpnia 2014 r. poinformował Konsorcjum Salini o poprawieniu omyłek w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że:

- w kosztorysie „Przejście ekologiczne PE5/B - km 16+187,80” nie zostały wycenione trzy pozycje znajdujące się pod poz. 8. „Żelbetowe elementy prefabrykowane”; dla niewycenionych pozycji Zamawiający wpisał 0 zł; poprawienie omyłki nie spowodowało zmiany ceny oferty;
- w kosztorysie „Przejście ekologiczne PE6/B - km 16+549,81” nie zostały wycenione trzy pozycje znajdujące się pod poz. 8. „Żelbetowe elementy prefabrykowane”; dla niewycenionych pozycji Zamawiający wpisał 0 zł; poprawienie omyłki nie spowodowało zmiany ceny oferty;
- w kosztorysie „Obiekt WD-2 (DK16)” nie została wyceniona pozycja 52 „Ściany z gruntu zbrojonego zbrojeniem (...)”, zostały natomiast wycenione pozycje znajdujące się pod pozycją 52, które są pozycjami informacyjnymi (pomocniczymi); dla niewycenionej pozycji Zamawiający wpisał cenę jednostkową 142,65 zł, obliczoną jako suma wartości z pozycji pomocniczych podzielona przez ilość jednostek; w miejsce ceny jednostkowej i wartości dla pozycji pomocniczych Zamawiający wstawił kreski; w wyniku poprawienia omyłki wartość przedmiotowego kosztorysu uległa zmniejszeniu o 2,11 zł, co było wynikiem zaokrągleń liczb;
- w kosztorysie „Obiekt WD-4 (DK16)” nie została wyceniona pozycja 51 „Ściany z gruntu zbrojonego zbrojeniem (...)”; zostały natomiast wycenione pozycje znajdujące się pod pozycją 51, które są pozycjami informacyjnymi (pomocniczymi); dla niewycenionej pozycji Zamawiający wpisał cenę jednostkową 158,90 zł, obliczoną jako suma wartości z pozycji pomocniczych podzielona przez ilość jednostek; w miejsce ceny jednostkowej i wartości dla pozycji pomocniczych Zamawiający wstawił kreski; w wyniku poprawienia omyłki wartość przedmiotowego kosztorysu uległa zwiększeniu o 1,46 zł, co było wynikiem zaokrągleń liczb;

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego polegająca na poprawieniu omyłek w ofercie Konsorcjum Salini była zgodna z przepisami ustawy Pzp.

Jak wskazał podczas rozprawy Zamawiający, wykonawcy musieli wypełnić 52 kosztorysy. Konsorcjom SALINI prawidłowo wypełniło 2560 pozycji, popełniając błąd w ośmiu pozycjach. Poprawienie oferty doprowadziło do minimalnej zmiany ceny ofertowej (0,65 zł). W ocenie Izby liczba pozycji kosztorysu, które musieli wycenić wykonawcy oraz liczba źle wypełnionych przez Przystępującego pozycji prowadzą do wniosku, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było nie tylko uzasadnione, ale nawet obowiązkowe. Skala niezgodności świadczy bowiem o tym, że była ona wynikiem omyłki. Rację ma Odwołujący twierdząc, że niewycenienie wszystkich pozycji kosztorysu stanowi

niezgodność oferty z treścią SIWZ. Uszło jednak uwadze Odwołującego, że sam fakt wystąpienia takiej niezgodności nie przesądza o niemożliwości poprawienia omyłki, bowiem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprost stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające właśnie na niezgodności oferty z SIWZ, pod warunkiem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Podkreślić należy, że celem wprowadzenia powyższego przepisu było niedopuszczenie do odrzucania ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty, tj. nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Ze względu na skalę omyłek w ofercie Przystępującego i ich znikomy wpływ na cenę oferty nie można mówić, że ich poprawienie stanowiło istotną zmianę treści oferty. Przeciwnie, odrzucenie tej oferty, bez zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należałoby uznać za naruszenie przepisów ustawy.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Salini z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny. Nieuwzględnienie tego zarzutu wynika z faktu jego nieprawidłowego skonstruowania w odwołaniu. Odwołujący nie przedstawił właściwie żadnego uzasadnienia faktycznego zarzutu ani argumentacji prawnej na jego poparcie. Ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, bowiem cena ta jest niższa od ceny zaferowanej przez Odwołującego. W szczególności Odwołujący nie wykazał, jakoby skalkulował swoją cenę przy minimalnych możliwych do uzyskania marżach. Ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy Odwołujący nie przedstawił żadnej innej argumentacji ani dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Należy więc stwierdzić, że zarzut nie został sformułowany w sposób kompletny, umożliwiając Izbie jego merytoryczną ocenę. Wnosząc odwołanie wykonawca ma bowiem obowiązek sformułować zarzut nie tylko poprzez wskazanie zaskarżonej czynności lub zaniechania zamawiającego, ale również określenia podstawy faktycznej i prawnej zarzutów. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że oferta Konsorcjum Salini zawiera rażąco niską cenę. Zatem niezależnie od oceny analogicznego zarzutu przedstawionego w odwołaniu drugiego z wykonawców, odwołanie wykonawcy Astaldi nie mogło być w tym zakresie uwzględnione.

#### Sygn. akt KIO 2185/14

Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu spośród ofert nieodrzuconych – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu

zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za częściowo zasadny zarzut dotyczący zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum Salini w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość udzielonych wyjaśnień i załączonych do nich dowodów, wskazując, że zawierają one poufne dane, w szczególności ceny, źródła dostaw materiałów i urządzeń, które posiadają wartość gospodarczą i nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Na wezwanie Zamawiającego wykonawca przedstawił uzasadnienie utajnienia wyjaśnień, w którym opisał ustawowe przesłanki takiego utajnienia, przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wykonawca poinformował, że zastrzeżone informacje dotyczą wrażliwych i poufnych danych, w szczególności sposobu budowania ceny oraz metod jej kalkulacji, czynników cenotwórczych, cen i upustów oferowanych przez podwykonawców, usługodawców czy dostawców, źródła dostaw materiałów i urządzeń, czy przewidywanego zysku wykonawcy. Oświadczył, że ujawnienie informacji przedstawionych w wyjaśnieniach może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach, w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji wykonawcy na rynku. Stwierdził, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a wykonawca podjął działania niezbędne w celu zachowania ich poufności. Wykonawca poinformował również, że zastrzeżone informacje należy brać pod uwagę jako jedną całość składającą się na treść dokumentu oraz że nie mogą być one wrywkowo wyciągane z kontekstu.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu w pierwszej kolejności podkreślić należy, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich jawność. Zasada ta służy realizacji innej z naczelných dyrektyw określonych ustawą, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Art. 8 ust. 3 tej ustawy, jako wprowadzający wyjątek od zasady jawności, nie może być interpretowany rozszerzająco.

W ocenie Izby poziom ogólności wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Salini nie pozwala uznać ich całości za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wskazał – w odniesieniu do pełnej treści wyjaśnień – konkretnych okoliczności pozwalających uznać poszczególne informacje za mające wartość gospodarczą.

Tymczasem to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tych informacji. Zdaniem Izby, w zdecydowanej większości treść tych wyjaśnień takich informacji nie zawiera, zwłaszcza że wyjaśnienia w dużej części cechują się znaczną ogólnością.

W ocenie Izby, podstaw do utajnienia wyjaśnień można dopatrzeć się jedynie w odniesieniu do załączników do pisma, jako że zawierają one informacje o kontrahentach wykonawcy, oferowanych przez nich cenach, warunkach współpracy, co może być uznane za informacje mające wartość gospodarczą, których ujawnienie może narazić wykonawcę na szkodę. Z tych samych powodów, w samej treści wyjaśnień nie powinny podlegać ujawnieniu informacje o nazwach tych kontrahentów. Pozostała treść wyjaśnień nie zawiera informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a z pewnością wykonawca tego nie wykazał.

Nie można zgodzić się z Przystępującym, że ponieważ wyjaśnienia stanowią określoną całość, to zasadne jest ich utajnienie w całości. Jak bowiem wskazano powyżej, brak jawności dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wyjątkiem od zasady i nie może być stosowany rozszerzająco. Utajnienie wyjaśnień, w których w niewielkim tylko zakresie pojawiają się dane zasługujące na ochronę, jest niezgodne z przepisami ustawy. W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Salini, z wyjątkiem załączników do tych wyjaśnień, nazw kontrahentów oraz innych danych, które tych kontrahentów identyfikują.

W ocenie Izby zasadny jest zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Salini, która to oferta zawierała rażąco niską cenę.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia bez zamówień uzupełniających, powiększona o podatek VAT oraz kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 1.452.582.861,68 zł. Konsorcjum Salini złożyło ofertę z najniższą ceną, wynoszącą 995.904.789,41 zł, co stanowi 68,6% wartości szacunkowej oraz kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Ceny kolejnych ofert złożonych w postępowaniu (po poprawieniu omyłek) przedstawiały się następująco:

- 1.124.520.419,53 zł (oferta Astaldi – odrzucona)
- 1.318.200.354,97 zł (oferta Konsorcjum Budimex)
- 1.432.100.258,85 zł
- 1.611.236.551,10 zł
- 1.576.210.407,38 zł
- 1.721.992.474,00 zł.



Średnia cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 1.397.166.465,03 zł. Cena oferty Konsorcjum Salini stanowiła 71,3% średniej cen wszystkich ofert, 75,5% oferty Odwołującego – Konsorcjum Budimex oraz 88,6 % oferty Astaldi, która została odrzucona ze względu na niezgodność z treścią SIWZ oraz na błąd w obliczeniu ceny.

W dniu 1 września 2014 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, a cena ofertowa zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia oraz o wskazanie, w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować należycie roboty i osiągnąć zysk, jeżeli cena oferty ogółem oraz ceny wybranych istotnych asortymentów robót i poszczególne ceny jednostkowe kształtują się poniżej cen rynkowych. Zamawiający zadał wykonawcy szczegółowe pytania dotyczące 94 pozycji kosztorysowych.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę przedmiot i specyfikę zamówienia oraz relację ceny zaofertowanej przez Konsorcjum Salini do wartości szacunkowej zamówienia i do cen zaofertowanych przez pozostałych wykonawców, zasadne było wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Przedmiotem oceny Izby była prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny tych wyjaśnień.

Złożone wyjaśnienia potwierdziły, zdaniem Izby, że cena nie została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia.

Konsorcjum Salini w złożonych wyjaśnieniach powołało się na takie okoliczności, jak doświadczenie i renoma wykonawcy, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo-sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym, które to okoliczności w znacznej mierze należy uznać za cechujące większość wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości.

Przede wszystkim jednak Izba ustaliła, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi na liczne pytania Zamawiającego dotyczące cen materiałów uwzględnionych w całkowitej cenie jednostkowej. Dotyczy to pytań o numerach: od 7 do 36, od 38 do 53, od 55 do 56, od 59 do 66, od 68 do 70, od 72 do 74, 76, od 78 do 81, od 83 do 86, od 89 do 93. W odpowiedzi na wszystkie z powyższych pytań wykonawca wskazał, że *cena jednostkowa została uwzględniona w danej pozycji kosztorysu, który nie zawiera tak szczegółowego rozbicia cenowego. Na etapie przygotowywania kosztorysu, Zamawiający nie wymagał tak szczegółowego rozbicia cenowego w zakresie sposobu kalkulowania ceny jednostkowej, składników tej ceny i cen poszczególnych składników (...).* Informacje o cenach materiałów

nie wynikają również z załączonych do wyjaśnień kosztorysów potencjalnych podwykonawców, które sporządzone zostały metodą uproszczoną, przedstawiały więc pozycje scalone. Na tej podstawie Zamawiający nie miał zatem możliwości ustalenia ceny materiałów. Nie złożono również wyjaśnień, na podstawie których można by ustalić, że niezbędne materiały rzeczywiście mogą być Przystępującemu dostępne za określoną cenę. Oświadczenie potencjalnego podwykonawcy, niebędącego producentem materiałów, należy uznać za niewystarczające. W konsekwencji Zamawiającemu, pomimo wyraźnego żądania, nie złożono jakichkolwiek informacji, w oparciu o które mógłby przeanalizować, czy zaproponowane ceny mają charakter rynkowy, a tego właśnie powinny dowieść wyjaśnienia.

W odpowiedzi na pytania nr 87 i 88, w których Zamawiający prosił o wskazanie sposobu skalkulowania ceny z podziałem na robociznę, materiał i sprzęt, Przystępujący poinformował jedynie, że na etapie przygotowania kosztorysu Zamawiający nie wymagał rozbicia ceny z podziałem na robociznę, materiał i sprzęt. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 75 nie podał wysokości opłat eksploatacyjnych właściciela sieci. W części z powyższych pytań Zamawiający prosił również o wyszczególnienie wszystkich materiałów uwzględnionych w cenie, Przystępujący natomiast ograniczył się do wskazania, że *w pozycji uwzględniono wszystkie niezbędne do realizacji materiały oraz pozostałe elementy składowe ceny.*

Przystępujący nie podał w wyjaśnieniach również innych żądanych przez Zamawiającego informacji, takich jak: wskazanie technologii robót, która umożliwia ich wykonanie po tak niskiej cenie (pytanie nr 54), opisanie technologii demontażu słupów (pytanie nr 77), szczegółowe opisanie technologii robót uwzględnionych w cenie jednostkowej w poz. 3 G.A Przebudowa gazociągu (pytanie nr 82). W przypadku pierwszego z ww. pytań wykonawca nie udzielił odpowiedzi w zakresie technologii, w odniesieniu do kolejnych dwóch poinformował jedynie, że przewidywana technologia jest zgodna ze standardem stosowanym obecnie przez Zamawiającego i zasadami sztuki budowlanej, co może być jedynie uznane za zapewnienie wykonawcy co do zgodności oferty z treścią SIWZ, nie zaś za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby powyższe powoduje, że wykonawca nie wykazał, iż cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwia należyłą realizację zamówienia. Wykonawca, składając wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie był uprawniony do odmowy odpowiedzi na pytania Zamawiającego z powołaniem się na fakt, że na etapie składania oferty Zamawiający pewnych informacji nie wymagał. Wyjaśnienia służą bowiem uzyskaniu dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność zaoferowanej ceny. Wykonawca miał obowiązek udzielić wyjaśnień o wyższym stopniu szczegółowości, niż informacje, które musiały znaleźć się w ofercie. Biorąc pod uwagę różnicę między ceną oferty

Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert, wykonawca, aby wykazać realność ceny, powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji.

Podkreślenia wymaga, że pytania skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp były szczegółowe i precyzyjne, a Konsorcjum Salini na wiele z nich nie udzieliło odpowiedzi i nie przedstawiło żądanych informacji, podejmując polemikę z dopuszczalnością ich żądania przez Zamawiającego. W związku z tym brak było faktycznych przesłanek do rozważenia dopuszczalności i zasadności ponownego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w celu doprecyzowania wcześniej udzielonych informacji. Na podstawie pisma Zamawiającego z dnia 1 września 2014 r. Przystępujący miał bowiem pełną wiedzę, jakich informacji oczekuje Zamawiający i możliwość udzielenia wyczerpujących odpowiedzi, z czego świadomie zrezygnował, nie wykazując prawidłowości zaoferowanej ceny i jej rzetelnej kalkulacji.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Odwołującego i zgłoszonych przez niego wniosków dowodowych Izba podkreśla, że przedmiotem postępowania dowodowego i rozstrzygnięcia Izby była kwestia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego oraz ich ocena dokonana przez Zamawiającego. Odwołujący, ze względu na utajnienie tych wyjaśnień, nie miał możliwości bezpośredniej polemiki z ich treścią. Złożone przez Odwołującego dowody (w postaci zestawienia ofert na drogi szybkiego ruchu z 2014 r., zestawień cen materiałów budowlanych według SECOCENBUD oraz ofert uzyskanych przez Odwołującego) uprawdopodobniły, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest realną ceną rynkową. Niemniej decydujące dla rozstrzygnięcia znaczenie miała analiza złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, której ze względu na ich utajnienie Odwołujący był pozbawiony. Ocena tych wyjaśnień, które – jak wskazano powyżej – w znacznej części nie zawierały wnioskowanych przez Zamawiającego informacji, nie wymagała wiadomości specjalnych, dlatego Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego.

Reasumując, na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty. Zaniechanie tego odrzucenia stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....