

Sygn. akt: KIO 1774/15
KIO 1776/15

WYROK
z dnia 3 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Bilfinger Infrastructure Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 50A, 02-672 Warszawa (Lider), **Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.** z siedzibą w Ankarze, Konya Devletyolu 23. Km, no 111 Gölbaşı, Ankara (sygn. akt KIO 1774/15);
- B) w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez Odwołującego **Salini Impregilo S.p.A.** z siedzibą w Mediolanie, via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan (sygn. akt KIO 1776/15)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku**, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Mostostal Kraków Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie, ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków (Lider), **Ferrovial Agroman Spółka Akcyjna** z siedzibą w Madrycie, Campo de las Naciones, Calle Ribera del Loira, numero 42, 28042 Madryt, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1774/15 po stronie Odwołującego,

wykonawcy **Metrostav a.s.** z siedzibą w Pradze, ul. Kozeluska 2450/4, Lieben, 180 00 Praha 8 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1774/15 po stronie Zamawiającego,

wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1776/15 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1

- A. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Bilfinger Infrastructure Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 50A, 02-672 Warszawa (Lider), Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhült A.Ş. z siedzibą w Ankarze, Konya Devletyolu 23. Km, no 111 Gölbasi, Ankara (sygn. akt KIO 1774/15);**
- B. Oddala odwołanie wniesione przez Odwołującego Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie, via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan (sygn. akt KIO 1776/15).**

2. Kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Bilfinger Infrastructure S.A. z/s w Warszawie, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhült A.Ş. z siedzibą w Ankarze (sygn. akt KIO 1774/15) oraz Odwołującego Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie (sygn. akt KIO 1776/15) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Bilfinger Infrastructure S.A. z/s w Warszawie, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhült A.Ş. z siedzibą w Ankarze (sygn. akt KIO 1774/15) oraz Odwołującego Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie (sygn. akt KIO 1776/15), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Bilfinger Infrastructure S.A. z/s w Warszawie, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhült A.Ş. z siedzibą w Ankarze (sygn. akt KIO 1774/15) oraz Odwołującego Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie (sygn. akt KIO 1776/15) na rzecz Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk, kwotę **5.535 zł 00 gr.** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych czterdzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, w tym:

- A) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Bilfinger Infrastructure S.A. z/s w Warszawie, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhült A.Ş. z siedzibą w Ankarze kwotę **2.767 zł 50 gr.** (słownie: dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy),
- B) od Odwołującego Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie kwotę **2.767 zł 50 gr.** (słownie: dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gdańsku.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Gdańsku, na *budowę drogi S-7 Gdańsk (A1) – Elbląg (S-22) odc. Koszwały (DK nr 7 w. Koszwały) – Elbląg (z węzłem Kazimierzowo) z podziałem na 2 części. Część 1: budowa drogi S-7 Gdańsk (A-1) – Elbląg (S-22) odc. Koszwały (DK nr 7 w. Koszwały) – Elbląg (z węzłem Kazimierzowo). Zadanie 1: Koszwały – Nowy Dwór Gdański; Część 2: budowa drogi S-7 Gdańsk (A-1) – Elbląg (S-22) odc. Koszwał (DK nr 7, w. Koszwały)- Elbląg (z węzłem Kazimierzowo), zadanie nr 2: Nowy Dwór Gdański - Kazimierzowo* (nr postępowania GDDKIA 0/Gd/ZP/53/I-4/2014), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2013/S 167-297306 w dniu 2 września 2014 r., wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania 1 i 2, zostały wniesione w dniu 17 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Bilfinger Infrastructure S.A. z/s w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (sygn. akt KIO 1774/15) oraz Odwołującego Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie (sygn. akt KIO 1776/15).

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1774/15 przystąpienie zgłosili w dniu 20 i 21 sierpnia 2015 r. wykonawcy: wspólnie ubiegających się o zamówienie Mostostal Kraków S.A. z/s w Krakowie (Lider), Ferrovial Agroman S.A. z/s w Madrycie po stronie Odwołującego, Metrostav a.s. z siedzibą w Pradze po stronie Zamawiającego, a do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt KIO 1776/15 wykonawca Budimex S.A. z/s w Warszawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej na część 1, zadanie nr 1 i część 2, zadanie nr 2 w dniu 7 sierpnia 2015 r.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, przed otwarciem rozprawy, dopuściła przystępujących do postępowania odwoławczego w sprawach połączonych do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników postępowania.

A. Sygn. akt KIO 1774/15

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1774/15 (dotyczy części 1, zadania nr 1) Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Bilfinger Infrastructure S.A.

z/s w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (dalej jako Konsorcjum Bilfinger) zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy Metrostav a.s., która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz ewentualnie
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwanie wykonawcy Metrstav a.s. do złożenia wyjaśnień umożliwiających Zamawiającemu dokonanie obligatoryjnej merytorycznej oceny, czy oferta złożona przez Metrostav a.s. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Konsorcjum Bilfinger wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności podjętych na część 1, zadanie nr 1, tj. wyboru oferty Metrostav a.s., nakazanie odrzucenia oferty Metrostav a.s. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez wybór oferty Odwołującego, ewentualnie

nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownie czynności badania i oceny oferty Metrostav a.s. w zakresie elementów tej oferty (wyceny pozycji kosztorysowych), potwierdzających złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Wystąpienie interesu do wniesienia odwołania Konsorcjum Bilfinger uzasadniało konsekwencjami naruszenia przepisów Ustawy, które doprowadziło do sklasyfikowanie oferty Konsorcjum Bilfinger na drugim miejscu w rankingu ocenionych ofert i utrata szansy na uzyskanie zamówienia. Uszczerbek w interesie prawnym polega na poniesieniu kosztów opracowania oferty oraz udziału w postępowaniu, a także na utracie zysków, na osiągnięcie których Konsorcjum Bilfinger mogłoby liczyć, gdyby uzyskało zamówienie.

W uzasadnieniu zarzutów, Konsorcjum Bilfinger wskazało na wysokość ceny oferty najkorzystniejszej (Metrostav a.s.) – 1.642.440.982,07 zł. brutto, a także wysokość jego oferty kolejnej pod względem kryterium ceny – 1.791.276.811,11 zł. brutto oraz zbliżonej cenowo oferty konsorcjum Mostostal Kraków S.A. i Ferrovial Agroman S.A. – 1.792.095.526,39 zł. brutto.

Konsorcjum Bilfinger odniosło się do ustalonych w pkt 8.7 siwz postanowień, z których wynikać ma, iż ceny jednostkowe oferowane dla pozycji (prac) opisanych w przedmiarach robót powinny być skalkulowane przez wykonawcę w wysokości umożliwiającej rzeczywistą (terminową i jakościową) realizację danych prac, z uwzględnieniem wszystkich kosztów towarzyszących ich wykonaniu oraz upustów i rabatów. Znaczenie tych postanowień

podkreśla również to, że przedmiotowy kontrakt jest tzw. obmiarowym, w którym wynagrodzenie Wykonawcy obliczane jest na podstawie obmiarów prac wykonanych zgodnie z pozycjami ujętymi w przedmiarach robót, mnożonych przez ceny jednostkowe.

Odwołujący zarzucił, że w kosztorysie ofertowym nr 10.1 dotyczącym wzmocnienie podłoża Metrostav a.s. dokonał rażącego zaniżenia kilkudziesięciu cen jednostkowych w celu wyeliminowania z postępowania ofert innych wykonawców i dokonał porównania 6 pozycji, których łączna wartość wskazuje na zaniżenie wartości cen jednostkowych o 217.434.408,71 zł. Szczególnie rażąco zaniżoną ma być pozycja 11 i 39, które wpłynęły na zaniżenie robót o ponad 147 mln zł. Sama różnica pomiędzy całkowitą ceną oferty Metrostav a.s., a ofertą Odwołującego wynosi prawie 148,8 mln zł. Odwołujący porównał ceny jednostkowe z oferty Metrostav a.s. (w 6 wskazanych pozycjach) z cenami Sekocenbud, które prowadzą do stwierdzenia, że ceny zostały zaniżone o ponad 50 % w stosunku do cen rynkowych (Sekocenbud). Zdaniem Konsorcjum Bilfinger zaniżenie cen jednostkowych wskazuje na bezpośredni zamiar spekulacyjnego zaniżenia cen jednostkowych nakierowanych na eliminację innych wykonawców z postępowania. Odwołujący porównał wartości dwóch pozycji 39 i 47 z kosztorysu 10.1 ze swojej oferty oraz oferty Metrostav a.s., w której zastosowano zaniżoną stawkę sprzętową na poziomie 1,05 zł., przy której trudno wyobrazić sobie prawidłowe wykonanie objętych daną pozycją robót. Z uwagi na potrzebę przemieszczania na dalszą odległość znacznych ilości gruntu niezbędne samochody i koparka podrażają koszt o kolejne 4,74 + 1,17 + 5,91 zł/m³.

Na skutek zaniżenia cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach kosztorysu 10.1, wartość oferty została zaniżona o ponad 217 mln zł. w stosunku do oferty Odwołującego i o ponad 173 mln zł. w stosunku do cen rynkowych Sekocenbud.

Jako podstawę odrzucenia oferty Metrostav a.s. wskazał przepis art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”), który wymaga kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek: (i) działanie podmiotu ma związek z jego działalnością gospodarczą, (ii) jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz (iii) stanowi ono zagrożenie lub prowadzi do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACA 253/07). Natomiast dobre obyczaje, to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07). Przy ocenie działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami dającymi podstawy do kwalifikacji danego zachowania, jako uczciwej lub nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk) istotne znaczenie ma sposób rywalizacji pomiędzy konkurentami, podlegający weryfikacji w konkretnych okolicznościach przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i

etycznych zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt V ACa 328/07). Czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku to nic innego, jak stawienie barier, przeszkód, które nie wynikają ani z rodzaju działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę (sfera podaży) ani też z uwarunkowań kształtujących zapotrzebowanie na dany towar albo usługi (strefa popytu), lecz są efektem nieuczciwych działań podejmowanych przez innych przedsiębiorców, które przykładowo zostały wymienione w kolejnych punktach art. 15 ust 1 uznk (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt I ACA 359/12). Zgodnie z orzecznictwem sądów czyny naruszające konkurencję powinny być badane przede wszystkim w świetle przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 ustawy i dopiero, gdy nie mieszczą się w dyspozycji któregośkolwiek z tych przepisów, podlegają ocenie według klauzuli generalnej z art. 3 (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 30 września 1998 r., sygn. akt I ACA 281/98).

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Oferta Metrostav a.s. opiera się na cenach jednostkowych dotyczących prac w zakresie wzmocnienia podłoża (kalkulacja nr 10.1) skalkulowanych poniżej kosztów świadczenia (wykonania) tych prac. Spekulacyjne manipulowanie cenami w pozycjach jednostkowych kosztorysu było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętymi bezpośrednio w celu polepszenia swojej sytuacji przy pozyskaniu i następnie realizacji zamówienia. Złożenie takiej oferty prowadziło do naruszenia interesu innych przedsiębiorców, a także tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Wyczerpuje to przesłanki czynu z art. 3 ust. 1 uznk i jako takie stanowi samoistną nieuczciwą praktykę rynkową, co potwierdzać ma przytoczone orzecznictwo Sądu Najwyższego (sygn. akt III CKN 271/01) oraz Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2046/14, sygn. akt KIO 2819/11).

Brak wskazania realnych kosztów potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnej, a nie realnej wyceny wskazanych pozycji. Takiego działania nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że przystępujący dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem

oferty. Nawet przy uznaniu, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie wystąpiły przesłanki kwalifikujące dane działanie jako czyn z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, konieczne jest zbadanie, czy wystąpiła sytuacja opisana w art. 3 ust. 1 uznk, statuująca uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Odnosząc się do art. 15 ust. 1 kt 1 uznk, utrudnienie dostępu do rynku rozumiane powinno być jako taki sposób zachowania się na konkurencyjnym rynku, który w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami dąży co najmniej do stworzenia niekorzystnych warunków dla innego przedsiębiorcy działającego na tym samym lub innym rynku. Sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich nabycia lub świadczenia jest dozwolona jedynie, gdy jest elementem dozwolonej polityki cenowej, nienakierowanej na eliminację innych przedsiębiorców, np. wejścia na rynek. Niewątpliwie jest w ocenie Odwoływającego, iż wycena przedmiotu świadczenia objętego ofertą poniżej kosztów jego spełnienia jest niezgodna z przepisami Ustawy Pzp i została podjęta z zamiarem uniemożliwienia Odwoływającemu uczciwe konkurowanie o zamówienie. Nieuczciwość czynu na gruncie ustawy uznk nie zależy od stopnia opanowania rynku przez jego sprawcę, nie jest zatem istotne, czy zajmuje on pozycję dominującą. Utrudnienie innym wykonawcom dostępu do rynku przez złożenie sprzecznej z dobrymi obyczajami oferty w postępowaniu przetargowym należy oceniać z uwzględnieniem specyficznych cech jurydycznych postępowania przetargowego. Aktywność przedsiębiorcy w tym postępowaniu ograniczona jest do dokonywania sformalizowanych czynności (złożenia oferty, składania wyjaśnień, dokonywanie uzupełnień), zatem zamiar (cel) eliminacji podmiotów z rynku jest ujawniana poprzez treść oferty i innych sformalizowanych czynności, a nie wewnętrzna sfera motywacyjna wykonawcy. To te czynności decydują o tym, czy inni uczestnicy zostaną stopniowo wyeliminowani z rynku poprzez niewybranie ich ofert. Treść oferty Metrostav a.s. w tym udowodnienie rażące zaniżenie cen jednostkowych oraz faktyczna odmowa udzielenia szczegółowych wyjaśnień co do cen jednostkowych na wezwanie Zamawiającego, świadczy jednoznacznie o zamiarze utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez uniemożliwienie wyboru ich ofert. W tej sytuacji inni wykonawcy, niezależnie od tego, czy zaoferowali ceny na poziomie nawet zbliżonym do minimalnych istniejących na rynku, nie mogli zostać wybrani.

Konsorcjum zarzuciło Zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawcy Metrostav a.s. do złożenia wyjaśnień umożliwiających dokonanie obligatoryjnej merytorycznej oceny, czy złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. (art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy).

Metrostav a.s. złożyło w dniu 31.07.2015 r. ogólnikowe wyjaśnienia do wyceny pozycji 39 „wykonania nasypu przeciążającego” (1,05 zł.), które Zamawiający przyjął jako prawidłowe. Wykonawca użył pojęć nieostrych („zoptymalizowano”, „nieznacznie zredukowano”), bez powołania się na konkretne wyliczenia, kalkulacje i wskazania zakresu redukcji. Powinny

mieć taki charakter, aby można było poddać je analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena poszczególnych pozycji z kosztorysu została skalkulowana poprawnie i czy nie stanowi czynu z art. 15 ust. 1 uznk. Zaprzecza, aby właściwym było badanie zawsze ogólnej ceny oferty za całość przedmiotu zamówienia, co byłoby zasadne w zakresie badania rażąco niskiej ceny, niemniej jednak Zamawiający nie dokonywał badania cen jednostkowych z kosztorysów pod kątem, ale w zakresie możliwego, rażącego zaniżenia pozycji kosztorysowych i ich wpływu na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

B. Sygn. akt KIO 1776/15

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1774/15 (dotyczy części 2, zadania nr 2) Odwołujący – Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie (dalej jako Salini), zaskarżył czynność oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Budimex S.A., jako dokonanych z naruszeniem:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk poprzez zaniechanie ujawnienia odpowiedzi z dnia 6 sierpnia 2015 r. wykonawcy Budimex złożonych na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, mimo iż zastrzeżone w całości odpowiedzi nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności danego zastrzeżenia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Budimex mimo, iż z wyjaśnień złożonych w dniu 6 sierpnia 2015 r. przez tego wykonawcę wynika, że oferta jest niezgodna z treścią siwz oraz że zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uzna”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex mimo, iż jej złożenie stanowi czy nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia oraz na działaniu sprzecznym z dobrymi obyczajami poprzez złożenie w postępowaniu oddzielnych ofert przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w ramach zadania nr 2 unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej

czynności badania i oceny ofert, ujawnienia treści odpowiedzi Budimex z dnia 6 sierpnia 2015 r., odrzucenia oferty Budimex, dokonania wyboru oferty Salini jako najkorzystniejszej.

Interes we wniesieniu odwołania Salini wykazał sytuacją jego oferty w postępowaniu, sklasyfikowanej na drugiej pozycji w rankingu ocenianych ofert. Na skutek zaniechania odrzucenia oferty Budimex, niemożliwy stał się wybór oferty Salini, co naraża go na poniesienie szkody polegającej na utracie zamówienia. Zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień z 6 sierpnia 2015 r. uniemożliwia Odwołującemu pełną weryfikację poprawności działań Zamawiającego i ewentualnego skorzystania w tym zakresie z przysługujących środków ochrony prawnej.

1. Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu w całości wyjaśnień Budimexu z dnia 6 sierpnia 2015 r. złożonych na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający odtajnił część pisma w zakresie dotyczącym wyjaśnienia zasadności objęcia dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo zbadał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, do czego zobowiązywały go przepisy art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05).

Odwołał się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, której przesłanki nie zostały spełnione w stosunku do informacji ujętych w wyjaśnieniach Budimexu, co czyniło zastrzeżenie niezasadnym i bezskutecznym. Odwołał się do uzasadnień jakie w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prezentowane były w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 297/13, KIO 300/13). Na podstawie udostępnionej części wyjaśnień Odwołujący wywiódł, iż Budimex nie wykazał zasadności zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 6 sierpnia 2015 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Chociaż podstawę wezwania nie stanowił art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to w odpowiedzi Budimex był zobowiązany przedstawić wyjaśnienia czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania postanowione w siwz w tym także koszty związane z realizacją zamówienia (np. w zakresie cen jednostkowych). Nie było możliwym zastrzeżenie całości informacji, jako zawierających tylko i wyłącznie informacje kluczowe i strategiczne dla przedsiębiorstwa tego Wykonawcy. Nie jest zasadne utrzymania utajnienia informacji, które dotyczą np. ogólnych aspektów kalkulowania ceny, czy też okoliczności wspólnych dla wszystkich wykonawców. To samo dotyczy opisów pozycji kosztorysowych wynikających wprost z dokumentacji przetargowej lub oczywistych dla każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu (np. zysk, koszty pracy, materiały, itp.). Odwołujący wskazał na obowiązek Wykonawcy wykazania przesłanki zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w taki sposób, aby Zamawiający mógł zweryfikować jej zasadność. Poza własną deklaracją o

istotnej wartości gospodarczej zawartych w wyjaśnieniach informacji Budimex nie wskazał i nie uprawdopodobnił jakie konkretnie wartości ma na myśli. Powołanie się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie może stanowić takiego uprawdopodobnienia. Wykonawca Budimex, wskazując na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji w żaden sposób nie wykazał, że ta istotna wartość ma charakter stały, a informacje mogą być wykorzystane również w innych postępowaniach - przeciwnie, jako jeden z argumentów przemawiających za utajnieniem merytorycznej treści wyjaśnień i załączników wskazał okoliczność, iż tworzą one jedną całość ("*pakiet informacji*") opracowanych w celu złożenia oferty w tym konkretnym postępowaniu, co w świetle przytoczonego i cytowanego przez Budimex wyroku jest bezprzedmiotowe. Odwołujący zakwestionował również skuteczność zastrzeżenia wyjaśnień oparte na wskazaniu, że dobór podwykonawców i dostawców (źródeł pozyskiwania materiałów) zdradza strategię cenową, natomiast dobór kontrahentów oraz zasad współpracy jakie zostały ustalone przed złożeniem oferty pozwoliły zaoferować wykonawcy konkurencyjną ofertę. Budowanie „strategii cenowej” poprzez prowadzenie negocjacji z kontrahentami nie jest cechą charakterystyczną i właściwą wyłącznie wykonawcy Budimex, dlatego też konieczne byłoby ustalenie, iż Budimex jest nieuprawniony do ujawniania z kim negocjowane były ceny oraz, że oferty jakie otrzymał w ramach kształtowania ceny w tym konkretnym postępowaniu objęte są poufności. Z udostępnionej Odwołującemu treści pisma z dnia 6 sierpnia 2015 r. nie wynika, że Budimex przedstawił jakiegokolwiek dowody umożliwiające Zamawiającemu dokonanie weryfikacji czy rzeczywiście oferty lub umowy z podwykonawcami/dostawcami, na które podmiot ten się powołuje zobowiązują go do objęcia wyjaśnień ochroną jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. Zarzut niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego oraz rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 31 lipca 2015 r. wskazał na szereg pozycji kosztorysu załączonego do oferty (kosztorysu robót polegających na wzmocnieniu podłoża oraz wykonaniu nasypów), które budziły jego wątpliwości w zakresie prawidłowości dokonania ich wyceny, uwzględniającej wszystkie wymagania postawione w siwz. W ocenie Odwołującego wartości prac świadczą o tym, że oferta nie uwzględnia wszystkich wymagań przewidzianych w dokumentacji przetargowej i dokonaniu optymalizacji zakresów robót na etapie wyceny i składania oferty. Potwierdzenie tej tezy mają być:

- znaczne różnice wartości łącznej zakresu prac wskazanych przez wykonawcę a zaktualizowanym kosztorysem inwestorskim oraz średnią wartością prac wskazanych przez pozostałych wykonawców przy nieznacznym różnicach wartości całkowitej ofert.

- znaczne różnice wartości zakresu prac związanych z wzmocnieniem podłoża oraz wykonywania nasypów wyliczonych przez tego wykonawcę, a zaktualizowaną wartością szacunkową Zamawiającego i wartością średnią reszty konkurentów za te prace,

- dokonanie przez Budimex redukcji zakresów ww. robót, kosztem zwiększenia innych zakresów przy wykorzystaniu innej, niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego technologii np. wymiany gruntów słabonośnych w zamian za zgodne ze specyfikacją materace geosyntetyczne, itp.

Odwołujący przedłożył tabelę zawierającą analizę porównawczą złożonych w ramach zadania nr 2 ofert w zakresie robót związanych z wzmocnieniem podłoża. Wynika z niej, że udział prac polegających na wzmocnieniu podłoża w ofercie Budimex wynosi zaledwie 37,13 % w stosunku do wartości całkowitej oferty podczas, gdy u pozostałych wykonawców współczynnik ten jest nie mniejsza niż połowa – Salini – 61,77%, Strabag – 52,91%, Porr – 50-96%. Wskazuje to, że wycena w ofercie Budimex została w sposób sztuczny zaniżona, a także, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotowych prac przez tego wykonawcę w sposób zgodny z siwz, co oznacza, że oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2pkt 2 ustawy Pzp. Ponieważ wyjaśnienia dotyczyły w znacznej mierze aspektów cenotwórczych – zdaniem Odwołującego powinny być one traktowane nie tylko jako wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), ale również wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny. Odpowiedź wykonawcy powinna być także badana w kontekście ceny rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożenia oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej zbliżone do poziomu rynkowego. Wykonawca powinien również wykazać w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

Ponieważ Zamawiający nie udostępnił merytorycznej treści wyjaśnień, co uniemożliwiło przedstawienie dowodów odnoszących się do poszczególnych elementów, spowodowało to przeniesienie ciężaru dowodu na Zamawiającego, który przedstawione wyjaśnienia zaakceptował.

3. Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji.

Czynem nieuczciwej konkurencji, jakiego dopuścić się miał Budimex jest oferowanie wykonania robót lub określonych prac po cenach niższych niż koszty ich nabycia, nawet gdy dotyczy to tylko niektórych robót i prac, a nie całego przedmiotu zamówienia. Zgodnie

bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Złożenie oferty stanowiącej czy nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Z punktu widzenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest również dopuszczalne sztuczne „przerzucanie” kosztów prac pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia – cena za poszczególne usługi powinna w całości pokrywać wszystkie koszty ich świadczenia (por. wyrok KIO z 8.07.2014 r., sygn. akt KIO 1271/14). Sztuczne przerzucanie kosztów do innych pozycji kosztorysu przez Budimex powoduje, że poszczególne wartości zawarte w kosztorysie są nierealne i oderwane od warunków rynkowych, co z kolei stanowi także manipulację cenową oraz działanie sprzeczne co najmniej z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 uznk.)

4. Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji – złożenie przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej oddzielnych ofert w prowadzonym postępowaniu.

Na podstawie protokołu z postępowania Odwołujący ustalił, iż w części 1 niniejszego postępowania swoją ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Mostostal Kraków S.A. i Ferrovia Agroman S.A., z którymi Budimex, który złożył ofertę w ramach części nr 2 ofertę, pozostaje w grupie kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokk).

Zgodnie z pkt. 7.2 IDW „*Wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedną część tj. na Część nr 1 albo Część nr 2 zamówienia. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.* W tym stanie rzeczy, złożenie przez wykonawcę Budimex oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniach zmierzających do ominięcia powyższego nakazu ze szkoda dla Zamawiającego i pozostałych wykonawców. Co prawda, Budimex złożył tylko jedną ofertę, jednakże ww. podmioty ściśle powiązane w ramach grupy kapitałowej, złożyły oferty na inną Część w ramach tego samego postępowania. Fakt, iż przedsiębiorcy pozostający w tej samej grupie kapitałowej działają na jednym rynku wyklucza możliwość uznania ich za podmioty działające w pełni niezależnie. Złożenie oferty na więcej niż jedną część i szansa na uzyskanie możliwości realizacji więcej niż jednej części zamówienia, stanowi istotną korzyść dla wszystkich wykonawców z grupy i tworzy przewagę konkurencyjną której pozbawieni zostali pozostali wykonawcy. Dopuszczenie do ominięcia w ten sposób ustalonych zasad prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, którzy

zastosowali się do wprowadzonego ograniczenia (por. wyrok KIO z 30.12.2014 r., sygn. akt KIO 2640/14, KIO 2651/14, KIO 2652/14).

Złożenie oferty przez Budimex zmierza do uzyskania takiego samego efektu, z punktu widzenia korzyści ekonomicznych, co złożenie więcej niż jednej oferty przez tę samą spółkę. W konsekwencji, działanie takie podlega sankcjonowaniu na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji. Niezależnie od powyższego, uprzywilejowanie wykonawców z jednej grupy kapitałowej (działających faktycznie jak jeden wykonawca) stanowi również naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Stanowisko Izby

Odwołania połączone zostały zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2015 r. do wspólnego rozpoznania.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 31 sierpnia 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne podnoszonych zarzutów i skierowała oba odwołania na rozprawę, do udziału w której dopuszczeni zostali wykonawcy, którzy w terminie zgłosili przystąpienia do postępowań odwoławczych w sprawach połączonych.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

A. W sprawie odwołania Konsorcjum Bilfinger - sygn. akt KIO 1774/15.

Zarzut naruszenia przepisów ustawy art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy poprzez wybór oferty wykonawcy Metrostav a.s., która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący opiera zarzut na podstawie twierdzenia, iż Metrostav a.s. skalkulowało poniżej kosztów świadczenia część prac w zakresie wzmocnienia podłoża (kosztorys nr 10.1), i ocenia takie zachowanie jako naruszające dobre obyczaje, podjęte bezpośrednio w celu polepszenia swojej sytuacji i pozyskania zamówienia, a przez to naruszające interesy innych przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznaniem za czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na część 1, zadanie nr 1 w dniu 26.08.2014 r., na kwotę powiększoną o stawkę podatku VAT: 1.558.399.549,01 zł. W toku postępowania Zamawiający dokonał zaktualizowania wartości rynkowej zamówienia w oparciu o sporządzone przez autorów dokumentacji projektowej aktualne kosztorysy inwestorskie z lipca 2015 r. (korzystając z Bazy Cenowej GDDKiA 2015), ustalając ją na kwotę brutto 1.572.957.959,96 zł. Zaktualizowana wartość jest wyższa o około 1% od wartości szacunkowej, na co w głównej mierze wpływ miały zmiany w siwz dokonywane w okresie od sierpnia 2014 r. do lipca 2015 r., wprowadzone między innymi w wyniku pytań zgłoszonych przez wykonawców w zakresie trzech najbardziej cenotwórczych branż na przedmiotowym kontrakcie (wzmocnienie podłoża gruntowego, mostowej, drogowej). Końcowy bilans zmian wskazuje na zwiększenie ilości przedmiarowych (dowód: protokół z prac komisji przetargowej z badania wstępnego z dnia 03.08.2015 r.).

W postępowaniu na część 1 zadanie nr 1 złożonych zostało 5 ofert, w których przedmiot zamówienia wyceniony został na kwoty: 1.642.440.982,07 zł. (oferta Metrostav a.s); 1.791.276.811,11 zł. (oferta Konsorcjum Bilfinger); 1.792.095.526,39 zł (oferta Konsorcjum Mostostal Kraków S.A., Ferrovia Agroman S.A.); 1.898.766.997,24 zł. (oferta Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty – Łódź” S.A., Firma „G.” Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe Sp. z o.o.); 2.350.790.490,31 zł. (oferta Impresa Pizzarotti&C.S.p.A.). Jak wynika z powyższego, każda ze złożonych ofert przekraczała wartość szacowaną przez Zamawiającego, powiększoną o stawkę podatku VAT, zarówno ustaloną w sierpniu 2014 r., jak i zaktualizowaną w lipcu 2015 r. wartość zamówienia.

Zamawiający wyliczył średnią cen ofert brutto na kwotę 1.781.145.079,20 zł., w stosunku do której tylko jedna oferta była niższa o 7,79% (Metrostav a.s. – 1.642.440.982,07 zł.), a pozostałe przekraczały tę wartość o 0,57% (Konsorcjum Bilfinger – 1.791.276.811,11 zł.), 0,61% (Konsorcjum Mostostal – 1.792.095.526,39 zł.), 6,60% (Konsorcjum Mosty – 1.898.766.997,24 zł.). Zamawiający pominął najdroższą ze złożonych ofert, która nie mieściła się w grupie zbliżonych cenowo ofert.

Zamawiający analizował wysokość cen zarówno w oparciu o kryterium arytmetyczne (odnosząc je do zaktualizowanej rynkowej wartości zamówienia), w oparciu o kryterium cen ofert (średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz średniej ofert zbliżonych cenowo), a także pod kątem porównania cen jednostkowych z kosztorysem inwestorskim.

Na podstawie żadnego z tych kryteriów komisja przetargowa nie stwierdziła podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kierunku ustalenia, czy ceny nie są rażąco niskie (protokół z prac komisji przetargowej z przeprowadzonego badania wstępnego z 03.08.2015 r.).

Odwołujące Konsorcjum Bilfinger przedłożyło, jako dowód w sprawie opinię sporządzoną przez biegłego z listy Sądu Okręgowego w Warszawie w zakresie budownictwa (kosztorysowania), dotyczącą oceny oferty Metrostav. a.s. Opinia dotyczyła wybranych cen jednostkowych i sporządzona została na potrzeby postępowania odwoławczego. We wnioskach wskazano, iż oferta Metrostav a.s. zawiera rażąco zaniżone ceny jednostkowe w zakresie wzmocnienia podłoża. Wartość robót związanych ze wzmocnieniem podłoża została zaniżona o 61,3% w stosunku do minimalnych cen jednostkowych Sekocenbud (bez uwzględnienia zysku wykonawcy), tj. o 179.665.192,06 PLN. Ponadto wskazane zostało, iż złożenie takiej oferty może być uznane za działanie zmierzające do wyeliminowania innych wykonawców z postępowania. W ekspertyzie wyliczono poziom straty, do jakiego prowadziłoby wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę w kwocie 118.578.153,11 zł. netto (przy zastosowaniu realnej stopy zysku w wysokości 5%).

Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty Metrostav a.s nie zasługiwał na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego Izba uznała, iż opinia ekspercka przedłożona przez Odwołujące Konsorcjum Bilfinger nie stanowi dowodu na okoliczność popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, identyfikowanego jako zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przede wszystkim przyjęta na potrzeby analizy metoda porównywania wybranych 6 pozycji kosztorysu 10.1 – *wzmocnienie podłoża*, obejmującego łącznie 62 pozycji elementów rozliczeniowych nie mogła przesądzać o prawidłowości kalkulacji całości kosztów prac składających się na ten element robót. Wskazuje na to chociażby analiza pozycji 11 o nr D-02.01.01 D – *wzmocnienie podłoża gruntowego poprzez wykonanie kolumn żwirowych*, wyceniona w ofercie Metrostav a.s. w cenie jednostkowej 31,59 PLN, która zgodnie z wnioskami miałaby być zaniżona i generować starty. Tymczasem w droższej od oferty Odwołującego Konsorcjum Bilfinger, ofercie Konsorcjum Mostostal Kraków S.A., Ferrovia Agroman S.A., pozycja ta została wyceniona w cenie jednostkowej 24,90 PLN. Podobna sytuacja ma miejsce w stosunku do ceny jednostkowej pozycji 13, D-02.01.01 F, którą Metrostav a.s. wycenił w kwocie 31,59 PLN, a Konsorcjum Mostostal Kraków S.A., Ferrovia Agroman S.A. – 24,11 PLN oraz pozycja D-02.01.01. K. (poz. 22 – odpowiednio 52,65 PLN i 34,28 PLN). Pomimo, rzekomo zaniżonej wartości pozycji kosztorysowych oferta

Metrostav a.s. (647.096.779,90 PLN) była ponad dwukrotnie wyższa od wartości kosztorysowej prac wzmocnienia podłoża gruntowego w ofercie Konsorcjum Mostostal Kraków S.A., Ferrovia Agroman S.A. (313.675.925,90 PLN), która globalnie jest droższa od oferty Metrostav a.s. i Konsorcjum Bilfinger. Prowadzi to do wniosku, iż to nie wycena tych pozycji zdecydowała o tym, że oferta Metrostav a.s. okazała się być najkorzystniejszą. Ponieważ argumentacja Odwołującego ograniczała się wyłącznie do analizy wskazanych pozycji kosztorysu 10.1, Izba nie stwierdziła, aby złożenie oferty Metrostav a.s. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Samo stwierdzenie różnic w cenach złożonych w postępowaniu ofertach nie dowodzi, aby Metrostav a.s. podejmowało działania naruszające dobre obyczaje, stanowi natomiast wyraz rzeczywistej konkurencji na rynku budowlanym. Za naruszające dobre obyczaje nie może być uznany sam fakt złożenia najkorzystniejszej oferty, a do takiego wniosku prowadziła argumentacja Odwołującego. W świetle powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Metrstav a.s. do złożenia wyjaśnień umożliwiających Zamawiającemu dokonanie obligatoryjnej merytorycznej oceny, czy oferta złożona przez Metrostav a.s. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 31.07.2015 r. wezwał Metrostav a.s. do złożenia wyjaśnień między innymi w zakresie dwóch z sześciu kwestionowanych pozycji kosztorysu 10.1 *Wzmocnienie podłoża*, tj. poz. 20 kolumny jet-grouting oraz 39 – wykonanie nasypu przeciążającego. Zamawiający wystąpił do wykonawcy o wskazanie cen materiałów i źródeł pozyskania oraz wskazanie sposobu kalkulacji ceny z podziałem na robociznę, materiał i sprzęt w zakresie pozycji kosztorysowych *Roboty mostowe* oraz *Wzmocnienie podłoża*. Ponadto w celu weryfikacji, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w siwz, a cena oferty uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia oraz ustalenia stopnia gotowości do realizacji zamówienia, Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia opisane w 18-tu podpunktach.

Metrostav a.s. złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 6 sierpnia 2015 r. odniósł się do wszystkich elementów wskazanych w wezwaniu, a treść jego odpowiedzi w większości punktów nie została przez Odwołującego zakwestionowana jako niewystarczająca. Odwołujący swoje stanowisko ograniczył w zasadzie do wyjaśnień udzielonych w zakresie wyceny pozycji 39 *wykonanie nasypu przeciążającego*, które ocenił jako ogólnikowe, a Zamawiającemu zarzucił ich bezkrytyczne przyjęcie.

Izba uznała, iż ogólne postulaty Odwołującego dotyczące potrzeby przekazania wystarczających do oceny oferty informacji, nie mogły przesądzać o niedostatecznej treści wyjaśnień. To na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, dlaczego, w jakim zakresie informacje przekazane Zamawiającemu powinny prowadzić do uznania, iż wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, skoro taki zarzut stawia w treści odwołania. Tym samym Izba uznała, iż wykonawca złożonymi wyjaśnieniami rozwiązał wątpliwości, jakie Zamawiający posiadał na etapie oceny oferty. Przy braku dodatkowych, wykraczających poza wskazane w pierwszej części uzasadnienia argumentów, Izba oddaliła zarzut jako gołosłowny, a w konsekwencji oddaliła całe odwołanie.

B. W sprawie odwołania Salini – KIO 1776/15.

Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo zbadał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, do czego zobowiązywały go przepisy art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 31.07.2015 r. wezwał Budimex do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy, których podstawę stanowiły wątpliwości wynikające z wysokości cen jednostkowych wymienionego asortymentu, odbiegające znacznie od wartości określonych w kosztorysie inwestorskim, a często również od średniej wartości elementu dla wszystkich ofert. Wezwanie dotyczyło prawidłowości wyceny kilkudziesięciu pozycji kosztorysowych, w tym 13 pozycji z kosztorysu 10.1 *wzmocnienie podłoża*. Ponadto, w celu weryfikacji uwzględnienia wszystkich wymagań zawartych w siwz i kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia oraz ustalenia stopnia gotowości do realizacji kontraktu, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie dodatkowych kwestii ujętych w 18-tu podpunktach.

Budimex przedłożył obszerne wyjaśnienia w dniu 7 lipca 2015 r., zastrzegając, iż informacje w nich zawarte stanowią w całości tajemnicę przedsiębiorstwa (pismo z dnia 06.08.2015 r.). Do wyjaśnień z dnia 06.08.2015 r. Budimex załączył szczegółowe wyliczenia z wyszczególnionymi elementami rozliczeniowymi, wykaz zabezpieczonych zasobów wraz z ofertami cenowymi oraz protokołami z negocjacji dla dostaw towarów, w tym między innymi ofertą na wykonanie wzmocnienia podłoża gruntowego pod projektowany nasyp drogowy drogi krajowej S7 (zadanie nr 2), wykaz podwykonawców, wykaz sprzętu; schemat organizacyjny laboratorium, wykaz aparatury laboratoryjnej, opinia bankowa, umowa najmu ogrodzeń tymczasowych, najmu kontenerów, umowy ramowe współpracy

Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania udostępnienia części jawnej wyjaśnień Budimex nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołując się do dorobku orzecznictwa, należy wskazać, że ocena zasadność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, prowadzona jest każdorazowo z uwzględnieniem charakteru informacji, jak również uzasadnienia prezentowanego przez wykonawcę. Nie można jednak pomijać, iż wyjaśnienia niejednokrotnie wykraczają znacząco poza treść oferty w tym znaczeniu, iż szerzej od wymagań zawartych w siwz prezentują okoliczności dotyczące wyceny oraz sposobu realizacji zamówienia (jak miało to miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym). Prowadzi to do sytuacji, w której inni wykonawcy, nie wezwani do złożenia wyjaśnień, mogą poznać istotne z punktu widzenia budowy przewagi konkurencyjnej w postępowaniu informacje, samemu nie będąc do tego zobowiązanym. Wyjaśnienia składane były przez wykonawcę w takim zakresie jaki wymagał Zamawiający, w celu potwierdzenia stopnia przygotowania do realizacji kontraktu. Zasadnicza część wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczyła stanu posiadania, zaplecza sprzętowego, a także zawartych porozumień z poddostawcami, co można zakwalifikować, jako stronę organizacyjną przedsiębiorstwa, mieszczącą się w kategorii informacji, które kwalifikują się do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezależnie od oceny, czy informacje w całości zasługiwały na ochronę, istotnym z punktu widzenia zasadności zarzutu było stwierdzenie, że wyjaśnienia znacząco wykraczały poza dokumenty składane w postępowaniu, a tym samym nie mogły mieć faktycznie wpływu na wynik oceny oferty, dokonany w oparciu o dokumenty składane w ofercie na podstawie zapisów siwz. Wyjątkowo może zdarzyć się sytuacja, w której wykonawca w wyjaśnieniach potwierdziłby niezgodność treści oferty z siwz i wówczas Zamawiający zobowiązany byłby ocenić treść oferty w świetle złożonych wyjaśnień, zmieniających oświadczenia zawarte w ofercie. Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym, nawet gdyby przyjąć, że nie całość wyjaśnień kwalifikowała się do objęcia ich klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, to zaniechanie ich odtajnienia przez Zamawiającego, nie wpływało na wynik oceny oferty Budimex i jej wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zarzut niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego oraz rażąco niskiej ceny.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na część 2, zadanie nr 2 w dniu 26.08.2014 r., na kwotę powiększoną o stawkę podatku VAT: 1.409.655.313,00 zł. W toku postępowania Zamawiający dokonał zaktualizowania wartości rynkowej zamówienia w oparciu o sporządzone przez autorów dokumentacji projektowej aktualne kosztorysy inwestorskie z lipca 2015 r. (korzystając z Bazy Cenowej GDDKiA 2015), ustalając ją na

kwotę brutto 1.452.939.798,92 zł. Zaktualizowana wartość jest wyższa o około 3% od wartości szacunkowej, na co w głównej mierze wpływ miały zmiany w siwz dokonywane w okresie od sierpnia 2014 r. do lipca 2015 r., wprowadzone między innymi w wyniku pytań zgłoszonych przez wykonawców w zakresie trzech najbardziej cenotwórczych branż na przedmiotowym kontrakcie (wzmocnienie podłoża gruntowego, mostowej, drogowej). Końcowy bilans zmian wskazuje na zwiększenie ilości przedmiarowych (dowód: protokół z prac komisji przetargowej z badania wstępnego z dnia 03.08.2015 r.).

W postępowaniu na część 2 zadanie nr 2 złożonych zostało 4 oferty, w których przedmiot zamówienia wyceniony został na kwoty: 1.576.393.866,42 zł. (oferta Budimex S.A.); 1.607.162.109,68 zł. (oferta Salini Impregilo S.p.A.); 1.635.714.854,89 zł. (oferta konsorcjum Strabag Sp. z o.o., Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o.); 1.690.772.164,25 zł. (oferta konsorcjum Porr (Polska) S.A., Porr Bau GmbH).

Zamawiający analizował wysokość cen zarówno w oparciu o kryterium arytmetyczne (odnosząc je do zaktualizowanej rynkowej wartości zamówienia), w oparciu o kryterium cen ofert (średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert – 1.627.510.748,81 zł), a także pod kątem porównania cen jednostkowych z kosztorysem inwestorskim. Na podstawie żadnego z tych kryteriów komisja przetargowa nie stwierdziła podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kierunku ustalenia, czy ceny nie są rażąco niskie (protokół z prac komisji przetargowej z przeprowadzonego badania wstępnego z 03.08.2015 r.).

Odwołujący Salini przedłożył jako dowód w sprawie analizę oferty Budimex, sporządzoną przez biegłego sądowego na potrzeby postępowania odwoławczego, pod kątem zbadania przesłanek naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia. Analiza opiera się na podejrzeniu, iż w ofercie świadomie ujęto zamiar realizacji innych robót budowlanych powodujących niezgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego w zakresie wyceny robót polegających na wzmocnieniu podłoża gruntowego oraz wykonania nasypów. W opracowaniu wskazano na wprowadzoną w warunkach kontraktu możliwość zmian zakresu robót na etapie realizacji kontraktu (tzw. optymalizacja) - subklauzula 13.1.

Podstawa faktyczna zarzutu wynikała z okoliczności wezwania Budimex do złożenia wyjaśnień, a dalsza argumentacja Odwołującego stanowiła ocenę wyjaśnień, których treść nie była udostępniona Odwołującemu w związku z objęciem zawartych w nich informacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołującemu znany był zakres wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym wskazane w nim pozycje kosztorysowe, a także dalsze zagadnienia

związane z oceną stopnia przygotowania do przystąpienia do realizacji kontraktu. Pomimo, iż w podstawie wezwania wskazany został przepis art. 87 ust. 1 Ustawy, zdaniem Odwołującego powinny być one traktowane nie tylko jako wyjaśnienia treści oferty, ale również wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny. W konsekwencji, odpowiedź wykonawcy powinna być także badana w kontekście ceny rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, co oznacza, że powinny one być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożenia oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty Budimex nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego z dziedziny kosztorysowania na okoliczność wykazania niezgodności oferty Budimex z SIWZ, odpowiedziami Zamawiającego oraz opisem przedmiotu zamówienia. Ponieważ Odwołujący nie sprecyzował tezy dowodowej przez wskazanie na konkretną niezgodność treści oferty Budimex, co do której wypowiedzieć miałby się biegły, nie było możliwym zadanie konkretnych pytań, jak również ustalenie, że dla ich oceny koniecznym była wiedza specjalistyczna. Powyższe prowadziło do oddalenia wniosku o powołanie biegłego, który nie mógł prowadzić do rozstrzygnięcia o zasadności stawianych zarzutów, a zatem zmierzałby wyłącznie do wydłużenia postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do stanowiska merytorycznego Izba odmiennie, niż Odwołujący oceniał konsekwencje procedury wyjaśnienia treści oferty Budimex prowadzonej na podstawie art. 87 Ustawy. Podstawa wezwania nie wynikała z zastrzeżeń Zamawiającego co do zgodności oferty z treścią siwz, ale potrzeby ustalenia stopnia przygotowania do realizacji zamówienia, a w części z ustalenia podstaw wyceny części pozycji kosztorysowych. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż przyczyną wezwania do złożenia wyjaśnień nie było podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny (różnice w cenach za całość przedmiotu zamówienia były znikome, mając na uwadze skalę zamówienia), co potwierdzają protokoły z badania wstępnego ofert, gdzie komisja przetargowo jednoznacznie przy każdym z kryteriów weryfikacji wykluczyła potrzebę badania oferty Budimex w trybie art. 90 Ustawy. Powyższe miało istotne znaczenie, gdyż na wykonawcę wezwanego w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy nie został przeniesiony ciężar dowodu wykazania zgodności oferty z treścią siwz. Tym samym, skoro Zamawiający, a dalej w postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie wskazali wprost na treść oferty, która pozostawała w sprzeczności z siwz, nie było podstawy do odrzucenia oferty Budimex, jako niezgodnej z treścią siwz, czy też jako zawierającą rażąco niską cenę. Odwołujący w

zasadzie poza analizą porównawczą sześciu (na około 4 tyś.) pozycji kosztorysowych, nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność niezgodności treści oferty z siwz, czy też rzekomej optymalizacji sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty nie potwierdzała twierdzeń, stanowiących podstawę zarzutu, o dokonaniu przez wykonawcę przy kalkulacji kosztów wykonania prac ich optymalizacji, możliwej do wprowadzenia ale dopiero na etapie realizacji kontraktu. W świetle powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji.

Czynem nieuczciwej konkurencji, jakiego dopuścić się miał Budimex było oferowanie wykonania robót lub określonych prac po cenach niższych niż koszty ich nabycia, nawet gdy dotyczy to tylko niektórych robót i prac, a nie całego przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Na rozprawie Odwołujący okazał oryginały i złożył do akt sprawy kopie ofert, sporządzone z wyłączeniem informacji pozwalających na identyfikację podmiotów, które przygotowały oferty dla Salini. Pomimo podjętych działań zabezpieczających te informacje, w ofercie *nieoptymalizowana*, pozostały jawne fragmenty identyfikujące podmioty – Keller Polska oraz Menard Polska, które złożyły propozycję cenową wykonania podłoża gruntowego oraz posadowienia obiektów kubaturowych na kwotę netto 539.812.901,87 PLN. Kolejna z ofert obejmuje wycenę tego samego zakresu prac w dwóch wariantach (po optymalizacji), tj. 445.722.368,35 PLN netto oraz 365.134.283,44 PLN netto.

Ponadto Odwołujący przedłożył opinię sporządzoną na jego zlecenie przez biegłego sądowego z zakresu budownictwa, w której biegły odnosił się do podejrzenia optymalizacji zakresu robót polegających na wzmocnieniu podłoża gruntowego oraz wykonania nasypów (ujęte w kosztorysie 10.1). Biegły opierał się w znacznej części ustaleń na okolicznościach wskazanych w wezwaniu Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, tj. znacznych różnicach wartości prac zarówno odbiegających rażąco w dół, jak i w górę od cen Zamawiającego, jak i cen pozostałych wykonawców. Powyższe, w ocenie biegłego, *może świadczyć o chęci dokonania przez przedmiotowego oferenta redukcji zakresów części robót, kosztem zwiększenia innych zakresów robót, o obrębie Robót przewidzianych przez Zamawiającego – Zamawiana*. Na tej podstawie wysnuty został wniosek, iż w ofercie Budimex ukryta jest optymalizacja zakresu robót dokonana na podstawie wiadomości specjalnych, znajomości warunków terenowych lub też walidacji błędów projektowych.

Dokonując oceny przedmiotowej opinii Izba w pierwszej kolejności uznała, iż nie ma ona waloru opinii biegłego powołanego w sprawie, a zatem wnioski i twierdzenia w niej zawarte miały wyłącznie znaczenie uzupełniający do stanowiska Odwołującego. Oceniając wartość merytoryczną opinii, Izba uznała, iż nie dostarcza ona żadnych konkretnych danych, pozwalających na identyfikację zakresu prac, które miałyby odbiegać od dokumentacji projektowej, stanowiącej podstawę ich wyceny. Nie zawiera ona żadnych kalkulacji oraz danych wymagających wiedzy specjalistycznej, które pozwalałyby na zaprzeczenie oświadczeniom zawartym w ofercie, jak też nie zawierały żadnych przekonujących argumentów dla przyjęcia dokonania rzekomej optymalizacji w ofercie Budimexu. Stanowisko Odwołującego sprowadzało się wyłącznie do zakwestionowania wysokości wyceny robót związanych z wykonaniem podłoża gruntowego oraz posadowienia obiektów kubaturowych, bez wskazania na czy ta optymalizacja miałaby polegać. Odnosząc się do przedłożonej Odwołującemu oferty podwykonawczej i ustalonej w niej kwoty odbiegającej od wartości wskazanej w ofercie Budimexu, Izba uznała, iż nie może ona stanowić dowodu na okoliczność popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu prezentowanym w odwołaniu. W toku rozprawy Budimex ujawnił, iż do kalkulacji tych prac przyjął ofertę podwykonawczą, jaką otrzymał od tego samego podmiotu, która znacznie odbiegała od złożonej Odwołującemu. – prace wycenione na kwotę 168.052.594,24 zł netto; Powyższe, w ocenie Izby, nie świadczyło o nierzetelności wyceny kosztów w ofercie Budimexu, czy też o rzekomej optymalizacji kosztów, stanowiło natomiast wyraz rzeczywistej możliwości negocjacyjnej danego podmiotu, wyróżniającej sytuację podmiotów na rynku budowlanym. Przy braku innych dowodów na dokonanie niedopuszczalnej na etapie złożenia oferty zamiany, zarzut odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji – złożenie przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej oddzielnych ofert w prowadzonym postępowaniu.

Podstawa faktyczna zarzutu sprowadza się do okoliczności bezspornej, tj. złożenia na część 1, zadanie nr 1 oferty przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Mostostal Kraków S.A. i Ferrovial Agroman S.A., z którymi Budimex, który złożył ofertę w na część 2, zadanie nr 2, pozostaje w grupie kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik). Odwołujący wskazał na ograniczenie wprowadzone w pkt 7.2 IDW, w którym Zamawiający wskazał, „ Wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedną część tj. na Część nr 1 albo Część nr 2 zamówienia. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. W tym stanie rzeczy, złożenie przez wykonawcę Budimex oferty stanowić ma czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniach

zmierzających do ominięcia powyższego nakazu ze szkodą dla Zamawiającego i pozostałych wykonawców. Złożenie oferty przez Budimex zmierza do uzyskania takiego samego efektu, z punktu widzenia korzyści ekonomicznych, co złożenie więcej niż jednej oferty przez tę samą spółkę. W konsekwencji, działanie takie podlega sankcjonowaniu na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał na wydane w toku przedmiotowego postępowania orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 260/15, KIO 261/15, w którym Izba negatywnie oceniła czynność Zamawiającego, który na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwał Budimex do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy. W uzasadnieniu wskazano między innymi, iż *w przypadku dopuszczenia do składania ofert częściowych przy koncepcji jednolitości tego postępowania wykonawca ubiegający się o daną część zamówienia musiałby wykazywać, że fakt złożenia wniosku, czy oferty w tym postępowaniu jako całość przez podmiot z nim powiązany nie prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji. Przyjęcie takiego dualizmu ustawy prowadzi do absurdu i nie daje się pogodzić z racjonalnością ustawodawcy.*

Mając na uwadze omówione powyżej okoliczności Izba uznał, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty Budimex na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 Ustawy nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie budziło wątpliwości, iż Budimex oraz dwa inne podmioty występujące w konsorcjum złożyli oferty na odrębne części przedmiotowego zamówienia. Izba przychyliła się do wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy prezentowanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w której zwrot „w tym samym postępowaniu” rozumiane jest jako dotyczące postępowania w określonej części. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku wydanym w przedmiotowym postępowaniu na etapie oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Również na etapie oceny ofert Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia ofert wykonawców pozostających w jednej grupie kapitałowej, którzy ze sobą nie konkurowali o to samo zamówienie w ramach danej części (zadania). Hipoteza o polepszeniu sytuacji podmiotów działających w ramach danej grupy w przedmiotowym postępowaniu nie znajdowała potwierdzenia w okolicznościach faktycznych, gdyż oferta dwóch podmiotów z grupy kapitałowej Budimexu, złożona na część 1, zadanie nr 1, nie została wskazana jako najkorzystniejsza.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła oba odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 oraz § 6 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w sprawach połączonych i obciążyła nimi wspólnie Odwołujących.

Przewodniczący: