

sygn. akt: **KIO 418/20, KIO 419/20, KIO 420/20**

WYROK

z dnia 12 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Piotr Kozłowski
Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 10 i 11 marca 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 27 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **"SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt **KIO 418/20**),
- B) w dniu 27 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, "SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt **KIO 419/20**),
- C) w dniu 27 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt **KIO 420/20**),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie,**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt **KIO 418/20, KIO 419/20, KIO 420/20**) - po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A; 02-673 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt **KIO 418/20, KIO 420/20**) - po stronie zamawiającego,
- 3) wykonawcy **STECOL CORPORATION, No. 2 Rongyuan Road, Huayuan Industrial Zone, Tianjin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt **KIO 418/20, KIO 419/20, KIO 420/20**) - po stronie zamawiającego,
- 4) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **"SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt **KIO 420/20**) - po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża: a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **"SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 418/20), b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, "SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 419/20) c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 420/20) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **"SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (20 000,00 zł, sygn. akt KIO 418/20),

- b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, "SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (20 000,00 zł, sygn. akt KIO 419/20),**
- c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Warszawie (20 000,00 zł, sygn. akt KIO 420/20), tytułem wpisu od odwołań,**

2.2. zasądza od:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **"SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (3 600,00 zł, sygn. akt KIO 418/20),**
- b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, "SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (3 600,00 zł, sygn. akt KIO 419/20)**
- c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Warszawie (3 600,00 zł, sygn. akt KIO 420/20),**

na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie**, łączną kwotę 10 800 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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 418/20, KIO 419/20, KIO 420/20**

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk-Czosnów, Odcinek II od węzła „Załużski” (z węzłem) do węzła „Modlin” (bez węzła)” oraz „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk-Czosnów, Odcinek I od węzła „Siedlin” (bez węzła) do węzła „Załużski” (bez węzła)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2019 r., pod numerem 2019/S 149-366138 oraz z dnia 12 sierpnia 2019 r., pod nr 2019/S 154-378910.

Dnia 17 lutego 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert.

KIO 418/20

Dnia 27 lutego 2020 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: "SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum SMS”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z czym nie sposób się zgodzić, odwołujący złożył bowiem zgodną z s.i.w.z. ofertę, a jedynie zaniechanie zamawiającego do ewentualnego wezwania wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień spowodowało, iż oferta konsorcjum SMS została uznana za niezgodną z treścią s.i.w.z.,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego i uznanie, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z., zawiera rażąco niską cenę, a także błędy w obliczeniu ceny, co wynika z błędnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez odwołującego poprzez niezasadne przyjęcie, że odwołujący ... (TP), ewentualnie:
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych rozwiązań

dotyczących obiektów inżynierskich, a także prowadzenia monitoringu geotechnicznego, a w konsekwencji tego przedwczesne i błędne uznanie, iż oferta odwołującego jest sprzeczna jest z s.i.w.z., w sytuacji w której: ... (TP), co - jeśli w ocenie zamawiającego stało w sprzeczności z jakąkolwiek dalszą treścią wyjaśnień, czemu odwołujący zaprzecza - winno stanowić podstawę do wezwania odwołującego do szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie,

4. art. 29 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz wbrew zasadzie przejrzystości, w tym poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedokładny i niezrozumiały - przygotowana przez zamawiającego dokumentacja postępowania zawiera bowiem liczne sprzeczności i niejasności, czego najlepszym dowodem jest liczba zadanych w postępowaniu pytań i sformułowanych odpowiedzi, które mogły wprowadzić wykonawców biorących udział w postępowaniu w błąd,
5. art. 92 ust. 1 PZP poprzez brak pełnego i wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności faktycznych i prawnych, które legły u podstaw odrzucenia oferty, w tym nie przedstawiono żadnego wyводу, który prezentowałby i uzasadniał pogląd, iż (TP).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalizującego się w konstrukcji drogowych obiektów inżynierskich, iż zaproponowane przez odwołującego rozwiązania konstrukcyjne obiektów inżynierskich, których niezgodność z PFU podnosi zamawiający w czynności odrzucenia oferty odwołującego są wykonalne, zgodne z prawem, oraz warunkami niniejszego postępowania,
- 3) w oparciu o art. 189 ust. 6 ustawy Pzp, o wyłączenie jawności rozprawy w całości, a to z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicę chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu, która zawiera najkorzystniejszą cenę w stosunku do innych złożonych ofert. Zatem w przypadku uwzględnienia odwołania, nie jest wykluczone, że to właśnie oferta odwołującego ostatecznie zostanie uznana za najkorzystniejszą, co skutkować będzie przyznaniem mu zamówienia. Tym samym, w wyniku zaskarżonych zaniechań zamawiającego oraz czynności dokonanych przez zamawiającego odwołujący może doznać szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia, w następstwie czego nie uzyska zysku, który zakładał osiągnąć w związku z realizacją zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że informacje wskazane w odwołaniu oraz załącznikach do niego stanowią informacje wrażliwe odwołującego, wchodzące w skład tajemnicy jego przedsiębiorstwa oraz bezwzględnie zakazuje ich ujawniania osobom trzecim, w tym szczególnie pozostałym wykonawcom. Informacje te mają charakter organizacyjny i techniczny, posiadają istotną wartość gospodarczą, a odwołujący nie udostępnia tych informacji oraz podejmuje wzmożone środki w celu utrzymania ich poufności. Odwołujący wskazał, iż informacje przekazywane wraz z przedmiotowym odwołaniem mają charakter organizacyjny oraz częściowo techniczny i technologiczny. Składają się na nie bowiem informacje dotyczące:

1. metod i strategii kalkulacji ofertowej stosowanych przez odwołującego,
2. zarysów przyjętych przez odwołującego koncepcji i założeń technicznych i technologicznych,
3. sposobu przygotowania się odwołującego do realizacji zamówienia,
4. ilości i rodzaju zasobów rezerwowanych przez odwołującego do realizacji tego typu zamówień w tym zasobów sprzętowych i kadrowych,
5. strategii organizacji procesu budowlanego przez odwołującego w celu maksymalizacji jego efektywności i ekonomiczności,
6. sposobu uwzględniania ryzyk związanych z zamówieniem oraz stosowanych metod zaradczych,
7. nazw potencjalnych podwykonawców, dostawców, usługodawców z którymi współpracuje odwołujący, warunki na jakich współpracuje odwołujący z podwykonawcami i formy oraz czasokres tej współpracy.

Wszystkie te informacje stanowią wynik doświadczenia odwołującego w realizacji kontraktów drogowych, jego swoiste *know-how* co do procesu pozyskiwania i wykonywania zamówień oraz takiego zorganizowania tego procesu, aby osiągnąć konkurencyjną cenę przy zmaksymalizowaniu zysków, zachowaniu wymogów jakościowych oraz zminimalizowaniu potencjalnych ryzyk. Jakkolwiek niektóre z ww. informacji rozpatrywanych samodzielnie, bez powiązania z pozostałymi, są powszechnie dostępne, o tyle cały zbiór tych informacji, ze wskazaniem ich wzajemnych powiązań, usystematyzowaniem i uporządkowaniem, stanowi zbiór istotny dla odwołującego. W dobie znacznej rywalizacji o pozyskiwanie zamówień w sektorze drogowym, nie tylko w Polsce, ale również poza jej granicami, takie organizacyjne *know-how* ma bezpośredni wpływ na skuteczność w zakresie konkurowania. Zbiór ten pozwala odwołującemu zaoferować atrakcyjne ceny wykonywanych usług. Zarówno odwołujący nie ma dostępu do takiego usystematyzowanego zbioru informacji co do pozostałych oferentów, jak i konkurenci odwołującego, nie mają wiedzy całościowej na temat tych informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych odwołującego. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że rzeczne informacje noszą istotną

wartość gospodarczą i stanowią cenne źródło informacji dla konkurentów odwołującego, co czyni ich ochronę przed bezprawnym ujawnieniem w pełni zasadną. Ekonomiczna wartość zastrzeżonych informacji wynika z faktu, że jak wspomniano powyżej, elementy takie jak metoda kalkulacji ceny, sposób organizacji procesu budowy, zakres zaangażowanych zasobów i zabezpieczania się przed ryzykami, przekładają się bezpośrednio na konkurencyjność ofert odwołującego, a co za tym idzie możliwość pozyskiwania zamówień. Jeżeli bowiem odwołujący, posiada efektywniejszy proces organizacji budowy, będzie w stanie zaoferować szybsze wykonanie zamówienia, a więc i lepszą cenę. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkutowania pomiędzy przedsiębiorcami, pozwalając konkurentom na skuteczniejszą rywalizację z odwołującym w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bez zachowania równych zasad tej rywalizacji. Odwołujący się nie posiada bowiem takich informacji o swoich konkurentach. Podobnie i w tym stanie rzeczy, metodologia realizacji zamówienia przez odwołującego siłami własnymi i za pomocą konkretnych podwykonawców oferujących mu atrakcyjne ceny, stanowi zbiór jego wiedzy, doświadczenia i *know-how*, które zgromadził przy realizacji innych projektów, a które z powodzeniem stosuje w realizacji kolejnych zamówień. Wartość gospodarczą tych informacji trudno jest wyrazić jako konkretną wartość pieniężną, jednakże w świetle stanowiska Izby nie może budzić wątpliwości, że te informacje taką wartość posiadają. Wartość ta może być jednocześnie skwantyfikowana, jako różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez odwołującego, a drugą w kolejności ceną w niniejszym postępowaniu. Informacje zawarte w wyjaśnieniach odwołującego, które złożył dotychczas i które składa niniejszym odwołaniem, pozwoliły mu bowiem na zaoferowanie ceny niższej od konkurentów, a więc informacje te mają co najmniej taką wartość gospodarczą. Mimo, że oferta została przygotowana w oparciu o założenia poczynione dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wykonanie zamówienia objętego postępowaniem, to ich analiza przez podmioty konkurujące z odwołującym, pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych przez odwołującego metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia, co spowoduje zniwelowanie przewagi konkurencyjnej odwołującego w następnych postępowaniach, w których będzie brał udział. Straty z tym związane trudno oszacować na obecnym etapie podając konkretną wartość, niemniej oczywistym pozostaje - w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego - że w sytuacji utraty możliwości uzyskania kolejnych zamówień, straty te wystąpią. Uwzględniając nawet minimalny zysk generowany przez odwołującego na kolejnych kontraktach, mogą sięgnąć nawet milionów złotych. Z tego względu informacje te należy uznać za posiadające wartość gospodarczą odwołującego i jako takie, za niepodlegające ujawnieniu. W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że informacje zawarte w przedmiotowym odwołaniu nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a odwołujący podjął kroki zmierzające do zachowania tychże informacji

w tajemnicy, między innymi poprzez ograniczenie liczby pracowników mających dostęp do tych danych, zabezpieczenie ich przed trafieniem w niepowołane ręce, stosowanie zabezpieczeń informatycznych w magazynowaniu informacji. Mowa tu o ograniczeniach organizacyjnych związanych z przepływem danych polegających m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerach, itp. Pracownicy odwołującego, biorący udział w przygotowaniu oferty i wyjaśnień do przedmiotowego zamówienia, zostali zobowiązani stosownymi umowami do zachowania wszelkich informacji w poufności. W przedsiębiorstwie odwołującego, obowiązuje Regulamin odnoszący się do poufności danych, którego przestrzeganie jest obowiązkiem każdego pracownika, który został załączony do wyjaśnień odwołującego z dnia 23.12.2019 r (Zał. Nr 1 do pisma). Podobnie, pracownicy podpisali odrębne zobowiązania do zachowania poufności również załączone do wyjaśnień odwołującego z dnia 23.12.2019 r (Zał. Nr 2 do pisma). W umowach o pracę odwołujący stosuje dodatkowe zabezpieczenia przed ujawnieniem informacji poufnych przez pracowników. Dane zawarte w odwołaniu przechowywane są na serwerach odwołującego, które zabezpieczone są przed nieupoważnionym dostępem z zewnątrz oraz przed atakami cybernetycznymi. Dostęp do danych przechowywanych na serwerach ma wyłącznie odwołujący, a do poszczególnych plików i informacji, tylko pracownicy i współpracownicy, którym odwołujący zezwolił na dostęp do tych danych. Dane zawarte w odwołaniu przechowywane w formie papierowej są także magazynowane w zamkniętych i monitorowanych pomieszczeniach, do których dostęp mają jedynie osoby upoważnione przez odwołującego. W konsekwencji, dane zawarte w odwołaniu nie są udostępnione publicznie i odwołujący podejmuje nieprzerwanie działania w celu zachowania ich w poufności. Co więcej, w dokumentacji postępowania znajdują się oferty podwykonawców, stanowią informacje poufne będące skierowane wyłącznie do odwołującego. Oferenci zastrzegali, że nie wyrażają zgody na udostępnianie tych informacji podmiotom trzecim, co zachowuje aktualność szczególnie co do pozostałych wykonawców w przetargu. Jeśli bowiem dany podwykonawca, dostawca lub usługodawca, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności współpracy z odwołującym, zaoferował mu lepszą cenę niż dla pozostałych oferentów, ujawnienie tych informacji mogłoby skutkować negatywnie dla ofertującego. Te informacje stanowią tajemnice, do których zachowania zobowiązaliśmy się względem naszych kontrahentów.

Reasumując odwołujący wskazał, że powyższe okoliczności jednoznacznie przesądzają, że mamy podstawy do zastrzeżenia tych informacji zawartych w niniejszym odwołaniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zakazania obejmowania ich jawnością postępowania.

Zgodnie z art. 189 ust. 6 ustawy Pzp, Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być

ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawną w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych.

Odwołujący niniejszym wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w całości.

Jak odwołujący uzasadniał powyżej, informacje zawarte w przedmiotowym odwołaniu i załącznikach do niego, wchodzi w skład tajemnicy przedsiębiorstwa (TP) odwołującego. Co więcej, odwołujący oświadczył, że w toku rozprawy, w celu podjęcia skutecznej obrony własnych interesów będzie używał argumentów natury technicznej, organizacyjnej i technologicznej oraz opisywał przyjęte przez siebie koncepcje oraz założenia, które również mają charakter informacji wrażliwych, wchodzących w skład tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby jawność rozprawy nie została wyłączona, pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu, poprzez bierne uczestnictwo, mogliby uzyskać te informacje, a następnie wykorzystać je, co z kolei naruszyłoby zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z uwagi na udzielone wyjaśnienia o charakterze technicznym, organizacyjnym i technologicznym, które zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Spór pomiędzy zamawiającym a odwołującym na rozprawie, będzie więc bezpośrednio opierał się o informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, które w tym sporze są konieczne do roztrząsania. W tym kontekście, wniosek odwołującego stanowi kontynuację działań podjętych dotychczas, mających na celu ochronę informacji wrażliwych, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Ujawnienie ww. informacji podczas rozprawy mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami, pozwalając konkurentom na skuteczniejszą rywalizację z odwołującym w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bez zachowania równych zasad tej rywalizacji. Co więcej, jeżeli argumenty odwołania nie znajdą akceptacji Izby, to ten z konkurentów odwołującego, któremu zamówienie zostanie przyznane, będzie mógł darmowo skorzystać z koncepcji i informacji przekazanych w toku rozprawy, co również prowadziłoby do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący bowiem nie posiada takich informacji o swoich konkurentach.

Reasumując, zdaniem odwołującego w celu zapewnienia mu możliwości skutecznej obrony swoich interesów z jednoczesnym poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zasadne jest wyłączenie jawności rozprawy w całości.

Uzasadniając zarzuty odwołania, odwołujący wskazał, iż zamawiający wyciągnął zbyt daleko idące wnioski, jeżeli chodzi o treść wyjaśnień złożonych przez odwołującego, a sposób w jaki prowadził przedmiotowe postępowanie mógł wprowadzić w błąd wielu wykonawców (z tego samego co odwołujący powodu zostało wykluczonych kilku z nich). Trzeba przy tym wskazać, że pozostałe zarzuty - to jest błąd w obliczeniu ceny oraz

niewyjaśnienie wątpliwości zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny są powiązane wprost i jedynie z zarzutem niezgodności z treści oferty z s.i.w.z., będąc jego logiczną konsekwencją.

Następnie odwołujący w swojej argumentacji powołał się na treść decyzji zamawiającego, która również została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa (TP).

Kolejno odwołujący podniósł, iż abstrahując od samej kwestii „niejasności” wytycznych sformułowanych przez zamawiającego, wskazać należy na całkowitą niezasadność tego stanowiska w stosunku do odwołującego i to z co najmniej dwóch powodów.

Po pierwsze, na uwagę zasługuje fakt, iż zamawiającemu - wydaje się - całkowicie umknęły odpowiedzi, których udzielił na zapytania wykonawców odnośnie dostrzeżonej przez nich sprzeczności Elementów Koncepcji Programowej (w zakresie, w którym wiążą) oraz PFU. W powyższym kontekście wspomnieć należy pytanie nr 15 zestaw nr 2, w którym na następującą treść: *„Punkt 1.1.3.2 PFU w kilku przypadkach definiuje w następujący sposób szerokość infrastruktury dla pieszych i rowerzystów: „- ścieżka rowerowa min. 2,0 m i min. 1,0 m dodatkowo dla ruchu pieszego”. W związku z tym, że poza wyjątkowymi sytuacjami rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie nie dopuszcza projektowania chodników o szerokości 1,0 m czy Zamawiający zezwoli na zaprojektowanie wspólnego ciągu dla pieszych i rowerzystów o szerokości 3,0 m?”*.

Zamawiający udzielił odpowiedzi: *Zamawiający dopuszcza w takich przypadkach zaprojektowanie i wykonanie wspólnego dwukierunkowego ciągu pieszo-rowerowego o szerokości 3,0 m.*

Powyższe jest o tyle istotne, iż brak możliwości umieszczenia chodnika i ścieżki rowerowej po jednej stronie drogi jako wspólnego ciągu pieszo-rowerowego oznaczałoby dla wykonawców *de facto* konieczność przyjęcia na ww. potrzeby 4 metrów szerokości. Jak wynika natomiast z powyższych pytań, zamawiający dopuścił rozwiązanie, w którym zamiast 2 metrów osobnego chodnika i 2 metrów ścieżki rowerowej możliwe jest wykonanie jednego wspólnego 3 metrowego ciągu. Kwestia ta jest o tyle istotna, iż już tylko jej uwzględnienie powoduje, że stwierdzenie zamawiającego, co do niezgodności treści oferty z s.i.w.z. w zakresie szerokości całkowitej obiektów traci na aktualności w przypadku części obiektów. (TP).

Uwzględniając powyższe odwołujący stwierdził, iż odrzucenie oferty odwołującego przez zamawiającego należy uznać za nieprawidłowe, a przynajmniej przedwczesne. Jeśli bowiem zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie przyjętej przez odwołującego szerokości i zastosowanych rozwiązań, powinien zwrócić się do konsorcjum SMS z wnioskiem o szczegółowe wyjaśnienia w tej sprawie. Tego jednak zaniechał, co w powyższych okolicznościach uznać należy za błąd i działanie niezgodne z PZP.

Niezależnie od powyższego stanowiska, z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, iż - jeśli przyjąć spectrum zamawiającego - podkreślenia wymaga fakt, że dokumentacja postępowania w istotnej dla przedmiotowej sprawy kwestii, tj. szerokości całkowitej obiektów od samego początku budziła szereg wątpliwości wykonawców, czemu dali oni wyraz w licznych pytaniach do zamawiającego. Spowodowane było to sprzecznością Elementów Koncepcji Programowej (w zakresie wiążącym wykonawców) z treścią PFU. Tymczasem kwestia obiektów mostowych obarczona została niejako grzechem pierworodnym w postaci niezgodności „przekrojów ruchowych” wynikających z KP i Tabeli 1.1 z punktu 1.1.3.3. PFU z punktami 1.1.3.1 i 1.1.3.2 PFU. O ile bowiem np. w PFU, w stosunku do niektórych obiektów wskazano, iż ma on posiadać ścieżkę rowerową, o tyle przekroje poprzeczne tych obiektów już takiej ścieżki nie zawierały, ścieżki rowerowej nie ujmowała też wyliczona przez zamawiającego szerokość obiektów podana w Tabeli 1.1. W uzupełnieniu do cytowanych już powyżej przez odwołującego pytań odnoszących się do szerokości całkowitej obiektów, warto przywołać kolejne, które zasadniczo - mimo udzielanych przez zamawiającego odpowiedzi - nie rozwiewały wątpliwości wykonawców. W wielu odpowiedziach zamawiający wskazywał, że w razie rozbieżności pomiędzy PFU a Elementami Koncepcji Programowej, wiążące jest PFU. Zamawiający udzielając odpowiedzi nie zauważył, że zakres KP wskazanym w PFU w pkt 1.2 dotyczy właśnie przekroju ruchowego na obiektach (sic!), a zatem elementów, które miały się na nim znaleźć (brak ścieżek rowerowych przy jednoczesnym ich wymaganiu w PFU), oraz szerokości całkowitej obiektu, tj. właśnie tych, które pozostawały w niezgodności z inną częścią PFU. Paradoksalnie z odpowiedzi wynika, że oba rozwiązania (choć sprzeczne ze sobą) są dla wykonawców wiążące.

W końcu na zadane pytanie nr 123 (zestaw 4) zamawiający zareagował m.in. zmianą Tabeli 1.1 poprzez np. wykreślenie całkowitej szerokości i długości - zastępując je wskazaniem parametrów funkcjonalnych przeszkód (np. rzeka Suchodółka). Zamawiający dodatkowo zmienił także treść PFU w pkt 1.2 poprzez wskazanie, że Koncepcja Programowa jest wiążąca w zakresie przekroju ruchowego na obiektach „z rozszerzonymi zapisami PFU”, cokolwiek to znaczny. Trudno powiedzieć, o jakie postanowienia zamawiający rozszerzył PFU. Co więcej, zupełnie nie wiadomo jak odnieść tajemniczo „rozszerzone PFU” do nierozszerzonego PFU, bowiem inne odpowiedzi zamawiającego odwołują się po prostu do PFU. Odwołujący wskazuje, że w rzeczywistości wiążące są jedynie zapisy pkt 1.1.3.1 i 1.1.3.2 PFU i elementy Koncepcji Programowej z nimi niesprzeczne, co powoduje, że nie są wiążące „przekroje ruchowe”, które nie dają się w żaden sposób pogodzić z PFU.

Pomimo zmiany s.i.w.z. w zakresie PFU pkt 1.1.3.3, parametry przewidywanych obiektów inżynierskich, „przekroje ruchowe” umieszczone w KP pozostawały niezmienione, a same przekroje - na ogół nie ujmujące ścieżek rowerowych i o niezmienionej szerokości.

Na marginesie odwołujący wskazał, że w chwili obecnej Tabelka 1.1 nie wskazuje żadnych parametrów obiektów inżynierskich. W efekcie możliwe są zmiany obiektów w dowolny sposób i na każdym etapie postępowania i wykonawstwa zamówienia pod warunkiem zachowania zgodności z pkt. 1.1.3.1. i 1.1.3.2 PFU i niesprzecznymi z nimi elementami Koncepcji Programowej.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty odwołującego z treścią s.i.w.z. w zakresie monitoringu geotechnicznego odwołujący stwierdził, że wnioski zamawiającego są niezgodne z rzeczywistością. W pierwszej kolejności bowiem trzeba wskazać, że ... (TP).

W powyższym zakresie zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, cyt. *„Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie konieczność zaprojektowania, wykonania oraz w okresie poprzedzającym rozpoczęcie Robót budowlanych, w trakcie ich realizacji oraz po zakończeniu budowy (do daty wystawienia Świadectwa Wykonania) prowadzenia monitoringu geotechnicznego obiektu budowlanego, obiektów sąsiadujących i terenu przyległego w zakresie dostosowanych do charakteru inwestycji z uwzględnieniem wymagań określonych w polskich normach oraz uwzględniającego wymagania zawarte w Zarządzeniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 27 czerwca 2019 roku w sprawie wprowadzenia „Wytycznych wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego”?”*.

Zamawiający domaga się zatem wyjaśnienia w zakresie konieczności zaprojektowania, wykonania oraz w okresie poprzedzającym rozpoczęcie robót budowlanych, w trakcie ich realizacji oraz po zakończeniu budowy (do daty wystawienia Świadectwa Wykonania) prowadzenia monitoringu:

- a. Czy zakres ten został uwzględniony w ofercie;
- b. W jaki sposób zakres ten został uwzględniony w ofercie; przy czym Zamawiający żąda uwzględnienia wymagań zawartych we wskazanym w treści pytania Zarządzeniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 27 czerwca 2019 r. w sprawie wprowadzenia „Wytycznych wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego („Zarządzenie”).”

Odwołujący udzielił odpowiedzi zamawiającemu, dzieląc swoją odpowiedź na trzy części. (TP).

Odwołujący złożył zamawiającemu m.in. oświadczenie, które w ocenie odwołującego nie jest ani prostym potwierdzeniem, ani kopią pytania, ani kopią postanowienia PFU, ale opracowanym i logicznie spójnym oświadczeniem, iż ... (TP). Tym samym, zdaniem odwołującego, rozumowanie zamawiającego nie jest logiczne i w sposób jaskrawy wypacza treść odpowiedzi odwołującego.

Reasumując odwołujący stwierdził, że brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, dodatkowo powołując się na treść dokumentacji opracowanej przez zamawiającego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Pismo procesowe w sprawie złożył również przystępujący wykonawca Mostostal Warszawa S.A.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Uwaga ogólna dotyczą wszystkich trzech spraw odwoławczych !

W związku z okolicznością, iż przedmiot rozstrzygnięcia dotyczy *stricto* elementów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba odniesie się do zarzutów odwołania w sposób ogólny, gwarantujący zachowanie informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne, jednakże z uwagi na okoliczność, iż jeden z zarzutów, który Izba uznała za zasadny, pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania, mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba oddaliła odwołanie w całości.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdzić należało, co następuje.

W wyniku złożonej przez odwołującego oferty (na zadanie I i II) zamawiający wezwał odwołującego, działając w trybie przepisów art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w s.i.w.z. Zamawiający zwrócił się również o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Wskazać należy, iż zamawiający w sposób bardzo szczegółowy i dokładny opracował zakres tematyczny swoich wątpliwości, które wyartykułował w treści wezwań, formułując aż 70 pytań (w każdym z postępowań).

Odwołujący, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, złożył opracowane przez siebie wyjaśnienia.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia przedmiotowych odwołań są odpowiedzi odwołującego na pytania nr 22 oraz 69, albowiem to treść udzielonych przez odwołującego wyjaśnień na wskazane pytania stanowiły przesłankę do odrzucenia oferty odwołującego (w każdej z części zadań I i II zamówienia).

Odnosząc się do przesłanki odrzucenia oferty odwołującego dotyczącej odpowiedzi na pytanie nr 69, Izba stwierdziła, że brak było podstaw do stwierdzenia przez zamawiającego, iż treść wyjaśnień odwołującego potwierdziła sprzeczność oferty odwołującego z treścią s.i.w.z. i w tym zakresie Izba ustaliła, że oferta odwołującego zgodna jest z treścią s.i.w.z. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający zwracając się z wnioskiem o wyjaśnienie zadał pytanie „Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie konieczność (...)”. Odwołujący odpowiadając zamawiającemu wskazał: „Wykonawca niniejszym potwierdza, iż w zakresie jakiego dotyczy przedmiotowe pytanie będzie postępował zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami zamawiającego ujętymi m.in. w PFU, a także normami i przepisami, w tym uwzględnił on w swojej ofercie (...)”. Dalej odwołujący przedstawił argumentację odnoszącą się do sposobu realizacji przedmiotowego elementu zamówienia. Tym samym uznać należało, że odwołujący w pełni udzielając odpowiedzi na zadane pytanie, potwierdził zarówno sam fakt przewidzenia w cenie ofertowej realizacji tego elementu zadania, jak też potwierdził (opisowo) sposób jego realizacji. Potwierdzeniem powyższej argumentacji, w części dotyczącej zgodności oferty z s.i.w.z., jest dowód złożony przez odwołującego na rozprawie (dowód opisany pod nr 7).

W powyższym zakresie Izba stwierdziła zasadność stawianego zarzutu.

Odnosząc się zaś do drugiego ze spornych elementów wyjaśnień odwołującego, dotyczących odpowiedzi na pytanie nr 22, wskazać należy, co następuje.

Zamawiający wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, wniósł o przedstawienie przez odwołującego „Jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu) zostały przyjęte przez Państwa? (...). Prosimy o podanie parametrów obiektów. Prosimy, aby powyższe informacje przedstawić w formie tabelarycznej j.n.". Po czym zamawiający podał format tabeli z informacjami, jakich wymaga do złożenia od odwołującego.

Odwołujący, udzielając wyjaśnień zamawiającemu, wskazał, iż „Wykonawca przyjął wstępne rozwiązania projektowe dla branży mostowej jak w poniższej tabeli:". Po czym opracował tabelę z parametrami wg. wymagania zamawiającego.

Aby ustalić w sprawie prawidłowy stan faktyczny sprawy, koniecznym jest odniesienie się do odpowiedzi zamawiającego i zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakich dokonał zamawiający na etapie sprzed składania ofert.

Zgodnie ze zmianą s.i.w.z. nr 11 poz. 4 z dnia 2 października 2019 roku oraz nr 12 poz. 3 z dnia 27 września 2019 roku, zamawiający wskazał, iż Koncepcja Programowa jest wiążąca w zakresie m.in. przekroju ruchowego w obiektach, z rozszerzonymi postanowieniami PFU.

Dodatkowo, następnymi wyjaśnieniami (odpowiednio odnoszącymi się do części I i II zamówienia) zamawiający dokonał kolejnych zmian treści s.i.w.z. (PFU), m.in. zmieniając wymagania tabeli. I tak, zgodnie ze zmianą s.i.w.z. nr 11 poz. 22 z dnia 2 października 2019 roku (odpowiednio nr 12 poz. 26 z dnia 27 września 2019 roku) oraz zmianą s.i.w.z. nr 14 poz. 3 z dnia 4 października 2019 roku zamawiający wskazał, iż „PFU pkt 1.1.3.3 Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich, powyższe obiekty powinny spełniać parametry funkcjonalne przeszkód zgodnie z pkt 1.1.3.1 oraz 1.1.3.2 PFU.

W ocenie Izby istotna w sprawie jest okoliczność, iż przedmiotowe zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) nie były kwestionowane w toku postępowania przez żadnego z wykonawców. Co więcej, jak oświadczył zamawiający, zorganizowane było spotkanie z wykonawcami w celu umożliwienia uzyskania przez wykonawców wyjaśnień w zakresie OPZ.

Zakres i charakter dokonanych przez zamawiającego zmian nie mógł nastroczać wątpliwości interpretacyjnych, albowiem zdaniem Izby, biorąc pod rozwagę łącznie treść wszystkich ww. zmian s.i.w.z., koniecznym było uwzględnienie przez wykonawców w złożonych ofertach zarówno wymagań z Koncepcji Programowej (KP) (w zakresie w jakim nie była ona sprzeczna z tzw. rozszerzonym PFU), jak i wymagań zmienionego PFU. Łączne wypełnienie żądań zamawiającego nie powinno nastroczać większej trudności profesjonalnemu podmiotowi. Dlatego też odwołujący składając zamawiającemu wyjaśnienia winien w pierwszej kolejności uwzględnić parametry opisane w KP, a następnie w zakresie wyłączającym ewentualne sprzeczności z PFU, uwzględnić wymagania zmienionego i rozszerzonego PFU.

Zdaniem Izby odwołujący powyższego wymogu nie spełnił, albowiem nie uwzględnił wszystkich parametrów, jakie ostatecznie wprowadził zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący składając wyjaśnienia winien przedstawić szczegółowo, jakie parametry są przedmiotem przyjętych przez niego rozwiązań, jednocześnie uwzględniając wszystkie zmiany, jakie wprowadził zamawiający do s.i.w.z. Z uwagi na uchybienie powyższemu obowiązkowi, zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia odwołującego, stwierdzając niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. (PFU). W ocenie Izby wyjaśnienia treści oferty składane na niezakwestionowane wezwanie zamawiającego wystosowane w toku badania oferty, wiążą odwołującego na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie jak treść złożonej oferty. Dlatego też stwierdzone w toku badania wyjaśnień sprzeczności mogą stanowić podstawę do uznania, iż oferta złożona w postępowaniu (zadania I i II) podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba nie znalazła również podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem treść złożonych wyjaśnień była jednoznaczna i nie wymagała dodatkowego procedowania wyjaśniającego.

Tym samym stwierdzić należało, iż odwołujący nie sprostął nałożonemu na niego obowiązkowi kompletnego wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego, a złożone wyjaśnienia potwierdziły niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. Na marginesie wskazać jedynie należy, iż całość argumentacji prezentowanej na rozprawie przez odwołującego wraz ze złożonymi dowodami uznać należało za argumentację spóźnioną, wobec stwierdzenia braków interpretacyjnych dokumentacji opracowanej przez zamawiającego.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 29 ustawy Pzp, Izba uznała za spóźnione, dotyczą bowiem one niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które ma dopiero na tym etapie postępowania odwołujący, a których nie mieli inni wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone jako sprzeczne z treścią s.i.w.z.

W ocenie Izby, za niepotwierdzone należało uznać zarzuty dotyczące naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zamawiający w sposób jasny i klarowny podał zarówno podstawę prawną oraz uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego (zadania I i II), czego dowodem jest chociażby treść odwołania, która w swojej treści prawidłowo zidentyfikowała podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

Z uwagi na okoliczność, iż pozostałe zarzuty odwołania, są niejako zarzutami wynikowymi, analogicznie jak w informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, Izba stwierdziła, że nie wpływają one na wynik postępowania odwoławczego, dlatego też Izba postanowiła o ich oddaleniu.

Izba oddaliła wszystkie zgromadzone w sprawie dowody (za wyjątkiem dowodu nr 7) stwierdzając, iż dowody nr 1, 2, 3 i 6 stanowią jedynie wyciągi z aktów prawnych dotyczących przedmiotowego postępowania bądź aktów prawnych sporządzonych przez

zamawiającego, dowód nr 4 może stanowić jedynie stanowisko strony, natomiast dowód nr 5 uznać należało za spóźniony, gdyż winien zostać przedstawiony zamawiającemu na etapie składanych wyjaśnień.

Izba postanowiła oddalić wniosek o powołanie dowodu z opinii biegłego, stwierdzając iż stan sprawy ustalony w toku przeprowadzonego postępowania odwoławczego nie wymaga wiadomości specjalnych do wydania orzeczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

KIO 419/20

Dnia 27 lutego 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Limited Liability Partnership "TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, "SP SINE MIDAS STROY" Sp. z o.o. z siedzibą w Uralsku, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum Todini”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z czym nie sposób się zgodzić - odwołujący złożył bowiem zgodną z s.i.w.z. ofertę, a jedynie zaniechanie zamawiającego do ewentualnego wezwania odwołującego do dodatkowych wyjaśnień spowodowało, iż oferta konsorcjum Todini została uznana za niezgodną z treścią s.i.w.z.,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego i uznanie, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z., zawiera rażąco niską cenę, a także błędy w obliczeniu ceny, co wynika z błędnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez odwołującego poprzez niezasadne przyjęcie, że odwołujący ... (TP), ewentualnie:
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych rozwiązań dotyczących obiektów inżynierskich a także prowadzenia monitoringu

geotechnicznego, a w konsekwencji tego przedwczesne i błędne uznanie, iż oferta odwołującego jest sprzeczna jest z s.i.w.z., w sytuacji w której: ... (TP), co - jeśli w ocenie zamawiającego stało w sprzeczności z jakąkolwiek dalszą treścią wyjaśnień, czemu odwołujący zaprzecza - winno stanowić podstawę do wezwania odwołującego do szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie,

4. art. 29 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz wbrew zasadzie przejrzystości, w tym poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedokładny i niezrozumiały - przygotowana przez zamawiającego dokumentacja postępowania zawiera bowiem liczne sprzeczności i niejasności, czego najlepszym dowodem jest liczba zadanych w postępowaniu pytań i sformułowanych odpowiedzi, które mogły wprowadzić wykonawców biorących udział w postępowaniu w błąd,
5. art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak pełnego i wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności faktycznych i prawnych, które legły u podstaw odrzucenia oferty, w tym nie przedstawiono żadnego wyводу, który prezentowałby i uzasadniał pogląd, iż ... (TP).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) w oparciu o art. 189 ust. 6 ustawy Pzp, wyłączenie jawności rozprawy w całości, a to z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicę chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa (TP),
- 3) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalizującego się w konstrukcji drogowych obiektów inżynierskich, iż zaproponowane przez odwołującego rozwiązania konstrukcyjne obiektów inżynierskich, których niezgodność z PFU podnosi zamawiający w czynności odrzucenia oferty odwołującego są wykonalne, zgodne z prawem, oraz warunkami niniejszego postępowania,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu, która zawiera najkorzystniejszą cenę w stosunku do innych złożonych ofert. Zatem w przypadku uwzględnienia przedmiotowego odwołania, nie jest wykluczone, że to właśnie oferta odwołującego ostatecznie zostanie uznana za najkorzystniejszą, co skutkować będzie przyznaniem mu zamówienia. Tym samym, w wyniku zaskarżonych zaniechań zamawiającego oraz czynności dokonanych przez zamawiającego odwołujący może doznać szkody polegającej na

nieuzyskaniu zamówienia, w następstwie czego nie uzyska zysku, który zakładał osiągnąć w związku z realizacją zamówienia.

Analogicznie jak w sprawie o sygn. akt KIO 418/20 odwołujący zastrzegł część argumentacji i dowodów tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba, z uwagi na okoliczność, iż odwołanie w przedmiotowej sprawie zawiera tożsamą argumentacją, albowiem dotyczy takiej samej czynności zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego (odpowiednio dotyczy zadania I i II) postanowiła odstąpić od powielania tożsamych treści odwołującego powołanych w odwołaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na analogiczny charakter zarzutów i analogiczne okoliczności faktyczne aktualne pozostają ustalenia i rozważania Izby poczynione w związku z poprzednią sprawą.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym

i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

KIO 420/20

Dnia 27 lutego 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum Aldesa”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na jej niezgodność z treścią s.i.w.z. w zakresie przyjęcia obiektów inżynierskich niezgodnie z punktem 1.1.3.3 PFU, podczas gdy oferta odwołującego pozostaje w pełni zgodna z wszelkimi wymaganiami s.i.w.z., w szczególności także z punktem 1.1.3.3 PFU,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż nie zawiera wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta odwołującego pozostaje ceną w pełni rynkową, zawiera wszelkie wymagane w s.i.w.z. elementy i jako taka nie nosi znamion ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia odwołującego przedstawione w celu wykazania powyższego były wyczerpujące, poparte dowodami i jednoznacznie potwierdziły fakt prawidłowej wyceny całego przedmiotu zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na to, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny z uwagi na brak uwzględnienia w cenie wszystkich wymaganych elementów przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta odwołującego została skalkulowana prawidłowo, z poszanowaniem wszelkich wytycznych zawartych w s.i.w.z., uwzględnia ona wszelkie niezbędne koszty na potrzeby prawidłowej realizacji umowy i jako taka nie zawiera jakichkolwiek błędów w obliczeniu ceny,

z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę (z czym odwołujący się nie zgadza), że wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny mogłyby budzić jakiegokolwiek wątpliwości po stronie zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

4. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedstawienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, podczas gdy jeżeli rzeczywiście u zamawiającego zaistniały jakiegokolwiek wątpliwości, co do

zgodności przedstawionych mu z punktem 1.1.3.3 PFU, to powinien te wątpliwości wyjaśnić za pomocą wezwania odwołującego do przedstawienia dalszych wyjaśnień.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje w pierwszej kolejności fakt, że odwołujący złożył zgodną z wymaganiami s.i.w.z. oraz przepisami ustawy Pzp ofertę w postępowaniu. Poprzez zakwestionowaną obecnie czynność zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę poprzez uniemożliwienie mu uzyskania zamówienia, dla którego prowadzone jest postępowanie. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie z dużym prawdopodobieństwem uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a przynajmniej pozwoli to mu na dalsze ubieganie się o przedmiotowe zamówienie i możliwość kwestionowania ofert złożonych przez innych wykonawców, co w konsekwencji doprowadzi do udzielenia zamówienia na rzecz odwołującego.

Odwołujący wskazał, że wybrane fragmenty przedmiotowego odwołania odnoszą się do treści skutecznie zastrzeżonych w wyjaśnieniach odwołującego z 23 grudnia 2019 r. oraz z 29 stycznia 2020 r. jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”). W konsekwencji także uzasadnienie zakwestionowanej obecnie odwołaniem czynności zamawiającego czyniło zadość obowiązkowi zachowania zastrzeżonych informacji w tajemnicy, ponieważ szczegółowe uzasadnienie dla decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zostało przekazane wyłącznie odwołującemu (załącznik nr 16 do odwołania).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o wyłączenie jawności postępowania odwoławczego w tym zakresie i nieujawnianie zastrzeżonych treści ewentualnym uczestnikom tego postępowania.

Powyższe dotyczy zarówno zastrzeżonych treści samego odwołania jak i załączników nr 12, 15 oraz 16 z uwagi na fakt, że odnoszą się one w swojej treści wprost do okoliczności objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa (TP).

Odwołujący podniósł, iż istotą sporu pozostaje rzekoma niezgodność treści oferty odwołującego z wymaganiami s.i.w.z. w zakresie punktu 1.1.3.3 PFU. W ocenie zamawiającego przywołany zapis dokumentacji postępowania przetargowego wymagał uwzględnienia w ofercie wykonawcy m. in. ... (TP).

Odwołujący zwrócił uwagę na brak zasadności odrzucenia oferty odwołującego, wyłącznie z uwagi na znajdujący zastosowanie w sprawie stan prawny. W niniejszej sprawie nie sposób bowiem zidentyfikować na podstawie przywołanych powyżej okoliczności faktycznych jakiegokolwiek niezgodności treści oferty odwołującego z wymaganiami s.i.w.z. Sankcja odrzucenia oferty, na którą powołuje się zamawiający, zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, posługuje się wprawdzie pojęciem oferty, jednakże w tym przypadku chodzi o wąskie znaczenie pojęcia oferty (oferta *sensu stricto*). Czymś zupełnie innym jest natomiast szerokie pojęcie oferty (oferta *sensu largo*) używane w języku potocznym, jako określenia całego pakietu dokumentów czy wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, iż w jego ocenie pojęcie oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie dotyczy wszystkich dokumentów czy oświadczeń, które są składane jako oferta w znaczeniu szerokim (potocznym) a jedynie tych, które stanowią kluczowy element zobowiązania wykonawcy wobec zamawiającego (oferta *sensu stricto*).

Odwołujący, odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego zauważył, że zarówno wyjaśnienia odwołującego z 23 grudnia 2019 r., jak i z 29 stycznia 2020 r., nie stanowią oferty w znaczeniu wąskim. O ewentualnej zasadności zastosowania sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, można by mówić dopiero wówczas, kiedy wyraźnie wskazany wymóg s.i.w.z. nie zostanie wiernie odzwierciedlony w konkretnym elemencie treści oferty. Sytuacja taka, z oczywistych względów, nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Na podstawie zaistniałych w sprawie okoliczności faktycznych należy przypuszczać, że zamawiający wywodzi niezgodność treści oferty nie tyle z treści oferty w znaczeniu wąskim (*sensu stricto*), ale z wyjaśnień złożonych przez odwołującego. Zestawienie treści wyjaśnień odwołującego dotyczących kalkulacji ceny - jako odnoszących się do sposobu wyliczenia kosztów, nie zaś treści zobowiązania wykonawcy wynikającego z oferty - nie powinno być jednak traktowane przez zamawiającego, jako skutkujące niezgodnością z s.i.w.z., co do sposobu realizacji zamówienia. Sposób rozumowania zamawiającego, że o treści niezgodności oferty z s.i.w.z.

świadczy nie treść oferty, ale treść wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny prowadzi do przyjęcia, że oferta odwołującego wskutek udzielonych wyjaśnień dopiero „nabrała” przymiotu niezgodności z wymaganiami s.i.w.z.

Skoro bowiem pierwotna treść oferty nie dawała jeszcze podstawy do przyjęcia tezy o niezgodności jej treści z wymaganiami s.i.w.z. (o czym świadczy brak jej odrzucenia przez zamawiającego niezwłocznie po jej złożeniu), to uzyskanie takiej podstawy dopiero w procesie wyjaśniania treści oferty prowadzi do wniosku, że to nie treść oferty, ale treść wyjaśnień pozostaje (w ocenie zamawiającego) niezgodna z s.i.w.z. Warto w tym miejscu jeszcze raz przywołać artykuł 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi literalnie, że podstawę do odrzucenia oferty musi stanowić niezgodność treści oferty (pierwotnego zobowiązania odwołującego), nie zaś treść wyjaśnień złożonych w toku postępowania.

W tym kontekście odwołujący wskazał, że po pierwsze same wyjaśnienia - jako dotyczące kalkulacji ceny oferty i weryfikacji czy zaoferowana cena ma charakter rynkowy - nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z s.i.w.z. Co więcej, niezgodność oferty z s.i.w.z. ocenia się na moment złożenia oferty (por. wyrok KIO z dnia 31 lipca 2017 r., KIO 1490/17), zaś jak wskazano wyżej, niezgodność w tym zakresie w dniu złożenia przez odwołującego oferty nie występowała.

Nawet jednak przyjmując (z czym odwołujący się nie zgadza), że wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę po terminie składania ofert mogą bezpośrednio rzutować na jego zobowiązanie zawarte w treści oferty, to i tak należy w tym miejscu wyraźnie zaznaczyć, że zarówno treść wyjaśnień odwołującego z 23 grudnia 2019 r., jak i z 22 stycznia 2020 r. (nawet gdyby przyjąć czysto hipotetycznie, że stanowią one treść oferty odwołującego *sensu stricto*), pozostają w pełni zgodne z wymaganiami s.i.w.z. ... (TP).

Jedynie z ostrożności procesowej odwołujący wskazał dodatkowo (w odniesieniu do podstawy odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp), że cena ofertowa odwołującego nie jest rażąco niska, a ostatecznym potwierdzeniem powyższego były wyjaśnienia odwołującego z 23 grudnia 2019 r. oraz z 29 stycznia 2020 r.

Niezależnie od powyższego odwołujący zwrócił uwagę, że w odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty odwołującego z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający w żaden sposób nie wykazał, jak rzekomo obniżone koszty przekładają się na rażący charakter ceny ofertowej odwołującego. Odwołujący przypomniał, że przecież sankcja odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, odnosi się do całego przedmiotu zamówienia, a ewentualne części składowe potencjalnie mogą mieć na to wpływ tylko pod warunkiem, że będą istotnie rzutowały na całościową cenę odnoszoną do przedmiotu zamówienia. Pomimo tego, że zamawiający nawet nie podjął próby wykazania tego, jaki wpływ mają rzekomo zaniżone elementy składowe oferty odwołującego na całkowitą cenę ofertową, to odwołujący konsekwentnie podtrzymuje swoje stanowisko o tym, że przewidział

wszelkie niezbędne koszty, a stosowne wyliczenia w tym zakresie zostały dokonane w oparciu o ceny rynkowe. Powyższe będzie przedmiotem postępowania dowodowego prowadzonego w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, odwołujący zaznaczył, że poza powiązaniem tej podstawy z rzekomą niezgodnością treści oferty odwołującego i przywołaniem przez zamawiającego zapisu o sposobie obliczania ceny, podstawa ta nie została w żaden sposób wyjaśniona w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. W tym kontekście należy zauważyć, że zamawiający podstawę odrzucenia oferty powiązał w tym zakresie z ... (TP).

Z powodów opisanych powyżej stanowisko zamawiającego nie zasługuje na aprobatę. Wycena kwestionowanych pozycji została przez odwołującego dokonana prawidłowo. Nie doszło zatem do sytuacji, w której odwołujący nie nadał jakiejś pozycji określonej wartości, co świadczyłoby o braku wyceny. Tym samym nie ma podstaw do uznania, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż zarzucany przez zamawiającego brak wyceny określonych pozycji nie ma miejsca.

Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę (z czym odwołujący się nie zgadza), że wyjaśnienia dotyczące sposobu obliczenia ceny mogłyby budzić jakiegokolwiek wątpliwości po stronie zamawiającego, to i tak odrzucenie oferty odwołującego było przedwczesne. W celu wyjaśnienia powyższego należy zwrócić uwagę, że zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z 17 lutego 2020 r. zawarł kategoryczne stwierdzenie (str. 5), że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podtrzymując argumentację zaprezentowaną powyżej należy zauważyć, iż oferta złożona przez odwołującego nie wskazuje na jakąkolwiek niezgodność z s.i.w.z., a wręcz przeciwnie, z treści oferty wynika jednoznacznie, że odwołujący zrealizuje zamówienie w sposób i na zasadach opisanych w s.i.w.z. i wzorze umowy (zob. pkt 2 formularza ofertowego odwołującego), zgodnie z którym odwołujący oświadczył, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami s.i.w.z. przekazanymi przez zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.

Podobnemu celowi służyło oświadczenie z punktu 11 formularza ofertowego, zgodnie z którym odwołujący oświadczył, że zapoznał się z Warunkami Kontraktu, określonymi w s.i.w.z. i zobowiązał się, w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy zgodnej ze złożoną ofertą, na warunkach określonych w s.i.w.z., w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Zestawiając treść formularza oferty, w którym odwołujący w sposób wyraźny deklaruje i zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z s.i.w.z., treść wyjaśnień z 23 grudnia 2019 r., oraz z 29 stycznia 2020 r. ... (TP) - można, co najwyżej, stwierdzić (z czym odwołujący się

nie zgadza) że ... (TP). Skoro zatem zamawiający dysponuje informacjami, które w konfrontacji ze sobą można uznać za budzące wątpliwości, to w takim przypadku zaistniała sprzeczność winna zostać wyjaśniona przez niego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Powołane przez zamawiającego przepisy, w tym art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, wyraźnie wskazują, że zamawiający uznał za treść oferty coś, co ofertą nie było. Niemniej jednak, wobec powziętych wątpliwości zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, przed dokonaniem czynności czy to wyboru czy też odrzucenia oferty, zamawiający jest zobowiązany do usunięcia wszelkich wątpliwości, jakie mogły powstać w toku badania oferty. Takiego wyjaśnienia zamawiający zaniechał, co w ocenie odwołującego, stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Pismo procesowe w sprawie złożył również przystępujący wykonawca Mostostal Warszawa S.A.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Wskazać bowiem należy, iż zamawiający wzywał odwołującego (dwukrotnie) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia przez zamawiającego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w s.i.w.z.

W odpowiedzi na wezwania zamawiającego, odwołujący złożył pisma z dnia 23 grudnia 2019 roku oraz z dnia 29 stycznia 2020 roku.

Zamawiający po szczegółowej analizie wyjaśnień wykonawcy otrzymanych w ramach badania oferty prawidłowo stwierdził, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z. Na niezgodność treści oferty z s.i.w.z. szczegółowo wskazują wyjaśnienia wykonawcy w zakresie uwzględnienia wszystkich wymagań zamawiającego wobec zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich.

Izba wskazuje, że przedmiotem rozstrzygnięcia w szczególności jest odpowiedź odwołującego na pytanie nr C.22 z dnia 23 grudnia 2019 roku oraz na pytanie nr 3 dotyczącego pytania nr 22 z dnia 29 stycznia 2020 roku, jednocześnie kluczowe znaczenie w sprawie ma odpowiedź odwołującego na pytanie nr 3 do pyt. 22 z 29 stycznia 2020 roku.

Zamawiający, po otrzymaniu odpowiedzi na pytanie C.22, ponownie zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie obiektów (...), prosząc o doszczegółowienie wcześniej złożonych wyjaśnień w zakresie szerokości elementów (...), ewentualnie złożenie szkiców w powyższym zakresie.

Odwołujący, odpowiadając zamawiającemu, opisał charakter (rodzaj) oferowanych obiektów, podał szerokość (...) oraz załączył szkice.

Zamawiający stwierdził, iż z przekazanych przez odwołującego szkiców wynika, że wykonawca przyjął wykonanie określonych obiektów niezgodnie z s.i.w.z. (PFU).

Wskazać należy, iż zamawiający wprowadzając zmiany w s.i.w.z. (nr 11 poz. 22) z dnia 2 października 2019 roku, wskazał odnośnie PFU pkt 1.1.3.3 Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich, że powyższe obiekty powinny spełniać parametry funkcjonalne przeszkód zgodnie z opracowanym przez zamawiającego zastawieniem. W pkt 1.1.3.3 PFU zamawiający zawarł wymagania w zakresie rodzaju obiektu.

Również w tym przypadku przedmiotowa zamiana OPZ nie była kwestionowana w toku postępowania przez żadnego z wykonawców.

W świetle tak określonych warunków odwołujący wyjaśnił treść swojej oferty, wskazując na parametry poszczególnych obiektów, z których wynika, że w ramach złożonej oferty odwołujący zobowiązał się wykonać obiekty, które nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego określonym w pkt 1.1.3.3. PFU.

Zdaniem Izby, odwołujący kształtując treść składanych wyjaśnień, winien wziąć pod uwagę wszystkie wytyczne zamawiającego postawione w tym postępowaniu i przedstawić je w taki sposób, aby zamawiający nie miał żadnych wątpliwości w zakresie oferowanych

rozwiązań jako zgodnych z treścią s.i.w.z. (PFU). Izba stwierdziła, że złożone wyjaśnienia w sposób jednoznaczny potwierdziły okoliczność, iż oferta sprzeczna jest w swojej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego też zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wyjaśnienia treści oferty składane na niezakwestionowane wezwanie zamawiającego wystosowane w toku badania oferty, wiążą odwołującego na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie jak treść złożonej oferty. Dlatego też stwierdzone w toku badania wyjaśnień sprzeczności mogą stanowić podstawę do uznania, iż oferta złożona w postępowaniu podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba nie znalazła również podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem treść złożonych wyjaśnień była jednoznaczna i nie wymagała dodatkowego procedowania wyjaśniającego.

Z uwagi na okoliczność, iż pozostałe zarzuty odwołania, są niejako zarzutami wynikowymi, analogicznie jak w informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, Izba stwierdziła, że nie wpływają one na wynik postępowania odwoławczego, dlatego też Izba postanowiła o ich oddaleniu.

Podsumowując (ogólnie do 3 odwołań) Izba wskazuje, że przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie różnicują zachowania zamawiającego względem ofert wykonawców w sytuacji, gdy mamy do czynienia z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia oraz w przypadku rodzaju typu zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza, że bez względu na rodzaj wynagrodzenia i formułę robót budowlanych, obowiązują zamawiającego i wykonawców te same przepisy, które *de facto* umożliwiają zamawiającemu wzywaniem wykonawców do składania wyjaśnień przy podejrzeniu rażąco niskiej ceny, jak i wyjaśniania treści oferty. Stanowisko odwołujących w zakresie rzekomego braku znaczenia składanych wyjaśnień ze względu na formułę zamówienia zdaje się przeczyć literalnemu brzmieniu przepisów ustawy Pzp, dlatego też Izba wyjaśnień odwołujących prezentowanych na rozprawie w powyższym zakresie nie uwzględniła.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....